

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

“El papel del abogado defensor en el allanamiento a la luz del control de convencionalidad de los Derechos Humanos”

Esteban Chacón Rojas B06185

Silene Zamora Corrales B07004

San Pedro de Montes de Oca

Abril, 2017



25 de abril de 2017

FD-781-2017

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes: Silene Zamora Corrales, carné B07004 y Esteban Chacón Rojas, carné B01685 denominado: "La labor del abogado defensor en el allanamiento a la luz del control de convencionalidad de los Derechos Humanos" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Javier Llobet Rodríguez
Presidente	Dr. Manuel Rojas Salas
Secretario	MSc. Alexander Rodríguez Campos
Miembro	MSc. Miguel Zamora Acevedo
Miembro	Dr. Gonzalo Castellón Vargas

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **08 de mayo del 2017**, a las 5:30 p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,




Ricardo Salas Porras
Director

RSP/lcv
Cc: arch. expediente



San José, 04 de abril de 2017

Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

Reciba un cordial saludo. A través de la presente hago constar que, en mi condición de director y miembro del Comité Asesor, he revisado la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulada "*La labor del abogado defensor en el allanamiento desde la perspectiva del control de convencionalidad de los Derechos Humanos*", elaborada los estudiantes: Esteban Chacón Rojas, cédula de identidad 207030147, carné No. B01685 y Silene Zamora Corrales, cédula de identidad 603970676, carné No. B07004.

El trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo establecidos por la Facultad de Derecho para este tipo de investigaciones, por lo cual extiendo la aprobación respectiva. El tema desarrollado es novedoso, defendiendo una posición que no encuentra muchas referencias en la doctrina, pero que ha sido uno de los grandes reclamos que ha formulado en los últimos años la Defensa Pública, prueba de lo cual son los diversos recursos de hábeas corpus presentados, lo mismo que la elaboración en su momento a lo interno de la Defensa de un protocolo para la actuación de los defensores en los allanamientos, a todo lo cual se hace mención en el trabajo. Por otro lado, se ha hecho un estudio valioso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la participación de la Defensa desde los primeros actos del procedimiento. Debe resaltarse además la justificación y análisis en particular de la normativa sobre la prueba anticipada y la justificación que dan a partir del mismo de la necesidad de intervención de un defensor en el allanamiento.

Cordialmente,



Dr. Javier Llobera Rodríguez
Director del Comité Asesor

San José, 04 de abril de 2017

Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director

Reciba un cordial saludo. A través de la presente hago constar que, en mi condición de lector y miembro del Comité Asesor, he revisado la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulada "*La labor del abogado defensor en el allanamiento desde la perspectiva del control de convencionalidad de los Derechos Humanos*", elaborada por los estudiantes: Esteban Chacón Rojas, cédula de identidad 207030147, carné No. B01685 y Silene Zamora Corrales, cédula de identidad 603970676, carné No. B07004.

Además, indico que el trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo establecidos por la Facultad de Derecho para este tipo de investigaciones, por lo cual extiendo la aprobación respectiva.

Cordialmente,


Lic. Miguel Zamora Acevedo
Lector
Comité Asesor

San José, 04 de abril de 2017

Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director

Reciba un cordial saludo. A través de la presente hago constar que, en mi condición de lector y miembro del Comité Asesor, he revisado la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulada "*La labor del abogado defensor en el allanamiento desde la perspectiva del control de convencionalidad de los Derechos Humanos*", elaborada por los estudiantes: Esteban Chacón Rojas, cédula de identidad 207030147, carné No. B01685 y Silene Zamora Corrales, cédula de identidad, 603970676, carné No. B07004.

Además, indico que el trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo establecidos por la Facultad de Derecho para este tipo de investigaciones, por lo cual extiendo la aprobación respectiva.

Cordialmente,



Dr. Gonzalo Castellón Vargas
Lector
Comité Asesor

San José, 17 de abril del 2017

Señores
Tribunal Examinador
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

He revisado y corregido la tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho denominada: "***El papel del abogado defensor en el allanamiento a la luz del control de convencionalidad de los Derechos Humanos***" presentada por los estudiantes Fabio Esteban Chacón Rojas, cédula 2 0703 0147, carné universitario BO6185 y Silene Patricia Zamora Corrales, cédula 6 0397 0676, carné universitario B07004.

Este trabajo cumple con los requisitos de redacción en cuanto a gramática y ortografía. Cada párrafo ha sido examinado y corregido, de tal forma que haya coherencia, cohesión y fluidez en el texto. Además, se respetan las reglas morfosintácticas y lexicográficas del idioma español. Adicionalmente, se ha verificado el formato correcto de las citas y referencias bibliográficas y se han corregido cada uno de los vicios del lenguaje presentes. Por lo tanto, desde el punto de vista filológico este trabajo cumple con los requisitos necesarios.

Se suscribe cordialmente,



Arelys Blanco Rodríguez
Cédula 2-0588-0370
Carné 30235

DEDICATORIA

A Dios.

Por ser la guía de mi vida, y haberme permitido llegar hasta este punto, por darme salud y fuerzas para lograr todos mis objetivos.

A mi madre Marlene y a mi padre Abelardo.

Por todo su apoyo incondicional durante toda mi vida y mis estudios, por sus consejos, sus valores y por la motivación constante que me ha permitido ser la persona que soy, pero, sobre todo por su amor incondicional. Los amo.

A mis hermanos y a mí novio.

Por estar conmigo siempre, por darme su apoyo y alegría, los quiero con toda mi alma.

Silene Zamora Corrales

A Dios

Por ser la fuente de esperanza en mi vida y Él que me da las fuerzas para nunca rendirme.

A mi tía Mara y a mi prima Flor Emilia

A quien agradezco el poder haber concluido mis estudios, a ellas les debo parte de lo que soy hoy. Las amo con todo mi corazón.

A mi madre Yorleny y a mis hermanos.

A mi madre por su ejemplo de superación y amor por sus hijos, a mis hermanos por ser un ejemplo de superación para mí. Los amo con todo mi corazón.

Esteban Chacón Rojas

AGRADECIMIENTOS

A nuestro director de tesis el Dr. Javier Eduardo Llobet Rodríguez, por su guía y dedicación con el presente Trabajo Final de Graduación, un gran ser humano y un excelente profesional.

A la Licda. Kimberly Porras Molina, incentivadora del presente Trabajo Final de Graduación, por su disposición de ayudarnos siempre.

Índice general

DEDICATORIA.....	¡Error! Marcador no definido.
AGRADECIMIENTOS	¡Error! Marcador no definido.
INDÍCE DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	vii
RESUMEN	viii
FICHA BIBLIOGRÁFICA	ix
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. El procedimiento preparatorio en el Código Procesal Penal de 1996 y la labor del abogado defensor.....	6
A. El procedimiento preparatorio en el Código Procesal Penal de 1996	6
A.1. El rol del Ministerio Público en el procedimiento preparatorio	6
A.2. La objetividad del Ministerio Público	8
A.3. La policía judicial como auxiliar del Ministerio Público.....	8
A.4. Finalidad del procedimiento preparatorio	9
A.5. Validez de las actuaciones.....	9
A.6. El rol del juez del procedimiento preparatorio	10
B. El rol del abogado defensor en el procedimiento preparatorio	11
B.1. Derecho de defensa.....	11
B.2. Defensa técnica y defensa material	13
C. El abogado defensor y el principio de igualdad de armas.....	19
C.1. El abogado defensor.....	19
C.2. El abogado defensor como expresión del principio de igualdad de armas	21
D. El abogado defensor en su labor de asesoramiento y representación.....	23
CAPITULO II. La participación del abogado defensor desde el primer acto del procedimiento según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad.....	26
A. Figura del control de convencionalidad	26
A.1. Aspectos generales del control de convencionalidad	26
A.2. Control de convencionalidad: caso costarricense.....	43
B. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	47

B.1. Conclusiones sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el abogado defensor.....	75
C. La regulación del artículo 13 del Código Procesal Penal.....	77
D. La participación de la defensa en los actos de investigación (Art. 292 del CPP)	79
E. La prueba anticipada y el derecho de participación de la defensa (Art. 293 del C.P.P)	82
F. La prueba anticipada y los actos de extrema urgencia (Art. 294 del CPP).....	91
CAPÍTULO III. El allanamiento de morada	94
A. Concepto de allanamiento de morada	94
A.1. Diferencia entre domicilio, morada y dependencias	97
B. Regulación en la Constitución Política y Código Procesal Penal	100
B.1. Constitución Política	100
B.1.2. El allanamiento como injerencia en los derechos fundamentales.....	101
B.2. Código Procesal Penal.....	105
C. Requisitos y fines legales del allanamiento	108
C.1. Requisitos constitucionales del allanamiento	109
C.2. Requisitos procesales del allanamiento	115
C.3 Fines del allanamiento.....	125
CAPITULO IV. La Intervención del abogado defensor en el allanamiento de morada	127
A. La intervención del abogado defensor en el allanamiento según la jurisprudencia .	127
A.1. La Jurisprudencia de la Sala Constitucional.....	127
A.1.2. La posición del Magistrado Armijo en sus votos salvados	137
A.2. La jurisprudencia de la Sala Tercera.....	141
A.3. Jurisprudencia del antiguo Tribunal de Casación y del Tribunal de Apelación de Sentencia	144
B. La práctica judicial en relación con la participación del abogado defensor en los allanamientos	146
C. Argumentos a favor y en contra de la necesidad de participación del abogado defensor en el allanamiento.....	150
C.1. Argumentos en contra de la necesidad de participación del abogado defensor en el allanamiento	150

C.2. Argumentos a favor de la necesidad de participación del abogado defensor en el allanamiento.....	152
C.3. Posición propia	155
D. La labor del abogado defensor en el allanamiento	156
E. La exigencia de la participación del abogado defensor en el allanamiento como un acto definitivo e irreproducible	170
E.6. La posibilidad de nombramiento de un defensor público de turno para solventar las críticas a la participación necesaria del abogado defensor en el allanamiento...	181
E.7. Mayor disponibilidad de vehículos para la Defensa Pública	183
CONCLUSIONES	185
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	1900

INDÍCE DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

Código Procesal Penal	CPP
Corte Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
Ministerio Público	MP

RESUMEN

El presente trabajo de investigación gira en torno a la participación del defensor en el acto de allanamiento, desde el punto de vista del control de convencionalidad de los Derechos Humanos. Es un hecho conocido que, actualmente, no se solicita en forma frecuente la participación del abogado defensor en el allanamiento de morada.

Bajo esta óptica, el análisis se centrará en la importancia de la defensa técnica en el allanamiento de morada, dando especial énfasis a la defensa proveída gratuitamente por el Estado. Pues, este asume la defensa de la mayoría de las causas penales en el país. Se destaca que al existir una mayor presencia del abogado defensor en estos actos permite el incremento en la salvaguarda de las garantías procesales y de los derechos fundamentales de las personas imputadas; lo cual le permite, además, un aumento del control sobre la labor del Ministerio Público, la Policía Judicial y el Juez de Garantías e implantar una investigación defensiva propia y pertinente que dé certeza a las diligencias probatorias en beneficio de su patrocinado

Para ello, se parte de la hipótesis de que la participación del abogado defensor en el allanamiento de morada encuentra fundamento en la interpretación de los artículos 292, 293 y 294 del Código Procesal Penal y de la una correcta aplicación del control de convencionalidad de los Derechos Humanos.

Se planteó como objetivo general analizar la participación del abogado defensor en el allanamiento de morada durante el procedimiento preparatorio, su aplicación e interpretación dentro del ordenamiento jurídico costarricense, visto desde el control de convencionalidad de los Derechos Humanos.

La metodología por emplearse en este trabajo será diversa, y dependerá de la clase de método necesario, por lo que se van a utilizar técnicas de índole descriptivo, histórico, deductivo, inductivo, comparativo y analítico.

Dentro de las principales conclusiones de esta investigación, es que la no intervención de un abogado defensor en el allanamiento no encuentra justificación alguna en la legislación costarricense, por el contrario, hay tres artículos que basan su participación en esta diligencia, uno que prevé el derecho de defensa de participar en los actos de investigación (art. 292 del Código Procesal Penal (CPP)), otra refiere al aviso que se debe dar al defensor público al allanamiento (art. 294 del CPP) y, finalmente, se informa del derecho del imputado de contar con una defensa técnica desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia (art. 13 del CPP). Todas estas normas son imperativas. Lo anterior, además, encuentra fundamento en lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el momento en que debe iniciar el patrocinio letrado de la Defensa, a fin de reclamar la aplicación del control de convencionalidad por el juez ordinario.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Chacón Rojas, Esteban y Zamora Corrales, Silene. Título: "EL PAPEL DEL ABOGADO DEFENSOR EN EL ALLANAMIENTO A LA LUZ DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS" Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2017. XIV-212.

Director: Javier Eduardo Llobet Rodríguez.

Palabras claves: Allanamiento, Abogado Defensor, Derecho Penal, Derechos Humanos, Control de Convencionalidad

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas no tan discutidos en materia procesal penal en Costa Rica, es el de la participación de la Defensa en los actos procesales y dentro de estos, el allanamiento de morada, que a efecto nos interesa. Es un hecho experiencial que la objetividad del juez requiere, del contrapeso ejercido, por el fiscal y por la Defensa del imputado. Por eso, en vista de esa objetividad, es necesario que el mismo juzgador se obligue a contar en la mayor parte de los actos procesales con la participación del abogado defensor.

Ahora bien, actualmente no se solicita, a menudo, la participación de la Defensa en el allanamiento de morada. Sin embargo, es trascendental que el (la) defensor (a) conozca que su no intervención en el allanamiento no encuentra fundamentación alguna en la legislación, por el hecho de que se tiene en la normativa procesal penal cuatro artículos que justifican su participación en esta diligencia, uno que prevé el derecho de defensa de participar en los actos de investigación (art. 292 del CPP), otro refiere al aviso dado al defensor público al allanamiento (art. 293 del CPP) y el otro a la prueba anticipada y los casos de extrema urgencia (art. 294 del CPP), finalmente, otro en alusión al derecho del imputado de contar con una defensa técnica desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia (art. 13 del CPP), ambas normas son de acatamiento obligatorio por el juez y por todas las partes. Lo anterior, también, encuentra fundamento en lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el momento inicial del patrocinio letrado de la Defensa, a fin de reclamar la aplicación del control de convencionalidad por el juez ordinario.

Por las razones anteriormente expuestas, el tema surge con el ideal de demostrar empíricamente la necesaria presencia del defensor en el allanamiento. Asimismo, implica un gran reto, cambiar la mentalidad de muchos juzgadores y demás personal participante, pero, sobre todo, demostrar que el desempeño de la defensa en muchas ocasiones marca el resultado del proceso para la persona acusada. Razón por la cual, es esencial que la persona a cargo conozca la labor

desde la práctica. A su vez, es indispensable que el defensor mantenga una posición pro activa a favor de su representado y cuestione cualquier actuación irregular contrapuesta al debido proceso o a cualquier derecho fundamental reconocido al mismo.

En este sentido, no se pretende repetir aquí, lo dispuesto en el Código Procesal Penal, como lineamientos para llevar a cabo cada una de las actuaciones durante el procedimiento preparatorio, sino describir cómo se desenvuelven las diligencias en la práctica a fin de colaborar con las personas que iniciarán sus labores de defensa técnica.

Por otro lado, hoy en día el desconocimiento de los defensores en los allanamientos afecta la debida representación de los imputados, al permitir incluso arbitrariedades de otras partes procesales (como es el caso de la policía judicial) sin protesta en la diligencia de allanamiento. Por eso se considera que es de gran importancia conocer las principales labores del defensor en el allanamiento, con el fin de que los nuevos participantes de esta labor–adquieran una idea básica de cómo se debe desenvolver su actuar en esta diligencia.

Bajo esta óptica, se centrará el análisis en la importancia de la defensa técnica en el allanamiento de morada, dando especial énfasis a la defensa proveída gratuitamente por el Estado, conforme al artículo 294 del CPP. Se destaca que al existir una mayor presencia del abogado defensor en estos actos permite el incremento en la salvaguarda de las garantías procesales y los derechos fundamentales de las personas imputadas, lo cual le permite, además, un incremento en el control sobre la labor del Ministerio Público, la Policía Judicial y el Juez de Garantías e implantar una investigación defensiva propia que le dé certeza y pertinencia a las diligencias probatorias en beneficio de su patrocinado.

Se planteó como objetivo general analizar la participación del abogado defensor en el allanamiento de morada durante el procedimiento preparatorio, su aplicación e interpretación dentro del ordenamiento jurídico costarricense, visto desde el control de convencionalidad de los Derechos Humanos. Asimismo, se pretende en forma específica describir el papel del Ministerio Público, del juez y la

Policía Judicial en el Código Procesal Penal de 1996. Además, se intentará investigar ampliamente el rol del abogado defensor en el procedimiento preparatorio. Igualmente, se examinará la labor del abogado defensor en su función de asesoramiento y representación como expresión del principio de igualdad de armas.

En otro orden de ideas, a nivel deductivo se partirá del análisis del derecho a la participación del abogado defensor desde el primer acto del procedimiento. Finalmente, se explicará el allanamiento de morada de acuerdo con sus requisitos y fines legales para, a partir de ello, analizar la intervención del abogado defensor en el allanamiento de morada.

Para ello, partimos de la hipótesis de que la participación del abogado defensor en el allanamiento de morada encuentra fundamento en una interpretación de los artículos 292, 293 y 294 del Código Procesal Penal y de la correcta aplicación del control de convencionalidad de los Derechos Humanos.

Además, el presente trabajo de investigación estará conformado por cuatro capítulos donde se abordará, de manera sistemática y detallada, todo lo relacionado con el análisis de la participación del abogado defensor en el allanamiento de morada durante el procedimiento preparatorio, desde su interpretación a la luz del ordenamiento jurídico costarricense y del control de convencionalidad de los Derechos Humanos.

El primer capítulo de esta investigación se denominará —Eprocedimiento preparatorio en el Código Procesal Penal de 1996 y la labor del abogado defensor” y dentro de este se estudiará en la sección a) la labor del Ministerio Público, el juez, la Policía Judicial y la Defensa en el procedimiento preparatorio de acuerdo con el Código Procesal Penal de 1996. Posteriormente, en la sección b) se dará a conocer el rol del abogado defensor en el procedimiento preparatorio. Igualmente, en la sección c) se expondrá la figura del abogado defensor como expresión del principio de igualdad de armas y, en la sección d) de este capítulo, se expondrá la figura del abogado defensor en su función de asesoramiento y representación.

