



Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

Tel. 2222-0501 / Fax 2222-0531 / faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr

I Circuito Judicial de San José, de la esquina sureste de la Corte Suprema de Justicia, 100 m. sur y 50 m. este. Av.10, C.21-23. Edificio AFE, 5° piso.
Ministerio Público, Costa Rica



EL PRESENTE BOLETÍN está dirigido a fiscales y fiscalas del Ministerio Público y tiene como finalidad exclusiva el servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. Sin embargo, no debe interpretarse que el Ministerio Público necesariamente comparte los criterios jurídicos vertidos en los votos referidos. Periódicamente se enviará también una actualización de los índices numéricos, alfabéticos o temáticos respectivos. **SE ADJUNTA EL VOTO COMPLETO** con las restricciones establecidas en la ley N° 8968, Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y en el "Reglamento de actuación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial (Ley No. 8968)" (Circular N° 193-2014). Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **26**
2015

RESOLUCIÓN

Resolución N°: 2014-01475

Órgano emisor: Sala de Casación Penal

Fecha resolución: 05 de setiembre del 2014

Recurso de: Casación

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

- ⇒ **Descriptor:** **Allanamiento**
- ⇒ **Restrictor:** Fundamentación concomitante en antecedentes policiales, denuncias formales, información confidencial y compras de instrumentos útiles para la comisión del delito por parte del encausado.

SUMARIO

Los antecedentes policiales (condenatoria dictada contra el imputado por el mismo delito que ahora se le investiga), las denuncias formales recibidas por el OIJ, la información confidencial dada a la policía y acciones personales del imputado como compras de materiales y utensilios pertinentes para la realización del ilícito (falsificación de billetes) pueden ser utilizados concomitantemente como elementos que hagan sospechar la posibilidad de que se esté ante un delito y en consecuencia servir de fundamento para dictar la orden de allanamiento válidamente.

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

"En el presente asunto, como bien lo señala el recurrente, se observa como el Juzgador que ordena el allanamiento, considera (a folios 55 y 56) el contenido del informe 532-F-2012 de folios 1 a 15,

del que deriva la existencia, no solo de una condenatoria dictada contra el imputado por el delito ahora investigado, sino también de denuncias recibidas por el Organismo de





Investigación Judicial en el sentido de que se daba para ese momento la circulación de billetes falsos, entre las que se cuentan una confidencial y otra tramitada con el número 12-017457-0042-PE. Además, se deriva que el encartado realizaba, en el negocio Jiménez y Tanzi, compras de alto valor y volumen de materiales y utensilios pertinentes para realizar la falsificación de billetes. Y como tercer elemento se tienen informaciones confidenciales dadas a los investigadores del Organismo de Investigación Judicial, sobre la participación del imputado en la falsificación de dinero, junto a varios sujetos. Así, el Fiscal Rolando Brenes Mora y el Juez Raymundo Pérez Castillo, si bien consideran los antecedentes penales del imputado, también consideran los tres elementos indicados para petitionar y ordenar el

allanamiento. Incluso al realizar una supresión hipotética de los antecedentes penales, se observa claramente que estos funcionarios (Fiscal y Juez) se sirven en forma legítima de las denuncias existentes por falsificación de billetes, a las informaciones confidenciales sobre la posible actividad de falsificación desarrollada por el endilgado y las compras realizadas por éste en [...]. El ad quem se refiere a estas compras en forma aislada, y las califica de actos legítimos que por sí solos no pueden servir de base siquiera a la sospecha de un delito. Sin embargo, el Juez Pérez Castillo, al considerar el informe 532-F-2012 de folios 1 a 15, las valora en relación a los otros dos elementos indicados (denuncias e informaciones confidenciales), lo que sí constituye una labor intelectual correcta.

VOTO INTEGRO N°2014-01475, Sala de Casación Penal

Res: 2014-01475 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas seis minutos del cinco de setiembre del dos mil catorce.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra [001]; por el delito de **falsificación de moneda**, en perjuicio de **la fe pública**. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Alberto Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Magda Pereira Villalobos y Doris Arias Madrigal. Además, en esta instancia, la licenciada Maribel Gutiérrez Villalobos, como defensora pública del encartado. Se apersonó el representante del Ministerio Público, licenciado José Alberto Rojas Chacón.

Resultando:

1.- Mediante sentencia N° 2013-1590 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del diecinueve de julio del dos mil trece, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, resolvió: **"POR TANTO:** Se declara parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la máster Maribel Gutiérrez

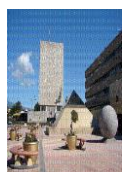
Villalobos, en su condición de defensora pública y sin lugar el planteado por el Ministerio Público. En consecuencia, se revoca la sentencia impugnada y, en su lugar, se absuelve de toda pena y responsabilidad a [001] por los delitos de falsificación de moneda y tenencia de instrumentos de falsificación que en perjuicio de la fe pública se le venían atribuyendo y se ordena su inmediata libertad si otra causa no lo impide. **Notifíquese. Joe Campos Bonilla, Rosaura Chinchilla Calderón, Katia Jiménez Fernández. Juezas y Juez de Apelación de Sentencia Penal.** (sic)".

2.- Contra el anterior pronunciamiento el representante del Ministerio Público, licenciado José Alberto Rojas Chacón, interpuso recurso de casación.

3.- Verificada la deliberación respectiva, la Sala entró a conocer del recurso.

