



Centro de Información Jurídica en Línea



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

**TEMAS: ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA, CADENA DE CUSTODIA,
ALLANAMIENTOS E INTERVENCIONES TELEFÓNICAS.**

RESUMEN

El presente informe muestra en general el tema de la actividad procesal defectuosa, en el mismo se da un significado doctrinario a la cadena de custodia, así como su momento de obtención y duración, se muestra la normativa del Código Procesal Penal, se transcriben resoluciones tanto de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia como de la Sala Constitucional respecto a intervenciones telefónicas y Allanamiento.

Por ultimo se muestran circulares del Consejo Superior del Poder Judicial respecto a estos mismos temas

SUMARIO:

| | |
|---|--------------------|
| DOCTRINA..... | 2 |
| a.Definición actividad procesal defectuosa..... | 2 |
| b. Significado cadena de custodia | 2 |
| c.Momento de su obtención de la cadena de custodia..... | 3 |
| d.Duración de la Cadena y Custodia de la Prueba..... | 4 |
| NORMATIVA..... | 5 |
| a.Código Procesal Penal..... | 5 |
| JURISPRUDENCIA..... | 7 |
| a.Cadena de Custodia..... | 7 |
| b.Allanamiento e intervenciones telefónicas..... | 10 |
| c.Intervención Telefónica que implica..... | 14 |
| d.Allanamiento definición..... | 17 |
| CIRCULAR..... | 22 |
| a.Allanamiento de morada..... | 22 |
| b.Allanamiento e intervención telefónica..... | 27 |
| FUENTES CITADAS:..... | 30 |

DESARROLLO:

Dirección Web <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/> Teléfono 207-56-98

E-mail: cijulenlinea@abogados.or.cr



Centro de Información Jurídica en Línea



DOCTRINA

a. Definición actividad procesal defectuosa¹

“Se puede concebir a la actividad procesal defectuosa como el nombre con que se llama a todos los actos realizados con alguna irregularidad o defectos. Tratándose de la primera se establecerá que cuando un acto se lo afecte una mera irregularidad será eficaz ya que no se obstruye la esencia de él, en el caso de la segunda, la situación varía, pues dependerá del vicio que afecta el acto para decir si produce ineficacia o no.

Un acto procesal penal tendrá defectos cuando no ha seguido los requisitos señalados por ley. Influye en ésta consideración si se han cumplido el modo, tiempo y lugar determinado para cada uno de ellos.

En el proceso penal, en principio, no se debe mantener al acto defectuoso como integrante de la cadena de actos con que se forma. No se puede permitir la producción de sus efectos, los cuales tienen la peculiaridad de estar viciados, o necesariamente deben eliminarse los que ha producido.

Sin embargo, esto no se puede catalogar de forma estática. El formalismo se ha atemperado en su concepción amplia, y se tolera su inobservancia cuando no acusa ¿quebranto a la defensa, no afecta a alguno de los presupuestos procesales o no rompe el equilibrio entre las partes establecidos por las reglas de la igualdad y del contradictorio,¹ a tal punto que es muy relativa la declaración de invalidez de los actos defectuosos.

La efectividad de la invalidación se cumple con aplicaciones de sanciones de carácter procesal. Éstas abstractamente se exhiben como amenazas de ineficacia dirigidas contra determinada actividad irregular. Conlleva una finalidad de manera preventiva, la cual es el inclinar al orden al procedimiento y de forma represiva impide o aniquila los efectos de la actividad defectuosamente cumplida; orientando el proceso por los cauces legalmente establecidos.”

b. Significado cadena de custodia²

[...]

“Intentar construir una definición precisa que comprenda el



Centro de Información Jurídica en Línea



significado jurídico y científico del concepto Cadena de Custodia no es algo sencillo, ello porque se puede caer en el equívoco de excluir aspectos relevantes relacionados con dicha definición; sin embargo, grosso modo se puede afirmar aquí que es:

El conjunto de etapas o eslabones desarrollados en forma legítima y científica durante la investigación judicial, con el fin de:

- a) Evitar la alteración (y/o destrucción) de los indicios materiales al momento (o después) de su recopilación, y
- b) Dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio forense (o presentado en el juicio), es lo mismo recabado (o decomisado) en el propio escenario del delito (o en otro Jugar relacionado con el hecho).

El cumplimiento de dichos procedimientos es una circunstancia que será posteriormente será valorada por parte de los jueces, mediante el dictado de una resolución debidamente fundamentada que contenga amplios razonamientos acordes con las reglas de la sana crítica racional, tal y como se analizará con detalle más adelante."

C. Momento de su obtención de la cadena de custodia³

La aprehensión de la prueba puede darse en dos diversos momentos esta es, las pruebas como elementos indiciarlos pueden ser recolectados en la propia escena del delito poco tiempo después de acaecidos los hechos investigados o bien, posteriormente en un lugar distinto a la escena del delito cuando, por las informaciones y conclusiones, los investigadores pueden encontrar nuevas pruebas.

En el caso de que las pruebas hayan sido obtenidas en el segundo momento, debe ac1 ararse que las mismas pueden encontrarse en el propio lugar de los hechos o en otro distinto como por ejemplo, el asesino que tira el arma homicida a varios kilómetros del lugar. La primera de esta posibilidad generalmente ocurre cuando los investigadores dejan pasar los indicios (en la mayor de las veces muy pequeños) de manera inadvertida.

En cualquiera de los dos casos, la cadena y custodia de la prueba es absolutamente importante tenerla muy en cuenta; lo único que pareciera que siempre varía entre ambas posibilidades es el momento en que aquella es recolectada y a veces, el lugar de su hallazgo pero, su necesidad de recolectarla y custodiarla correctamente siempre es la misma



Centro de Información Jurídica en Línea



d. Duración de la Cadena y Custodia de la Prueba⁴

La duración de la cadena y custodia de la prueba se prolonga prácticamente de manera paralela a la propia duración de la investigación criminalística y del proceso penal propiamente dicho.

El inicio de ella se da en el preciso instante en que el primer oficial de la Policía Administrativa hace aparición en la escena de los hechos. No obstante, no debe olvidarse la posibilidad de que el primer oficial en arribar a la escena no sea el agente de la Policía Administrativa sino por ejemplo, un agente de la Policía Judicial. En este caso la cadena y custodia de la prueba dará inicio en ese instante.

Cabe preguntarse en ¿qué momento se inicia la cadena y custodia de la prueba cuando el primero en llegar es un ciudadano común? Piénsese en la posibilidad de que esa persona haya protegido efectivamente bien el lugar de los hechos manteniéndose en espera del arribo de los policías.

Pues bien, somos del criterio que aún así, la cadena y custodia de la prueba da inicio en el preciso instante de la llegada de los oficiales policiales aunque la colaboración prestada por aquél debe ser valorada, según sea el caso concreto, tanto por los oficiales encargados de la investigación como por las autoridades judiciales.

La cadena y custodia de la prueba debe continuar, de allí en adelante, bajo un estricto control, esto es, que la prueba sea ubicable con total precisión en todo momento y además, que sea igualmente posible poder determinar todos los análisis o procedimientos a que hubiera sido sometida. Lógicamente con esto lo que se busca es poder señalar a los posibles responsables de sustituciones, alteraciones y desapariciones totales o parciales de los indicios.

Pero la cadena y custodia de la prueba no termina allí, sino que se prolonga a las distintas fases del proceso penal, incluida la del debate pues en ese momento las pruebas estarán bajo la custodia de las respectivas autoridades judiciales aunque no necesariamente de manera directa(porque puede ser que se encuentre en poder de los laboratorios mientras se le practican determinados exámenes)



Centro de Información Jurídica en Línea



NORMATIVA

a. Código Procesal Penal⁵

ARTICULO 181.

Legalidad de la prueba Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.

A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas

ARTÍCULO 193.

Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro será realizado personalmente por el juez y deberá iniciarlo entre las seis y las dieciocho horas.

Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consienta o en los casos sumamente graves y urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución que acuerda el allanamiento.

ARTÍCULO 194.

El allanamiento de locales públicos, establecimientos de reunión o recreo mientras estén abiertos al público y no estén destinados a habitación, será acordado por el juez, quien podrá delegar la realización de la diligencia en funcionarios del Ministerio Público o de la policía judicial. No regirán las limitaciones horarias establecidas en el artículo anterior.



