

CIRCULAR ADMINISTRATIVA

DE CONFORMIDAD CON LOS ARTICULOS 1, 13, 14 Y 25 DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, SE PONEN EN CONOCIMIENTO DE LOS Y LAS FISCALES LAS SIGUIENTES INSTRUCCIONES DEL FISCAL GENERAL, LAS CUALES DEBEN SER ACATADAS DE INMEDIATO, A EFECTO DE CREAR Y MANTENER LA UNIDAD DE ACCIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES EN EL MINISTERIO PÚBLICO.

DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE CONTROL INTERNO Y LA CIRCULAR FGR N° 10-2006, ES RESPONSABILIDAD DE LOS FISCALES ADJUNTOS QUE LAS MISMAS SEAN CONOCIDAS Y APLICADAS POR LOS FISCALES ADSCRITOS A SU FISCALÍA.

Tema: Disposiciones sobre el ingreso consentido a morada

Durante la etapa de investigación el fiscal o la fiscalía, puede realizar los actos útiles y pertinentes a fin de obtener las probanzas requeridas para establecer la verdad real de los hechos; dentro de estos actos de investigación se encuentra el allanamiento y registro de morada.

“se ha considerado el allanamiento de un domicilio como el acto por el cual la autoridad, en función de tal, penetra en un recinto considerado como privado, contra o sin la voluntad del titular, siendo legítimo cuando la autoridad lo practica en los casos previamente determinados por ley y con las formalidades requeridas por ella, sea, que haya sido dispuesto por un juez competente y fundamentando la necesidad del mismo” resolución N°01620-1993 de la Sala Constitucional.

La figura del allanamiento se encuentra regulado en el numeral 197 del Código Procesal Penal, el cual estipula:

*“Allanamiento y registro de morada
Cuando el registro deba efectuarse en un lugar*

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

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

Del citado numeral se colige los requisitos esenciales para llevar a cabo tal acto de investigación:

- a. Debe ser ordenado por una persona juzgadora competente, a través de una resolución fundada, que contenga los requisitos estipulados en el artículo 150 CPP.
- b. La resolución que ordena el allanamiento debe comunicarse personalmente a la persona mayor de edad que habite o se encuentre en el lugar allanado.
- c. La diligencia en sitios habitados¹ debe realizarse entre las seis y dieciocho

¹ El domicilio según la Real Academia Española de la Lengua es la casa en que alguien habita o se hospeda,

horas, salvo que por aspectos de seguridad o urgencia se debe realizar en horas más tempranas o extender las dieciocho horas, supuesto en el cual el fiscal debe justificarlo expresamente y el juzgador resolver al respecto.

- d. En el párrafo final se autoriza el ingreso a morada con consentimiento, cuando se tratan de hechos sumamente graves y urgentes, debe quedar constancia en la resolución de tales circunstancias.

Límite constitucional a la inviolabilidad del domicilio

El artículo 23 de la Constitución Política establece: *“El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante, pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.”*

Según Emilia Ros ², el concepto de “restricción de los Derechos Fundamentales” presenta una extraordinaria utilidad para el campo del derecho procesal. Circunstancia que se pone de relieve a la hora de precisar las exigencias constitucionales que han de cumplir aquellos actos procesales que inciden sobre derechos fundamentales para alcanzar la eficacia procesal que persiguen, tal es el caso del allanamiento.

En tal sentido la Sala Constitucional en el voto N°2942-92 señaló: *“...ningún derecho individual ni ninguna libertad son tan*

pero también puede ser un domicilio de carácter social es decir el lugar donde está establecida una empresa o establecimiento.

Por lo que en aras de resguardar la intimidad personal y como manifestación de la libertad de autodeterminación de las personas a elegir quién ingresa y quien no a ese espacio personal, a nivel normativo se ha tutelado este derecho.

² Martínez Ros, E. La configuración jurídica de la orden de entrada y registro. En línea.

ilimitados que no estén restringidos por la necesidad de proceder a la defensa de los intereses individuales opuestos, o con mayor motivo de la colectividad. De ahí que se haya previsto la posibilidad de entrar en el domicilio ajeno contra la voluntad, aún expresa, de su dueño, sin que ello signifique atentar contra esa inviolabilidad...”

Es justamente, el hecho de constituir actos que conllevan una restricción o limitación de derechos fundamentales lo que hace obligatorio el estricto cumplimiento de las exigencias constitucionales que se requieren para la realización de tal acto.