4.- En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Considerando:





I. El Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José (integrado por las Juezas Linda Casas Zamora, Marlene Hidalgo Salas y Ana Patricia Araya Umaña) emite la sentencia 198-2013 de las 16:30 horas de 01 de marzo de 2013 (folios 166 a 186), mediante la que impone a [001] cuatro años de prisión por el concurso ideal de un delito de falsificación de moneda y un delito de tenencia de instrumentos de falsificación, cometidos en perjuicio de la Fe Pública. El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José Sede Goicoechea (integrado por los Jueces Joe Campos Bonilla, Rosaura Chinchilla Calderón y Katia Jiménez) emite la sentencia 2013-1590 de las 09:55 horas de 19 de julio de 2013 (folios 231 a 238), mediante la que *“Se declara parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la máster Maribel Gutiérrez Villalobos, en su condición de defensora pública y sin lugar el planteado por el Ministerio Público En consecuencia, se revoca la sentencia impugnada y, en su lugar, se absuelve de toda pena y responsabilidad a [001] por los delitos de falsificación de moneda y tenencia de instrumentos de falsificación que en perjuicio de la fe pública se le venían atribuyendo y ser ordena su inmediata libertad si otra causa no lo impide.”* (folio 238 vuelto). El Fiscal José Alberto Rojas Chacón, de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones, formula el 23 de agosto de 2013 recurso de casación (folios 244 a 255) contra la sentencia 2013-1590, porque considera que el Tribunal de Apelación interpreta en forma errónea los artículos 23 de la Constitución Política y 195 del Código Procesal Penal, al insertar elementos y requisitos no previstos en estas normas, para justificar la declaratoria de ineficacia del allanamiento en el apartamento del imputado. El allanamiento es una diligencia cuyo fin es la búsqueda y localización de indicios que comprueban la existencia de delitos; con aquel se obtienen “indicios comprobados” de una actividad delictiva que justifican la detención de una persona. La autorización del allanamiento necesita “sospecha fundada” de la actividad delictiva que se investiga para ser dictada. En el presente caso, a su juicio, sí existen elementos válidos que justifican la orden de allanamiento, por lo que solicita *“...se declare la ineficacia del fallo [2013-1590] impugnado y se reestablezca la sentencia condenatoria número 198-2013, de las dieciséis horas treinta minutos del primero de marzo de dos mil trece, dictada por el Tribunal Penal, I Circuito Judicial de San José”* (folio 255).

II. Esta Sala dicta el voto 2013-01605 de las 09:44 horas de 01 de noviembre de 2013, mediante el que admite el recurso de casación del Ministerio Público (folios 261 a 264).

III. Se declara con lugar el recurso de casación del

Ministerio Público. El allanamiento a un domicilio, habitación o recinto privado es una diligencia de investigación, de naturaleza coercitiva o cautelar, por la cual se pretende obtener elementos de prueba que, entre varios supuestos, 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. La existencia de sospechas fundadas es el elemento esencial que debe sopesar el juez a la hora de autorizar una diligencia de esta naturaleza, porque se trata de la afectación de un derecho fundamental que sólo procede en casos de excepción. La intervención del Juez en esta diligencia de investigación es un factor, entre otros, que sirve para garantizar la legitimidad del acto, porque está prescrita desde la propia Constitución. El Juez es garante de que existen elementos suficientes como para ordenar el allanamiento, para recabar indicios que permitan comprobar que se está en presencia de un delito, y, por ende, de que las razones por las que se pretende el ingreso a un domicilio, habitación o recinto privado, son atendibles al extremo de autorizarlo. Por ello, se contempla la orden previa de Juez como requisito sustancial para que proceda la diligencia. Lo anterior se contempla en el artículo 23 de la Constitución Política, que se lee: *“El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.”* La participación del Juez en el allanamiento tiene, desde la norma constitucional, sus propios requisitos: debe haber orden previa (como corolario de un acto de poder emanado de un funcionario público), la que debe estar debidamente motivada y sustentarse en la existencia de elementos que sirvan de fundamento para sospechar que se está en presencia de un delito, o frente a la posible lesión a los derechos o a la propiedad de terceras personas. A ellos deben sumársele los requisitos impuestos en la ley procesal y que, sin duda alguna, refuerzan las garantías dadas constitucionalmente, a saber: cómo debe ser esa orden y qué debe contener, quién puede gestionar tal diligencia si se está en la fase de investigación, dentro de qué horario puede realizarse el allanamiento, la identificación de los sujetos que actuarán en la diligencia y, en especial, la participación ineludible del juzgador cuando el allanamiento es de un domicilio, recinto privado o habitación. También se encuentran desarrollados los requisitos exigidos para realizar un allanamiento sin previa orden judicial en el numeral 197 del Código Procesal Penal, que contempla los supuestos de hecho que, de concurrir, lo autorizan sin orden judicial, es decir, sin intervención previa del Juez; estos supuestos son aún más excepcionales y obedecen,