Centro de Información Jurídica en Línea



En estos casos, deberá avisarse a las personas encargadas de los locales, salvo que sea perjudicial para la investigación.

ARTÍCULO 195.

La resolución que ordena el allanamiento deberá contener:

- a) El nombre y cargo del funcionario que autoriza el allanamiento y la identificación del procedimiento en el cual se ordena.
- b) La determinación concreta del lugar o los lugares que habrán de ser registrados.
- c) El nombre de la autoridad que habrá de practicar el registro, en el caso de que la diligencia se delegue en el Ministerio Público o en la policía, por proceder así conforme lo dispuesto en este Título.
- d) El motivo del allanamiento.
- e) La hora y la fecha en que deba practicarse la diligencia.

ARTÍCULO 196.

Una copia de la resolución que autoriza el allanamiento será entregada a quien habite o posea el lugar donde se efectúe o, cuando esté ausente, a su encargado, y, a falta de este, a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar. Se preferirá a los familiares.

Cuando no se encuentre a nadie, ello se hará constar en el acta. Practicado el registro, en el acta se consignará el resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación.

La diligencia se practicará procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas.

El acta será firmada por los concurrentes; no obstante, si alguien no la firma, así se hará constar.

ARTÍCULO 197



Centro de Información Jurídica en Línea



Podrá procederse al allanamiento sin previa orden judicial cuando:

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

JURISPRUDENCIA

a. Cadena de Custodia⁶

II.- Sin embargo, la Sala estima conveniente agregar la importancia que reviste para el correcto funcionamiento del sistema penal el que los representantes del Ministerio Público y los jueces, pero sobre todo los oficiales de policía, cumplan con los requisitos mínimos de seguridad en la recolección o extracción, preservación, manipulación o traslado, entrega, custodia y empaque de los objetos decomisados y muestras u otros elementos de convicción levantados en el lugar de los hechos, de tal manera que se garantice, con plena certeza, que las muestras y objetos analizados posteriormente y expuestos tiempo después como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos. Debemos reconocer que en nuestro sistema nos hemos preocupado muy poco por garantizar lo que algunos denominan la "cadena de custodia", y tienen toda la razón los señores Jueces Superiores al afirmar en este caso concreto en la sentencia que "...el Tribunal no se puede basar únicamente en versiones ofrecidas por los miembros de la policía y tenerlas como verdaderas, si éstas no se apoyan en técnicas científicas, como sería haber realizado la cadena de custodia hasta hacer llegar los objetos del ilícito hasta el juez, como hubiera sido que cada sobre y envoltorios de cocaína decomisada se hubiera introducido en una bolsa plástica en el momento del decomiso, indicar con una marca o cualquier otro símbolo que correspondía al caso en estudio, llevarlo de esa forma hasta el Or-



Centro de Información Jurídica en Línea



ganismo de Investigación Judicial e indicarse cuál investigador lo pasaba a la sección correspondiente para su respectivo análisis, y así en una secuencia lógica y de custodia llegara hasta el Juez...". Pero debemos agregar que ese deber va dirigido a todos los funcionarios que intervienen en las diferentes fases y etapas del proceso, no sólo a los policías, pues los objetos y las muestras o elementos de prueba son manipulados también por conserjes, escribientes y Secretarios de los Despachos Judiciales; por los jueces, defensores y fiscales; por auxiliares administrativos de transportes; por funcionarios auxiliares del Departamento de Medicina Legal y Laboratorio Forense; por los técnicos, médicos, microbiólogos, químicos y demás peritos profesionales, entre muchos otros. Hay cuatro fases básicas en sede policial, en las que debe garantizarse la autenticidad del elemento o material a utilizar como prueba, a saber: el momento de la extracción o recolección de la prueba; el momento de la preservación y empaque; la fase del transporte o traslado; y, finalmente, la entrega apropiada de la misma. De seguido surge la necesidad de garantizar la autenticidad durante el momento del análisis de los elementos de prueba, y finalmente el problema de la custodia y preservación definitiva hasta la finalización del juicio, ya sea de la totalidad o de una muestra, según el caso y la naturaleza de la prueba. Es indispensable, para averiguar la verdad real como la finalidad esencial del proceso, que se garantice con absoluta certeza que los elementos utilizados como prueba durante el juicio, después de haber sido analizados, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos (cadena de custodia), máxime si observamos la cantidad de personas que por diferentes razones deben manipular dichos elementos. Este aseguramiento constituye una de las recomendaciones básicas y elementales que se hacen en diferentes manuales de investigación policial (Véanse, por ejemplo, BRENES ACUÑA, Rafael Guido, CHAVARRIA GUZMAN, Jorge Alberto, y RESCIA CHINCHILLA, Juan Antonio. Una marca en el hombre. Sistema de clasificación dactilar Henry. Organismo de Investigación Judicial, Archivo Criminal, San José, 1978, en especial pp. 163 ss. y 216 s.; VANDERBOSCH, Charles G. Investigación de Delitos. Editorial Limusa, México, quinta reimpresión 1988, pp. 79 ss.; FOX, Richard y CUNNINGHAM, Carl. Manual para la investigación de la evidencia física y requisita en la escena del crimen, edit. Miranda Associates Inc., 1989, sobre todo pp. 14 ss., 35 ss., y 64 ss.; ICITAP. Impresiones digitales. Descripción general de las técnicas de investigación. Edit. Miranda Associates Inc., 1988, pp. VIII-3 ss.; ICITAP. Estudios básicos de técnicas investigativas. Edit. Miranda Associates Inc., 1988; e ICITAP. Requisita en la escena del crimen. Curso General de Investigación Criminal. Edit. Miranda Associates Inc., 1988, pp. 5 ss.). Además de extraerse del principio general sobre el descubrimiento de la verdad, ese deber de ga-



Centro de Información Jurídica en Línea



garantizar y asegurar la cadena de custodia se desprende en forma clara de varias disposiciones legales, y no se trata de una interpretación extensiva de los juzgadores. Así, por ejemplo, de los artículos 161 y 164 incisos 2 y 4 del Código de Procedimientos Penales, artículos 3, 4 incisos 2, 4 y 5, y artículos 5 y 9 todos estos últimos de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, en cuanto disponen que es obligación de la Policía Judicial, entre otras cosas, "... reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para la investigación...", "...cuidar que el cuerpo y los rastros del delito sean conservados..." y "...hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica...". Pero de todas esas disposiciones legales conviene destacar el párrafo segundo del artículo 9 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, en cuanto dispone que "los elementos de prueba así obtenidos deberán ser individualizados y asegurados, para efectos de garantizar la veracidad de lo que hacen constar, por medio de una razón que indique lugar, día, hora y circunstancias en que se obtuvo, firmada por el funcionario o funcionarios responsables de su obtención, y debidamente sellada. En casos especiales serán, además, asegurados con lacre." Esta norma exige en forma directa y expresa la necesidad de garantizar la cadena de custodia que se siguió al momento de levantarse y manipularse un elemento de prueba con valor decisivo en la causa, y está dirigida no sólo a los oficiales de policía que deben cumplir esos requisitos, sino además a todos los otros operadores del sistema penal que intervienen en el proceso, que por razones del cargo deben manipular los elementos de convicción y quienes también deben respetar las medidas adoptadas para garantizar la autenticidad de la prueba. Es así como el artículo 218 del Código de Procedimientos Penales señala que los efectos y cosas secuestradas deben inventariarse y ponerse bajo segura custodia, agregando que "las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del tribunal y con la firma del juez y secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas. Si fuere necesario remover los sellos se verificará previamente su identidad e integridad. Concluido el acto, aquéllos serán repuestos y todo se hará constar". En igual sentido el artículo 246 del Código de Procedimientos Penales dispone que "tanto el juez como los peritos procurarán que las cosas a examinar sean en lo posible conservadas, de modo que el peritaje pueda repetirse. Si fuere necesario destruir o alterar los objetos analizados o hubiere discrepancia sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán informar al juez antes de proceder". Estas disposiciones, que no ameritan mayor comentario, exigen de parte de todos los funcionarios penales el respeto a la seguridad durante los seis dife-



Centro de Información Jurídica en Línea



rentes momentos que antes señalábamos para que un elemento se utilice como prueba en un proceso (recolección, extracción o levantamiento; preservación y empaque; transporte; entrega a las autoridades jurisdiccionales; análisis pericial; custodia definitiva hasta el final del juicio). En relación con el caso concreto, todas estas apreciaciones ponen en evidencia que los señores Jueces Superiores tienen razón al exigir garantía y seguridad sobre lo decomisado, de ahí que deban ser rechazadas las alegaciones del Ministerio Público.

b. Allanamiento e intervenciones telefónicas⁷.