El segundo capítulo de la investigación se denominará ~~La~~ participación del abogado defensor desde el primer acto del procedimiento según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad”. En la sección a) de este capítulo se analizará la figura del control de convencionalidad y sus aspectos generales. Posteriormente, en la sección b) se analizará la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además, en la sección c) La regulación del artículo 13 del Código Procesal Penal. Por otro lado, en la sección d) de este capítulo se analizará la participación de la defensa en los actos de investigación (Art. 292 del CPP). En la sección e) La prueba anticipada y el derecho de participación de la defensa (Art. 293 del C.P.P) y finalmente en la sección f) la prueba anticipada y los casos de extrema urgencia (Art. 294 del C.P.P).

El tercer capítulo de esta investigación se denominará ~~E~~allanamiento de morada”. En la sección a) de este capítulo se analizará el concepto de allanamiento de morada. Seguido en la sección b) se estudiará la regulación en la Constitución Política y el Código Procesal Penal. Posteriormente en la sección c) los fines y requisitos legales del allanamiento.

El cuarto capítulo de esta investigación se denominará ~~La~~ intervención del abogado defensor en el allanamiento de morada”, partiendo para ello, en la sección a) de la participación del abogado defensor en el allanamiento según la jurisprudencia, haciendo un análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, el Voto Salvado de Armijo, la jurisprudencia de Sala Tercera y, finalmente, la jurisprudencia del antiguo Tribunal de Casación y del Tribunal de Apelación de Sentencia.

Por otro lado, en la sección b) del capítulo tres se dará a conocer la práctica judicial en relación con la participación del abogado defensor en los allanamientos. Además, en la sección c) se analizarán los argumentos a favor y en contra de la necesidad de participación del abogado defensor en el allanamiento, asumiendo una posición con respecto a estos argumentos. En la sección d) se describirán las labores del abogado defensor en el allanamiento.

Finalmente, en la sección e) de este capítulo se realizará un análisis por parte de estos investigadores sobre el tema de la participación del abogado defensor en el allanamiento. Para ello, se analizará al allanamiento como un acto definitivo e irreproducible, el procedimiento legal aplicable, a partir del análisis de los artículos 13, 292, 293 y 294 del CPP y del control de convencionalidad analizado a lo largo de la investigación, estableciendo el punto de vista de acuerdo con lo anterior, para, finalmente, establecer la posibilidad de nombramiento de un defensor público de turno que ayude a solventar las críticas a la participación necesaria del abogado defensor en el allanamiento, reforzándose esto último con mayor disponibilidad de vehículos para la Defensa Pública para asistir a los allanamientos.

Para la realización de esta investigación, la metodología por emplearse será diversa, se utilizarán métodos de índole descriptivo, histórico, deductivo, inductivo, comparativo y analítico, dependiendo de lo que se pretenda desarrollar en cada capítulo o sección. Con el objetivo de desarrollar en su totalidad los objetivos planteados, habrá un proceso de investigación, para lo cual se utilizarán recursos como la doctrina, normativa y la jurisprudencia nacional e internacional, con el fin de documentar la experiencia adquirida por los distintos actores del proceso judicial en materia de allanamiento, como lo son los jueces, los defensores, y los fiscales.

Por lo que, en la introducción del trabajo, se utilizará específicamente el método descriptivo y el método histórico, con el objetivo de ubicar al lector en el tema, y de esta forma forjar las bases de la investigación. En el capítulo primero y segundo, se utilizarán los métodos históricos, descriptivos y analíticos. De tal manera que se pueda desarrollar, y a su vez se permita llegar al método analítico en cada etapa, esto quiere decir, que se pueda descomponer el todo para estudiar a profundidad cada una de las partes y la relación existente entre cada una.

Por último, en el capítulo tercero y cuarto será abordado, principalmente, desde una perspectiva deductiva y analítica. Ya que, se pretende ir cerrando la investigación a partir de los conocimientos que permitan arribar a conclusiones particulares.

CAPÍTULO I. El procedimiento preparatorio en el Código Procesal Penal de 1996 y la labor del abogado defensor

A. El procedimiento preparatorio en el Código Procesal Penal de 1996

Parte de la creación del Código Procesal Penal de 1996 surgió de la necesidad de que el nuevo proceso penal cumpliera con una serie de principios, garantías y derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política y recogidos en Tratados y Convenios internacionales de Derechos Humanos debidamente ratificados por Costa Rica.

Como parte de lo anterior, se planteó dar fortalecimiento al Ministerio Público, la Policía Judicial, el juez, la víctima y la defensa del imputado, planteándose, además, la importancia del procedimiento preparatorio, estando este a cargo del Ministerio Público bajo el control del Juez de Garantías. Por ello, a continuación, se mencionarán las funciones establecidas por el CPP de 1996 para estos sujetos, se analizará la importancia de la función de la defensa en capítulos posteriores.

En este sentido, de acuerdo con González, —~~ate~~ la imperiosa necesidad de que los delitos fuesen adecuadamente investigados, pero de manera científica y que a su vez se respetaran los derechos de los ciudadanos, la reforma procesal penal del 96-98 se propuso fortalecer la investigación por varias vías, principalmente por tres grandes cambios: Eliminar la figura del Juez de Instrucción, trasladar la investigación al Ministerio Público y la policía judicial y desformalizar o mejor desjurisdiccionalizar los actos de la investigación.”¹

A.1. El rol del Ministerio Público en el procedimiento preparatorio

Se estableció, en primer lugar, que el Ministerio Público es quien estará a cargo de la investigación preparatoria, y este está bajo control del Juez de Garantías. Lo anterior encuentra fundamento en los artículos 289, 290 y 291 del

1. Daniel González Álvarez, “El Código Procesal Penal de 1996-1998 Logros, Pendientes y Desafíos”, *Derecho Penal y Constitución, volumen II*. (San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2015), 639.

CPP, se deduce de su lectura la atribución al Ministerio Público (MP) de la investigación preliminar.

Ahora bien, como parte de las funciones, incorporadas como novedad, del Ministerio Público en el nuevo Código, en concordancia con las normas arriba mencionadas, según Mendoza y Núñez, —el MP debe de practicar las diligencias y actuaciones tendientes a la individualización del autor y/o partícipes del hecho punible y determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. En el cumplimiento de estas funciones, puede exigir información a cualquier funcionario o empleado público, quienes que se encuentran obligados a colaborar.”² Además, el MP está en la facultad de disponer las medidas necesarias para proteger aquellos elementos de prueba importantes para la investigación.

Asimismo, otra de las funciones atribuidas al MP es el deber de investigar todos aquellos delitos de acción pública, los cuales llegan a su conocimiento, independientemente de que se considere inconveniente seguir con la acción penal, ya sea, por ejemplo, porque el fiscal considera que al caso concreto es aplicable algún criterio de oportunidad. Sin embargo, tal y como lo mencionan Méndez y Núñez, —según el artículo 291 del CPP, la investigación continúa aún en los supuestos en que se haya llegado a una suspensión del proceso a prueba o se haya aplicado un criterio de oportunidad que no genera el sobreseimiento y la consecuente extinción de la acción penal. En estos casos, el MP, como previsión, en el caso de que no se cumpla con el plan propuesto en la medida alternativa, sigue recolectando elementos probatorios que le sirvan de fundamentación a la acusación.”³

En el nuevo Código se le permite al MP la implementación de una verdadera estrategia de negociación con todas las partes, la cual bien usada permite una persecución penal efectiva, dejando atrás el populismo punitivo de común práctica hoy en día.

2. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 147.

3. *Ibíd.*, 148.

Ahora bien, a pesar de tener a su cargo la investigación, el MP no está facultado para realizar todas las diligencias de investigación y actuaciones que quiera, ya que algunas por su trascendencia requieren autorización por parte del Juez de Garantías; como es el caso del allanamiento de morada, la prisión preventiva, la interceptación de las llamadas telefónicas, la recepción de prueba anticipada, etc. La función del juez en este caso es valorar la solicitud del fiscal y analizar si es permitente o no realizar determinada actuación o diligencia, extendiendo la debida autorización para proceder cuando se comprometan derechos fundamentales.

A.2. La objetividad del Ministerio Público

Por otro lado, el fiscal no debe olvidar que toda su labor debe ser guiada tomando siempre en cuenta el principio de objetividad, el cual, según Mendoza y Núñez, —.el supone la obligación de buscar la verdad real de los hechos. Debe de investigar a profundidad, tanto las circunstancias que comprometan al imputado como aquellos que le atenúan o eximen de responsabilidad, de manera que, se recaben elementos probatorios tanto de cargo como de descargo.”⁴. Según estos autores, —erel cumplimiento de su función, el MP debe de observar el deber de lealtad que incumbe a todos los sujetos procesales, el cual consiste en la prohibición de valerse de medios ilícitos en el ejercicio de su función.”⁵

A.3. La policía judicial como auxiliar del Ministerio Público

Por otro lado, la labor del MP encuentra apoyo en su brazo alargado, la Policía Judicial, quien actúa bajo la dirección funcional. De esta forma, según Mendoza y Núñez, —as actuaciones de los funcionarios y agentes de la Policía Judicial quedan subordinadas a las instrucciones de carácter general o particular que emita el MP, convirtiéndola en un verdadero auxiliar.”⁶

4. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 149.

5. *Ibíd.*, 150

6. *Ibíd.*, 152

La policía judicial debe actuar bajo la dirección y el control del Ministerio Público en calidad de auxiliares de investigaciones, su actuación debe ser imparcial y objetiva en la medida de lo posible. Dentro de sus funciones está buscar los elementos que sustenten la tesis acusatoria del ente fiscal, así como aquellos favorecedores de los intereses de la defensa.

Ante todo, la actuación de la policía judicial es prestar auxilio al MP y está sujeta a su dirección; es esencial ya que una labor que exceda el ámbito de sus funciones es absolutamente ilegal y violatoria de las garantías fundamentales del ciudadano.

A.4. Finalidad del procedimiento preparatorio

Parte de la finalidad del procedimiento preparatorio está en determinar si el MP con la prueba recolectada mediante las diferentes diligencias de investigación, encuentra fundamento para solicitar la apertura a juicio o, en caso de no contar con prueba suficiente, el sobreseimiento definitivo o provisional, o bien pedir la aplicación de las medidas alternas o la aplicación del criterio de oportunidad.

A.5. Validez de las actuaciones

La regla general es que las diligencias realizadas durante el procedimiento preparatorio, no tienen valor probatorio en el juicio oral y público. Solo por excepción, el CPP permite tal posibilidad cuando señala:

Artículo 276.-Validez de las actuaciones. No tendrán valor probatorio para fundar la condena del imputado las actuaciones de la investigación preparatoria, salvo las pruebas recibidas de acuerdo a los actos definitivos e irreproductibles y las que este Código autoriza a introducir en el debate por medio de lectura.⁷

Únicamente los actos definitivos e irreproductibles y los actos incorporados por lectura, tienen trascendencia para ser analizados como prueba en el juicio oral y público, siendo de gran importancia la participación de la defensa del imputado en su producción, garantizando las garantías de oralidad, intermediación y contradicción. Además, como parte de las excepciones que establece el artículo

7. Código Procesal Penal, *Artículo 276.* (2017).

276 supracitado encontramos el anticipo jurisdiccional de prueba (art. 293 del CPP) como unas de las excepciones al valor no probatorio de los actos del procedimiento preparatorio y los actos incorporados por lectura (art. 334 del CPP)⁸.

Ahora bien, a efectos de esta investigación, se explicará en detalle más adelante el instituto del anticipo jurisdiccional de prueba y sus requisitos de procedencia, sirviendo esto de base para adentrarnos en el tema del allanamiento de morada, como un ejemplo de un acto definitivo e irreproducible regido por el procedimiento del anticipo (art. 293 del CPP).

A.6. El rol del juez del procedimiento preparatorio

En este mismo orden de ideas, con la promulgación del nuevo Código se eliminó la figura del Juez de Instrucción y en su lugar se creó la figura del Juez de Garantías que de acuerdo con González: -es el encargado de resolver los diferendos que se susciten en la investigación entre el Ministerio Público, por un lado, y la defensa y el imputado por otro"⁹. Este nuevo juez tiene como función primordial el velar porque se respeten las garantías procesales y los derechos fundamentales del imputado y del ofendido a lo largo de toda la investigación, controlando porque se cumplan los principios y garantías establecidos en la Constitución, y el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y el CPP.

Este nuevo juez debe ser independiente e imparcial, velar porque todos los procedimientos y actuaciones, que se den durante la fase de investigación a su

8. Artículo 334.-Excepciones a la oralidad. Solo podrán ser incorporados por lectura:

- a) Las pruebas que se hayan recibido conforme al anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción, cuando sea posible
 - b) La denuncia, la prueba documental y los peritajes, los informes, las certificaciones y las actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisa, realizados conforme lo previsto por este Código.
 - c) Las declaraciones prestadas por coimputados rebeldes o absueltos.
 - d) Las actas de las pruebas que se ordene recibir durante el juicio, fuera de la sala de audiencias.
- Cualquier otro elemento de prueba que se incorpore por lectura el juicio, no tendrá valor probatorio alguno, salvo que las partes o el tribunal manifiesten expresamente su conformidad en la incorporación.

9. Daniel González Álvarez, -El Código Procesal Penal de 1996-1998 Logros, Pendientes y Desafíos", *Derecho Penal y Constitución, volumen II*. (San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2015), 639.

cargo, se desarrollen conforme los principios rectores del debido proceso (art. 4 y 5 del CPP). Además, siguiendo con Mendoza y Núñez como consecuencia de su posición garante, a este juez le corresponde:

la autorización en casos de allanamiento de locales y la interceptación y secuestro de comunicación—por ejemplo, telefónica—y correspondencia. Asimismo, se requiere la presencia, no bastando la simple autorización, en los supuestos de allanamiento y registro de morada y levantamiento e identificación de cadáveres. Además, realiza personalmente aquellos actos con transcendencia probatoria para el debate, bajo las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, resuelve las excepciones y demás solicitudes interpuestas por las partes en esta etapa, y, en definitiva, cualquier otra gestión con incidencia directa en los derechos del imputado, tales como las medidas cautelares, y entre ellas, la más importante, la prisión preventiva, correspondiéndole su revisión, sustitución, modificación y cancelación.¹⁰

B. El rol del abogado defensor en el procedimiento preparatorio

B.1. Derecho de defensa

El derecho de defensa es reguardado en el artículo 39 de la Constitución Política, rige para los procesos jurisdiccionales y para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública. El derecho de defensa en su vertiente pública es una potestad del individuo, es decir, este puede decidir si quiere ser asistido por un abogado público o privado.

De acuerdo con el libro —Principios desarrollados en la jurisprudencia nacional”, haciendo alusión a la sentencia 412-90 de la Sala Constitucional (visto además en los votos 5582-94 y 104.95 de este misma Sala), el derecho de defensa se define:

como garantía constitucional fundamental, tiende a resguardar la libertad del individuo ante la posibilidad que se le imponga indebidamente una pena, por ello, no puede ni debe de ser restringido en forma alguna, sino más bien resguardado celosamente por el legislador, el juez, el gobernante. (...) El principio de defensa debe de garantizar que el imputado

10. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999) ,144-145.

cuenta con el tiempo razonable para la adecuada preparación de su defensa; lo que debe de valorar el juez en cada caso particular.¹¹

Esta jurisprudencia va dirigida hacia el resguardo del derecho de defensa, incluso menciona el hecho de que no se puede restringir en ningún sentido y que debería resguardarse por el juez, es decir, protegerlo celosamente, con el objetivo de que el imputado pueda preparar su defensa con su debido defensor y en el tiempo razonable.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, define al derecho de defensa de la siguiente manera:

El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. El derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, inter alia, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas¹²

Este otro extracto por su parte, analiza el derecho de defensa y menciona el hecho de que el imputado debe ser asistido desde el principio del proceso hasta el final, contando el plazo de ejecución de la pena, por un abogado defensor.

Ahora bien, este último fragmento menciona el tema de la defensa material y la defensa técnica, que será la próxima sección por desarrollar, por ello es menester indicar que la defensa técnica es la defensa ejercida por un profesional en derecho, es decir, el abogado conocedor de las normas legales y la defensa material es la que puede ejercer el imputado propiamente para defenderse a sí mismo, ya sea declarando a su favor o absteniéndose de declarar si así lo decide.

11. Centro de Jurisprudencia de la Sala Constitucional, *Principios desarrollados en la jurisprudencia constitucional*. (San José: Escuela Judicial, 2014), 29.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. (2015), 45.

La defensa técnica y la defensa material se ejercen conjuntamente, y según Fernando Cruz, «la institución de la defensa presenta una peculiar dualidad, ya que el derecho de defensa lo ejercen simultáneamente tanto el mismo acusado como su abogado defensor, (...) el primero ejerce la llamada defensa privada o material y el segundo la defensa pública o formal.»¹³ Es decir, funcionan unidas, en el mismo acto expresando el derecho de defensa.

B.2. Defensa técnica y defensa material

B.2.1. Defensa técnica

Para iniciar esta sección, es necesario abarcar la regulación legal entorno a la defensa técnica, esta se encuentra regulada en el Código Procesal Penal en el artículo 13, quien la define de la siguiente manera:

Artículo 13.- Defensa técnica. Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él.¹⁴

Toda persona a la cual se le impute un delito tiene derecho a ser asistido por un abogado de confianza o en su defecto, en caso de carecer de los medios económicos para costear la defensa, por un defensor público. En el caso de Costa Rica, es la Defensa Pública la institución encargada de brindar asesoría a estas personas.

En este sentido, el Código Procesal Penal es enfático en señalar también en el artículo 82 inciso c), que el imputado tiene el derecho de ser asistido, desde el primer acto del procedimiento, por el defensor designado por él, sus parientes o la agrupación a la que se le comunicó su captura y, en defecto, un defensor público.

13. Fernando Cruz, *La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho*. (San José, Costa Rica: ILANUD, 1989), 61.