la mayoría, a situaciones inminentes de urgencia o de claro riesgo para las personas moradoras de la vivienda o recinto, sus bienes o para evitar la impunidad de los autores de hechos delictivos. De las regulaciones constitucionales y legales se concluye que el principio general es la inviolabilidad del domicilio, y que el allanamiento es una excepción calificada al mismo. Por lo consiguiente, el órgano autorizado para permitir la intromisión en el domicilio de los ciudadanos debe ser prolijo en el otorgamiento y en manera alguna asumir un papel de simple legalizador de las actuaciones de otros órganos, sino que ha de ser contralor del debido respeto a los derechos de todas las personas afectadas por un proceso penal. Así, la ponderación por parte del Juzgador de los intereses en juego y la toma de decisión al valorar el pedido del Ministerio Público, debe constar en su resolución. La necesidad de motivar y expresar el sustento de la decisión, constituye una garantía para quien vea restringido su derecho y evita la arbitrariedad. Nótese, entonces, que el artículo 23 constitucional y el 195 del Código Procesal Penal sirven de marco normativo para el allanamiento. El artículo 37 de la Carta Magna se refiere a la detención de una persona, para la que se exige como requisito la existencia de un “indicio comprobado”; esta exigencia del numeral 37 iusidem no se refiere al allanamiento, lo que no significa que no existan requerimientos para que éste se ordene y ejecute, pues (como se ha indicado supra) se deben tener elementos que hagan sospechar que existe la posibilidad de que se esté ante un delito. En el presente asunto, como bien lo señala el recurrente, se observa como el Juzgador que ordena el allanamiento, considera (a folios 55 y 56) el contenido del informe 532-F-2012 de folios 1 a 15, del que deriva la existencia, no solo de una condenatoria dictada contra el imputado por el delito ahora investigado, sino también de denuncias recibidas por el Organismo de Investigación Judicial en el sentido de que se daba para ese momento la circulación de billetes falsos, entre las que se cuentan una confidencial y otra tramitada con el número 12-017457-0042-PE. Además, se deriva que el encartado realizaba, en el negocio Jiménez y Tanzi, compras de alto valor y volumen de materiales y utensilios pertinentes para realizar la falsificación de billetes. Y como tercer elemento se tienen informaciones confidenciales dadas a los investigadores del Organismo de Investigación Judicial, sobre la participación del imputado en la falsificación de dinero, junto a varios sujetos. Así, el Fiscal Rolando Brenes Mora y el Juez Raymundo Pérez Castillo, si bien consideran los antecedentes penales del imputado, también consideran los tres elementos indicados para peticionar y ordenar el allanamiento. Incluso al realizar una supresión hipotética de los antecedentes penales, se observa claramente que estos funcionarios (Fiscal y Juez) se sirven en forma legítima de las denuncias existentes por falsificación de

billetes, a las informaciones confidenciales sobre la posible actividad de falsificación desarrollada por el endilgado y las compras realizadas por éste en Jiménez y Tanzi. El ad quem se refiere a estas compras en forma aislada, y las califica de actos legítimos que por sí solos no pueden servir de base siquiera a la sospecha de un delito. Sin embargo, el Juez Pérez Castillo, al considerar el informe 532-F-2012 de folios 1 a 15, las valora en relación a los otros dos elementos indicados (denuncias e informaciones confidenciales), lo que sí constituye una labor intelectual correcta. Así, si bien es cierto la resolución de las 15:00 horas de 27 de septiembre de 2012 del Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José (folios 55 a 57) es concisa, ésta sí cumple el deber de valorar el mérito y pertinencia de la solicitud de allanamiento. Y es que, precisamente, el resultado de las investigaciones que haya hecho la Policía Judicial y el representante del Ministerio Público son la base fáctica que debe considerar el Juez Penal, junto a otros elementos si los hubiere, para decidir si acoge o no la solicitud de que se trate y si de estas investigaciones es posible derivar la pertinencia y necesidad de la medida. Por lo anterior, al no existir defecto alguno en la orden de allanamiento, por mayoría, se declara con lugar el recurso de casación formulado por el Fiscal José Alberto Rojas Chacón, de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones, se anula en su totalidad la sentencia 2013-1590 de las 09:55 horas de 19 de julio de 2013 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José Sede Goicoechea, y se confirma la sentencia 198-2013 de las 16:30 horas de 01 de marzo de 2013 del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José.

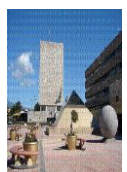
Por Tanto:

Por mayoría se declara con lugar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, se anula en su totalidad la sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, No. 2013-1590, de las 09:55 horas, del 19 de julio de 2013, y se confirma la sentencia del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, No. 198-2013, de las 16:30 horas, del 01 de marzo de 2013. El Magistrado Arroyo Gutiérrez salva el voto. **Notifíquese.** Carlos Chinchilla S., Jesús Alberto Ramírez Q., José Manuel Arroyo G., Magda Pereira V. Doris Arias M.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO JOSÉ MANUEL ARROYO GUTIÉRREZ

El que suscribe, Magistrado Arroyo Gutiérrez se separa del voto de mayoría y declara:

Considerando:





I.- El representante del Ministerio Público, José Alberto Rojas Chacón, interpone recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, No. 2013-1590, de las 09:55 horas, del 19 de julio de 2013; en la que se absolvió de toda pena y responsabilidad a [001].