"Con la intervención telefónica referida ... se logró determinar que el encartado Robin Jara Chavarría adquiría pasta de cocaína en la Ciudadela León Trece en San José, misma que luego en su casa de habitación preparaba, cocinaba, elaboraba y envalaba (sic) como piedras de crack que distribuía por su medio y utilizando para su distribución a su hermana Jeannette Jara Chavarría y a sus cuñados Jeiner Vega Gómez y Socorro Rosales Bejarano, quienes además participaban en la actividad de elaboración y empaque de la mencionada droga. 4. Esta comercialización de droga se hacía así a través de la organización que conformaban los cuatro acusados dichos bajo la jefatura y dirección de Robin, obteniendo pedidos y acuerdos para entrega de la droga a través del teléfono mencionado el cual era atendido en infinidad de ocasiones por Jeiner Vega Gómez, quien se encargaba de tomar nota de los requerimientos y comunicarlos a Robin quien luego ordenaba los despachos en consenso con los otros acusados dichos quienes también se encargaban de las entregas. Además los acusados Jeannette Jara Chavarría y su esposo Socorro Rosales Baltodano se dedicaban al expendio de parte de esa droga al menudeo en su casa de habitación, ubicada en el mismo precario...6. Ese mismo día en horas de la noche (10 de octubre de 1995) se ordenó el allanamiento y secuestro de las casas de habitación de los imputados Robin Jara y Socorro Rosales encontrándose en ambas viviendas utensilios e implementos para la elaboración y empaque de crack así como romanas de precisión para su pesaje, dinero en bajas denominaciones con residuos de droga e incluso piedras de crack... 9. En el allanamiento en la casa de la familia Rosales Jara se decomisaron ciento diecisiete mil colones en billetes de bajas denominaciones que prevenían de la venta al menudeo que desde su casa de habitación realizaban con parte de la droga ya elaborada..." (cfr. folios 857 a 859, tomo II). Para sustentar la participación de la ahora sentenciada Jeannette Jara Chavarría, el Tribunal destacó dos indicios fundamentales: a) una llamada telefónica realizada por el imputado Robin Jara Chavarría,



Centro de Información Jurídica en Línea



el 25 de setiembre de 1995, a la casa de habitación de su hermana Jeannette, buscando a Socorro Rosales Baltodano, y al encontrarse este ausente en la vivienda, pidió hablar con su hermana, llamada que quedó grabada en el casete número 007, lado B, según lo pudo escuchar el Juez de Instrucción de Alajuela (ver acta de escucha visible a folio 24). En lo que se refiere a esta llamada telefónica, los Juzgadores, si bien es cierto, hacen mención de esta circunstancia, agregan que el citado Robin, habla con su hermana (aunque no se traduce esa supuesta conversación), y unen esas manifestaciones con otra llamada telefónica, de un sujeto no identificado, pero que para el Tribunal, aplicando las normas de la experiencia, se trata del coimputado Socorro Rosales Baltodano, quien conversa con Robin a quien se le conoce también como "Roy", y le pregunta sobre lo que conversó con Jeannette, manifestando "Roy", que "viera a ver si había huevo, para ver si hacía algo", a lo que el sujeto indica que "hay 170" , aludiendo el Tribunal a que Robin pregunta por dinero de la venta de droga, y que Socorro le contesta que tiene ciento setenta mil colones (ver folio 869 frente y vuelto, tomo II); b) una llamada telefónica que efectúa una mujer conocida como "Nubia", hermana de Jeannette y de Robin, ambos Jara Chavarría, quien laboraba en el Instituto Costarricense de Electricidad, sucursal de Alajuela, para el momento en que se realizan las intervenciones telefónicas, por parte de la policía judicial, bajo la dirección funcional del Juez de Instrucción de esa localidad. En esta llamada, Nubia, quien, en razón de sus funciones, se percata que los teléfonos de sus familiares están intervenidos, llama a su hermana Jeannette, para alertarlos del peligro que corren de que sus conversaciones relacionadas con el trasiego de drogas, sean escuchadas. Así le indica a su hermana: "póngase vivos porque aquí vinieron una gente del O.I.J. y pusieron unas líneas para averiguar sobre drogas. Ustedes llaman a algún lado por drogas y ellos se dan cuenta por la llamada. Los tienen al tanto a ustedes de toda esa vara, póngase vivos. Jeannette, pelen el ojo oyó, porque son unas líneas que ponen aquí que son privadas y se dan cuenta de todo, todo, todo. Aquí estuvieron los del O.I.J. ya. Pele el ojo, es que no puedo hablar duro" (cfr. folios 869 vuelto y 870 frente, tomo II). A las dos anteriores llamadas telefónicas, los Jueces agregaron, como material probatorio para sustentar la participación delictiva de la sentenciada Jeannette Jara Chavarría, dentro del grupo criminal organizado, el decomiso de tres piedras de "crack", en la casa de habitación que compartía con el también sentenciado Socorro Rosales Baltodano y con otro familiar (Heiner Sánchez Zumbado). Sin embargo, conforme lo reclama la quejosa, tales elementos de juicio devienen insuficientes para brindar el soporte necesario a la condena impuesta, en quebranto al principio lógico de derivación, en tanto, no permiten arribar a una



Centro de Información Jurídica en Línea



conclusión unívoca sobre la efectiva participación de la enjuiciada Jara Chavarría dentro de la organización criminal, dedicada al tráfico de drogas, quedando como único sustrato de la condena, la relación familiar entre la sentenciada y los restantes miembros de la organización delictiva, lo que vulnera ciertamente el principio de responsabilidad personal. Así, en cuanto a las intervenciones telefónicas mencionadas, respecto a la primera de ellas, no se advierte registro alguno sobre la actividad o manifestaciones desplegadas por la enjuiciada, que pudiera indicar el grado de colaboración o participación en el trasiego de drogas del que formaban parte su hermano Robin y su esposo Socorro, pues lejos de lo que consideraron los Juzgadores, en ese primer indicio estimado (llamada telefónica constante en el casete número 7, lado B), cuando el justiciable Robin Jara Chavarría llama a su cuñado Socorro Rosales Baltodano, y ante la ausencia de este, pide hablar con su hermana Jeannette, esta tampoco se encontraba (ver folio 24, línea 19, tomo I), situación que no es acotada por el Tribunal en el fallo cuestionado, de allí que lo atribuido a esta acusada, y que se extrae del diálogo entre sus dos parientes (Robin y Socorro), carece de sustento, en tanto no consta dentro del elenco de pruebas, la supuesta comunicación entre Robin Jara Chavarría y su hermana Jeannette, que pueda traducirse en una conducta, actividad o manifestación de su parte. En la segunda llamada telefónica, entre la promovente y su hermana Nubia, si bien es cierto se produce en los términos en que los Jueces la apuntaron, no encontró respuesta alguna de parte de la sentenciada, positiva o negativa, limitándose a guardar silencio ante la alerta recibida, de allí que, tal y como se reclama, los indicios apuntados no son suficientes para concluir unívocamente sobre la efectiva participación de la sentenciada en el grupo delictivo organizado, bajo las órdenes de su hermano Robin Jara Chavarría, pues a lo sumo, de toda la prueba recabada, ante la ausencia de otros elementos indiciarios o directos sobre su participación o colaboración, en los términos requeridos para un fallo condenatorio, solamente podría concluirse que la sentenciada Jeannette Jara Chavarría, tenía conocimiento que su hermano Robin y su esposo Socorro Rosales Baltodano se dedicaban al tráfico nacional de drogas, tal y como se demostró en sentencia, existiendo para la encausada un derecho de abstención para denunciar o declarar, sobre aquellos aspectos que pudieran afectar los intereses de sus parientes consanguíneos y por afinidad, conforme lo establece el artículo 205 del Código Procesal Penal, de allí que también el simple decomiso de la droga y otros implementos propios del trasiego y la elaboración de estupefacientes, hallados en la casa de habitación que Jeannette Jara Chavarría compartía con Rosales Baltodano y otros familiares, respecto de ella, carecen de