El ingreso consentido a morada

a. Aspectos normativos

Se ha implementado la práctica de realizar ingreso a moradas basado únicamente en el consentimiento de la persona titular del derecho de exclusión, práctica que no cuenta con sustento normativo, pues tal y como lo indica la Sala Tercera en el voto N°00303-2000 *“Con relación al ingreso consentido, doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido admitido, bajo ciertas limitantes, pero en nuestra legislación no encuentra un sustento normativo determinado.”*

Dicha práctica ha surgido de la errónea aplicación del artículo 193 CPP el cual hace énfasis al consentimiento, sin embargo, dicho numeral delimita tal supuesto, haciendo alusión específicamente a la posibilidad de practicar un allanamiento y registro de morada, fuera del horario indicado en el párrafo primero de esa norma (entre las seis y las dieciocho horas).

Otro sector ha acudido a la figura del consentimiento, amparando tal conducta en el artículo 197 del CPP, sin embargo, este refiere específicamente al allanamiento sin orden para lo cual brinda una lista taxativa:

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.*

Ahora bien, ante este panorama es necesario diferenciar la figura del allanamiento sin orden (artículo 197 CPP), del ingreso consentido, toda vez que el allanamiento consiste en una actuación coactiva por parte del Estado y que se presupone que va en contra de la voluntad de los ocupantes, por su parte cuando existe consentimiento expreso por parte de la persona legitimada para proporcionarlo, se excluye la figura del allanamiento y lo que sucede es un ingreso consentido.

Por ello es erróneo considerar como sinónimos el allanamiento sin orden al ingreso a morada con consentimiento.

En el allanamiento sin orden *“Lo que se prevé es una autorización de allanamiento sin orden judicial cuando realmente existe un estado de necesidad, que hace que no pueda esperarse la orden judicial.”*³

La Sala Constitucional y la Sala Tercera en han considerado que: *“La autorización para allanar sin orden escrita, rige tanto para casas de habitación, como para locales de otro tipo, porque así está previsto por la propia Constitución.”*⁴

³ Voto N°00477-2015. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José

⁴ Voto N°01423-2016. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.

En la labor que desempeñan las personas fiscales es posible que se generen situaciones de urgencia que amerite la aplicación del artículo 197 CPP o excepcionalmente al consentimiento como se ejemplifica en los siguientes supuestos:

- ❖ Delitos cometidos en flagrancia, dentro de los cuales se genere una persecución policial y para la captura de la persona imputada sea necesario el ingreso a una casa de habitación o local.⁵
- ❖ Durante la persecución policial, la persona imputada en su huida arroje el producto u objeto con el que cometió el delito dentro de la casa de una tercera persona, lo que hace necesario el ingreso a esa casa únicamente con la finalidad de recolección del indicio. En este supuesto, procedería la solicitud del consentimiento para el ingreso y recolección de la evidencia.

Cuando surjan estas circunstancias, la gravedad y urgencia deberán ser analizados en cada caso y cuando sea pertinente con el criterio del fiscal o fiscalía adjunta, con el fin de coadyuven a determinar la actuación procedente.

Así las cosas, no resulta procedente justificar la práctica del ingreso consentido a morada como sustitución a la figura del allanamiento amparados en los numerales 193 y 197 CPP.

Sustituir el allanamiento por ingresos consentido, lleva implícito no solo la inobservancia constitucional sino la

⁵ Voto N°01423-2016. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. *“resultaría ilógico que se pretenda un consentimiento por parte de los sujetos a quienes se les venía dando persecución por parte de la policía que tenía conocimiento de que habían cometido delito. En este caso, aún si el imputado no hubiese permitido el ingreso, los oficiales de la policía tenían toda la autoridad para realizar el allanamiento sin orden y proceder a ingresar, según el artículo 23 de la Constitución Política, pues se trataba de evitar la impunidad de un delito.”*

conculcación de normativa⁶ internacional que los fiscales y fiscalas en aplicación del control de convencionalidad están llamados a cumplir.

b. Vicios en el consentimiento

La figura del ingreso consentido a morada al fundamentarse únicamente en la anuencia de la persona titular del derecho de exclusión conlleva una serie de riesgos para determinar que efectivamente su voluntad se fundamentó en la plena comprensión y aprobación para que se procediera con el allanamiento.