II.- En el único motivo alega errónea aplicación de los artículos 175, 178 incisos a) y c), y 195 del Código Procesal Penal. Indica que el Tribunal de Apelación declaró la nulidad de la orden de allanamiento registro y secuestro, dictada por el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José, de las 15:00 horas, del 27 de septiembre de 2012, y en consecuencia, espuria toda la prueba derivada de ese acto. Considera que dicha declaratoria de nulidad es producto de una errónea aplicación de los artículos antes mencionados. Continúa señalando que el artículo 23 de la Constitución Política manda a que el domicilio solo pueda ser allanado mediante orden escrita de un juez, sin embargo no especifica en detalle los requisitos de esta orden, que son desarrollados legalmente por los artículos 193 y 195 del Código Procesal Penal. Estima que estos artículos no precisan cuál debe ser el contenido de dicha orden escrita. Arguye que de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión de la Jurisdicción Penal, divulgadas mediante la Circular del Consejo Superior No. 55-2006, publicada en el Boletín Judicial No. 78 del 24 de abril de 2006, la orden de allanamiento se justifica cuando existe una sospecha fundada de que se cometió o está cometiendo un delito. Asegura que el primer error del Tribunal de Apelación al aplicar estos artículos sobre el allanamiento, es integrarlos con requisitos que ellos no contienen. Afirma que al interpretar en su conjunto los artículos 1, 23 y 37 de la Constitución Política, así como el 195 inciso d) del Código Procesal Penal, el *ad quem* plantea que cualquier orden de allanamiento requiere necesariamente de “indicios comprobados” de la existencia de un delito por parte de los ocupantes de un recinto. Considera que la exigencia de un indicio comprobado que estatuye el artículo 37 de la Constitución Política, se refiere únicamente a la detención física de una persona, y no puede extenderse al allanamiento de un domicilio. Apunta que para el allanamiento de un domicilio basta con una sospecha fundada. Argumenta que aún aceptando la interpretación del Tribunal de Apelación, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Constitucional “...existe un ‘indicio comprobado’ cuando se ha desarrollado una actividad mínima de investigación que permita verificar el indicio inicial de que se ha cometido un delito...” (f. 248). Lo cual asegura ocurrió en este caso. Respecto a la investigación previa al allanamiento, afirma el impugnante que se equivoca el Tribunal, pues no es cierto que la policía decidiera vigilar al imputado por

iniciativa propia. Señala que habían recibido denuncias concretas sobre un vendedor de lotería que estaba entregando billetes falsos, como consta en el Informe del Organismo de Investigación Judicial No. 532-F-2012-CI. Agrega que también recibieron informes confidenciales de que el imputado estaba falsificando billetes, los cuales –apunta– son legítimos según la jurisprudencia de la Sala Tercera. Reclama que los Jueces de Apelación valoraron erróneamente el contenido del Informe Policial, pues en él se hace referencia a los materiales que fueron encontrados en la casa del imputado en una causa anterior por falsificación, porque eran similares a los que ahora se le vio comprando en Jiménez & Tanzi. Añade que en dicho Informe se describió cómo el imputado iba prácticamente todos los días a la librería ya mencionada, en ocasiones llegando a gastar hasta setenta mil colones en materiales idóneos para la falsificación. Aduce que no fue entonces que la policía judicial simplemente decidió investigar al imputado por su pasado, sino que ocurrieron hechos concretos que justificaban la sospecha fundada de que estaba cometiendo un delito. Alega que estos aspectos no fueron valorados por el Tribunal de Apelación. Por último destaca de dicho Informe que según las informaciones confidenciales, el encartado tenía un taller de falsificación en la zona de “Tierra Colombiana”, donde posteriormente se le observó encerrarse por horas. Argumenta que las características de la zona impedían a la policía determinar con mayor precisión cuál de los aposentos era el del justiciable. Concluye indicando que los anteriores elementos eran suficientes para tener una sospecha fundada de que el encartado estaba cometiendo el delito de falsificación de moneda, por lo cual el allanamiento sí se justificaba. **No lleva razón el Ministerio Público.** En criterio del impugnante el Tribunal de Apelación incurrió en una errónea aplicación de la normativa procesal que regula el allanamiento de morada, al considerar que el auto que lo ordenó carecía de fundamentación. Para resolver el reclamo resulta necesario, en primer lugar, determinar cuáles fueron los argumentos utilizados por el *ad quem* para considerar que la orden de allanamiento carecía de fundamentación. En criterio de los Jueces de apelación, la razón principal por la que el allanamiento fue ilegal, es porque no existió una sospecha fundada que lo justificara. Señalan que en este asunto el allanamiento se ordenó únicamente porque “la Policía Judicial decidió tener vigilado al acusado porque era una persona que en el pasado fue condenado por falsificación de moneda y porque durante las vigilancias y seguimientos se le observó vendiendo lotería, frecuentaba el local Jiménez y Tanzi en San José donde compraba materiales (papelería, tinta y sellos) y porque después se iba para una habitación que alquilaba cerca de Tierra Colombiana por el Museo de los Niños.” (f. 233). Estiman que esto no constituye un “indicio o sospecha fundada o motivo