Centro de Información Jurídica en Línea



la fuerza suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria en su perjuicio. No cabe duda que las intervenciones telefónicas, constituyen elementos indiciarios importantes para establecer la participación delictiva de una persona a quien se le atribuyen actividades, como en este caso, relacionadas con el negocio ilícito de drogas, las que aunadas a otras pruebas, permitirían arribar a una decisión condenatoria. Sin embargo, en lo que se refiere a la sentenciada Jeannette Jara Chavarría, en la causa seguida en su contra como miembro de una organización criminal dedicada al tráfico nacional de drogas, no se allegó prueba alguna que la relacionara con la venta, expendio o distribución de droga a consumidores o vendedores (venta al "menudeo"), como sí se aportó con relación a otros de los encausados; tampoco fue sindicada por los oficiales de policía que estuvieron a cargo de las investigaciones y que de manera encubierta adquirieron drogas de los participantes en la organización criminal (ver folios 864 vuelto y 871 vuelto, tomo II), contando el Tribunal únicamente en su contra, con las dos llamadas telefónicas y el decomiso mencionado, material insuficiente, para ligarla con la obtención de pedidos o acuerdos de entrega, bajo la supervisión y dirección de Robin Jara Chavarría. En atención a lo que en el procedimiento de revisión que se examina, reprocha la impugnante, para provocar este nuevo cuestionamiento sobre el fallo dictado, en efecto, el Derecho actualmente vigente es un Derecho Penal de acto o hecho, y no un Derecho Penal de autor, en tanto la punibilidad del acusado estará vinculada a la acción concreta típicamente ejecutada, y la sanción aplicable será solo la respuesta a ese hecho individual, y no a la forma en que el inculcado haya conducido o conduzca su vida (sobre el particular ver Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Editorial Civitas S.A. 1997, pp.176 y 184). En lo que al tema específico se refiere, la decisión condenatoria emitida por los Juzgadores contra la ahora sentenciada Jeannette Jara Chavarría, no versó en forma exacta en torno a la acción delictiva concreta por ella ejecutada, sino que tuvo relevancia el entorno familiar donde ella se desarrollaba y la relación conyugal que la ligaba a otro de los coautores, en tanto las pruebas en su contra, aun cuando se mostraron insuficientes, permitiendo varias posibilidades de conclusión y no una sola, unívoca, sobre su efectiva y real participación dentro del grupo organizado, cedieron terreno para que los jueces, sustentaran su juicio condenatorio, lo que a todas luces, tal y como lo reprocha la gestiona, violenta sus posibilidades de defensa y el debido proceso, es decir, su derecho a que se juzgue y se condene (si así es factible), por hechos ilícitos efectivamente realizados, sin margen de duda sobre su culpabilidad, en conexión con las pruebas aportadas. Sin embargo, en este caso, el carácter anfibológico de los elementos



Centro de Información Jurídica en Línea



probatorios se tradujo en un fallo de "certeza", que no se ajusta a los presupuestos fácticos comprobados, en tanto sin mayor soporte, llevaron a concluir sobre su participación, a título de coautora, con pleno dominio funcional, cuando ello no se derivaba del material analizado. Por todo lo expuesto, se declara con lugar el procedimiento de revisión incoado por la sentenciada y su defensa técnica. Se anula la sentencia dictada y el debate que le dio origen, en tanto condenó a Jeannette Jara Chavarría, como coautora del delito de organización para el tráfico nacional de drogas y le impuso una pena de diez años y medio de prisión. Con fundamento en la decisión acordada, entra esta Sala a resolver por el fondo la causa alegada, al tornarse estéril el reenvío para una nueva sustanciación, toda vez que los defectos apuntados a la prueba analizada no pueden ser remediados; en consecuencia aplicando del principio in dubio pro reo, se absuelve a la promovente de toda pena y responsabilidad, ordenando su libertad, si otra causa no lo impide. Por innecesario, se omite pronunciamiento sobre las restantes causales de revisión invocadas."

C. Intervención Telefónica que implica⁸

[...]

"Contrario a lo que sostiene la accionante, el procedimiento de intervenciones telefónicas que se estableció a través de la reciente reforma constitucional de este artículo 24, tiende precisamente a permitir su utilización para la investigación de posibles delitos, investigación que se realiza tanto en la etapa de investigación policial, a fin de identificar a los presuntos responsables e incoar en su contra un proceso penal, como durante la etapa de la instrucción judicial del asunto, etapa en la que la actuación exigida del juez lo es como garantía de cumplimiento de las restricciones que la Constitución establece en protección de la intimidad de los habitantes de la Nación.

III.- El artículo 24 constitucional también establece:

"Toda resolución judicial amparada en esta norma deberá ser razonada, podrá ser ejecutada de inmediato y su aplicación y control, serán en forma indelegable, responsabilidad de la autoridad judicial."

La accionante considera que, al permitir el artículo 9 que la intervención de las comunicaciones privadas se realice dentro de una



Centro de Información Jurídica en Línea



investigación policial, se está dando una delegación de las atribuciones del juez, contraria a lo establecido en el citado artículo 24. Igual argumento le sirve para fundamentar el alegato de inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 7425, en el que se establece:

"... El Juez realizará personalmente la diligencia, salvo en casos de excepción en los cuales, según su criterio, podrá delegarla en miembros del Organismo de Investigación Judicial o del Ministerio Público, quienes deberán informarle, por escrito, del resultado. De ello deberá levantarse el acta correspondiente."

Un primer aspecto a analizar es el relativo a la definición del procedimiento de intervención telefónica. La intervención telefónica implica dos aspectos esenciales. En primer lugar, se refiere al procedimiento técnico que permite y facilita la realización de la intervención en sí misma y comprende la colocación de una serie de cables que se adhieren a la central telefónica y al número telefónico cuya interceptación se pretende, así como la instalación del equipo de registro o grabación del contenido de las llamadas, el cual queda registrado en un cassette, que es periódicamente retirado y reemplazado para hacer de la grabación un procedimiento continuo, según el período en que ésta haya sido acordada por la autoridad judicial. En segundo lugar, el término hace alusión a las implicaciones mismas del procedimiento de intervención telefónica, es decir, lo que se busca con dicho procedimiento y lo que con él se comprende. Es en este segundo aspecto, en el que se alude al contenido mismo de la medida, que debe ser relacionada la intervención telefónica con el numeral 24 de la Constitución Política. Y aquí la doctrina es conteste en señalar que el procedimiento de intervención telefónica implica el registro y la escucha, es decir, la imposición del contenido o la posibilidad de imponerse de contenido de las llamadas registradas mediante la intervención misma. El tema ha sido discutido sobre todo por la doctrina española, a partir de la necesaria distinción que ha de hacerse entre los términos "intervención" y "observación" telefónica contenidos en los incisos 2 y 3 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente y con el fin de delimitar el alcance de la autorización que conceden esos incisos para incidirse en la inviolabilidad de las comunicaciones orales. Así, claramente se ha diferenciado entre ambos conceptos, estableciéndose que la intervención supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. Por su parte, el término "observación" ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, del número telefónico del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, el cual debe



Centro de Información Jurídica en Línea



permanecer secreto. Estas conclusiones son perfectamente trasladables a nuestro medio, distinguiéndose tanto desde el punto de vista conceptual, como del punto de vista técnico, entre la intervención telefónica, que implica la grabación y la imposición eventual del contenido de las llamadas registradas y el procedimiento de "rastreo" telefónico, procedimiento mediante el cual es posible identificar los números telefónicos de los cuales procede una llamada o a los cuales se dirige la comunicación, sin posibilidad alguna de imponerse del contenido de las llamadas. Ambos procedimientos, sin embargo, poseen incidencia en la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones contemplada por el numeral 24 de nuestra Constitución Política, no obstante que por su propia naturaleza la incidencia amerita un tratamiento distinto, pues la intervención telefónica representa la forma más directa y fuerte de vulnerar la inviolabilidad de las comunicaciones, porque implica ni más ni menos que el conocimiento de su contenido.