⁶

Constitución política	Art. 24 “Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. (...)”
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Art. 11. 2 “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.
Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos	Art. 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”.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	Art.9 “Derecho a la inviolabilidad del domicilio: Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.”
Declaración Universal de Derechos Humanos	Art. 12 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.
Código Penal	Art. 204 regula lo correspondiente a la violación de domicilio y Artículo 205 lo concerniente al allanamiento ilegal.

Una vez realizada la diligencia o en el debate cuando el caso llegue hasta esa etapa, si el allanamiento se dio con base en el consentimiento pueden surgir los siguientes supuestos:

- ❖ Al momento de debate, la persona alegue que su consentimiento no fue voluntario y/o que obedeció a algún tipo de presión o intimidación. Circunstancia que indudablemente conlleva un vicio por ser contrario a lo esperable del consentimiento, sobre el cual la Sala de Casación Penal, en el voto N°303-2000 del 17 de marzo del 2000 “... *el consentimiento, o conformidad, implica un estado de ánimo concreto, en virtud del cual, la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro, porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar...*”
- ❖ Quien otorgó el consentimiento carecía de potestad para brindar tal habilitación, aspecto que puede ejemplificarse con el voto N°00145-2018 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago: “*De acuerdo con lo anterior, resulta claro que la policía siempre tuvo claro que la vivienda donde se encontró el cuerpo de la víctima era un lugar habitado, por lo que requerían de una orden de allanamiento para ingresar y que para burlar dicha garantía echaron mano a la autorización del propietario de la vivienda, olvidando que, en su condición de arrendante, la imputada tenía un derecho legítimo al respeto de su domicilio, incluso frente al dueño de la vivienda, por tratarse de un derecho fundamental garantizado por el artículo 24 de la Constitución Política y el artículo 193 del Código Procesal Penal.*”

- ❖ La persona que brindó el consentimiento no comprendió o la explicación que le fue brindada estuvo sesgada sobre el alcance de la diligencia, lo que conlleva un vicio en el consentimiento; en este sentido el Tribunal de Casación Penal de San José en la resolución N°01240-2004 al rechazar un recurso interpuesto por el Ministerio Público, indicó *“En primer término se realiza un análisis extenso sobre la jurisprudencia relativa al ingreso consentido a las moradas, concluyendo que en este caso no está claro si realmente se otorgó dicho consentimiento por la señora XXX y lo que es más grave los testigos (oficiales del Organismo de Investigación Judicial) no lograron explicar en qué consistieron esas advertencias legales.”*
- ❖ El silencio no puede interpretarse como consentimiento para que se realice el ingreso al recinto.
- ❖ La persona que brindó el consentimiento para el ingreso figura o puede resultar sospechosa de haber cometido el delito en investigación, lo indicado reviste de importancia por la prueba que pueda recabarse y la incriminación que la misma constituya contra la persona que facilitó el acceso a la morada. El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, al confirmar una sentencia absolutoria por vicio en el consentimiento de ingreso a morada y por ende invalidez de la prueba, señaló: *“La policía judicial y el fiscal no tenían vedado ingresar al domicilio de la imputada, pero debían necesariamente pedir un nuevo permiso a la agraviada para tal acto, con una explicación clara, comprensible y completa de las consecuencias jurídicas que podía tener su decisión, garantizando que*

ella estuviera debidamente asesorada por un defensor público o uno de su confianza, al momento de tomar la decisión, máxime que para ese momento, era sospechosa del delito por el cual finalmente fue acusada.”

En caso de surgir algunos de los supuestos indicados, ello conllevará implicaciones dentro del proceso penal y administrativas para las personas responsable de llevar a cabo el acto.

Implicaciones dentro del proceso penal

Cuando se efectúan ingreso a moradas sin contar con las formalidades que exige la norma, ello acarrea riesgos tanto a nivel del caso en investigación como en la persona que realiza el acto por quebrantamiento al principio de legalidad establecidos en la Constitución Política y en la Ley General de la Administración Pública.

a. Allanamiento ilegal Art. 205 Código Penal

Constituye un allanamiento ilegal cuando este se realice sin seguir las formalidades de ley o no se encuentre dentro de las excepciones establecidas en las leyes.

La Sala de Casación Penal en el voto N°0193-98 se refirió de esta manera al allanamiento ilegal: *“La ilegalidad del acto proviene no sólo de la vulneración de una norma de orden procesal o de una simple omisión de una formalidad, sino por el contrario de un comportamiento que compromete el respeto del marco constitucional al vulnerar directamente lo que la Constitución ni tolera ni permite, que se proceda a la entrada y registro de una morada sin el previo control de legalidad del acto efectuado por el juez competente.”*

Al tratarse de un acto que afecta un derecho protegido constitucionalmente, es deber quien lo solicita velar porque se lleve a cabo en el marco de legalidad exigido y que bajo ningún supuesto se comprometa el marco legal. Por

lo que paralelamente se deberá analizar si la conducta de la persona funcionaria se ajusta al tipo penal del allanamiento ilegal.