suficiente” (f. 233), pues en primer lugar se aplicó un derecho penal de autor, al investigar al encartado por un hecho delictivo anteriormente juzgado. Indican que suprimiendo este elemento, la única información con que se contaba era *“que el endilgado fue observado vendiendo lotería, frecuentando las oficinas de Jiménez & Tanzi S.A. donde compraba papel blanco, lapiceros especiales y tintas marca Epson tanto de colores como en blanco y negro, y que fue visto ingresando a la casa por allanar.”* (f. 234). Luego señalan los Juzgadores que estos elementos por sí solos son insuficientes para justificar un allanamiento, pues todas son actividades lícitas; de lo que se infiere que la razón principal empleada por el Juez Penal fue la existencia de un antecedente delictivo de falsificación de moneda. Agregan que en la resolución que ordenó el allanamiento, se valoró explícitamente la existencia de dicho antecedente, como una razón justificatoria del acto. Con base en lo anterior el Tribunal de Apelación concluyó que *“esta intromisión estatal, no puede justificarse en la condena que en el pasado haya tenido una persona, ni en las actividades que en el presente realice y que no constituyan ilicitudes... Dicho de otro modo, sería inconstitucional ordenar allanamientos por los antecedentes penales de las personas y basados en circunstancias presentes que no constituyen ilicitudes, para verificar o descartar que estén siendo reincidentes, pues el hecho de que ellos se verifique, no convalidaría el acto.”* (f. 234). Por su parte, el Ministerio Público considera que estos razonamientos del Tribunal de Apelación constituyen una errónea aplicación de los artículos 175, 178 incisos a) y c), y 195 del Código Procesal Penal porque: i) Se basan en una errónea interpretación de los artículos 1, 23 y 37 de la Constitución Política, en la que se exige un indicio comprobado, cuando en realidad lo basta con una sospecha fundada; la cual estima sí existía en este caso. ii) Desmienten que la investigación contra el imputado haya sido por iniciativa propia de la Policía, y agrega que en este caso existían denuncias concretas e informaciones confidenciales, que justificaban el allanamiento. De previo a resolver por qué los alegatos del Ministerio Público no son de recibo, resulta oportuno hacer un breve recuento del origen de la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental, así como sus elementos básicos definidos por la jurisprudencia de esta Cámara. *“...[P]uede ser útil comenzar por situar los derechos como un producto histórico, como expectativas sociales ligadas a relaciones cambiantes de poder y a concepciones éticas o normativas diversas. Así contemplados, resulta evidente que no todas las comunidades políticas ni todos los ordenamientos constitucionales han reconocido los mismos derechos, o si se prefiere, no todas han considerado «fundamentales», o dignas de especial protección, las mismas expectativas*

sociales.” (Pisarello, G. Marcos históricos y jurídicos en el reconocimiento de los derechos de la persona; en Manual de Derecho Constitucional. Barcelona: Atelier. 2009. p. 580). El Derecho Constitucional es un derecho dinámico y flexible, que requiere permanentemente interpretación para no perder vigencia. En ese intrincado camino de la lucha por los derechos, la primera experiencia constitucional moderna la encontramos en el Derecho Inglés: primero con la Carta Magna de 1215 (que aunque como privilegios estamentales, estableció el *habeas corpus* y el debido proceso, que luego se consolidarían como derechos modernos), pasando luego por la Petición de Derechos de 1628 (que introdujo restricciones a las detenciones sin causa) y el Habeas Corpus Act de 1679, hasta llegar a la Carta de Derechos 1689 (que recogió en un solo instrumento los derechos anteriormente dispuestos de manera parcial). Sin embargo, en lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio, su primera manifestación ocurre poco antes de la independencia de los EE.UU., en La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, redactada por George Mason y aprobada el 12 de junio de 1776: *“X. Que los autos judiciales generales en los que se mande a un funcionario o alguacil el registro de hogares sospechosos, sin pruebas de un hecho cometido, o la detención de una persona o personas sin identificarlas por sus nombres, o cuyo delito no se especifique claramente y no se demuestre con pruebas, son crueles y opresoras, y no deben ser concedidos.”* Esta disposición constituyó una reacción a los abusos de poder cometidos por autoridades inglesas, cuyas Órdenes de Asistencia (*Writs of Assistance*) autorizaban el ingreso a cualquier recinto privado sin límite alguno, ya fuera por razones fiscales, penales o administrativas. En palabras del principal opositor a dichas órdenes en aquel tiempo, el jurista James Otis: *“Una de las ramas más esenciales de la libertad es la libertad de la propia casa. La casa de un hombre es su castillo.”* Posteriormente este derecho fue incorporado a la Constitución de los EE.UU. mediante su cuarta enmienda (1789): *“El derecho del pueblo a la seguridad que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán órdenes, excepto con motivo probable, sustentados mediante juramento o promesa, y expresamente describiendo el lugar que será registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas.”*; y en la primera Constitución Francesa (1791) en su artículo 9: *“Ningún agente de la fuerza pública puede entrar en el domicilio de un ciudadano, si no es para ejecutar una orden policial o judicial, o en los casos formalmente previstos en la ley.”* Actualmente, la mayoría de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos regulan la inviolabilidad de domicilio como uno de los aspectos que componen el ámbito de la vida privada. Así por ejemplo