IV.- La garantía establecida en el artículo 24 constitucional se satisface con el cumplimiento de las siguientes exigencias: a) intervención necesaria del juez en cualquier autorización de intervenir las comunicaciones; b) la exigencia a éste de una resolución debidamente fundamentada en donde autorice la medida y la delimite en el tiempo; c) la exigencia de un estricto control sobre la aplicación de la medida, para todo lo cual posee una responsabilidad indelegable y d) que el juez se imponga del contenido de la comunicación intervenida y sea él quién discrimine, en primera instancia, cuáles contenidos podrán trascender a las partes y a la policía. Con ello se quiere que el juez que autoriza intervenir las comunicaciones mantenga un estricto control sobre todas las diligencias, sin abandonarlas al criterio y arbitrio de la autoridad policial, como ocurría bajo el amparo del antiguo numeral 221 del Código de Procedimientos Penales, declarado inconstitucional por esta Sala. Ni el artículo 9 ni el 10 que se cuestionan establecen una delegación de las facultades del juez, contraria a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución. Únicamente los Tribunales de Justicia pueden ordenar, en resolución fundada y en los casos expresamente previstos por ley, la intervención de cualquier tipo de comunicaciones privadas. Para admitir la injerencia de las autoridades en tales comunicaciones, debe existir un control constante y efectivo sobre la medida ordenada, control que debe ser ejercido, necesariamente, por la Autoridad judicial, de manera tal que queda garantizado su monopolio en lo que a la limitación de Derechos y libertades fundamentales se refiere. De hecho, el artículo 16 de la ley establece expresamente:



Centro de Información Jurídica en Línea



"El Juez que ordene la intervención será el responsable directo de todas las actuaciones realizadas en aplicación de las medidas, sin que pueda haber delegación alguna en este sentido.

El personal técnico encargado de ejecutar la medida quedará subordinado a la autoridad judicial correspondiente, mientras dure su aplicación."

Tanto el Ministerio Público, como el Organismo de Investigación Judicial y las demás autoridades de policía fungen, en esta materia, como auxiliares de la autoridad judicial y actúan bajo su estricta supervisión. En otras palabras, el juez no delega, en virtud de lo establecido en los artículos 9 y 10 cuestionados, la atribución constitucional de intervenir las comunicaciones privadas, en los supuestos regulados por ley. Es el Juez quien ordena la medida y regula su ejecución. Esto no impide que pueda recurrir al Ministerio Público o a las autoridades de policía, a fin de que ellos ejecuten los actos materiales de intervención y registro de las comunicaciones. Desde la perspectiva constitucional, la autoridad jurisdiccional es la única autorizada para imponerse del contenido de las comunicaciones intervenidas y para discriminar, en primer término, cuál información puede ser puesta en conocimiento de las autoridades a efectos de la investigación y del posterior enjuiciamiento penal. La intervención lo es únicamente a favor de los jueces y nunca de los órganos policiales o de investigación, ni siquiera del Ministerio Público. Esto porque corresponde al juez garantizar el marco de confidencialidad con que el constituyente ha querido proteger las comunicaciones de las personas. El Juez será siempre uno -el natural- sólo sustituible en casos excepcionales de urgencia. El avance de la tecnología permite llevar a la práctica la solución, sin mayores problemas, pues existen medios de grabación que no permiten imponerse del contenido de lo grabado, sin que lo autorice quien tiene la facultad de hacerlo. En consecuencia, si se interpreta que la "delegación" a que hacen referencia los artículos 9 y 10 cuestionados, se refiere a la ejecución material de la intervención y no a la responsabilidad sobre la misma, ni a la imposición del contenido de las comunicaciones, tales normas no resultan inconstitucionales."

d. Allanamiento definición⁹

Para analizar el primer argumento es preciso fijar los alcances del artículo 23 de la Constitución, en el que se garantiza la inviolabilidad del domicilio y de todo recinto privado, con las excepciones contempladas en la misma norma. Ese artículo dispone:



Centro de Información Jurídica en Línea



"El domicilio y todo 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."

Debe establecerse si en el transcrito artículo sólo se autoriza el allanamiento del lugar -tesis del recurrente-, o si por el contrario, al autorizarse el ingreso en el recinto privado, ello conlleva la posibilidad de registrarlo y decomisar los objetos o escritos que interesen a la investigación que se realiza -tesis de la Procuraduría y demás informantes-. La norma señala claramente tres excepciones al principio de inviolabilidad de domicilio, que deben cumplirse con sujeción a lo que disponga la ley: a) que un juez competente en orden escrita así lo disponga, b) que se realice para impedir la comisión o impunidad de delitos, c) o para evitar daños graves a las personas o a la propiedad. El accionante en su argumentación sostiene que el allanamiento de recintos privados que autoriza el legislador constituyente, en las excepciones supra expuestas no faculta para que se registre y secuestren documentos u otros objetos. Este argumento -como bien lo señalan las otras partes- es insostenible porque desconoce el objeto o razón de ser de esta figura. El allanamiento no constituye un fin en sí mismo, por el contrario, el constituyente autorizó que se violara el ámbito de intimidad en los casos expuestos, atendiendo a la necesidad de defender otros valores de igual o mayor importancia, como lo son la justicia o la protección de los valores jurídicos fundamentales de la colectividad (la vida, la propiedad, por ejemplo). El ordenamiento penal tiene su razón de ser en la necesidad de proteger esos valores, cuando no sea posible su salvaguarda por medios menos drásticos y es con ese fin que se limitan los derechos individuales, en la medida indispensable para proteger los de la colectividad. El allanamiento no pretende simplemente permitir el ingreso de extraños en un recinto privado, sino también practicar determinados actos necesarios para el desenvolvimiento del proceso: inspección, registro, secuestro, captura, entre otros, por ello ha sido definido en doctrina como "un acto de coerción real limitativo de una garantía constitucional, consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad de quien está protegido por esa garantía, cumplido por la autoridad judicial con fines procesales y legitimado solamente cuando se ha satisfecho las formalidades impuestas por la ley ritual". Difícilmente se podrían cumplir los fines procesales si se autorizara el ingreso a un recinto privado sin pretender que ello implique autorización para -de resultar necesario para el proceso-, registrar, secuestrar o capturar. Desde luego que el secuestro de documentos privados y las co-



Centro de Información Jurídica en Línea



municaciones escritas de los habitantes de la República, no puede realizarse al amparo de la autorización otorgada en el artículo en comentario, pues respecto de ellos, el Constituyente fijó reglas diferentes en el artículo 24 constitucional, pues se quiso dar una mayor garantía en relación con esos escritos y documentos. Lo anterior nos lleva a concluir que el registro -que se da para lugares- y el secuestro -en relación con documentos y objetos-, contenidos en los artículos 209 y 216 del Código de Procedimientos Penales, no son contrarios al espíritu o razón de ser del artículo 23 de nuestra Constitución, en el entendido de que el secuestro, registro o examen de documentos privados y comunicaciones escritas, se encuentra constitucionalmente regulado en el artículo siguiente (24), razón por la que su análisis se hará en el próximo considerando, sea que con la excepción apuntada, referida a los documentos privados y comunicaciones escritas, puede aceptarse desde ya, que, tanto el registro de domicilios, como de otros lugares privados, al igual que el secuestro de cosas y objetos relacionados con el delito, son constitucionalmente aceptados.

Ivo. En su segundo argumento el accionante sostiene que el registro y secuestro de documentos privados o comunicaciones escritas no puede efectuarse hasta que no se dicte la ley especial a que se refiere el artículo 24 de la Constitución, pues en esa norma no se hizo exclusión alguna en relación con la legislación vigente. El argumento sugiere la posibilidad de una inconstitucionalidad sobreviniente o la derogación tácita de los artículos 209 y 216 del Código de Procedimientos Penales, como consecuencia de la reciente reforma constitucional del artículo 24, por no haberse aprobado aún la ley a que en ella se hace referencia. Estos problemas surgen cuando una nueva constitución, o una enmienda constitucional coexisten con normas anteriores a la constitución nueva o reformada (normas preconstitucionales) y aparecen entre ellas incompatibilidades o discordancias, que no resuelve expresamente el constituyente. La antinomia puede resolverse de varias formas, según la posición doctrinaria que se tenga, no obstante ambos extremos (inconstitucionalidad sobreviniente y derogación tácita), suponen la existencia de una incompatibilidad que implica que el derecho anterior a la reforma no puede ser aplicado por ser contrario al nuevo texto constitucional. El artículo 24 reformado disponía:

"Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas u orales de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley fijará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.