14. Código Procesal Penal, *Artículo 13*. (2017).

Bajo esta misma línea de pensamiento, Mendoza y Núñez mencionan:

Consideramos que, tal cual se encuentra regulada la defensa técnica en el actual CPP, dicha asistencia letrada inicia desde antes de que el imputado se encuentre identificado. De ahí que, la figura del defensor, ya sea público o privado, encuentra cabida en investigaciones previas a la imputación formal de los hechos, hasta el punto de que el mismo CPP denomina imputado-y como tal digno de derechos- al señalado como un posible autor de un hecho punible, ya sea *mediante cualquier acto de investigación o del procedimiento, evitando con dicha definición, las diferencias técnicas entre sospechoso e imputado (la cursiva es del original)*.¹⁵

Es evidente que la defensa del imputado es necesaria desde el inicio mismo del procedimiento, es esencial, ya que tal y como lo mencionan Mendoza y Núñez, —así debe ser, pues como se ha dicho, esta actuación tiene la función de controlar la legalidad de las actuaciones y velar por el respeto de las garantías procesales del inculpado.”¹⁶

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1996 y con la desaparición del antiguo Juez de Instrucción y con la aparición del Juez de Garantías, la investigación quedó a cargo del MP bajo el control y supervisión del Juez de Garantías. Este nuevo código le da preponderancia al papel de la víctima y a la necesidad de una defensa técnica más activa para el imputado como contrapeso del poder ejercido por el MP.

No obstante, no ocurre en la práctica, la defensa técnica sigue teniendo un papel secundario en esta etapa, viéndose el imputado en muchas ocasiones en estado de indefensión, esto en razón, además, de que en ocasiones se da una ineficiente labor por parte del Juez de Garantías, dándose en la práctica actuaciones violatorias y dilatorias a las garantías del imputado, dejando de lado, tal y como lo mencionan Mendoza y Núñez, —el cumplimiento de los principios y las

15. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999) ,160.

16. *Ibíd.*, 159.

garantías establecidas en la Constitución, el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario vigentes en Costa Rica y este Código.”¹⁷

Por ende, la participación de la defensa técnica en el procedimiento preparatorio es un derecho del imputado y una obligación del Estado, justificado en los principios de inviolabilidad de la defensa y de sus derivados.

Con respecto a la defensa técnica del imputado, conviene recordar lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ruano Torres y otros vs., sobre el momento en que debe iniciar el patrocinio letrado de la defensa, a fin de reclamar la aplicación del control de convencionalidad por el juez ordinario¹⁸:

El derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (supra párr. 29), el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.¹⁹

Es decir, la defensa técnica es concebida como obligatoria desde el inicio de la investigación penal, siendo resguardado por medio de estos votos de la CIDH, y si no sucediera de esta forma, se causaría un desequilibrio procesal entre las partes, sin tutela frente al poder del estado.

17. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 144.

18. De acuerdo con estas definiciones conceptuales del control de convencionalidad, se concibe en el orden interno por la Corte Interamericana como una tarea asignada básicamente al “Poder Judicial” en general, es decir a los “jueces y tribunales internos” sin distinción alguna, e independientemente de las regulaciones que puedan existir en materia de control de constitucionalidad en cada país, siendo este el dato de mayor interés a retener por las implicaciones que conlleva (Allan R. Brewer-Carías y Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2013, pág. 58).

19. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. (2015), 44-45.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este mismo caso, refiriéndose al Caso *–García Santa Cruz vs. Perú*”, que se refería a las ejecuciones extrajudiciales de líderes sindicales, sostuvo que las exigencias del artículo 8 de la Convención:

Se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial [...]”. Por lo tanto, desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho del imputado a la defensa. Asimismo, deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos, lo cual implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio.²⁰

Por otro lado, el autor Mario Rodríguez Villegas en su artículo, *–El acceso de la defensa a la prueba durante la etapa preparatoria en el sistema procesal penal costarricense*” establece que en la doctrina se han desarrollado los conceptos de derecho de defensa formal y material, siendo que el primero —.tiene su razón de ser en el carácter técnico del proceso de las normas que lo disciplinan y en la necesidad de respetar el principio de igualdad entre las partes. No cabe duda de que se rompería el equilibrio entre las partes si privara o no se impusiera como requisito esencial la asistencia al imputado de un técnico en derecho.”²¹

B.2.2. Defensa material

En primer lugar, es preciso destacar que la defensa material no se encuentra regulada en ninguna norma legal, pero, se puede desprender del artículo 12 del CPP, cuando al final de la norma menciona que *–toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley*”. De esta manera, el imputado debe ser informado desde el inicio de los procedimientos del derecho que tiene de ser oído y alegar todo lo que estime necesario a lo largo de la investigación, en virtud de su defensa material.

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. (2015), 44-45.

21. Mario Rodríguez Villegas, *El acceso de la defensa a la prueba durante la etapa preparatoria en el sistema procesal penal costarricense*. (San José: Costa Rica, 2006) ,1.

Además, se puede desprender del artículo 318 del CPP, referido a la audiencia preliminar, cuando al final de la norma indica que: "...en el curso de la audiencia, el imputado podrá rendir su declaración, conforme a las disposiciones previstas en este Código."²² Esta es una expresión de la defensa material que tiene el individuo en todas las etapas del proceso.

Igualmente, la defensa material se puede desprender del artículo 358 del CPP en donde e indica que quien preside el debate preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar, inmediatamente después se declarará cerrado el debate. Es decir, se le brinda una vez más al imputado la oportunidad de manifestarse si así lo requiere.

Del mismo modo, autores como Núñez y Mendoza explican una forma natural de ver desarrollarse la defensa material del imputado:

Como un instinto natural, todo hombre busca defender sus intereses, de ahí que la ley lo consagre, en mayor o en menor grado, la defensa ejercida personalmente por el inculpado, sin un letrado que lo asista, contando con la entera libertad para expresar lo que estime conveniente.²³

En este sentido, la persona naturalmente siente la necesidad de defenderse ante las distintas situaciones de la vida, al buscar resguardar sus intereses, de modo que esto no necesita estar regulado en ninguna ley, porque tiene la libertad necesaria de poder desarrollar su autodefensa.

Ahora bien, por ejemplo, Julio Maier, define la defensa material de la siguiente manera:

(...) el derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado (...) esas actividades pueden sintetizarse en: la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una

22. Código Procesal Penal, Artículo 318, (2017).

23. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 36.

sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder estatal.²⁴

En el caso del proceso penal costarricense, una de las manifestaciones más claras de este derecho de defensa material del imputado, es la posibilidad que tiene de declarar en cualquier estado del proceso, pero antes del dictado de la sentencia.

Por su parte, de acuerdo con Fernando Cruz (1989) los presupuestos de la defensa material responden a los principios que inspiran el individualismo liberal, es decir, en la defensa material el individuo simplemente debe cumplir con estos principios. Por lo que, no debe cumplir con ningún tipo de norma que lo regule a la hora de usar su derecho.

Es por ello que, tomando esta perspectiva, Núñez y Mendoza abarcan el derecho de defensa técnica de la siguiente manera -En esta categoría, tanto la Constitución Política, como los Pactos Internacionales permiten a la persona inculpada de un delito, defenderse personalmente. (...) una AUTODEFENSA.”²⁵

De acuerdo con lo anterior, la defensa material es interpretada como una autodefensa, ya que, el imputado adquiere la potestad de defenderse a sí mismo, si así lo quiere, en cualquier etapa del proceso, o decir lo que considere pertinente si este piensa que le puede favorecer. Es decir, no es un mero sujeto limitado a escuchar y sin voz.

Pero el punto medular aquí es desde cuándo inicia el imputado a ejercitar la defensa material. Sobre este particular, Núñez y Mendoza establecen que esta -la realiza el imputado por su propia cuenta desde el inicio del proceso, al serle imputados los hechos y comunicado e informado de la prueba existente en su contra.”²⁶ Es decir, esta se ejercita al igual que la defensa técnica desde el inicio del proceso, desde el momento de inicio de la persecución penal.

24. Julio Maier, *Derecho Procesal Penal I, Fundamentos*. (Buenos Aires, Argentina: Del Puerto, 1999), 89.

25. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 42.

26. *Ibíd.*, 36.

En fin, la defensa material resulta de gran importancia, ya que de esta forma el individuo adquiere un papel importante en el proceso en el cual se encuentra inmerso, de manera que, no se sienta excluido o no escuchado, siendo en estos casos el abogado defensor del imputado el garante de que este derecho se cumpla.

C. El abogado defensor y el principio de igualdad de armas

C.1. El abogado defensor

El abogado defensor es parte de los intervinientes en un proceso penal, y como se vio anteriormente, es una parte importante a la hora de ejercer la defensa técnica.

Surgen bastantes definiciones acerca de qué es un abogado defensor.

Clariá Olmedo lo define desde una perspectiva en sentido amplio y una en sentido estricto. El defensor en sentido amplio es ~~to~~ profesional en derecho que pone al servicio de quienes tienen intereses comprometidos en un proceso, su actividad profesional y sus conocimientos jurídicos.²⁷ Y en sentido estricto es ~~el~~ técnico en derecho que interviene en el proceso penal para aconsejar, asistir y representar al imputado, integrando así la actividad de defensa con respecto a todos los intereses de este que aparezcan comprometidos por motivos de la imputación”. Entonces, es un profesional que pone al servicio del imputado su labor y lo asiste y representa en mira de los intereses del mismo.

Por otro lado, Vásquez define al abogado defensor como: ~~al~~ persona física con título habilitante y demás requisitos legales que asiste y representa al imputado dentro del proceso penal, a los fines de un mejor desarrollo del mismo conforme a las garantías constitucionales y mediante actos dirigidos a la protección de los intereses del defendido y tendientes al logro de la mejor situación procesal del justiciable.²⁸ Este autor, por su parte, da una definición en

27. Jorge Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal Tomo 3*. (Buenos Aires: Editar S.A. Editores, 1963) ,127.

28. Jorge Eduardo Vásquez Rossi, *El proceso penal: teoría y práctica*. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, 1986), 51.

torno a la representación del imputado y los fines y las garantías constitucionales, donde se llevan a cabo una serie de actos para proteger los intereses del imputado y alcanzar la mejor situación procesal.

Otra definición es la que da Manzini, al señalar que el defensor es: —el que aparece en el proceso penal para desplegar en él una función de asistencia jurídica a favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal en la aplicación de una finalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés particular.”²⁹ Este autor por su parte, interpreta la figura del abogado defensor desde el punto de vista del interés público, es decir, desde una perspectiva diferente, porque explica que se cumple con un interés público y que esta es la finalidad del defensor. Sin embargo, este no especifica si es defensor público o fiscal, solo menciona al defensor. Así que podría tratarse también del fiscal.

Además, para Mendoza y Núñez, el defensor es —el profesional en derecho que asiste y representa al imputado en un proceso penal, vigilando el cumplimiento de todas las garantías que rodean su procesamiento, tutelando los derechos e intereses de su defendido y procurando la mejor situación procesal posible para este.”³⁰

Aunque, una vez vistos todos estos conceptos, es importante integrar todos los elementos de cada una de las definiciones, y para efectos de este trabajo, el abogado defensor es un profesional en derecho, con un título que lo acredite como tal, que asiste y representa al imputado. Como expresión del principio de igualdad de armas se encarga de vigilar porque se cumplan a cabalidad los derechos del imputado y las garantías que le otorga la Constitución, siempre en la búsqueda de la mejor situación para el imputado.

29. Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal. Tomo 2.* (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europea-América, 1951), 574.

30. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense.* (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 57.

C.2. El abogado defensor como expresión del principio de igualdad de armas

El principio de igualdad de armas es inherente al abogado defensor, ya que este es el encargado de validar este principio. Algunos autores plantean definiciones acerca del principio de igualdad de armas, entre ellos Núñez y Mendoza que lo definen como el principio –que legitima a la defensa, tanto en su función contralora como investigadora, así como, le posibilita la proposición de diligencias de prueba que resulten conveniente a los intereses de su representado. De esta forma se coloca al imputado en paridad de condiciones con el Ministerio Publico, al permitirle contar con una asistencia letrada que haga uso de las facultades que se le conceden y evitando que queden solo en la letra del Código Procesal Penal.”³¹ De esta forma el imputado se encuentra en igualdad de condiciones cuando el defensor ejercita su labor de investigación y propone diligencias de prueba que puedan favorecerle. Es decir, cuenta con asistencia letrada utiliza sus facultades legales, en otras palabras, para poner en práctica lo permitido por las normas legales.

En razón de lo anterior, Maier explica el principio de igualdad de armas de la siguiente manera:

Para que se pueda hablar de igualdad de posibilidades en relación a la decisión que pone fin al procedimiento, cuya misión –aunque parcial- es, precisamente, fijar los hechos averiguados durante el procedimiento, resulta necesario garantizar al imputado las mismas facultades, para influir sobre la reconstrucción fáctica, que las reconocidas al Ministerio Publico, es decir, idénticas posibilidades para influir sobre la recepción y valoración de la prueba. Ello equivale a expresar idénticas posibilidades de influir en la decisión.”³²

Por ello, resulta tan importante la hora de la recepción de la prueba en un proceso penal, ya que, debe haber igualdad entre las partes para poder garantizar el principio de igualdad de armas. Y es que el principio de igualdad de armas engloba varios temas, uno de estos es la prueba, donde las partes deben

31. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 164.

32. Julio Maier, *Derecho Procesal Penal I, Fundamentos*. (Buenos Aires, Argentina: Del Puerto, 1999), 584-585.

encontrarse en igualdad a la hora de proponer la evacuación de esta, llevando a un resultado donde los dos hayan ejercido de la mejor manera su defensa.

Por consiguiente, Hunter Ampuero menciona que —esindudable que la igualdad de armas favorece la conservación de la imparcialidad. El ordenamiento, al asegurar a los litigantes iguales posibilidades y cargas, limita considerablemente las posibilidades de que el juez actúe en el ámbito probatorio, aunque ciertamente tampoco lo excluye. Por eso, la construcción dialéctica del proceso, mediante las recíprocas alegaciones y pruebas y el principio de contradicción, salvaguarda la imparcialidad del juez.”³³ Es decir, por medio del contradictorio y la evacuación de la prueba, el juez garantiza la igualdad entre las partes.

Algunas veces ocurre que el MP se ampara en que la defensa obstaculiza el proceso y trata de no incluirla en algunas diligencias, como la del allanamiento en este caso. Es aquí donde el juez de garantías debe velar porque se respeten las garantías constitucionales y procesales del imputado, ya sea de oficio o a instancias del defensor, garantizándose de esta manera el principio de igualdad de armas.

Lo anterior encuentra razón en el hecho de que en un proceso penal el imputado se encuentra solo ante el poder del estado, ante lo cual surge la necesidad de dotarle desde el inicio del proceso de todas las garantías y los derechos correspondientes, una de ellas es un asesor letrado que dirija su actuar, para así lograr la igualdad de condiciones en el contradictorio, llegándose al fallo correspondiente sin que nadie sea condenado injustamente.

En fin, siguiendo con Andolina y Vignera, es posible entender la igualdad de armas como: —al obligación del legislador de colocar a las partes del proceso en una posición de paridad, asegurándole un mismo tratamiento normativo y la titularidad de poderes, deberes y facultades simétricamente iguales y mutuamente relacionadas.”³⁴ En otros términos el juez juega un papel muy importante en el

33. Iván Hunter Ampuero, *La Iniciativa Probatoria del Juez y La Igualdad de Armas en el Proyecto de Código Procesal Civil*. (Universidad de Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2011), 9.

34. Italo Andolina y Giuseppe Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*. (Torino: Giappicchelli Editore, 1997), 113.

respeto del principio de igualdad de armas, porque coloca a las partes en una posición de paridad, e incluso como se mencionó, si este ve que algún aspecto está saliéndose de esta igualdad debe tratar de equipararlo. El juez debe ser imparcial en todo momento.

Una vez asignada la labor investigativa de los delitos al Ministerio Público por el nuevo código de procedimientos penales, todo poder necesita un contrapeso, y en este caso este poder solo es contrarrestable por el control que puede ejercer el juez y la defensa, una especie de sistema de frenos y contrapesos. De esta manera, se pueden evitar una serie de arbitrariedades que puedan darse en la práctica, pero, sobre todo, un mejor control para evitar las malas experiencias hasta hoy. En este sentido, es la Defensa Técnica del imputado quien debe asumir con el rol más protagónico, no permitir su participación, tal y como lo mencionan Mendoza y Núñez —constituye una peligrosa oportunidad para restringir la participación contralora e investigadora de la defensa, y con ella el principio de igualdad.”³⁵

D. El abogado defensor en su labor de asesoramiento y representación

En las funciones del abogado defensor, está la de asesorar y representar al imputado. Esta es la función más importante sobre la que radica la labor del defensor.

Ahora bien, precisa dividir este apartado en la labor de asistencia por un lado y por otro lado el de representación.

Para iniciar se abarcará la asistencia contemplada en el artículo 82 del Código Procesal Penal referente a los derechos del imputado, inciso c, el cual dice literalmente que el imputado tiene derecho a: —c) Ser asistido, desde el primer acto del procedimiento, por el defensor que designe él, sus parientes o la agrupación a la que se comunicó su captura y, en defecto de este, por un defensor

35. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 166.

público.”³⁶ Y es que la asistencia del imputado se debe dar desde el inicio del proceso, y si no ocurriese así se colocaría al imputado en indefensión.

Este asesoramiento debe darse durante todo el proceso, es decir desde que inicia, cuando transcurre y cuando finaliza. Por esto, el defensor debe poner a disposición del imputado sus conocimientos jurídicos y ejercer una adecuada defensa.

Por otro lado, el asesoramiento se concreta a través de la consulta hecha por el imputado al defensor. Por eso es que Núñez y Mendoza mencionan que ante esta consulta —el defensor debe analizar las particularidades de cada caso y la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta, así como la culpabilidad del sujeto, para así poder determinar las pautas a seguir en la elaboración de una adecuada estrategia de defensa.”³⁷ Cuando el defensor analiza el caso concreto, puede elaborar la debida estrategia por utilizar para defender al imputado. Se necesita que el defensor tenga la formación adecuada y la experiencia, para dar el mejor consejo al imputado.

Dentro de la asistencia es menester indicar que el defensor cumple una labor importante de apoyo al imputado, porque el defensor está viendo el caso desde una perspectiva serena, que generalmente no tiene el imputado debido a todo lo que le se atribuye. Por eso, entre el defensor y el defendido debe haber una relación de confianza, reforzado por medio del diálogo.

Además, la asistencia se puede traducir en el acompañamiento que hace el defensor al imputado en todas las etapas del proceso, como por ejemplo en la indagatoria, donde el imputado ejercita su defensa técnica, pero mediante el consejo del letrado, su abogado defensor. Seguidamente, también el defensor puede proponer diligencias y externar las observaciones cuando algo lo amerite.