la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12 dispone: “*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.*” Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, estatuye en su artículo 17: “*1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*” De manera más reciente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea regula en su artículo 7: “*Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.*” Estamos tratando entonces con un derecho fundamental íntimamente vinculado a la libertad (en sentido amplio) y a la autonomía de la voluntad, creado en contraposición al abuso del poder público -como es característico de los derechos individuales. La inviolabilidad del domicilio surge como una garantía para proteger el recinto más íntimo de la libertad, de las intromisiones arbitrarias del poder estatal o terceros. Y esa sigue siendo hoy su finalidad última: evitar intromisiones arbitrarias en la esfera privada de las personas. Ahora bien, como todo derecho, la inviolabilidad del domicilio no es absoluta, al punto que desde sus formulaciones clásicas se establecían excepciones que justificaban el ingreso de la autoridad pública a una vivienda. Sin embargo, para que dichas excepciones sean legítimas deben cumplir con ciertos requisitos. En ese sentido, nuestra Constitución Política estatuye en su artículo 23 lo siguiente: “*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.*” Esta norma establece tres supuestos en los que es posible el allanamiento de un recinto privado: i) Cuando exista orden escrita del Juez competente autorizándolo; ii) cuando sea necesario para impedir la comisión o impunidad de un delito; iii) y cuando por razones de fuerza mayor o estado de necesidad se requiera para evitar daños graves a las personas o la propiedad. Además de estos tres supuestos, también es posible el allanamiento cuando el titular del recinto consienta voluntariamente el ingreso de la autoridad judicial. En este caso el supuesto que interesa es el primero, ya que lo que se cuestiona es si la orden de allanamiento fue o no motivada. Específicamente sobre la motivación de la orden de allanamiento, resulta indispensable reproducir aquí las ideas centrales de la línea jurisprudencial seguida por la Sala Tercera: 1) En

un Estado Democrático de Derecho el poder estatal está constreñido por los derechos fundamentales, pues ellos son el límite que enmarca su accionar legítimo: “*Un estado democrático de derecho es entonces, un estado que reconoce los derechos fundamentales de los individuos y que a su vez encuentra un límite a su actuación en esos derechos fundamentales.*” (Sentencia No. 2005-0165, de las 09:30 horas, del 11 de marzo de 2005). 2) En relación con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el propio texto Constitucional establece que el allanamiento es posible siempre que exista orden escrita de un Juez competente, sujeta a lo dispuesto por la ley. Por su parte, de los artículos 185, 193, 195 y 142 del Código Procesal Penal, se extrae que dicha orden debe ser necesariamente motivada: “*Como se extrae de lo antes expuesto, la Carta Magna condiciona la injerencia en el domicilio de los individuos al cumplimiento de lo que prescribe la ley, en este caso, el Código Procesal Penal. Éste en su artículo 193, admite que los Jueces autoricen tal injerencia, siempre y cuando la diligencia la realicen de manera personal. Asimismo y en lo que aquí interesa, el artículo 195 señala, que la resolución que ordena el allanamiento debe contener, el nombre del funcionario que lo autoriza y la identificación del proceso en que se ordena, la determinación concreta de los lugares que habrán de registrarse, la hora y fecha en que se practicará la diligencia y el motivo del allanamiento. Finalmente, el artículo 142 del Código de rito señala, que las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa y que en ellos se expondrán las razones de hecho y derecho en que se sustentan las decisiones, además del valor otorgado a los medios probatorios. Según esta norma: “... la simple relación de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba. (...)” Como se observa, a través del Código Procesal Penal, el Poder Legislativo pone fuera de toda discusión la importancia del fundamento de la orden.*” (Sentencia No. 2005-0165, de las 09:30 horas, del 11 de marzo de 2005). 3) Más allá de los requisitos formales del Código Procesal Penal, del propio marco constitucional se deriva que la motivación del allanamiento debe ponderar: (i) la existencia de indicios razonables sobre el supuesto delito; y (ii) la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida: “*Al exigirse orden previa del juez para tal posibilidad, se obliga al juzgador y sólo a éste a valorar la existencia de indicios razonables de estar en presencia de un delito, a ponderar la idoneidad de la medida para alcanzar un fin probatorio de importancia para la averiguación de la verdad, a sopesar la necesidad de la medida, lo que significa valorar si no existen razonablemente otras*





formas menos lesivas de obtener la prueba y luego la proporcionalidad de la lesión en relación con el hecho que se investiga. Exigencias todas que surgen del marco constitucional y que son anteriores y más relevantes que los requisitos meramente formales de la orden, que desarrolla el 195 citado.” (Sentencia No. 2007-0849, de las 10:35 horas, del 17 de agosto de 2007). De manera que, ahora sí atendiendo directamente el reclamo del Ministerio Público sobre la existencia de una sospecha fundada, lo primero que hay que decir es que se trata de una noción que no surge de la literalidad de una norma específica, sino que es una exigencia producto de la aplicación e interpretación de un conjunto de normas a la luz del derecho constitucional, y concretamente de los derechos fundamentales. No hay que olvidar que los derechos fundamentales no tienen solo una dimensión subjetiva, como derechos subjetivos de los ciudadanos, sino también una dimensión objetiva, como “*un sistema objetivo de valores que se encarnan en el ordenamiento jurídico como principios básicos del orden constitucional. De esta forma, los derechos constitucionales en bloque se convierten en normas que fijan valores y fines vinculantes para el resto de las normas del ordenamiento y para los órganos productores y aplicadores de las mismas. Esto es lo que suele denominarse el «efecto de irradiación» de los derechos constitucionales...*” (Aparicio Pérez, M. Naturaleza, estructura y elementos de los derechos constitucionales; en Manual de Derecho Constitucional. Barcelona: Atelier. 2009. p. 604). De ahí que existan diversas denominaciones para lo que el Ministerio Público llama “sospecha fundada”. El artículo 142 del Código Procesal Penal prescribe que la fundamentación de todo auto debe contener “*los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones*”; el artículo 185 del mismo Código habla de la necesidad de que existan “*motivos suficientes para sospechar que se encontrarán rastros del delito o por presumirse que, en determinado lugar, se oculta el imputado o alguna persona evadida*” para que proceda el registro; y el artículo 195 requiere que el auto que lo ordene contemple “[e]l motivo del allanamiento. Por su parte en algunas sentencias se habla de “*indicios razonables*” (Sentencia No. 2007-0849), en otras de “*indicios fundados*” (Sentencia No. 1999-0468) o de “*elementos de prueba que determinen la probable comisión de un delito*”. Pero lo esencial no es su denominación, sino la exigencia -derivada del derecho constitucional- de que la fundamentación de la orden cuente con una adecuada valoración fáctica y jurídica. Por ello, que el Tribunal de Apelación utilizara la expresión “*indicio comprobado*” del artículo 37 de la Constitución Política, por sí solo no implica vicio alguno, pues simplemente se refiere a la valoración fáctica, que de manera sistemática la Jurisprudencia de esta Cámara ha señalado como necesaria. Ahora bien,