Centro de Información Jurídica en Línea



Igualmente la ley fijará los casos en que los funcionarios competentes podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos, como medida indispensable para fines fiscales.

La correspondencia que fuere sustraída, de cualquier clase que sea, no producirá efecto legal."

El artículo 24, según la reforma aprobada por ley número 7242, de 27 de mayo de 1919, dice:

"Se garantiza el derecho a la intimidad y a la libertad y el secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, esta Ley determinará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar la intervención de cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación se podrá autorizar el uso de esta potestad excepcional y el tiempo durante el que se permitirá. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Toda resolución judicial amparada en esta norma deberá ser razonada, podrá ser ejecutada de inmediato y su aplicación y control, serán en forma indelegable, responsabilidad de la autoridad judicial.

La Ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos, respectivamente. La correspondencia que fuere sustraída y la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación, no producirán efectos legales."

Esta acción obedece a que en la sede de la Unión Nacional de Cooperativas se realizó un allanamiento y se secuestraron informes de auditorías externas, estados financieros, cartas de la gerencia e informes de asambleas de asociados. De la propia norma constitucional se infiere que los libros de contabilidad y sus anexos son do-



Centro de Información Jurídica en Línea



cumentos privados, pues se establece reserva legal para que determinadas autoridades, además de las judiciales, puedan imponerse de su contenido. En razón de la modificación del artículo 24 de la Constitución Política, debe ahora fijarse si el Código de Procedimientos Penales en tanto permite el secuestro de documentos privados y comunicaciones escritas de los habitantes de la República, debe cumplir con la exigencia constitucional respecto de la votación calificada para autorizar aquéllas actuaciones jurisdiccionales.

Vo.- En la transcrita norma del artículo 24 constitucional vigente, el texto resaltado en negrita, corresponde a la redacción conforme al texto derogado. Comparando ambos, se constata que en relación con los documentos privados y las comunicaciones escritas, la voluntad del constituyente se mantuvo incólume, salvo en cuanto se refiere a la exigencia de procedimiento legislativo de una mayoría calificada, para la aprobación de la norma. La doctrina acostumbra abordar el tema referido a la relación de normas constitucionales reformadas, con las de ellas derivadas, en forma diferente, si se trata de una reforma material, entendiendo por tal la que proviene de una discordancia u oposición entre el contenido de la constitución y el derecho infraconstitucional, lo que no ocurre en el caso en examen, a si se trata de una reforma formal, entendiendo por tal la que proviene de un defecto de forma o procedimiento en la emanación de la norma infraconstitucional, señalando que en este último caso si la norma era inconstitucional respecto del texto constitucional viejo, sigue afectada de su vicio original, por lo que la declaratoria de inconstitucionalidad puede hacerse aún bajo la vigencia de la nueva norma constitucional, pues el cambio de requisitos no sana la irregularidad original. Por el contrario, cuando una norma fue constitucionalmente emitida de conformidad con los requisitos formales de la constitución vieja y la nueva estipula formas o procedimientos diferentes, aquella norma no se convierte en inconstitucional, porque su constitucionalidad "formal" primitiva no desaparece, ni admite confrontarse con la constitución nueva o reformada. Criterio igual tiene vigencia en materia procesal, "Los actos cumplidos antes de la vigencia de este Código y que no se opongan a lo dispuesto en los artículos anteriores -en los que se dispone sobre la adecuación de las causas en tramite a los nuevos criterios-, conservarán plena validez", se dispuso en el artículo IV. de la ley que dio vigencia al Código de Procedimientos Penales, número 5377 de 19 de octubre de 1973, regla que también contiene el Código de Procedimientos Civiles, al disponerse: "Contra las resoluciones que estuvieren ya dictadas al entrar en vigencia la presente ley cabrán los recursos autorizados por la disposiciones procesales vigentes al pronunciarse ellas, y se tramitarán, en



Centro de Información Jurídica en Línea



cuanto fuere posible, ajustándolos a la nueva legislación...". En aplicación de dicha tesis, debe concluirse que los artículos impugnados de inconstitucionalidad del Código de Procedimientos Penales, en realidad no están viciados, pues al referirse la reforma constitucional a un cambio de criterio en relación al procedimiento legislativo para regular la materia, las dictadas de conformidad con el texto anterior del artículo 24, conservan su validez. Lo que el legislador pretende es que cuando se emita la nueva ley que regule los aspectos que interesa ahora al nuevo artículo 24, se apruebe por los dos tercios de los diputados que conforman la Asamblea Legislativa, esto en razón de las nuevas facultades punitivas que se le acuerdan a los órganos represivos del Estado -en cuanto a las comunicaciones orales-, que sin duda afectan mucho más que en el pasado, el derecho a la intimidad de los habitantes de la República. No es igual comparar el vacío legal que sí existía en el caso de las comunicaciones orales, con el de los documentos privados y comunicaciones escritas, no solo por no haber estado aquéllas autorizadas anteriormente (según la redacción original), sino por haberse anulado -por ésta razón- la norma legal que las autorizaba. Desde luego que si se dictare nueva norma legal referida a la materia, debe cumplir con el requisito formal ahora establecido de la mayoría calificada para su aprobación legislativa. En razón de lo anterior procede denegar la inconstitucional solicitada en cuanto al extremo analizado.

VI.- Al dársele curso a la presente acción, se le admitió también por resultar supuestamente violatoria del artículo 45 de la Constitución, a pesar de que el accionante no fundamentó, ni en su escrito inicial, ni en su ampliación posterior, los argumentos en los cuales se basa. Ello por sí solo justificaría el rechazo de la acción sobre este punto, pero además como bien lo señala la Procuraduría General de la República al contestar la audiencia que se le confirió, si bien la Constitución al establecer la inviolabilidad de la propiedad privada, se está refiriendo tanto a la propiedad mueble como inmueble, lo cierto es que las reglas de especificidad o especialidad exigen que en cuanto a la protección de documentos privados y comunicaciones escritas -para evitar la duplicidad de protección constitucional-, deba prevalecer la protección contenida en el artículo 24 de la Constitución, sobre la que tutela el numeral 45 de ese cuerpo normativo.

CIRCULAR

a. Allanamiento de morada¹⁰



Centro de Información Jurídica en Línea



"El Consejo Superior, en sesión N° 17-06, celebrada el 9 de marzo de 2006, artículo XXXI, dispuso hacer su conocimiento las siguientes recomendaciones de la Comisión de la Jurisdicción Penal, sobre allanamientos de morada:

1) El allanamiento de morada u otros lugares habitados constituye una medida que afecta derechos fundamentales, razón por la cual ha de ser ordenada por el juez competente quien, desde luego, debe valorar las motivaciones de la solicitud planteada por el Ministerio Público y determinar si concurren elementos de juicio suficientes que justifiquen la lesión de tales derechos. Desde esta perspectiva, si el juzgador considera que las investigaciones de las que se da cuenta en la solicitud no permiten sostener siquiera una sospecha fundada de que se cometió o se está cometiendo un delito, su deber es negar la orden de allanamiento, a través de resolución que exponga con claridad los fundamentos de lo decidido. Se trata aquí del control esencial que el juez está llamado a ejercer para valorar si lo peticionado se ajusta a los presupuestos constitucional y legalmente exigidos a fin de afectar con justa causa derechos fundamentales.