Por su parte, la representación se da en el momento en que el abogado defensor representa al imputado en su labor técnico jurídica, ya que algunas

36. Código Procesal Penal, *Artículo 82*. (2017).

37. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 71.

veces el imputado carece de los conocimientos jurídicos, por no ser un profesional en derecho, y por eso, es representado por su abogado defensor en todos aquellos actos requeridos.

La función de representación según Inés Mendoza y Vanessa Núñez, tiene ciertas limitaciones, las cuales se enumerarán a continuación.

1. La primera restricción es que el defensor no puede representar al imputado en los actos de carácter personalísimo. El imputado debe por ejemplo en el careo actuar solo, pero con el debido asesoramiento del defensor.
2. La presencia del defensor no suple la del procesado prófugo. El imputado debe estar presente en las actuaciones que así lo requieran. Es decir, no podría el defensor actuar solo.
3. El defensor goza de amplia discrecionalidad en la elaboración de la estrategia de defensa, pero su negligencia viola el principio del derecho de defensa. Por esto se dice que el defensor debe actuar siempre de una forma activa, porque si se nota que no lo hace, se estaría evidenciando la negligencia en su labor.³⁸

En fin, tal y como lo indican Núñez y Mendoza, —a pesar de una real igualdad procesal, es necesario que se brinde al imputado un asesoramiento adecuado, técnico y eficaz. Este abogado defensor va producir y actuar en nombre de su patrocinado todos los alegatos y pruebas pertinentes a fin de poner de manifiesto el derecho que le asiste.”³⁹ Dicho de otra forma, para que se dé una igualdad procesal, se tiene que brindar al imputado un debido asesoramiento, ya que este defensor actúa en nombre del imputado y por medio de esto valida sus derechos.

38. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 59.

39. *Ibíd.*, 27.

CAPITULO II. La participación del abogado defensor desde el primer acto del procedimiento según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad

A. Figura del control de convencionalidad

A.1. Aspectos generales del control de convencionalidad

La Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo —Convención”) fue adoptada en 1969 y mediante ella se establecieron derechos y obligaciones para los Estados Parte del tratado. Asimismo, con la adopción de ese tratado, se establecieron dos órganos de supervisión de lo dispuesto en la Convención: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁰

Ahora bien, gracias a la labor de garantizar el respeto a la Convención que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (‘Corte IDH’), surgió el control de convencionalidad. El control de convencionalidad es una medida orientada al cumplimiento de obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴¹ Tal y como lo estableció la Corte en su sentencia 166 en el Caso Velázquez Rodríguez, que trataba de una desaparición en Honduras —La segunda obligación de los Estados partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Este control de convencionalidad se utilizó por primera vez en el caso de Almonacid Arellano y otros contra Chile en la sentencia emitida por la Corte IDH el 26 de setiembre de 2006.”⁴²

Por otro lado, para que naturalmente lo anterior se cumpla, es necesario realizar una cuidadosa revisión de la legislación interna de cada país con el propósito de eliminar las discrepancias que pueden darse entre ella y las normas

40. C. Medina y C. Nash, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección* (Chile: Universidad de Chile, 2007), 16.

41. J. Ibáñez, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, En *Anuario de Derechos Humanos* (Chile: Universidad de Chile, 2012), 104.

42. Ernesto Jinesta, *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, En *El Control Difuso de Convencionalidad*, (México: FUNDAP, 2012), 4. Disponible en www.ernestojinesta.com.

internacionales, es decir, debe darse un proceso de adecuación a las normas establecidas en la Convención. Ante esto, el control de convencionalidad, que se desarrollará en capítulos posteriores, representa un medio efectivo para eliminar estas normas contradictorias, ya sea con la interpretación de su jurisprudencia y el diálogo entre los países que forman parte de la Convención.

En el caso de Costa Rica, es el Poder Judicial quien tiene el deber de garantizar de los derechos humanos. La Corte Interamericana establece que los jueces nacionales no son simples aplicadores de la ley nacional, estos deben realizar una interpretación convencional (control difuso) y determinar si las leyes del caso concreto son compatibles con la Convención Americana o no lo son; estos jueces son guardianes de la Convención Americana.

En fin, el control de convencionalidad representa un mecanismo efectivo para el goce y la garantía de los Derechos Humanos. Sabemos que la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos va creando mediante sus resoluciones, es vinculante para aquellos países que han ratificado la Convención y en virtud de ello, se comprometieron a ser garantes de los Derechos Humanos establecidos en la Convención y a adecuar su legislación interna en pro de un pleno goce y disfrute de los mismos.

Es necesario que la Corte brinde un seguimiento más riguroso para el cumplimiento efectivo de sus sentencias, en donde el Estado se vea en la obligación de poner en práctica lo más antes posible las medidas de reparación establecidas en la sentencia. Asimismo, es necesario establecer un diálogo latinoamericano que busque la integración, para instaurar redes de información, en donde cada uno de los países pertenecientes a la Convención estén informados de la nueva jurisprudencia y de esta manera, la puedan adecuar a su legislación interna, así se incorporaría el control de convencionalidad en forma ordenada en el derecho nacional.

Costa Rica se ha caracterizado en los últimos años por ser un país suscriptor de tratados internacionales, tema que ha sido muy debatido en la región, a raíz de los procesos de transición de la democracia vivida en muchos

países. Este gran esfuerzo posibilitó el emprendimiento de procesos de reforma a la justicia, con la finalidad de adecuar sus sistemas a los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos.

Sin embargo, pese al esfuerzo de muchos países de la región en la suscripción de tratados internacionales, la puesta en práctica de los mismos se ha puesto en duda en los últimos años. En este sentido, la creación jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad, un reciente concepto acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirvió de base para evidenciar el estado de incumplimiento de la normativa internacional por parte de algunos Estados, entre ellos Costa Rica.

En el caso de nuestro país, la obligación es más clara, ya que en el convenio sede con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 27 señaló la responsabilidad de aceptar las resoluciones de la Corte con el mismo carácter de obligatoriedad con que se deben de aceptar los fallos emanados de nuestros tribunales internos: *–Artículo 27: Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la república, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”.*

Por ende, la doctrina del control de convencionalidad es una herramienta efectiva que evidencia el avance de la justicia en cada país con respecto al tema de los derechos humanos. En dicho contexto, este capítulo tiene por objetivo describir y analizar los elementos constitutivos del control de convencionalidad, en cuando a su origen y desarrollo, así como sus implicaciones.

En este sentido, de acuerdo con García —~~de~~ reconocer que el control de convencionalidad parte tácitamente de la tesis de la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos incluso sobre la constitución nacional, de haber conflicto entre aquéllos y ésta, pero respetando el principio de la norma más favorable a la persona, sea doméstica o internacional.”⁴³

43. Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (2011) ,16.

Así mismo, siguiendo con García, se define el control de convencionalidad como:

(...) la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales—o a todos los órganos jurisdiccionales, como *infra* veremos— para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del derecho internacional (...).⁴⁴

Por otro lado, de acuerdo con la investigación: “Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad” elaborado por Pablo González Domínguez, investigación que forma parte de uno de los proyectos centrales del CEJA (2014), el control de convencionalidad puede ser definido como:

(...) una obligación a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José, de interpretar cualquier norma jurídica nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, etc.) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus iuris* interamericano, el cual está integrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte, y otros instrumentos vinculantes en materia de derechos humanos; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma jurídica nacional y el *corpus iuris*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración a los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer *de oficio* el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.⁴⁵

En este sentido, el control de convencionalidad es una herramienta para todos aquellos países, principalmente dirigidos a autoridades estatales como el Poder Judicial, que busca garantizar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana. Pero se trata, sobre todo, de la obligación de cada uno de los países de adoptar las disposiciones en su derecho interno para hacer efectivos los

44. *Ibíd.*, 126.

45. Pablo González Domínguez, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014), 18.

derechos insertos en la Convención, obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la propia Convención. Por esta razón, González afirma —que es posible decir que el control de convencionalidad, además de ser una obligación, es un medio, o una —técnica” que facilita a las autoridades nacionales garantizar el efecto útil del Pacto de San José.”⁴⁶ Se destaca del control de convencionalidad siete puntos esenciales para su comprensión:

1. Una obligación internacional (también definida como una herramienta o una técnica).
2. A cargo de todas las autoridades del Estado (poder ejecutivo, legislativo y judicial) pero especialmente dirigida a los jueces.
3. Que requiere a las autoridades estatales interpretar todas las normas jurídicas nacionales de conformidad con el *corpus iuris interamericano* (el cual incluye, como mínimo, la Convención Americana, otros tratados del Sistema Interamericano, y la jurisprudencia de la CIDH).
4. Requiere también que las autoridades nacionales se abstengan de aplicar una norma nacional que no puede ser interpretada de conformidad con el *corpus iuris*, para evitar la responsabilidad internacional del Estado.
5. La obligación de realizar un control de convencionalidad debe de ser cumplida de oficio.
6. Pero las autoridades deben actuar siempre en sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes.
7. El fundamento jurídico de la doctrina se encuentra en los artículos 2, 1.1, 29, y 68.1 de la CADH, y en los artículos 26 y 27 de la CVDT (los subrayados y cursivas son del original).⁴⁷

Parte importante del control de convencionalidad es en relación con el objeto de la obligación, que, de acuerdo con González, se pueden clasificar en cuatro conductas:

- (i) realizar una —interpretación conforme” entre las leyes nacionales y los estándares interamericanos de protección a derechos humanos; (ii) inaplicar la norma que no pueda ser interpretada de conformidad con los mencionados estándares interamericanos; (si) actuar de manera positiva y suplir las deficiencias de la legislación penal nacional para evitar impunidad

46. Pablo González Domínguez, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014),8.

47. *Ibíd.*, 21.

en casos de graves violaciones a derechos humanos; y (iv) utilizar el control de convencionalidad como una técnica que permita el debido cumplimiento de las sentencias de la Corte en aquellos casos donde el Estado al que la autoridad pertenece haya sido condenado.⁴⁸

Así mismo, en cuanto a las leyes nacionales sujetas control de convencionalidad se ha referido por parte de la Corte a leyes o normas jurídicas, refiriéndose a cualquier norma jurídica de carácter general. En este sentido Sagués menciona que «el control de convencionalidad debe ser ejercido sobre leyes federales y estatales, decretos, reglamentos, y en general sobre cualquier disposición que constituya una norma jurídica general independientemente del órgano que la emita, lo que incluye las decisiones de tribunales nacionales que son obligatorias como precedentes.»⁴⁹

Ahora bien, es necesario describir cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad vista en las resoluciones más relevantes de la Corte Interamericana desde la creación de esta doctrina en el *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006)*, hasta su más reciente desarrollo en el *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam (2014)*.

El control de convencionalidad fue acuñado por primera vez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, en el año 2006 en donde establece:

(...) el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁵⁰

En este orden de ideas, los jueces y los tribunales de cada país que hayan ratificado tratados de derecho internacional como lo es la Convención Americana,

48. Pablo González Domínguez, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014), 22.

49. Néstor Pedro Sagués, *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*, Estudios Constitucionales. (2010), 124.

50. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006”, Serie C No 154, Párrafo 124.

están sometidos a ellos, obligándolos a que las disposiciones de la Convención sean llevadas a la práctica y no sean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. Visto el caso anterior, González establece:

(...) El control de convencionalidad fue diseñado como una técnica que permite a los jueces nacionales combatir la impunidad por graves violaciones a derechos humanos y de esta forma proteger derechos inderogables. En su esencia se trata de una manifestación de la obligación de garantizar los derechos (artículo 1.1 de la Convención) en la clave de lo establecido por la Corte desde el emblemático *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (1989), donde se estableció el criterio que sostiene la necesidad de que los Estados organicen todo el aparato estatal de forma tal que den cumplimiento a las obligaciones de la Convención.⁵¹

El *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* trata sobre la responsabilidad internacional del estado chileno por la adopción y aplicación del Decreto Ley 2.191 de 1978, el cual concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictuosos cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. La aplicación de este decreto por parte del Poder Judicial tuvo como efecto inmediato el cese de investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del Señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado a manos de la policía en el contexto de graves violaciones a derechos humanos que siguieron al golpe de Estado presidido por el General Augusto Pinochet, en 1973.⁵²

La Corte estimó, como un hecho probado, que el gobierno de Chile ejecutó una política de Estado, que atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil, considerados como opositores al régimen, por lo que calificó la ejecución del señor Almonacid como un crimen de lesa humanidad al ser cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado de ataque contra la población civil.⁵³

51. Pablo González Domínguez, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014), 32.

52. Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006", Serie C No 154, Párrafo 104.

53. *Ibíd.*, 108-128.

Partiendo de lo resuelto por esta sentencia, el control de convencionalidad es un incentivo para que los jueces nacionales realicen acciones que garanticen que las normas de derecho internacional tengan efectos prácticos en los respectivos ordenamientos jurídicos de cada país. En palabras de González, el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, —muestra la existencia de un obstáculo extremo para cumplir con el deber de garantía: la existencia de leyes de amnistía que permite la impunidad por crímenes de lesa humanidad. La Corte desarrolló el control de convencionalidad para evitar los efectos perversos que produce la aplicación de este tipo de normas.”⁵⁴

Posteriormente, con el desarrollo de posteriores resoluciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la doctrina del control de convencionalidad fue adquiriendo firmeza. En este sentido, el *Caso de los Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú del 24 de noviembre de 2006*, es un ejemplo de lo anterior. En este caso, se estableció que el control de convencionalidad debe ser realizado de oficio, pero en el marco de las respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes de cada país. En esta sentencia se establece:

(...) Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también —deconvencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.⁵⁵

Aunado a lo anterior, según García, con respecto a la aplicación del control de convencionalidad —no puede quedar limitada exclusivamente por las

54. Pablo González Domínguez, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014), 33.

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006”, Serie C No, Párrafo 158.

manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Es así que el tribunal interamericano advierte sobre la existencia y eficacia de presupuestos formales internos de admisibilidad y procedencia (como los hay, por cierto, en el ámbito internacional y para los efectos de la apertura y desarrollo de la vía correspondiente, sea ante la Comisión Interamericana, sea ante la Corte) (el subrayado no es del original).⁵⁶

Por ello, el control de convencionalidad debe ejercerse de una manera inmediata, espontánea, es decir, oficiosa, ya que sería absurdo que la persona interesada invoque sus derechos a la vida, la integridad, a la libertad para que los agentes del Estado se resuelvan a examinar la existencia de aquellos, la obligación de respetarlos y la necesidad.

La Corte Interamericana, siguiendo con González, mantuvo la misma estructura utilizada en el *Caso Almonacid* para referirse a la doctrina del control de convencionalidad, en donde es posible observar cinco cambios importantes en relación con *Almonacid*:

(...) Primero, la obligación de realizar un control de convencionalidad fue directamente ligada a la obligación de garantizar el efecto útil de la convención. Segundo, la Corte estableció que el control de convencionalidad debía ser ejecutado de oficio, es decir independientemente de que las partes lo solicitaran. Tercero, la Corte decidió que el control de convencionalidad debía ser llevado a cabo por los jueces de conformidad con las regulaciones procesales correspondientes, por supuesto con excepción de aquellos casos en donde dichas regulaciones violaran el Pacto de San José. Cuarto, con este criterio la Corte clarificó que la doctrina no confiere atribuciones a las autoridades del Estado, pues el control debe ser realizado en el marco de sus respectivas competencias –lo cual es determinado por la ley. Quinto, la Corte eliminó el

56. Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (2011) ,145.

vínculo entre el deber de realizar control de convencionalidad y la nulidad *ab initio* de las leyes.⁵⁷

Desde el *Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, la doctrina del control de convencionalidad se ha venido desarrollado en posteriores resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ha ido adquiriendo elementos específicos fortalecedores. En este sentido se pueden mencionar el *Caso Heliodoro Portugal*, el *Caso Radilla Pacheco*, el *Caso Cabrera García* y el *Caso Gelman*, entre otros.

El *Caso Boyce y Otros Vs. Barbados* (2007) representa un aporte importante para la doctrina del control de convencionalidad, se establece que se realiza sobre todas las normas del sistema jurídico nacional, con el fin de validar los derechos estipulados en la Convención, lo cual incluiría, claro está, normas de rango constitucional. Además, el autor González comenta en su texto que uno de los aportes de esta sentencia al control de convencionalidad se refleja en la distinción conceptual entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, —~~pes~~ los jueces deben no sólo controlar la constitucionalidad de las leyes nacionales, sino también su convencionalidad. Esto significa que las autoridades nacionales deben inaplicar una norma de rango constitucional que sea contraria a la Convención Americana en caso de ser necesario para garantizar la protección a los derechos humanos. De esta forma el juez nacional podrá garantizar el efecto útil de la Convención”.⁵⁸ Al respecto manifiesta la Corte en la sentencia:

(...) El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era —~~convencional~~”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones,

57. Pablo González Domínguez, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014), 35.

58. Pablo González Domínguez, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014), 36-37.

que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (el subrayado es nuestro).⁵⁹

Posteriormente, en el *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (2008) muestra otro precedente importante con respecto a la doctrina del control de convencionalidad, en donde se establece la obligación de utilizar recursos penales para garantizar el efecto útil de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la desaparición forzada de personas. En este caso en concreto se establece la obligación particular del Estado de Panamá de tipificar el delito de desaparición forzada, derivado del artículo 2 de la Convención Americana y del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP). En este caso la Corte recordó, según González, que “derivado del artículo 2 de la Convención Americana, los operadores de justicia deben realizar un control de convencionalidad como una práctica conducente a cumplir con las obligaciones internacionales del Estado y garantizar el efecto útil de los instrumentos internacionales, lo que incluye la CIDFP.”⁶⁰ Con respecto a lo anterior, la sentencia menciona:

(...) En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe “que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas

59. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007”, Serie C, No 169, Párrafos 77- 78.

60. Pablo González Domínguez, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014), 38.

en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina —control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.⁶¹

Visto lo anterior, en aquellos casos en que determinado Estado no haya tipificado un delito relacionado con un caso en concreto, persiste la imperiosa necesidad por parte del Estado de evitar que la situación quede impune, siempre existe el deber, en palabras de González —de utilizar aquellos recursos penales a la disposición del operador de justicia para garantizar la investigación y sanción de aquellos responsables (González, 2014, 38)”. Es decir, el control de convencionalidad, de esta forma, debe ser utilizado como un medio para suplir el incumplimiento del poder legislativo de su deber de adoptar las medidas de derecho interno en los términos previstos por el artículo III de la CIDFP.