independientemente de la denominación, corresponde aquí determinar si el Tribunal de Apelación valoró bien la sospecha fundada, así como los demás elementos de la motivación. “*La resolución judicial que autoriza un registro domiciliario exige hacer una valoración de los indicios que conforman la sospecha sobre la existencia del delito a investigar y luego, en función de tal sospecha, determinar si es razonablemente proporcionado autorizar el registro. Todo esto habrá de quedar suficientemente plasmado en la resolución judicial.*” (Climent, Carlos. La Prueba Penal. 2da Edición Tirant lo blanch. Valencia: 2005. p. 1190). Esquematisando para efectos de orden, se puede decir que la fundamentación de toda orden de allanamiento requiere de: A) Una motivación subjetiva, compuesta por (i) una valoración fáctica (constatación de indicios razonables que justifican una sospecha fundada) y (ii) una valoración jurídica (idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en relación al supuesto hecho). B) Así como una motivación objetiva, que exponga de manera ordenada y sistemática los elementos de la motivación subjetiva. Esto significa que no sólo deben valorarse subjetivamente los elementos de la motivación, sino que el Juez debe externarlos objetivamente, para que puedan ser sometidos a control por el afectado. Mediante el juicio fáctico el Juez debe constatar la existencia de indicios concretos y suficientes para sustentar, de manera razonable, una sospecha fundada de que se cometió o está cometiendo un delito y que en el domicilio o recinto privado puede encontrarse información relevante para su persecución. Es decir, los indicios son los que dan lugar a la sospecha. En cuanto a los indicios, además de concretos deben tener un mínimo de consistencia racionalmente aceptable. Por su parte, la sospecha debe ser objetiva, entendiendo por esto que sea accesible a terceros, no bastando entonces circunstancias anímicas o meras referencias vagas o genéricas. Mediante el juicio jurídico el Juez debe ponderar si existe una relación proporcional entre el derecho fundamental sacrificado (la inviolabilidad del domicilio) y el bien jurídico por proteger (según el delito y la gravedad de que se trate). Este juicio de proporcionalidad implica: i) un examen de idoneidad, para determinar si el allanamiento es el medio adecuado para comprobar la existencia del delito; ii) un examen de necesidad, con el cual se descarta que existe otra forma menos gravosa de comprobar el delito; iii) y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, con el que se determina que la gravedad del delito amerita la intromisión del aparato público en la esfera privada. Finalmente, todos estos aspectos analizados por el Juzgador, deben ser plasmados en el auto que ordena el allanamiento, pues de lo contrario sería imposible ejercer control sobre ellos. Aquí conviene aclarar que, si bien la Sala Tercera ha dicho que la fundamentación de la orden de allanamiento no debe ser exhaustiva y extensa, esto no





significa que no deba ser detenida; pues es indispensable que en ella consten todos los elementos de la motivación antes mencionados. En este caso, el Ministerio Público cuestiona algunos aspectos marginales del fallo de apelación, sin embargo lo central es determinar si la orden de allanamiento dictada por el Juez de la etapa preparatoria contaba con los requisitos de motivación recién explicados. Dicha orden literalmente dice: “Desde la nueva circulación de billetes por parte del Banco Central, en varias denominaciones, surgieron una serie de falsificadores quienes con copias impresas de esos billetes fácilmente los han estado falsificando, existiendo a la fecha ya varias denuncias por ese tipo de delito. Razones por las cuales se ha iniciado una investigación contra el sospechoso [001], de *quien han establecido que falsifica moneda y la pone en circulación mediante el cambio de premios de lotería, utilizando engaños con los clientes al momento de realizar la venta, siendo en ese momento cuando le entrega a los afectados el dinero falso. En vista de los razonamientos expuestos por el señor fiscal, los cuales son respaldados con el legajo de investigación y que este despacho judicial acoge, en el que consta el informe policial en el de acuerdo a las vigilancias y seguimientos señalan que [001] adquiere en la Tienda de Accesorios de Oficina Jiménez y Tanzi, artículos como papel blanco “Sahara”, lapiceros especiales y tintas de la marca Epson tanto de colores como blanco y negro, que se presumen utiliza para la falsificación de billetes como ya había hecho años atrás, hechos por los cuales inclusive descontó pena privativa de libertad, y que de acuerdo a esa investigación policial ha sido visto ingresar mediante el uso de llaves en la casa por allanar donde se presume puedan existir evidencias relacionadas con esa delincuencia, mismos que sirven de fundamento para el dictado de la presente resolución, pues efectivamente a partir del informe policial estos hechos dan fundamento a la lesión del derecho fundamental de la intimidad del domicilio del señor [001], todo en aras de consolidar fines procesales cual es el de la averiguación de la verdad real, en razón de lo expuesto de ordene allanar la casa de habitación de [001] a fin de hacerse con el material probatorio indispensable para determinar la existencia o no del hecho punible en investigación.” (f. 56). Como puede apreciarse, el auto de allanamiento no cumple con las exigencias de motivación requeridas por el marco constitucional. En primer lugar, contiene un pobrísimo análisis de los indicios en el que: i) se remite a los argumentos del informe policial y del Ministerio Público, sin hacer su propio análisis; ii) menciona de manera genérica la existencia de supuestas denuncias por falsificación de moneda, pero no determina cuál es el vínculo entre dichas denuncias y el encartado; iii) utiliza como únicos indicios concretos la compra de tinta, papel y lapiceros por parte del encartado, el hecho de que éste*