2) El artículo 15 del Código Procesal Penal dispone: "El tribunal o el fiscal que constate un defecto formal saneable en cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de cinco días. Si no se corrige en el plazo conferido, resolverá lo correspondiente". La norma transcrita se aplica, como resulta obvio, a las solicitudes que el Ministerio Público plantee ante el juez penal, incluidas las de allanamiento, de manera que a ella debe acudir si existe alguna duda en cuanto a la identidad del firmante de la petición, se detecta cualquier otra falencia de naturaleza formal o incluso si se estima que el relato de las investigaciones es oscuro, omiso o ambiguo. En esta hipótesis, la ley persigue el saneamiento del defecto, por lo que de ningún modo se justifica el mero rechazo de lo solicitado. Además, no existe obstáculo alguno para que la comunicación entre el juez y la fiscalía se realice verbalmente en casos de urgencia o cuando sea preciso asegurar la confidencialidad y el secreto de los datos, de forma que el fiscal proceda luego a aclarar o ampliar por escrito la solicitud en los extremos defectuosos o a rendir una manifestación en el juzgado que se haga constar en un acta que acompañará y complementará la solicitud original. Lo mismo debe decirse respecto de las discrepancias en cuanto a la hora y fecha en que se pretende llevar a cabo el acto. A menos de que sea preciso efectuarlo en un momento determinado, porque solo en ese instante será posible comprobar o poner fin a la continuación de la actividad de-



Centro de Información Jurídica en Línea



lictiva, lo propio es que el juzgador coordine con el Ministerio Público (si este no se ha comunicado con él antes) la fecha y la hora más inmediata en que se hallará disponible para practicar la diligencia y se fije en la orden la que se ajuste a la agenda del juzgado y a los intereses de la investigación, pues es al juez a quien compete definir estos extremos y puede, por ende, variarlos sin ningún obstáculo, dentro de los límites horarios establecidos en la ley. No se observa, entonces, justificación para rechazar de plano la solicitud invocando la imposibilidad de realizar el allanamiento en la hora o el día que pretende el Ministerio Público, cuando es posible modificarlos de manera consensual y coordinada.

3) Las compras controladas de drogas no importan lesión de derechos fundamentales, por lo que no requieren ser autorizadas por un juez. Se trata de actos de investigación con los que se pretende determinar si una persona se dedica a la venta de sustancias ilícitas, mediante la compra -no provocada- que realiza la policía, por sí misma o sirviéndose de colaboradores, al individuo del que, según se tiene noticia, está ejerciendo la actividad delictiva y previa realización de ciertos actos investigativos (vigilancias, observaciones, seguimientos). Por su propia naturaleza, no requieren entonces la presencia de jueces, fiscales o defensores y pueden ser hechos por la policía, actuando bajo la dirección funcional del Ministerio Público.

4) La mencionada dirección funcional que el Ministerio Público ejerce sobre la policía, no significa que los fiscales deban acompañar a las autoridades policiales o ejecutar por sí las actuaciones que son propias de estas últimas, sustituyéndolas en su quehacer. Significa, más bien, que la policía, salvo las excepciones previstas en la ley, no puede actuar oficiosamente, decidiendo cuáles casos indagará y qué acciones de investigación realizará. De esta suerte, la dirección funcional opera cuando el Ministerio Público es informado por la policía de la necesidad de practicar cierta investigación y el órgano acusador, además de autorizar que el caso sea investigado, brinda las directrices y los lineamientos generales que estima serán útiles, legítimos y pertinentes para asegurar el éxito de las indagaciones y se le mantiene informado de sus avances. En esta labor, el Ministerio Público es el llamado a definir cuáles técnicas podrán utilizarse (v. gr.: compras controladas, vigilancias, seguimientos, intervenciones de las comunicaciones, solicitudes de informes a instituciones, entre otras), pero la participación personal del fiscal en los actos - o del juez, en su caso- solo es necesaria cuando así lo demanda la ley. En los demás supuestos, la policía es la llamada a ejecutar las actuaciones de investigación que ya fueron aprobadas en general por el Ministe-



Centro de Información Jurídica en Línea



rio Público y no se requiere que este último participe en su práctica, aunque sí que se le informe inmediatamente de su resultado (v. gr.: vigilancias, seguimientos, compras controladas). Desde este punto de vista, y en lo que concierne al extremo concreto que aquí se analiza, el estudio que el juez a quien se le solicita emitir una orden de allanamiento, puede hacer respecto de la existencia de la dirección funcional dicha, se limita a verificar que la petición no provenga de autoridades policiales que estén actuando sin ningún respaldo del Ministerio Público, basadas en investigaciones oficiosas propias que la fiscalía desconoce. Si la solicitud proviene del fiscal, es él quien está asumiendo la responsabilidad de la existencia y del contenido de la dirección funcional y sobre este contenido el control que el juez puede ejercer es aún más limitado, pues por tratarse de actos de investigación que le son ajenos y que no está llamado a dirigir, solo podrá examinarlos en cuanto importen actuaciones ilegítimas o arbitrarias (v. gr.: que los datos en los que se funda la solicitud hayan sido obtenidos mediante el uso de la tortura o a partir de otros allanamientos hechos sin orden judicial, o de alguna otra fuente ilícita). Sin embargo, una vez que se constate que las investigaciones se han practicado con arreglo a derecho (sin el uso de técnicas o medios ilícitos), que brindan una base suficiente y razonable para concluir que probablemente existe o existió un hecho delictivo y que la solicitud de allanamiento proviene del Ministerio Público, ningún motivo se aprecia para justificar un rechazo fundado en la suposición de que la mencionada dirección funcional fue defectuosa o insuficiente.

5) Se desprende de lo dicho en los apartados precedentes, que el uso de agentes encubiertos o de colaboradores (sujetos particulares) para efectuar compras controladas o vigiladas de drogas, constituye una técnica de investigación lícita que no requiere ser autorizada por el juez penal ni llevada a cabo por el Ministerio Público, sino que puede ser ejecutada por la policía, bajo la dirección funcional del órgano acusador. Sobre este tema, pueden consultarse numerosas sentencias de la Sala Tercera de la Corte, entre ellas la N° 900-99, de 9:47 horas de 19 de julio de 1999, N° 780-01, de 9:15 horas de 29 de agosto de 2001, N° 993-05, de 8:50 horas de 2 de setiembre de 2005; y, de la Sala Constitucional, las resoluciones N° 5573-96, de 11:06 horas de 18 de octubre de 1996 y la N° 5256-03 de 14:34 horas de 18 de junio de 2003. No debe, entonces, confundirse la orden de allanamiento que sí debe ser expedida por el juez, con la práctica de una compra controlada de drogas que no requiere la autorización jurisdiccional, en tanto no importa la lesión de derechos fundamentales. Desde este punto de vista, al momento de realizarse la compra vigilada final (a la que, usualmente,



Centro de Información Jurídica en Línea



los jueces acostumbran condicionar la práctica del allanamiento), no compete al juzgador determinar si el acto debe ser realizado por un agente encubierto o por un colaborador (particular), pues esto es propio de la actividad policial y no de la jurisdiccional (artículos 10, 11 y 12 de la Ley sobre Estupefacientes). El juez no "autoriza" u "ordena" una compra controlada ni tiene por qué hacerlo. El allanamiento, conforme a la ley, se decreta porque los elementos con los que ya se cuenta son suficientes para justificar la afectación de derechos fundamentales, con prescindencia de que se ejecute o no una nueva compra vigilada, de tal modo que si dicha última compra no se lleva a cabo por cualquier razón, el motivo para omitir la práctica del allanamiento puede ser de oportunidad, pero no de legalidad, porque de hecho ya fue ordenado en resolución

fundada que analizó los distintos elementos probatorios puestos a disposición del tribunal. Conforme se expuso antes, al juez sí le compete extender la orden de allanamiento, pero la ejecución de este acto no se relaciona con la compra vigilada, pues ciertamente el colaborador que efectúe tal compra no es un funcionario al que se le autorice a ingresar en la vivienda, ejecutar requisas, cooperar con los registros o llevar a cabo ninguna otra actuación de carácter policial. Su intervención se limita a someterse, voluntariamente, a una requisita inicial, hacer la compra controlada usando dinero previamente identificado y entregar a las autoridades la droga que adquirió de manos del sospechoso. Ninguna participación tiene el colaborador en los actos lesivos de derechos fundamentales que implican el allanamiento o el registro de viviendas, que sí son los que demandan la previa autorización jurisdiccional y en cuya práctica el juez funge como garante de la legalidad del procedimiento seguido. Desde luego, puesto que el juzgador está presente incluso durante la ejecución de la compra controlada, también debe vigilar que ella se realice sin que signifique una provocación a delinquir o, en fin, que no medie ninguna situación irregular, arbitraria o ilícita; pero determinar quién fungirá como comprador es tarea que compete de modo exclusivo a la policía y al Ministerio Público, en tanto son esos órganos los encargados de la investigación y de definir cuál mecanismo es el más apropiado para asegurar su eficacia. Por último, debe recalcar que la participación de colaboradores (sujetos particulares) o de testigos en investigaciones por tráfico de drogas o de delitos de cualquier naturaleza (v. gr.: en las denuncias por corrupción de funcionarios, donde es usual que los denunciantes colaboren acercándose al servidor público para hacer la entrega de dinero que es observada por la policía), es siempre de carácter voluntario y no establece ningún vínculo jurídico laboral o de otra índole entre el Estado y el individuo, que amerite recurrir a una "póliza de riesgos" o a un seguro social. La seguridad