El *Caso Radilla Pacheco Vs. México (2009)* enfatizó con respecto al control de convencionalidad el deber de cada uno de los Estados suscriptores de la Convención de interpretar las normas nacionales de acuerdo con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte. —Enfatizó que la obligación a cargo de los jueces de realizar control de convencionalidad incluye no sólo el deber de no aplicar las normas contrarias a las disposiciones de la Convención, sino también de interpretar las normas nacionales de conformidad con la Convención y los

61. Corte Interamericana de Derechos Humanos, —Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008”, Serie C, No 186, Párrafos 179-180.

principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte.”⁶² Al respecto el texto de la sentencia menciona:

(...) En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.⁶³

Por otro lado, otro aspecto de vital importancia del control de convencionalidad son las autoridades legitimadas para ejercerlo. Siendo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos nace con la esperanza de plasmar un sistema internacional garantizador de los derechos fundamentales de las personas. Pareciera contradictorio poner límites a la aplicación de las normas internacionales sobre Derechos humanos acogidas por el sistema de protección internacional al que se sometieron los países al firmar la Convención, sus reglamentos y sus declaraciones.

Al respecto, señala acertadamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (2010)*, las autoridades que están obligadas a realizar un control de convencionalidad, estableciendo que son todos los órganos del Estado, incluidos los jueces, quienes están sometidos a la Convención y a velar por su efecto útil.

Ante tal panorama, cualquier juez o tribunal que realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas de Justicia, están legitimadas a ejercer el

62. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Párrafo 340.

63. *Ibíd.*, 339-340.

control de convencionalidad. En este orden de ideas la sentencia acertadamente señala:

(...) Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁴

Así mismo, en el mismo sentido, en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento en el *Caso Gelman Vs. Uruguay (2013)*⁶⁵, la Corte dejó claro que son todas las autoridades del Estado quienes deben realizar el control de convencionalidad al establecer que “cuando un Estado es parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles deben de realizar de oficio un control de convencionalidad”. Lo anterior es reiterado en posteriores resoluciones de la Corte como es el *Caso Vélez Loor Vs. Panamá (23 de noviembre de 2010)*, donde estableció:

(...) En otras palabras, los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”⁶⁶

64. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Párrafos 225, 226 y 233.

65. *Ibíd.*, Párrafo 225.

66. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010”, Serie C, No 218, Párrafo 288.

En el caso de Costa Rica es importante recordar que en cuanto a la doctrina del control de convencionalidad su aplicación depende en gran medida de las normas del derecho nacional existentes, quienes en alguna medida refuerzan su aplicación o las relativiza. Hay muchos factores que determinan la forma en que el control de convencionalidad se aplica en cada país entre los cuales González menciona:

(...) (i) las competencias de las autoridades nacionales (ej. si la ley reconoce la existencia de un control difuso o concentrado de constitucionalidad); (ii) las regulaciones procesales correspondientes; (iii) la jerarquía que ocupe la Convención Americana en el sistema jurídico nacional (ej. si una constitución reconoce la supra constitucionalidad de los tratados de derechos humanos o les reconoce rango infra-constitucional); y (iv) el nivel de obligatoriedad que el derecho interno reconoce a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (ej. si reconoce que es “obligatoria” o si es un “criterio hermenéutico relevante”).⁶⁷

Teniendo en cuenta las ideas de este autor y tomando como parámetro las resoluciones de la Corte Interamericana, en el caso de Costa Rica, según el artículo 10 de la Constitución Política, en el año de 1989 se crea la Sala Constitucional, con independencia funcionaria dentro de la Corte Suprema de Justicia, pero dentro del Poder Judicial, como la encargada de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas; siendo de esta manera la voluntad del constituyente se concentrara en el Sala el control de constitucionalidad. Al respecto, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial estableció que en caso de duda por parte de un administrador de justicia tuviera duda sobre la constitucionalidad de una norma o un acto deberá consultar ante la jurisdicción constitucional antes de aplicarse.

A pesar de existir un control concentrado de constitucionalidad a cargo de la Sala Constitucional (y no se ha hablado de un control difuso de constitucionalidad a cargo de los jueces ordinarios), no es la Sala Constitucional la que determina quienes pueden o no aplicar dentro de sus resoluciones el control de

67. Pablo González Domínguez, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014), 43.

convencionalidad, ya que como lo ha venido sosteniendo la Corte Interamericana en casos como *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (2010)*, dicho control también recae en el juez ordinario, como una obligación del Estado al acogerse al bloque internacional de los derechos humanos. Es claro entonces, que a pesar de que en Costa Rica existe un control concentrado de constitucionalidad, la labor del control difuso de convencionalidad se ejerce dualmente entre los jueces ordinarios y los magistrados constitucionales.

Pese a lo anterior, siguiendo con García, –Sin perjuicio de la preferencia por uno u otro régimen de control, lo cierto es que la Corte Interamericana no se ha pronunciado por ninguno de ellos con preferencia sobre el otro. Lo importante es que haya control de convencionalidad. Resulta secundario y opinable —y en todo caso depende de las circunstancias nacionales— el método que se elija, mientras no excluya el cumplimiento del deber de control que atañe a los depositarios de la función jurisdiccional pública.”⁶⁸

Si bien es cierto, el control de convencionalidad debe ejercerse dualmente entre los jueces ordinarios y los magistrados constitucionales, es preciso aclarar que la norma constitucional debe ser interpretada y aplicada. Es por ello que un rol importante de la doctrina del control de convencionalidad es el cumplimiento de las sentencias de la Corte por parte de las autoridades nacionales, pues es obligación del Estado en cumplir la decisión de la Corte en los casos en que sean parte, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces. La Corte Interamericana ha señalado en la *Resolución de Supervisión de Cumplimiento del Caso Gelman*:

(...) los jueces están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención americana. La Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un

68. Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (2011), 151.

principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables.⁶⁹

Tal y como lo explica González, –als sentencias de la Corte, en tanto adquieren la autoridad de cosa juzgada internacional, producen una eficacia inter partes que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia de forma pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los efectos del fallo derivada de los artículos 67 y 68.1 de la Convención.”⁷⁰ Estas obligaciones se deben cumplir a pesar de existir normas en el ámbito nacional que contradigan los criterios de la Corte, en cuyo caso deberán dejarse sin efecto dichas normas.

Ahora bien, dentro de las medidas de carácter formal, según González, que coadyuvarían a una mejor aplicación del control de convencionalidad destacan:

1. Adopción de un sistema de control difuso de constitucionalidad, u otros mecanismos que permitan controlar la constitucionalidad de las leyes.
2. Reconocimiento de la jerarquía constitucional o supra constitucional de las normas de derecho internacional de los derechos humanos.
3. Adopción del principio pro persona como pauta hermenéutica para la resolución de los conflictos entre normas.
4. Reconocer la obligatoriedad de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún en casos en que el Estado no sea parte.⁷¹

Por otro lado, es igualmente importante que los administradores de justicia y demás autoridades se capaciten en cuanto a la forma en cómo se debe aplicar el control de convencionalidad, empleándola de acuerdo con los estándares nacionales de protección de derechos humanos, incluyendo la misma jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana.

69. Corte Interamericana de Derechos Humanos, –Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011”, Serie C, No 221, Párrafos 193-239.

70. Pablo González Domínguez, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. (San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014), 42.

71. *Ibíd.*, 50.

Finalmente, dentro del desarrollo jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad se destaca un caso reciente, *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, en donde la Corte Interamericana recarga la importancia de la operatividad del control de convencionalidad y —al obligación de ejercer ex officio un —control de convencionalidad”, entre la normativa interna y la Convención Americana.

A.2. Control de convencionalidad: caso costarricense

En el caso de Costa Rica, es preciso indicar que en el artículo 7 de la Constitución Política se consagra el principio de jerarquía normativa en nuestro ordenamiento jurídico, en donde se establecen los Tratados Públicos dentro de su primer eslabón, seguido por los Convenios Internacionales y Concordatos debidamente aprobados.

Así mismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a través de votos reiterados, ha indicado que los instrumentos de protección de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, no solo tienen valor similar a la Constitución Política, sino que tienen un valor superior, si otorgan más derechos y protección. En este sentido, el Voto 01147-90, menciona:

(...) esa conclusión se confirma en una serie de principios y normas internacionales de derechos humanos, que tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución, sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental... En la medida en que, conforme a lo expuesto, se encuentran implicados derechos fundamentales del actor... cualesquiera que éstos sean... tales derechos fundamentales lo son, por definición, de todo ser humano, por el solo hecho de serlo, en condiciones de igualdad y (sin) discriminación alguna contraria a la dignidad humana.⁷²

Posteriormente, la Sala Constitucional conforme al avance de los derechos humanos, fue ampliando su nivel de protección en el caso costarricense de forma progresiva dándole mayor trascendencia a los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos.

72. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, —Voto 01147-90; 21 de setiembre, 1990 14:00horas”, Expediente 90-000208-0007-CO.

Al respecto, el Voto 2313-95 menciona:

(...) las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, en tratándose de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales —~~en~~ tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución.⁷³

Ahora, un tema traído a discusión en los últimos años es con respecto a si, sin vinculantes o no, las Opiniones Consultivas dadas por organismos protectores de derechos humanos competentes. En este sentido, la Sala Constitucional en el Voto 2313-95 ya se ha manifestado al señalar —~~que~~ las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, tratándose de Derechos Humanos, sus decisiones vinculan al Estado costarricense.⁷⁴

De lo anterior, de acuerdo con Salón, —se puede inferir otra conclusión preliminar de esta investigación: a nivel del ordenamiento jurídico costarricense son válidas e integrales las disposiciones tanto de las Convenciones, Tratados y Acuerdos ratificados, como aquellas opiniones consultivas que de ellos se deriven por parte de los organismos internacionales competentes para emitir dichos pronunciamientos.⁷⁵

Por otro lado, si bien se ha explicado y ejemplificado previamente la superioridad que tienen los instrumentos internacionales protectores de Derechos Humanos ratificados por el país, podría surgir una interrogante y debate: ¿qué pasaría con dichos instrumentos en el caso de que no hayan sido ratificados por el Estado costarricense?

En materia de protección de derechos humanos en el Código Procesal Penal costarricense se encuentran de forma sencilla una serie de artículos que

73. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 2313-95; 9 de mayo, 1995 04:18horas”, expediente 90-000421-0007-CO.

74. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 2313-95; 9 de mayo, 1995 04:18horas”, expediente 90-000421-0007-CO.

75. Juan Diego Salón, -Control de convencionalidad, ¿Es posible un sistema de aplicación difuso dentro del ordenamiento jurídico costarricense?”. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2015), 94.

atañen directamente al respeto de los principios establecidos en el Derecho Internacional, en materia de protección de derechos humanos.

En este sentido, el artículo 5,⁷⁶ establece que los jueces sólo están sometidos a la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y a la ley, por lo que ya en este primer escenario se sujeta al juez expresamente al CIDH y todo lo que conlleva.

En segundo lugar, se puede mencionar el artículo 12,⁷⁷ refiriéndose a la inviolabilidad de la Defensa, el cual indica: *“toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación, deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley”*.

En tercer lugar, se puede mencionar el artículo 175 referente a la actividad procesal defectuosa el cual, por principio general, en teoría, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y las condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica, no podrían ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella.

Así mismo, dentro del mismo Título II, en el artículo 178, referente a la actividad procesal defectuosa, se establece como defecto absoluto: "a) A la

76. Artículo 5.- Independencia. Los jueces sólo están sometidos a la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y a la ley. En su función de juzgar, los jueces son independientes de todos los miembros de los poderes del Estado. Por ningún motivo, los otros órganos del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de las causas, ni la reapertura de las terminadas por decisión firme; tampoco podrán interferir en el desarrollo del procedimiento. Deberán cumplir y hacer cumplir lo dispuesto por los jueces, conforme a lo resuelto. En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez deberá informar a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia. Cuando la interferencia provenga del pleno de la Corte, el informe deberá ser conocido por la Asamblea Legislativa.

77. Artículo 12.- Inviolabilidad de la defensa. Es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento. Con las excepciones previstas en este Código, el imputado tendrá derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio de que la autoridad correspondiente ejerza el poder disciplinario, cuando se perjudique el curso normal de los procedimientos. Cuando el imputado esté privado de libertad, el encargado de custodiarlo transmitirá al tribunal las peticiones u observaciones que aquel formule, dentro de las doce horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor. Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley. (el subrayado y la negrita no son del original) Código Procesal Penal vigente.

intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley.

En tercer lugar, se puede mencionar el artículo 175,⁷⁸ referente a la actividad procesal defectuosa, en el cual, por principio general, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y las condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella.

Además, dentro del mismo Título II, en el artículo 178⁷⁹, referente a la actividad procesal defectuosa, se establece como defecto absoluto: "a) A la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y las formas que la ley establece o se implique inobservancia de los derechos y las garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley".

Tal y como se observó, en materia de protección de los derechos humanos y con ocasión de las actividades procesales defectuosas, es evidente y manifiesta la eventual importancia del conocimiento tenida por los distintos actores del proceso penal, a la hora de alegar una causa o de resolver aquellas que han sido sometidas a conocimiento.

78. **Título II. Actividad Procesal Defectuosa. Artículo 175.- Principio general.** No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales. (El subrayado y la negrita no son del original) Código Procesal Penal vigente.

79. **Artículo 178.- Defectos absolutos.** No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aun de oficio, los defectos concernientes: a) A la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley. b) Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales. c) A la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y su participación en el procedimiento (el subrayado y la negrita no son del original) Código Procesal Penal vigente.

B. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La participación del abogado defensor en los allanamientos, tal y como se observará en párrafos posteriores, ha sido tema de discusión tratado en reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera y el antiguo Tribunal de Casación Penal. Sin embargo, no ha sucedido así con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual no se ha hecho mención expresa de este tópico. Ahora bien, la Corte Interamericana en varias de sus sentencias ha mencionado la necesaria participación del abogado defensor desde que se ordena investigar a una persona, es decir, desde las primeras diligencias de investigación, en donde es común encontrar en la práctica la realización de allanamientos.

Es por ello, que impedir al imputado contar con la asistencia de su abogado defensor en estos actos, es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo. A raíz de lo anterior, a continuación, se mencionarán las principales sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la necesaria participación del abogado defensor desde el momento del ordenamiento de investigación contra a una persona.

Caso López Vs. Honduras

En primer lugar, como antecedente importante, tenemos el Caso López Vs. Honduras del 1 de febrero de 2006,⁸⁰ referente a una demanda contra la República de Honduras, sobre la prolongada prisión preventiva a la que fue sometido al señor López Álvarez por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. En este caso ~~los~~ Tribunales hondureños absolvieron al inculcado después de 6 años de juicio y de privación de libertad. En ese tiempo no se atendieron los argumentos planteados por la defensa de la presunta víctima. Los recursos interpuestos fueron infructuosos, con violación del derecho a la protección judicial. Asimismo, se alega que la víctima no fue asistida por un abogado durante su

80. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso López Álvarez Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006”, Honduras, Serie C No 141.

declaración ante el Tribunal.”⁸¹ En este último caso, la sentencia en su párrafo 152 menciona:

Se advierte que el señor López Álvarez no tuvo oportunidad de rendir declaración indagatoria en la presencia de su abogado, con quien tuvo comunicaciones algunos días después de su detención. En consecuencia, no se le garantizó el derecho de contar con abogado defensor conforme al artículo 8.2.d de la Convención.

Por otro lado, dentro de los alegatos de la Comisión —al presunta víctima no fue asistida por un abogado durante su declaración ante el Tribunal.”⁸² Asimismo, dentro de los alegatos de los representantes se alega —d) que no se otorgó asistencia letrada al señor López Álvarez durante los primeros momentos de sus detención, ni al momento de su declaración; tampoco le fue designado un defensor de oficio cuando carecía de abogado; además, fue coaccionado para que se declarara culpable del delito que se le imputaba.”⁸³

Con respecto a lo anteriores alegatos el Estado estableció que —b) el juicio en contra del señor López Álvarez fue tramitado con todas las garantías y derechos que la ley confiere, y no existen evidencias de que hubiese violación de derechos, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de la Ceiba anuló de oficio parte de las acusaciones como consecuencia de la supuesta sustitución de la sustancia incautada por otro polvo, lo que determinó la emisión de sentencia absolutoria”⁸⁴.

Dentro de las consideraciones de la Corte Interamericana, de acuerdo con lo anterior, se advierte que —eseñor López Álvarez no tuvo oportunidad de rendir declaración indagatoria en la presencia de su abogado, con quien tuvo comunicaciones algunos días después de su detención. En consecuencia, no se le

81. *Ibíd.*, Párrafo. 123.

82. *Ibíd.*, Párrafo. 123 e.

83. *Ibíd.*, Párrafo. 124 d.

84. Corte Interamericana de Derechos Humanos, —Caso López Álvarez Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006”, Honduras, Serie C No 141, Párrafo 125 b.

garantizó el derecho de contar con abogado defensor conforme al artículo 8.2.d de la Convención.”⁸⁵

Asimismo, también quedó demostrado que el señor López Álvarez —~~luz~~ varios nombramientos y sustituciones de abogados defensores a lo largo del proceso durante el proceso ordinario (supra párr. 54.18), por lo que esta Corte no tiene elementos de prueba suficientes para determinar que se vulneró el derecho de la presunta víctima a ser asistido por abogado defensor en los términos del artículo 8.2.e de la Convención.”⁸⁶

Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela

Otro caso que refleja la necesaria participación del abogado defensor es el Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela⁸⁷ el cual refiere a una demanda contra Venezuela, en donde el señor Barreto Leiva fue condenado a un año y dos meses de prisión por delitos contra el patrimonio público, como consecuencia de su gestión, en el año 1989, como Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República. Según la Comisión, en el trámite de un proceso penal ante la Corte Suprema de Justicia contra el entonces Presidente de la República, un senador y un diputado, el señor Barreto fue citado a declarar como testigo y posteriormente se decretó auto de detención en su contra. La Comisión alegó que en el proceso no se notificó de manera previa a la presunta víctima los delitos imputados por el carácter secreto de la etapa sumarial. Asimismo, la Comisión alegó que el secreto de la etapa sumarial implicó:

...que el señor Barreto Leiva no fuera asistido por un defensor de su elección en esa etapa del proceso, interrogara a los testigos, conociera las pruebas que estaban siendo recabadas, presentara pruebas en su defensa y controvirtiera el acervo probatorio en su contra. Además, según la Comisión, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya sido el

85. *Ibíd.*, Párrafo 152.