contaba con un antecedente penal y que se le vio ingresar a la vivienda por allanar. Hasta aquí se puede (sic) decir que, con base en los razonamientos del Juez de la etapa preparatoria, no es posible considerar que existieran indicios concretos suficientes para sustentar una sospecha fundada. Como bien apuntó el Tribunal de Apelación, en un Estado Democrático de Derecho, un antecedente delictivo no puede utilizarse como justificación para ordenar un allanamiento (f. 234). Si bien los antecedentes podrían orientar de algún modo una investigación policial (por ejemplo en relación con un *modus operandi* particular), los indicios que sustenten un allanamiento necesariamente deben ser otros y actuales, pues de lo contrario se incurriría en una aplicación arbitraria del poder punitivo, violatoria de los fundamentos de un Estado Constitucional. Dicho de manera más simple, un hecho delictivo juzgado con anterioridad, no puede servir jamás de fundamento para una persecución penal posterior; pues constituiría una flagrante violación del principio constitucional de *non bis in idem*. Siendo así, en este caso los únicos indicios concretos serían que el imputado compró papel, tinta y lapiceros idóneos para la falsificación de moneda, y que vive en la casa por allanar; elementos claramente insuficientes para sostener una sospecha fundada. En segundo lugar, la orden de allanamiento carece por completo de la valoración jurídica sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del acto en relación al delito. Lo que trunca definitivamente la posibilidad de examinar si el allanamiento es una medida proporcional al hecho investigado, o por ejemplo si existían otras formas menos gravosas de comprobar el ilícito, sin vulnerar derechos fundamentales. Un auto que carezca de este análisis, no puede justificar de manera legítima el registro de un domicilio privado. Claramente entonces no estamos frente a un examen detenido del allanamiento, sino con un proceder mecánico que deja sin fundamento alguno el acto, y tiene como efecto colateral provocar la ilegalidad de toda la prueba obtenida. El Ministerio Público cuestiona que aunque el Juez no los menciona, existían otros elementos de prueba que respaldaban la solicitud, como ciertas informaciones confidenciales según las cuales el encartado tenía un taller de falsificación. Al respecto lo primero que hay que anotar es que, independientemente de los indicios que puedan respaldar una solicitud de allanamiento por parte del Ministerio Público, si el Juez competente de ordenarlo no cumple con la exigencia de motivar objetivamente la orden, el allanamiento será ilegal. Es decir, no sólo debe existir una sospecha fundada con base en la relación de indicios, sino que el Juez está obligado a exponerla. Y en caso de que no lo haga, el Ministerio Público es el primer obligado, de acuerdo con el principio de objetividad que rige su labor, en hacérselo ver. Como en este caso la orden nunca hizo referencia a las informaciones





confidenciales, es imposible considerarlas ahora como fundamento del acto. En segundo lugar, en relación con las informaciones confidenciales conviene aclarar que, si bien estas podrían abrir una línea de investigación, o incluso fortalecer la relación de indicios que da lugar a la sospecha fundada; jamás podrían por sí mismas justificar un allanamiento. Ello equivaldría a dejar sin efecto la inviolabilidad de domicilio, pues sería imposible controlar la fundamentación de una orden de allanamiento basada sólo en información confidencial, al tratarse de datos secretos y por lo tanto desconocidos para el afectado. Lo cual dejaría abierta por completo la puerta de la arbitrariedad, que justamente busca evitar el marco constitucional de derechos fundamentales, a cuya luz deben interpretarse las normas en cuestión. Así las cosas, se constata que el allanamiento declarado ilegal por el Tribunal de Apelación, efectivamente fue infundado por (i) presentar una motivación fáctica deficiente, al no existir indicios razonables que sustentaran objetivamente una sospecha fundada de que en la vivienda allanada se estaba cometiendo un delito o había información relacionada con éste; (ii) y carecer por completo de motivación jurídica. Asimismo, los alegatos presentados por el recurrente no lograron desvirtuar dicha conclusión. Por todo lo anterior, al no llevar razón el Ministerio Público, se declara sin lugar el recurso de casación presentado.

Por Tanto:

Se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público. José Manuel Arroyo G.