Si bien, en los supuestos de ingreso consentido la conducta del funcionario puede ser atípica por haber mediado consentimiento válido del titular y consecuentemente, falta de afectación al bien jurídico de la intimidad personal, tal situación no implica un juicio de valor sobre la licitud o ilicitud de la prueba que se obtenga; por cuanto el ingreso puede ser válido pero la obtención de la prueba puede ser nulo.

b. Invalidez de la prueba:

La Sala de Casación Penal de San José define **prueba ilícita** como *aquella prueba obtenida, incorporada al proceso o valorada en quebranto de los derechos fundamentales, que conlleva perjuicio para alguna de las partes del proceso. (Voto N°01487-2011).*

El allanamiento, resulta un acto de investigación importante en la obtención de prueba, al ser una actuación que afecta derechos fundamentales se requiere un estricto apego al principio de legalidad, ya que la vulneración de exigencias o garantías constitucionales implican la nulidad absoluta del acto y por ende de los resultados obtenidos.

Debe tenerse en consideración que el hecho de contar con el consentimiento para el ingreso a una morada per se no legitima la prueba obtenida, tal y como lo indicó la Sala Tercera, cuando en resolución N°00480-2004 *“resulta ilegal todo lo realizado en la otra propiedad, con independencia del consentimiento de su moradora.”*

b.1 Teoría del fruto del árbol envenenado

Cuando se constate que existió vicio en el consentimiento brindado, hubo suficiente tiempo, no medió ningún aspecto de gravedad para que él o la fiscalía a cargo planteara la solicitud ante el juzgado correspondiente: la diligencia estará viciada.

En tal circunstancia de acuerdo a la doctrina del fruto del árbol envenenado cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se le pudiera relacionar con la prueba nula, será igualmente nula⁷; es decir, si la obtención de una prueba no supera un control de legalidad no podrán ser utilizadas en el proceso judicial⁸.

b.2 Improcedencia de la teoría de hallazgo inevitable

Cuando en el marco de una investigación para la obtención de prueba resulte necesario la realización de allanamientos, y este se sustituya por la figura del ingreso consentido, en dicho supuesto es improcedente la aplicación de la teoría del hallazgo inevitable para subsanar la validez de la prueba recabada, alegando que el resultado hubiera sido el mismo si se hubiese realizado el ingreso contando con la orden de allanamiento del juzgado.

Por cuanto la teoría del hallazgo inevitable debe interpretarse en el marco de un Estado de derecho, considerar esta teoría para subsanar yerros que atentan contra el bloque de legalidad conlleva tolerar la realización de actos al margen de los procedimientos establecidos en la norma y como lo señala el Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago ⁹ *“el control judicial resultaría*

⁷ Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago. Voto N°00145-2018. “Esta grave inobservancia de las formas y condiciones previstas por la Constitución Política y el Código Procesal Penal, generan que no pueda ser considerado como legal la diligencia de ingreso a la vivienda y de conformidad con lo dispuesto por la teoría de los frutos del árbol envenenado, tampoco pueden ser considerados como fundamento de la sentencia impugnada, los elementos probatorios que derivan de la misma, como lo es el acta de levantamiento de cadáver y la pericia médico forense practicada, así como el acta de secuestro número 772803 y los elementos decomisados en la misma, por provenir todos de un mismo acto procesal espurio que contamina a los demás.”

⁸ <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4179709.pdf>

⁹ Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago. Voto

entonces superfluo, inocuo, amén de que podría tratarse incluso de supuestos en los que no existan razones siquiera para ordenar la intervención judicial de un domicilio.”

Conclusión

Debido a lo expuesto, en tutela del bloque de legalidad y actuación del Ministerio Público, se prohíbe a fiscales y fiscalas la realización de ingresos consentidos a moradas como práctica sustitutiva del allanamiento, con las consecuencias de ello deriva.

Las presentes disposiciones rigen a partir de su comunicación.

EMILIA NAVAS APARICIO
FISCALA GENERAL DE LA REPÚBLICA
ABRIL, 2019
[ORIGINAL FIRMADO]