86. *Ibíd.*, Párrafo 153.

87. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009”, Venezuela, Serie C No 206.

tribunal que conoció y sentenció en única instancia el caso de la presunta víctima constituiría una violación de su derecho a ser juzgada por un tribunal competente, en razón de que no contaba con un fuero penal especial, así como una violación de su derecho a recurrir la sentencia condenatoria. Finalmente, la Comisión estimó que al señor Barreto Leiva se le impuso una prisión preventiva sobre la base exclusiva de indicios de culpabilidad, sin la posibilidad de obtener la libertad bajo fianza, que duró más tiempo que la condena que finalmente recibió.⁸⁸

Tanto la Comisión Interamericana como el representante del señor Barreto Leiva alegaron que en el procedimiento penal que concluyó con la condena de este se desconocieron varias garantías judiciales previstas en la Convención, a saber: —comunicación previa y detallada de la acusación formulada (artículo 8.2.b); concesión del tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa (artículo 8.2.c); posibilidad de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección (artículo 8.2.d); interrogar a los testigos y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (artículo 8.2.f); derecho a ser juzgado por un tribunal competente (artículo 8.1), y a recurrir el fallo en su contra (artículo 8.2.h)”⁸⁹ (párrafo 23).

Por otra parte, en el escrito de contestación de la demanda, el Estado alegó que el señor Barreto Leiva fue juzgado por la Corte Suprema —envirtud del principio de conexidad por el fuero de atracción del Ex-Presidente de la República, pero eso no significa que se le haya violado el debido proceso y a ser juzgado por su juez natural, [...] además que por ser la máxima instancia judicial le brindó mayores garantías procesales.”⁹⁰

Por otro lado, con respecto al derecho del inculpado a ser asistido por un defensor de su elección (artículo 8.2.d) la Corte mencionó:

...el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (supra párr. 29), el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia

88. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009”, Venezuela, Serie C No 206, párrafo 2.

89. *Ibíd.*, Párrafo 5.

90. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009”, Venezuela, Serie C No 206, Párrafo 5.

en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.”⁹¹

En este sentido, el señor Barreto Leiva tenía, conforme a la Convención Americana, el derecho de ser asistido por su abogado defensor y no por el Ministerio Público, cuando rindió las dos declaraciones preprocesales. Al habersele privado de esa asistencia, el Estado violó en su perjuicio el artículo 8.2.d de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Además, la Corte considera que –el derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona.”⁹² Además, la transición entre investigado y acusado y en ocasiones, incluso, condenado, puede producirse de un momento a otro. En este sentido, la Corte considera que –no puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que –como en el presente caso- se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa.”⁹³ Ahora bien, el derecho a la defensa, según la Corte:

...debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del

91. *Ibíd.*, Párrafo 62.

92. *Ibíd.*, Párrafo 63.

93. *Ibíd.*, Párrafo 46.

proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.”⁹⁴

Dentro de los *Puntos Resolutivos* la Corte, a efectos de interés de esta investigación, declara que por unanimidad que —eEstado violó el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, contemplado en el artículo 8.2.c de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del señor Barreto Leiva, en los términos expuestos en los párrafos 53 a 57 de esta Sentencia.”⁹⁵ Asimismo, —eEstado violó el derecho del inculpado a ser asistido por un defensor de su elección, consagrado en el artículo 8.2.d de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Barreto Leiva, en los términos de los párrafos 60 a 64 de esta Sentencia.”⁹⁶

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador

Debe agregarse, además, que en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador⁹⁷ del 21 de noviembre de 2007 se menciona, también, sobre la participación del abogado defensor. En este caso, según la demanda presentada, el señor Chaparro fue considerado sospechoso de pertenecer a una —organización internacional delincriminal” dedicada al tráfico internacional de narcóticos, puesto que su fábrica se dedicaba a la elaboración de hieleras similares a las incautadas, motivo por el cual la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas dispuso el allanamiento de la fábrica Plumavit y la detención con fines investigativos del señor Chaparro.

94. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009”, Venezuela, Serie C No 206, Párrafo 29.

95. *Ibíd.*, Párrafo 160.2.

96. *Ibíd.*, Párrafo 160.3.

97. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007”, Ecuador, Serie C No. 170.

Según la Comisión, al momento de la detención del señor Chaparro las autoridades estatales no le informaron de los motivos y razones de la misma, ni tampoco de su derecho a solicitar asistencia consular del país de su nacionalidad. Según informes de la Comisión:

...el señor Lapo fue detenido, junto con otros empleados de la fábrica Plumavit, durante el allanamiento a dicha fábrica. La detención del señor Lapo supuestamente no fue en flagrancia ni estuvo precedida de orden escrita de juez, tampoco le habrían informado de los motivos y razones de su detención. Las dos presuntas víctimas supuestamente fueron trasladadas a dependencias policiales y permanecieron incomunicadas cinco días. *El señor Chaparro no habría contado con patrocinio letrado al momento de rendir su declaración pre procesal y la defensa pública del señor Lapo supuestamente no fue adecuada.* Según la Comisión, la detención de las presuntas víctimas sobrepasó el máximo legal permitido por el derecho interno y no fueron llevadas sin demora ante un juez (la cursiva es nuestra).⁹⁸

Dentro del escrito de contestación de demanda el Estado alegó que las detenciones se realizaron bajo orden y estricto control judicial y en observancia de la ley interna, ya que la Jueza coordinó y vigiló el operativo de detención y allanamiento de las personas y bienes correspondientes dentro de este caso, desplazándose a la vivienda del señor Chaparro, en compañía de oficiales de policía, para proceder con su detención y dirigiéndose, posteriormente, a la fábrica Plumavit para allanarla y detener al señor Lapo. A raíz de lo anterior, según consideraciones del Estado:

...el operativo que llevó a la detención de las víctimas resultó razonable, dadas las labores de monitoreo, indagación de terceros y análisis previo, y además fue previsible y proporcional. Según el Estado, al momento de su detención los señores Chaparro y Lapo fueron informados de las razones de la misma, así como notificados de los cargos en su contra. Añadió que, pese a que en un principio existían graves presunciones de responsabilidad por tráfico de drogas en contra de las víctimas, en las siguientes instancias las pruebas resultaron determinantes para eximirlos de culpabilidad, ~~el~~ cual es perfectamente posible en un proceso penal (párrafo 49).⁹⁹

98. Corte Interamericana de Derechos Humanos. -Gasos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007", Ecuador, Serie C No. 170, Párrafo 2.

99. Corte Interamericana de Derechos Humanos. -Gasos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007", Ecuador, Serie C No 170, Párrafo 49.

Pese a lo anterior, la Corte consideró que —pese a la normativa constitucional citada, el señor Chaparro no contó con la presencia de un abogado defensor al momento de ser interrogado por parte de la Policía el 18 de noviembre de 1997...Por ello, el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 8.2.d) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Chaparro.”¹⁰⁰

Dentro de los puntos resolutivos, la Corte declara por unanimidad que —El Estado violó los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, integridad personal y propiedad privada consagrados en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 8.2.c), 8.2.d), 5.1, 5.2 y 21.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del señor Juan Carlos Chaparro Álvarez, en los términos de los párrafos 73, 86, 88, 105, 119, 136, 147, 154, 158, 161, 165, 172, 195, 199, 204, 209 y 214 de la presente Sentencia.”¹⁰¹

Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú

El Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú del 30 de mayo de 1999¹⁰² que trata de una demanda contra el Estado de Perú, presentada por la Comisión, a fin de que la Corte considerara si hubo o no violación, por parte del Estado peruano, por el juzgamiento de cuatro ciudadanos chilenos, por un tribunal sin rostro perteneciente a la justicia militar, y condenados a cadena perpetua bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria conforme al Decreto-Ley No. 25.659.

El Estado Peruano dentro de su escrito de contestación manifestó que en todos los procesos tramitados ante los tribunales militares se observaron las —normas del debido proceso, la instancia plural (tres instancias), la tutela jurisdiccional, la motivación de las resoluciones, la inaplicabilidad por analogía de

100. *Ibíd.*, Párrafo 158.

101. *Ibíd.*, Párrafo 160.3.

102. Corte Interamericana de Derechos Humanos . -Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999”, Perú, Serie C No 52.

la Ley Penal, y se informa de la causa de la detención, y se provee asistencia legal al detenido.”¹⁰³

Pese a lo anterior, con respecto a la legislación aplicada al caso concreto, la Corte consideró que:

...imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, tal como ha sido consignado (supra 141), la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculpado, hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial.¹⁰⁴

Además, la Corte entiende que –al imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.”¹⁰⁵

En este caso se pone en evidencia la escasa participación de la defensa técnica del imputado, condenándose a este último con base en una prueba nueva que el abogado defensor desconocía, no tuvo acceso y tampoco pudo contradecir. Al respecto, la Corte en su párrafo 41, señala:

(...) la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.¹⁰⁶

Dentro de esta misma sentencia se señala el artículo 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales

103. Corte Interamericana de Derechos Humanos . -Gaso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999”, Perú, Serie C No 52, Párrafo 1.

104. *Ibíd.*, Párrafo 153.

105. *Ibíd.*, Párrafo 155.

106. *Ibíd.*, Párrafo 40.

en asuntos penales¹⁰⁷ en donde se fijan los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, se establece, en el párrafo 139:

(...) toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.¹⁰⁸

En consecuencia, la presencia y la actuación de los defensores, en el caso concreto, fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención.

En este sentido, el Estado indicó que ~~as~~ supuestas víctimas, así como su abogado de oficio nombrado para el caso tuvieron participación en las diligencias policiales. Ante el juez de instrucción militar los ciudadanos chilenos fueron asesorados por el abogado defensor de oficio en razón de haber señalado éstos que no habían contratado abogados en forma particular¹⁰⁹.

Finalmente, la Corte en sus puntos resolutivos, resuelve por unanimidad declarar que ~~el~~ Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 8.2.b, c, d y f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y expresar que el Estado violó el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹⁰

107. Principios Básicos sobre la Función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) de 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

108. Corte Interamericana de Derechos Humanos . -Gasó Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999”, Perú, Serie C No 52, Párrafo 139.

109. *Ibíd.*, Párrafo 145 a.

110. *Ibíd.*, Párrafo 226.

Caso Argüelles y otros Vs. Argentina

El Caso Argüelles y otros Vs. Argentina del 20 de noviembre de 2014¹¹¹ se relaciona con la alegada violación del derecho a la libertad personal y el derecho a un juicio justo en los procesos internos iniciados en 1980 contra 20 oficiales militares por el delito de fraude militar, en cumplimiento de las disposiciones del Código de Justicia Militar de Argentina. A ese respecto, —al Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte los hechos y violaciones de derechos humanos en que habría incurrido el Estado y que habrían continuado desde la aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal el 5 de septiembre de 1984, esto es, la violación del derecho a la libertad personal de las víctimas al mantenerlas en prisión preventiva por un período excesivo y la violación del derecho a ser juzgado con las debidas garantías en un plazo razonable.”¹¹²

La Comisión estableció que las presuntas víctimas no pudieron contar con un defensor de su elección y este fue alguien de las fuerzas armadas, no se trató de una defensa técnica proporcionada por un profesional en derecho como lo exige el derecho internacional. En este sentido, a raíz de todas estas restricciones al derecho de defensa la Comisión consideró:

...se afectó el derecho de defensa de las víctimas de manera permanente durante todo el proceso, así como el principio de igualdad de armas que debe salvaguardarse por las autoridades judiciales en el proceso penal”. Por lo tanto, la Comisión consideró que el Estado violó el derecho de las presuntas víctimas a ser asistidos por un abogado durante los procedimientos llevados ante la jurisdicción militar, en violación al artículo 8.2.d) y e). Los representantes coincidieron en general con los alegatos de la Comisión.¹¹³

Los defensores latinoamericanos manifestaron que —en el desarrollo del proceso ante la justicia militar, a nuestros poderdantes se les impidió contar con la asistencia de abogados defensores, limitando severamente el derecho a la defensa, lo que ocasionó desequilibrio procesal y dejó a las presuntas víctimas sin

111. Corte Interamericana de Derechos Humanos . -Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014”, Argentina, Serie C No 288.

112. *Ibíd.*, Párrafo 1.

113. *Ibíd.*, Párrafo 170.

tutela frente al ejercicio del poder punitivo.”¹¹⁴ Por lo tanto, concluyeron que el Estado violó el derecho a ser asistidos por un abogado durante los procedimientos llevados ante la jurisdicción militar y a comunicarse libre y privadamente con su defensor, contemplados en los artículos 8.1, 8.2.b), d) y e) de la Convención.

Por su parte, el Estado se limitó a indicar que –al ausencia de defensor letrado es un asunto que se encuentra fuera de la competencia temporal de la Corte.”¹¹⁵

Dentro de las consideraciones de la Corte se señala que:

...el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso. Sostener lo opuesto implica supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b), a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.¹¹⁶

Además, la Corte considera, conforme se ha afirmado en casos anteriores, –que la defensa debe ser ejercida por un profesional del Derecho dado que representa la garantía en el debido proceso de que el investigado será asesorado sobre sus deberes y derechos y de que ello será respetado.”¹¹⁷

Con fundamento en lo anterior, la Corte considera notoria la existencia de falencias normativas que afectaron directamente el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas de las presuntas víctimas durante el procesamiento ante el foro militar. El Estado no demostró que, en el caso concreto, los defensores nombrados a las presuntas víctimas fueran profesionales del Derecho. Específicamente, en las pruebas aportadas no consta que alguno de los

114. Corte Interamericana de Derechos Humanos . –Gasó Argüelles y otros Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014”, Argentina, Serie C No 288, Párrafo 172.

115. *Ibíd.*, Párrafo 173.

116. *Ibíd.*, Párrafo 175.

117. *Ibíd.*, Párrafo 172.

defensores fuera abogado, pero si hay constancia de lo contrario. Lo anterior constituyó, en el presente caso, —un desequilibrio procesal para los peticionarios durante el procedimiento en el foro militar, pues no contaron con la posibilidad de ejercer una adecuada defensa frente a los alegatos presentados por el ente acusador entre el 5 de septiembre de 1984 y el 5 de junio de 1989.”¹¹⁸

Por lo tanto, la Corte concluye que el Estado —es responsable por la violación al derecho a ser asistido por un defensor letrado de su elección, contemplado en el artículo 8.2 incisos d) y e) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento...”¹¹⁹

Caso Cabrera García y Montiel Vs. México

El Caso Cabrera García y Montiel Vs. México¹²⁰ se relaciona con la alegada responsabilidad del Estado por el sometimiento de los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores a tratos crueles, inhumanos y degradantes, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército mexicano, por su falta de presentación sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales que controlara la legalidad de la detención, y por las irregularidades acaecidas en el proceso penal que se adelantó en su contra. Además, la demanda se refiere a la supuesta falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de los hechos, la falta de investigación adecuada de las alegaciones de tortura, y la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos. La detención de los señores Cabrera y Montiel tuvo lugar el 2 de mayo de 1999.”¹²¹

118. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014”, Argentina, Serie C No 288, Párrafo 181.

119. *Ibíd.*, Párrafo 182.

120. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010”, México, Serie C No. 220.

121. *Ibíd.*, Párrafo 152.

Por otro lado, con respecto al proceso penal llevado a cabo contra los señores Cabrera y Montiel, los representantes fundamentaron que los defensores de oficio alegaron lo siguiente:

...no presentaron pruebas a favor de los detenidos que contrarrestaran las presentadas en su contra, no les aconsejaron no declarar, no impugnaron la falta de diligencia de los militares, no se opusieron a los interrogatorios realizados en las horas posteriores a la detención sin presencia de abogado, no impugnaron los dictámenes periciales realizados por personas no especializadas en la materia, no exigieron las medidas necesarias para que se certificaran las lesiones en contra de las víctimas, no se entrevistaron previamente con ellos, y no denunciaron la supuesta tortura cometida en contra de los señores Cabrera y Montiel. Asimismo, indicaron que no se impugnó el auto que declaró como legal la detención de las víctimas, por más que se había excedido el plazo de 48 horas para presentarlos ante una autoridad judicial.¹²²

La Comisión no se pronunció respecto a este tema. El Estado señaló que los señores Cabrera y Montiel —contaron con la correspondiente asesoría y asistencia jurídica pública. Agregó que las víctimas siempre mantuvieron contacto con los abogados para la preparación de su defensa.”¹²³ Por otro lado, con respecto al derecho a la defensa la Corte ha considerado que:

...debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.¹²⁴

De acuerdo con lo anterior, si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo instante, sobre todo en la diligencia donde se recibe su declaración. Impedir a este contar con la asistencia de su

122. Corte Interamericana de Derechos Humanos. –Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010”, México, Serie C No. 220, Párrafo 152.

123. *Ibíd.*, Párrafo 153.

124. *Ibíd.*, Párrafo 154.

abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo. Sin embargo, —ehombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados.”¹²⁵

En el caso concreto, el Tribunal Unitario consideró que los señores Cabrera y Montiel contaron con la defensa necesaria, ya que —ehecho de que estos aludieran que no reconocían a sus defensores de oficio [...], no resta eficacia probatoria a las diligencias en las cuales estos intervinieron, en virtud de que fueron contundentes en afirmar que sí los asesoraron y que velaron porque no se les violaran sus garantías individuales.”¹²⁶

Por otra parte, en el expediente judicial interno consta que en la declaración ante el Ministerio Público rendida por los señores Cabrera y Montiel el 7 de mayo de 1999 intervinieron tanto un defensor de oficio como uno particular. Al respecto la Corte menciona:

El 12 de mayo de 1999 se dictó auto de formal prisión en contra de las víctimas y al día siguiente éstas apelaron dicho auto y designaron un defensor de oficio para que los representara en este incidente procesal (supra párr. 69). El 29 de junio de 1999 el Primer Tribunal Unitario resolvió el recurso de apelación y confirmó parcialmente el auto en contra del señor Montiel Flores, ya que revocó por falta de elementos para procesar lo concerniente a las imputaciones por estupefacientes. En cuanto al señor Cabrera García, el Tribunal confirmó en su totalidad el auto de formal prisión. Por lo anterior, este Tribunal observa que los señores Cabrera y Montiel sí contaron con una defensa que impugnó esta decisión procesal y que dicha apelación surtió algunos efectos positivos para los intereses de las víctimas.¹²⁷

Teniendo en cuenta los elementos anteriores, la Corte consideró que —no existe suficiente prueba para concluir que, por sí solas, las actuaciones de los

125. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010”, México, Serie C No 220, Párrafo 155.