Centro de Información Jurídica en Línea



del colaborador debe ser garantizada por la misma policía y si llegase a ocurrir algún evento que atente contra la integridad física o la vida de la persona, la responsabilidad que surgiría para el Estado sería idéntica a la que se derivaría de las lesiones o los daños sufridos por cualquier individuo que deba ser protegido cuando fallan los mecanismos de protección (v. gr.: las lesiones sufridas por un detenido, propiciadas por el descuido de los servidores que lo custodiaban y protegían). Se concluye de lo anterior que no se aprecia justificación jurídica al hecho de negar una orden de allanamiento por la sola circunstancia de que, a fin de realizar una compra vigilada de drogas, la policía pretenda utilizar a un particular como colaborador, pues definir este extremo es tarea que no compete al juez penal, sino a los órganos a los que la ley encomienda la función de investigar los delitos."

b. Allanamiento e intervención telefónica¹¹

El Consejo Superior en sesión celebrada hoy, 22 de diciembre en curso, artículo II, acordó las siguientes directrices para resolver la atención de las solicitudes de allanamientos, intervenciones telefónicas, rebeldes, apelaciones y otras diligencias propias de la materia penal, durante el período de cierre colectivo de fin y principio de año.

- 1) En horas y días hábiles el Ministerio Público debe hacer la solicitud de allanamiento y presentarla a los jueces del turno ordinario, quienes tienen suspendidas sus vacaciones porque les corresponde trabajar en el Segundo Circuito Judicial de San José. Si de la solicitud se deriva que es necesaria la participación de más jueces, el juez que resuelve deberá coordinar y convocar a los otros jueces que se encuentren laborando para atender las diligencias (el otro juez de planta y el juez del grupo D del turno extraordinario).
- 2) En horas y días no hábiles (sea sábados, domingos, feriados y asuetos) corresponderá al juez de turno extraordinario atender las solicitudes de allanamiento, y en caso de que se requiera la participación de más jueces para cumplirlo, deberá convocar a los que se encuentran asignados en el rol de rebeldías, según corresponda por competencia territorial. En este sentido se aclara que el rol establecido



Centro de Información Jurídica en Línea



para rebeldías debe cubrir además de lo establecido hasta el momento, cubrirá las solicitudes de allanamiento, en el entendido que se trata de allanamientos múltiples y simultáneos.

- 3) Los coordinadores de los Juzgados Penales de San José deberán comunicar por la vía más expedita que corresponda, a la Central de Radio y al Jefe de Servicio del O.I.J., la lista actualizada con nombres y teléfonos de los jueces que atenderán los despachos, sea los que estarán laborando en el turno ordinario, y los asignados en el rol de rebeldías.
- 4) La Central de Radio y el Jefe de servicio del OIJ deberán llevar un ampo completo con toda la información referente a los roles y las personas que deben cumplirlos y brindar la información de forma inmediata a las autoridades judiciales que lo requieran, así como colaborar con su ubicación, tal como ha venido operando hasta la fecha.
- 5) Los jueces que están asignados para atender rebeldías, en caso de requerirse su presencia porque con los jueces que están laborando no es posible atender todas las solicitudes del Ministerio Público, deberán apersonarse al Segundo Circuito Judicial de San José y colaborar en las diligencias que se estime necesario (allanamientos e intervenciones telefónicas). Es entendido que esta medida será excepcional.
- 6) Cualquier juez que ordene un allanamiento por comisión deberá coordinar con el juzgador comisionado, para que no sea la policía ni la fiscalía quienes tengan que solicitarlo y gestionarlo ante los jueces. Ello por cuanto es obligación del juzgador que ordena el allanamiento coordinarlo con el comisionado y darle seguimiento, independientemente del lugar que sea.
- 7) En cuanto a las intervenciones telefónicas, que se ordenen durante el período de cierre colectivo se procederá de la siguiente forma:
 - a) En cuanto a las nuevas solicitudes de intervención telefónica corresponderá conocerlas y resolver al juez que está laborando en el turno ordinario, quien una vez asumida deberá continuarla durante todo el tiempo que se requiera, y si no corresponde a su jurisdicción, una vez concluido el período de cierre deberá remitirla al juez competente. Es entendido que en caso de que el juez que asume la



Centro de Información Jurídica en Línea



intervención deba continuar, aún cuando haya finalizado su periodo de trabajo, tendrá derecho al disfrute posterior de sus vacaciones.

- b) Cuando la nueva solicitud de intervención telefónica, por razones de extrema urgencia deba ser presentada ante el Juzgado de Turno Extraordinario, el juez la ordenará por el tiempo que se requiera, pero en cuanto termine su turno lo remitirá al juez de turno ordinario correspondiente, quien deberá continuarla, bajo los mismos parámetros indicados en el punto anterior.
- 8) Respecto al trámite de apelaciones que corresponde a los Tribunales de Juicio del Primer y Segundo Circuito Judicial de San José, como la sede de trabajo de los jueces penales será el Segundo Circuito Judicial de San José, las partes (fiscal, defensor e imputados) así como los nuevos expedientes se encuentran en ese lugar, el Tribunal Penal del Primer Circuito tomará las previsiones del caso a fin de no causar retrasos injustificados en la tramitación de los procesos.
- 9) Las notificaciones que correspondan a la Defensa Pública y al Ministerio Público deberán hacerse en la sede del Segundo Circuito Judicial de San José, por ser la única oficina abierta. Además deberá facilitarse el acceso a los expedientes a las partes.
- 10) Se reitera que los Jueces Penales del Primer Circuito Judicial de San José, Hatillo, Pavas y Desamparados, deben dejar en un lugar accesible todos los expedientes con rebeldías, y los que tienen reo preso, para facilitar el trabajo de los jueces que deben atender dichos asuntos.
- 11) Los juzgados penales del resto del país laborarán conforme al Plan de Vacaciones aprobado por el Consejo Superior para el período 2005-2006, debiendo respetar en lo que les sean aplicables las directrices anteriores, sobre atención de allanamientos e intervenciones telefónicas.
- 12) Los servidores que como consecuencia de estas directrices suspendan sus vacaciones y laboren en esas fechas, las disfrutarán en fecha posterior. A esos efectos harán la comunicación correspondiente al Departamento de Personal.



Centro de Información Jurídica en Línea



FUENTES CITADAS:

- ¹ SALAS MORA, Blanca Iris. Actividad Procesal defectuosa en el código procesal penal: Generalidades, principios y consecuencias. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1999, pp 64-65.
- ² CAMPOS CALDERON, Federico. Cadena de la custodia de la prueba. 1ed. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental. 2002. p18
- ³ MORA ROMERO, Jorge Luis. Cadena de custodia de la prueba. Un aporte a la legislación Costarricense. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1991, pp 136-137.
- ⁴ MORA ROMERO, Jorge Luis. Cadena de custodia de la prueba. Un aporte a la legislación Costarricense. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1991, pp 137-139.
- ⁵ LEY No 7594 del 10 abril del año 1996, Art.181.
- ⁶ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 368-F-92 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del catorce de agosto de mil novecientos noventa y dos.
- ⁷ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 2006-01039 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del trece de octubre de dos mil seis.
- ⁸ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No.3195-95 de las quince horas doce minutos del veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco
- ⁹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No.4029-92 de las nueve horas y treinta minutos del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y dos.
- ¹⁰ CONSEJO SUPERIOR DEL PODER JUDICIAL. Circular N° 55-2006, San José, 5 de abril del 2006.
- ¹¹ CONSEJO SUPERIOR DEL PODER JUDICIAL. Circular N° 185-2005, San José, 22 de diciembre del 2005.