126. *Ibíd.*, Párrafo 160.

127. *Ibíd.*, Párrafo 161.

defensores de oficio en las diligencias del 4, 6 y 7 de mayo de 1999 hayan configurado una violación del derecho a la defensa.”¹²⁸

Caso Vélez Loor Vs. Panamá

El Caso Vélez Loor Vs. Panamá del 23 de noviembre de 2010¹²⁹, se relaciona con la alegada detención en Panamá del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, y su posterior procesamiento por delitos relacionados con su situación migratoria, sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa; la alegada falta de investigación de las denuncias de tortura presentadas por el señor Vélez Loor ante autoridades panameñas, así como con las supuestas condiciones inhumanas de detención a las cuales habría estado sometido en diferentes centros penitenciarios panameños desde el momento de su privación de libertad el 11 de noviembre de 2002, hasta su deportación a la República del Ecuador el 10 de septiembre de 2003.¹³⁰

Las representantes, en el presente caso, alegaron la violación de diversas garantías procesales que impidieron que la víctima tuviera acceso a un recurso judicial correspondiente, pues: —i) nunca se le notificó el proceso que se seguía en su contra, (ii) no se le brindó asistencia letrada, (iii) no se le informó acerca de sus derechos, y (iv) todo el tiempo que la presunta víctima se encontró en el Estado panameño permaneció bajo la custodia de autoridades estatales y nunca fue puesta en presencia de autoridad judicial.”¹³¹ Según los representantes, todas estas omisiones impidieron que la presunta víctima tuviera la posibilidad de tener acceso a un recurso judicial efectivo para cuestionar la legalidad de su detención.

El Estado sostuvo que mediante la Defensoría del Pueblo de Panamá o bien, con la asistencia del Consulado de Ecuador, representaban recursos en

128. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010”, México, Serie C No 220, Párrafo 162.

129. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010”, Panamá, Serie C No 218.

130. *Ibíd.*, Párrafo 2.

131. *Ibíd.*, Párrafo 120.

vigencia y al alcance de ser ejercidos por el señor Vélez. No obstante, —eseñor Vélez Loor no solicitó asistencia para la revisión de la legalidad de lo actuado por la Dirección Nacional de Migración, ni realizó ninguna acción encaminada a activar alguno de los medios de control jurisdiccional a su disposición.”¹³²

Según se observa, el Estado se ha opuesto a cualquier declaración de que ha violado los artículos 7.6, 8.2.h y 25 de la Convención (supra párrs. 59 y 66), por no existir al momento de los hechos recursos en la jurisdicción interna adecuados y efectivos para revisar la legalidad de la detención del señor Vélez Loor. Sobre este punto, —al Corte nota que el Estado basó su posición en la revisión de la legalidad de la sanción privativa de la libertad ordenada por la Resolución 7306, de 6 de diciembre de 2002, mas no hizo mención a la detención impuesta mediante la orden de detención 1430, de 12 de noviembre de 2002.”¹³³

Sobre este punto, la Comisión observó que entre el momento de la detención y la fecha en la cual se dispuso la condena a pena de prisión, el señor Vélez Loor —no tuvo posibilidad de contar con un defensor de su elección ni con un defensor público dispuesto por el Estado, en caso de no hacer uso de su derecho. Del mismo modo, las representantes manifestaron que, durante el tiempo que estuvo en los centros de detención, el señor Vélez Loor —no pudo comunicarse con ninguna persona y que —en ningún momento contó con la asistencia legal para defenderse o para impugnar la condena que se le había impuesto.”¹³⁴

En lo atinente el Estado sostuvo que el señor Vélez Loor pudo acceder a la asistencia proporcionada de manera gratuita por la Defensoría del Pueblo en la República de Panamá y también, pudo haber accionado los mecanismos de cooperación entre la Defensoría del Pueblo de Ecuador y la Defensoría del Pueblo de Panamá, existentes y que son válidos. Asimismo, —el Estado se refirió al acceso directo que podían tener los propios privados de libertad al patrocinio legal gratuito

132. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Gasó Vélez Loor Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010”, Panamá, Serie C No 218, Párrafo 121.

133. *Ibíd.*, Párrafo 122.

134. *Ibíd.*, Párrafo 130.

que brinda en Panamá el Instituto de Defensa de Oficio. Finalmente, se refirió al acceso al auxilio consular que habría tenido el señor Vélez Loor.”¹³⁵

En este contexto, es de resaltar la importancia de la asistencia letrada en casos como el presente, una persona extranjera, que puede desconocer el sistema legal del país y en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. Al respecto en la sentencia se menciona:

...el Tribunal estima que la asistencia debe ser ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, *inter alia*, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.¹³⁶

Además, es necesario resaltar que, mientras duró su detención en la Cárcel Pública de La Palma, el señor Vélez Loor no tuvo acceso a la Defensoría del Pueblo, pues a la época de los hechos esta institución no contaba con oficinas en aquella región de frontera.”¹³⁷ Por otro lado, en lo referente al alegado acceso directo que podrían tener los propios privados de libertad al patrocinio legal gratuito brindado en Panamá el Instituto de Defensa de Oficio la Corte menciona:

...del acervo probatorio del presente caso no consta que se haya informado al señor Vélez Loor sobre esta posibilidad ni que tuviera acceso comprobado al patrocinio legal gratuito del Instituto de Defensa de Oficio ni de otro medio de asistencia legal gratuita proporcionado por el Estado. Además, de la prueba presentada en este caso se desprende que para la época de la detención del señor Vélez Loor la Dirección Nacional de

135. Corte Interamericana de Derechos Humanos. –Gaso Vélez Loor Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010”, Panamá, Serie C No 218, Párrafo 131.

136. *Ibíd.*, Párrafo 132.

137. *Ibíd.*, Párrafo 134.

Migración no contaba con defensores de oficio para aquellas personas que carecían de los medios económicos para poder asumir una defensa legal.¹³⁸

En definitiva, según consideraciones de la Corte, —al sola existencia de los recursos no es suficiente si no se prueba su efectividad. En este caso, el Estado no ha demostrado cómo en las circunstancias concretas en que se desarrolló la detención del señor Vélez Loor en la Cárcel Pública de La Palma en el Darién, estos recursos eran efectivos, teniendo en cuenta el hecho de que era una persona extranjera detenida que no contó con asistencia legal y sin el conocimiento de las personas o instituciones que podrían habérsela proporcionado. Por ello, el Tribunal considera que el Estado violó el artículo 7.6 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, dado que no garantizó que el señor Vélez Loor pudiera ejercer los recursos disponibles para cuestionar la legalidad de su detención.”¹³⁹ Además, respecto del derecho de defensa la Corte ha sostenido:

...que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. Los literales d) y e) del artículo 8.2 establecen el derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que, si no lo hiciere, tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna.¹⁴⁰

Caso J. Vs. Perú

El Caso J. Vs. Perú del 27 de noviembre de 2013¹⁴¹ se refiere a la alegada detención ilegal y arbitraria de J. y los registros domiciliarios realizados el 13 de abril de 1992 por parte de agentes estatales, quienes presuntamente incurrieron en actos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, incluida la alegada violación sexual de la presunta víctima. De acuerdo con la Comisión, estos hechos

138. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010”, Panamá, Serie C No 218, Párrafo 136.

139. *Ibíd.*, Párrafo 139.

140. *Ibíd.*, Párrafo 145.

141. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso J. Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013”, Perú, Serie C No. 275.

fueron seguidos del traslado de la señora J. a la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) y su alegada privación de libertad en dicho lugar sin control judicial y en condiciones inhumanas de detención durante 17 días, así como una serie de alegadas violaciones al debido proceso y al principio de legalidad e irretroactividad, en el marco del proceso penal seguido contra la presunta víctima por supuestos delitos de terrorismo bajo la vigencia del Decreto Ley 25475.”¹⁴²

La Comisión en este caso alegó —que durante el año y tres meses que estuvo detenida la señora J., —sólo pudo hablar con su abogado en tres oportunidades, entre aproximadamente 15 y 25 minutos”. Adicionalmente, la Comisión destacó que la prohibición de ofrecer como testigos a quienes intervinieron —por razón de sus funciones” en la elaboración del atestado policial, así como la prohibición de que las autoridades de conocimiento se pronunciaran previamente a la sentencia sobre cualquier cuestión procesal, excepción o articulación constituyeron violaciones adicionales a su derecho a la defensa, y esta última también del principio de presunción de inocencia.”¹⁴³

Los representantes sostuvieron que la víctima —no tuvo el derecho a consultar con un abogado en privado durante su tiempo en la DINCOTE ni previo a su declaración ante la policía o el poder judicial. En la DINCOTE hubo reiterados intentos de interrogatorio de la misma, sin presencia de abogado o Fiscal.”¹⁴⁴

Por su parte, el Estado alegó que la señora J. —tuvo acceso y fue asistida por sus abogados, quienes estuvieron presentes durante las principales etapas del proceso y cuando brindó una declaración o fue objeto de interrogatorios”. Además, el Perú resaltó que la peticionaria fue notificada de su detención, así como de las principales actividades de investigación respecto al proceso penal comprendido. Asimismo, alegó que las —restricciones por las cuales a la presunta víctima sólo habría podido hablar con su abogado, bajo la estricta supervisión de las

142. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Gasos J. Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013”, Perú, Serie C No. 275, Párrafo 1.

143. *Ibíd.*, Párrafo 190.

144. *Ibíd.*, Párrafo 191.

autoridades se originaron por la confidencialidad del proceso más que por un objetivo de restringir su derecho de defensa”. Igualmente, señaló que la prohibición de interrogar a funcionarios policiales —nde generó perjuicio alguno, dado que fue absuelta”, además que —nose ha acreditado que buscara la presencia de los funcionarios que participaron en la elaboración del atestado policial y que la misma le fuera negada.”¹⁴⁵ La Corte, respecto del derecho de defensa, mencionó en el caso concreto lo siguiente:

Esta Corte ha establecido que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso²⁹⁸. Sostener lo opuesto implica supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.¹⁴⁶

Asimismo, en el presente caso la Corte menciona en su párrafo 195 que —el artículo 8.2.b convencional rige incluso antes de que se formule una —acusación” en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública.”¹⁴⁷

En el presente caso, conforme a la documentación que consta en el expediente, —al defensa de señora J. sólo pudo conocer sobre los hechos por los cuales se le investigaba, las pruebas recogidas por el Estado o la calificación jurídica que se le daba a estos hechos el 28 de abril de 1992, cuando la Fiscalía presentó la denuncia penal en su contra, lo cual ocurrió después de que la señora J. ya había rendido su primera declaración” (supra párr. 198). Por tanto, —al Corte concluye que, al no notificar formalmente a la señora J. de las razones de su

145. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Gasó J. Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013”, Perú, Serie C No. 275, Párrafo 192.

146. *Ibíd.*, Párrafo 194.

147. *Ibíd.*, Párrafo 195.

detención y de los hechos que se le imputaban hasta el 28 de abril de 1992, cuando se formuló la denuncia penal en su contra, el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 7.4 y 8.2.b de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora J.”¹⁴⁸

La Corte encuentra demostrado que –al señora J. no tuvo la posibilidad de reunirse en privado con su abogado y que cuando lo hizo fue bajo estricta supervisión de las autoridades estatales. El Perú no ha justificado ante este Tribunal que –al confidencialidad del proceso” constituyera una restricción válida a estos derechos. Si bien el Estado debe garantizar en la mayor medida posible el éxito de las investigaciones y la imposición de sanciones a quienes resulten culpables, el poder estatal no es ilimitado, por lo cual debe actuar dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana. Por tanto, si un Estado considera oportuno restringir el derecho a la defensa debe hacerlo apegado al principio de legalidad, presentar el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio empleado para ello es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. De lo contrario, la restricción será contraria a la Convención.”¹⁴⁹

Con respecto a la conclusión sobre el derecho de defensa presuntamente vulnerado en este caso, la Corte concluye lo siguiente:

En virtud de todas las consideraciones anteriores, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 8.2, incisos b, c, d y f de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, debido a que la señora J. no fue notificada formalmente ni informada adecuadamente de las razones de su detención y de los hechos que se le imputaban, por las limitaciones que sufrió para comunicarse libremente y en privado con su abogado, lo cual significó una restricción para que su abogado ejerciera una defensa efectiva, así como por las limitaciones legales que le impidieron interrogar a los testigos que intervinieron en la elaboración del atestado policial, sobre el cual se sustentaba la acusación en su contra. Asimismo, la ausencia de una

148. Corte Interamericana de Derechos Humanos. –Gasó J. Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013”, Perú, Serie C No. 275, Párrafo 201.

149. *Ibíd.*, Párrafo 206.

notificación formal escrita y detallada de los cargos en su contra también constituyó una violación del 7.4 de la Convención.¹⁵⁰

Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana

El Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana¹⁵¹ es una demanda contra el Estado de República Dominicana, descrita como “el uso excesivo de fuerza de militares en contra de un grupo de haitianos, en el cual perdieron la vida siete personas y resultaron heridas varias más”. La Comisión expresó, además, lo siguiente:

...b) algunas de las víctimas sobrevivientes sufrieron violación a su libertad personal y violaciones a las garantías judiciales y protección judicial, puesto que fueron expulsadas de República Dominicana, sin recibir las garantías debidas en su carácter de migrantes”;

c) a nivel interno existe una —~~de~~ delegación de justicia desde la comisión de los hechos en perjuicio de las víctimas ejecutadas, así como respecto de los sobrevivientes y la consecuente impunidad.¹⁵²

Por otra parte, la Corte ya había resaltado la —~~in~~ importancia de la asistencia letrada en casos en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. Impedir a la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio de contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.”¹⁵³.

Dentro de los alegatos de la Comisión “ésta señaló que la jurisdicción militar es incompetente para investigar los hechos en el presente caso puesto que ésta

150. Corte Interamericana de Derechos Humanos. -Caso J. Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013”, Perú, Serie C No. 275, Párrafo 2015.

151. Corte Interamericana de Derechos Humanos. -Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012”, República Dominicana, Serie C No. 251.

152. *Ibíd.*, Párrafo 64.

153. *Ibíd.*, Párrafo 65.

debe aplicarse —únicamente cuando se atente contra bienes jurídicos penales castrenses, en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad del Estado, y nunca para investigar violaciones de derechos humanos.”¹⁵⁴

Los representantes señalaron que el Estado no ha realizado una investigación exhaustiva, seria e imparcial en relación con los hechos del caso. Asimismo, —indicaron que el hecho de no haber existido una investigación ante el fuero ordinario perpetua un clima de impunidad, lo que resulta violatorio de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma.”¹⁵⁵

El Estado afirmó en sus alegatos finales escritos que —hacumplido con su obligación de investigar los hechos del caso. Las investigaciones respondieron a un criterio fundamentado en imparcialidad, objetividad y búsqueda de la verdad. De igual manera, fueron apoderadas tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción militar, procediendo las mismas a llevar a cabo las investigaciones de lugar, conocimiento y posterior decisión de cada caso”. Asimismo, el Estado alegó durante la audiencia pública que, de —conformidad con el artículo 8 del Código de Justicia de las Fuerzas Armadas las víctimas pudieron percibir el resarcimiento económico ante la jurisdicción civil ordinaria.”¹⁵⁶

Finalmente, dentro de sus puntos resolutivos¹⁵⁷ la Corte por unanimidad declara:

5. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y de libre circulación, reconocidos en los artículos 8.1 y 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.
6. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1

154. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012”, República Dominicana, Serie C No. 251, Párrafo 180.

155. *Ibíd.*, Párrafo 181.

156. *Ibíd.*, Párrafo 182.

157. *Ibíd.*, Párrafo 307.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las víctimas indicadas en el Anexo A del presente Fallo, en los términos de los párrafos 183 a 201 de la presente Sentencia.

Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela

El Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela¹⁵⁸, de acuerdo con lo señalado por la Comisión, se relaciona con la alegada ejecución extrajudicial de los hermanos Igmor Alexander Landaeta Mejías y Eduardo José Landaeta Mejías de 18 y 17 años de edad respectivamente, por parte de funcionarios del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del estado de Aragua, Venezuela. En este sentido, la Comisión señaló que tras amenazas y hostigamientos en su contra, el 17 de noviembre de 1996, Igmor Alexander Landaeta Mejías fue ejecutado extrajudicialmente. Un mes y medio después –el 30 de diciembre de 1996- su hermano, el niño Eduardo José Landaeta Mejías, fue privado de libertad ilegal y arbitrariamente, y al día siguiente, en el marco de un supuesto traslado, fue ejecutado extrajudicialmente. Estos hechos se enmarcan en un contexto de ejecuciones extrajudiciales en Venezuela, con especial incidencia en el estado de Aragua. La muerte de ambos hermanos permanece en impunidad. En el caso de Igmor Alexander Landaeta Mejías, el proceso penal contra las autoridades culminó con un sobreseimiento, mientras que en el caso de Eduardo José Landaeta Mejías, pasados 16 años de su muerte, el proceso penal aún sigue en curso.¹⁵⁹

La Corte constató en este caso, ~~que~~ del material probatorio no se advierte haberle brindado a Eduardo Landaeta información oral o escrita sobre las razones de la detención, ni alguna notificación escrita de los cargos formulados contra él. Tampoco se desprende que se le haya brindado asistencia letrada o defensor de oficio ni que se haya tomado en cuenta su condición de menor de edad. Por lo tanto, el Estado incumplió con lo establecido en el artículo 7.4 de la Convención

158. Corte Interamericana de Derechos Humanos. -Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 2014”, Venezuela, Serie C No. 281.

159. *Ibíd.*, Párrafo 1.

Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, en perjuicio de Eduardo Landaeta.”¹⁶⁰

La Comisión y los representantes alegaron la falta de notificación pronta a los familiares sobre el destino de Eduardo Landaeta. No obstante, la Corte constató que a las 17:30 horas. del día 29 de diciembre de 1996, se le permitió a Eduardo llamar por teléfono a su padre y avisarle de su situación (*supra* párr. 70). Dicho tiempo representa aproximadamente 30 minutos luego de su detención. Asimismo, de la prueba presentada ante la Corte, se desprende que diversos funcionarios tuvieron contacto con los padres de Eduardo y se refirieron a su situación, por lo que este Tribunal considera que el Estado no incumplió con el extremo de su obligación de notificación inmediata de la detención a los padres del menor de edad.¹⁶¹

Finalmente, la Corte estableció que —el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los familiares de los hermanos Landaeta Mejías, en los términos de los párrafos 214 a 275 de la presente Sentencia.”¹⁶²

Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú

El Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú del 25 de noviembre de 2004¹⁶³ es una demanda contra el Estado de Perú en donde, de conformidad con lo señalado por la Comisión en la demanda, la presunta víctima fue detenida el 30 de noviembre de 1995 en Lima, Perú, para luego ser juzgada, conforme a las disposiciones establecidas en el Decreto Ley No. 25.659, por un tribunal militar —*si rostro*” y con restricciones a su derecho de defensa. El 12 de marzo de 1996 la señora Lori Berenson fue condenada a cadena perpetua, por el cargo de

160. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 2014”, Venezuela, Serie C No. 281, Párrafo 166.

161. *Ibíd.*, Párrafo 168.

162. *Ibíd.*, Párrafo 339.

163. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2004”, Perú, Serie C No. 119.

—traición a la patria”. Como resultado de la interposición de un recurso de —revisión extraordinario de sentencia ejecutoriada” por parte de la defensa de la señora Lori Berenson, el 18 de agosto de 2000 el Consejo Supremo de Justicia Militar anuló la sentencia de 12 de marzo de 1996, y declinó la competencia a favor del fuero penal ordinario. La Comisión agregó que la presunta víctima estuvo recluida en el penal de Yanamayo desde el 17 de enero de 1996 hasta el 7 de octubre de 1998 (2 años, 8 meses y 20 días), período durante el cual fue sometida a condiciones inhumanas de detención.

La presunta víctima no tuvo conocimiento oportuno y completo de los cargos imputados; se obstaculizó la comunicación libre y privada entre la señora Lori Berenson y su defensor; los jueces encargados de llevar los procesos por traición a la patria tenían la condición de funcionarios de identidad reservada o —si rostro”, por lo que fue imposible para la señora Lori Berenson y su abogado conocer si se configuraban causales de recusación y poder ejercer una adecuada defensa; y el abogado de la presunta víctima sólo tuvo acceso al expediente el día anterior a la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de la defensa fueron meramente formales. No se puede sostener que la presunta víctima contara con una defensa adecuada.¹⁶⁴

De acuerdo con lo anterior, la Corte concluye, de lo que antecedió, que —el Estado violó, en perjuicio de la señora Lori Berenson, el artículo 8.2.b) 8.2.c) y 8.2.d) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1. De la misma, en el procedimiento seguido ante el fuero militar.”¹⁶⁵

Así mismo, dentro de esta sentencia se menciona el numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que —~~to~~ toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora,

164. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Gasos Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2004”, Perú, Serie C No. 119, Párrafo 167.

165. *Ibíd.*, Párrafo 168.

interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.”¹⁶⁶

La Corte concluye que el Estado violó, en perjuicio de la señora Lori Berenson, el artículo 8.2.b) 8.2.c) y 8.2.d) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en el procedimiento seguido ante el fuero militar.¹⁶⁷

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador

El Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador del 12 de noviembre de 1997¹⁶⁸, —ata sobre arresto y detención del Sr. Suárez en contravención de una ley preexistente; la no comparecencia oportuna del Sr. Suárez ante un funcionario judicial una vez detenido; la ubicación en condiciones de detención incomunicada del Sr. Suárez durante 36 días; la falta de una respuesta adecuada y efectiva a sus intentos de invocar las garantías judiciales internas, así como la no liberación del Sr. Suárez, o la ausencia de la intención de hacerlo por parte del Estado, en un tiempo razonable, así como de asegurarle que sería escuchado dentro de un tiempo igualmente razonable en la sustanciación de los cargos formulados.

La Comisión solicitó a la Corte declarar que —al incomunicación del señor Suárez Rosero durante 36 días violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana, pues le impidió ejercer el derecho de consultar a un abogado. La Comisión también señaló que, en otros momentos del proceso, el señor Suárez Rosero no pudo entrevistarse libremente con su abogado, lo que violó también la garantía consagrada en el inciso d citado.”¹⁶⁹

El Ecuador no contradijo dichos alegatos en la contestación de la demanda. En su escrito de alegatos finales, la Comisión se refirió de nuevo al tema de la

166. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2004”, Perú, Serie C No. 119, Párrafo 166.

167. *Ibíd.*, Párrafo 168.

168. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Fondo, Sentencia de 12 de noviembre de 1997”, Ecuador, Serie C No 35, Párrafo 83.

169. *Ibíd.*, Párrafo 79.

incomunicación y —sino que el intercambio de algunas palabras escritas en un papel no permite a un detenido la comunicación con el mundo exterior, buscar un abogado o invocar garantías legales.”¹⁷⁰

Los incisos c, d y e del artículo 8.2 de la Convención Americana establecen como garantías mínimas, en plena igualdad, de toda persona, la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; y el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.¹⁷¹

Finalmente, la Corte consideró que —debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende, la Corte considera que el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana.”¹⁷²

B.1. Conclusiones sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el abogado defensor

En resumen, vista la participación del abogado defensor según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es necesario recordar los principales puntos desarrollados por la Corte en las sentencias anteriores sobre el momento en que debe iniciar el patrocinio letrado de la defensa, a fin de poder reclamar la aplicación del control de convencionalidad por el juez ordinario en los allanamientos:

170. Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Gasó Suárez Rosero Vs. Ecuador, Fondo, Sentencia de 12 de noviembre de 1997”, Ecuador, Serie C No 35, Párrafo 80.

171. *Ibíd.*, Párrafo 82.

172. *Ibíd.*, Párrafo 83.

1. El derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, impedir a este contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo (**Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela**) (en igual sentido, Caso Cabrera García y Montiel Vs. México, Caso Vélez Loor Vs. Panamá y Caso J. Vs. Perú).

2. El derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo (**Caso Argüelles y otros Vs. Argentina**) (en igual sentido, Caso Cabrera García y Montiel Vs. México, Caso Vélez Loor Vs. Panamá y Caso J. Vs. Perú).

3. La defensa debe ser ejercida por un profesional del Derecho dado que represente la garantía en el debido proceso de que el investigado será asesorado sobre sus deberes y derechos y de que ello será respetado (**Caso Argüelles y otros Vs. Argentina**) (en igual sentido Caso Vélez Loor Vs. Panamá).

4. La Corte señala, además, la importancia de la asistencia letrada en los casos de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios (Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana).

5. La Corte señala que según los literales d) y e) del artículo 8.2 establecen el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que, si no lo hiciere, tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna (Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana).

Visto lo anterior, dentro de las consideraciones de la Corte respecto del abogado defensor podemos concluir que el derecho de contar con un abogado surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, culmina solo cuando finaliza el proceso, debe ser ejercida por un profesional en derecho y, en caso de que el imputado no esté siendo asistido por un defensor de su elección, tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado.

C. La regulación del artículo 13 del Código Procesal Penal

Sobre la labor de la Defensa Técnica del imputado es importante resaltar que la misma inicia desde el inicio del proceso. Y esto debe ser así, ya que dicha labor, tal y como se ha mencionado a lo largo de esta investigación, tiene como finalidad ejercer un control de legalidad de todas las actuaciones dadas durante todo el proceso penal y velar por el respeto de los derechos fundamentales de las personas imputadas.

En este orden, el Código Procesal Penal actual es enfático en señalar que el imputado tiene derecho a contar con una defensa técnica desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia. Posición que establece el artículo 13 del mismo texto legal:

Artículo 13.- Defensa técnica. Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él.¹⁷³

Resulta de interés resaltar que este artículo establece el derecho del imputado de contar con una Defensa Técnica desde el primer momento de la persecución penal, lo cual lleva a la conclusión de que no es necesaria la existencia de una acusación o imputación formal por parte del Ministerio Público en contra del imputado, por lo cual se puede decir que hablar de derechos para un

173. Código Procesal Penal, Artículo 13. (2017).

imputado debidamente identificado, se refiere a un procedimiento ya establecido en su contra. En todo caso, el artículo 13 del CPP señala que se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación judicial o policial, señalador de una persona como posible autor de un hecho punible o partícipe en él.

Por otro lado, tal y como se encuentra regulada la defensa técnica actualmente en el CPP, se interpreta que dicha asistencia comienza, incluso, antes de que el imputado se encuentre identificado, ya que el artículo 13 no condiciona la participación de la defensa para los casos en que el imputado no se encuentre identificado, debe ser efectiva desde el inicio mismo de la persecución penal en contra del imputado.

Es por ello, tal y como lo mencionan Mendoza y Núñez que:

—.al figura del defensor, sea público o privado, encuentra cabida aún en investigaciones previas a la imputación formal de los hechos, hasta tal punto que el mismo CPP denomina **imputado**-y como tal digno de derechos-al señalado como posible autor de un hecho punible, *ya sea mediante cualquier acto de investigación del procedimiento*, evitando con dicha definición, las diferencias técnicas entre sospechoso e imputado (la cursiva y la negrita son del original).¹⁷⁴

Visto lo anterior, se observa que el actual Código Procesal Penal abre la puerta a un sistema marcadamente acusatorio, en donde se espera una participación más activa de la Defensa desde los primeros actos de investigación, enfatizando en el derecho del imputado a contar con asistencia letrada desde el primer momento del proceso. Además, no tienen ningún sentido las distinciones entre sospechoso, imputado, procesadas o acusadas, ya que el respeto de los derechos fundamentales es una garantía gozada por el imputado desde los primeros actos de investigación iniciados por el Ministerio Público en su contra.

174. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 160.

D. La participación de la defensa en los actos de investigación (Art. 292 del CPP)

En primer lugar, por ser la fase de investigación, se debe destacar la importancia del artículo 292 del CPP, ya que autoriza la participación de la defensa siempre que “no interfiera en el normal desarrollo de las actividades”. En este sentido, es importante mencionar lo establecido por el artículo 292 del CPP:

Artículo 292.- Participación en los actos. El Ministerio Público permitirá la presencia de las partes en los actos que practique; asimismo, velará porque su participación no interfiera en el normal desarrollo de las actividades. Cualquiera de las partes podrá proponer diligencias de investigación. El Ministerio Público deberá realizarlas si las considera pertinentes y útiles, y hará constar las razones de su negativa, a los efectos que después correspondan. En este último caso, las partes pueden acudir ante el tribunal del procedimiento preparatorio que se pronunciará, sin sustanciación, sobre la procedencia de la prueba.¹⁷⁵

D.1. Se velará porque su participación no interfiera en el normal desarrollo de las actividades

Dicha limitante, constituye una peligrosa oportunidad para restringir la participación controladora e investigadora realizada por la defensa durante la etapa de investigación, por lo cual se considera que actualmente se han dado muchos abusos por parte del Ministerio Público, amparándose este último en la obstaculización que podría presentar la defensa durante la fase de investigación, para restringir su participación en esta etapa.

Asimismo, de caer en el abuso, el MP, restringiendo la participación de la defensa, el abogado defensor apersonado, ya sea público o privado, debe plantear dicha disconformidad ante el Juez de la etapa preparatoria, conocido como Juez de Garantías, quien debe velar por las garantías procesales y los derechos fundamentales de las personas imputadas contra las cuales el Ministerio Público ha iniciado una investigación; será el Juez de Garantías al final de cuentas quien resuelva la disconformidad de la defensa sobre su participación, confirmando o rechazando la actuación del fiscal.

175. Código Procesal Penal, *Artículo 292*. (2017).

D.2. Cualquiera de las partes podrá proponer diligencias de investigación

Sobre este punto, tanto el querellante, el actor civil, el demandado civil, el imputado y su defensor, tienen derecho a proponer diligencias de investigación. En este sentido, respecto al abogado defensor, se ha considerado que su participación durante esta fase se caracteriza principalmente por la asistencia y la representación del imputado, sin embargo, se considera que es un derecho de la defensa establecer su propia investigación defensiva, proponiéndole al Juez del procedimiento preparatorio sobre la necesidad de rescatar durante esta fase elementos importantes de prueba para su estrategia de defensa, recolectar los indicios, buscar los testigos, conversar con el imputado y poder encontrar los elementos excluyentes o atenuantes de la responsabilidad del imputado.

Asimismo, el Ministerio Público, por su lado, está en la obligación de acatar las solicitudes planteadas por la defensa, bajo el imperativo del principio de objetividad que rige su función, deberá realizarlas si las considera pertinentes y útiles, y hará constar las razones de su negativa, a los efectos que después correspondan. En caso de una denegatoria injustificada el defensor puede acudir al juez del procedimiento preparatorio para que resuelva. Este último, si acoge la propuesta del defensor, ordenará al fiscal realizar los actos indispensables, garantizando la intervención necesaria de las partes.

D.3. Las partes pueden acudir ante el tribunal del procedimiento preparatorio que se pronunciará, sin sustanciación, sobre la procedencia de la prueba

La existencia de un tribunal del procedimiento preparatorio representado por el Juez de Garantías, tiene como finalidad velar porque se cumplan las garantías del imputado y del ofendido a lo largo de la investigación, pero, además, es el encargado de resolver las incidencias presentadas tanto por el MP como por la Defensa y, en definitiva, cualquier otra cuestión con incidencia directa en los derechos del imputado. Es por ello, que cualquier disconformidad existente de la defensa en esta etapa se debe plantear ante el Juez de Garantías para que resuelva, el MP no tiene dicha potestad. Es el juez quien resolverá, sin sustanciación, sobre la procedencia de la prueba.

Sobre la participación del abogado conforme al artículo 292 del CPP, la Sala Constitucional en el voto 7505-98 hizo referencia al derecho de las partes a intervenir en los actos practicados por el Ministerio Público en donde se conoció un caso donde se impidió al abogado defensor del imputado estar presente cuando el fiscal entrevistaba a un testigo de descargo en donde se estableció:

En el transcurso de procedimiento preparatorio –y durante todo el proceso– los servidores del Ministerio Público tienen el deber de actuar con objetividad (artículo 63 y 180 del Código Procesal Penal), lo que implica la obligación de no obstaculizar las labores de la defensa, pues, por lo contrario, debe de facilitarlas y que la regla en la referida etapa procesal es el acceso de las partes a las actuaciones (artículo 292 y 295 ibídem). Nótese que la privacidad del trámite se impuso respecto de terceros, nunca de las partes y menos del imputado y su defensor. De este modo, cuando el artículo 292 citado se estipula que el Ministerio Público permitirá la presencia de las partes en los actos que practique, lo que se colige es una obligación para los empleados de este órgano y de ninguna manera una facultad de ejercicio discrecional (lo subrayado es suplido). Lo que sí autoriza la misma norma es la restricción de la participación de las partes, cuando alguna de ellas interfiera en el normal desarrollo de las actividades, lo que se refiere, más que nada, a evidentes injerencias o entorpecimientos que se produzcan durante la diligencia y que el fiscal puede válidamente detener.¹⁷⁶

La discusión inicia, según Llobet, en el sentido de que —~~como~~ conforme lo ha indicado la Sala Constitucional el derecho no es solo de estar presente, sino de participar activamente, por ejemplo, formulando preguntas.”¹⁷⁷

En este sentido, la Sala Constitucional en el Voto 11251-2003 del 1-10-2003 estableció:

...Para lograr una interpretación armoniosa con los principios que rigen el proceso penal, debe de responderse las siguientes interrogantes: ¿qué debe de entenderse por —~~per~~mitir la presencia de las partes” en los actos que realice el Ministerio Público? ¿Se trata de permitir que estén presentes las partes pero que no intervengan o que lo hagan en forma —~~pas~~iva” según los términos utilizados por la fiscal? Pareciera que no es así. Y esa conclusión de deriva de una interpretación lógica del mismo numeral cuando indica expresamente que el Ministerio Público deberá de velar porque la participación de las partes no interfiera en el normal desarrollo del

176. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Voto 7505-98; 21 de octubre, 1998 16:03 horas”, expediente 98-003393-007-CO-P.

177. Javier Eduardo Llobet Rodríguez, Código Procesal Penal Comentado, 5ª Edición. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental), 472-473.

proceso. Este supuesto no tendría sentido si la participación de las partes fuera pasiva, en el sentido que lo entiende la representante del Ministerio Público, pues de lo contrario ¿cómo podría pensarse en que un defensor pueda obstaculizar o interferir en el normal desarrollo de una entrevista si ni siquiera se le permiten hacer preguntas y su intervención es permitida únicamente en forma pasiva? Como bien lo analiza el recurrente, resulta claro entonces que cuando el artículo 292 se refiere a la presencia de las partes, no basta con ello, sino que tal presencia-de manera inexorable implica su participación activa en el normal desarrollo de las actividades que realice el fiscal. Y es que la presencia de las partes deriva de un principio protegido constitucionalmente, como es el derecho de defensa, de ahí que el Fiscal no puede vulnerar dicho principio de manera solapada, sea, permitiendo la presencia de un defensor en determinado acto como mero formalismo, pero impidiéndole a su vez, hacer uso de la palabra para interrogar o aclarar puntos esenciales para la defensa. Esta sala ya se ha pronunciado en relación con lo previsto en el artículo 292 referido y ha sostenido que sí existe un derecho a participar activamente en las actuaciones del Ministerio Público y que las restricciones que puedan darse a esa participación, no pueden ser arbitrarias, discrecionales ni realizadas a priori.¹⁷⁸

Visto lo anterior, resulta claro entonces que el artículo 292 permite la participación de las partes en los actos desarrollados por el Ministerio Público, sin embargo, con respecto a la participación de la defensa resulta inexorable que su participación debe ser activa en estas actuaciones, proponiendo diligencias de investigación, estableciendo mecanismos de control de legalidad sobre los elementos de prueba recolectados y velando, principalmente, por las garantías procesales y derechos fundamentales de las personas imputadas.

E. La prueba anticipada y el derecho de participación de la defensa (Art. 293 del C.P.P)

Los representantes del MP durante la etapa de investigación están autorizados para realizar y ordenar determinados actos probatorios a fin de que estos sean introducidos legalmente al debate mediante lectura, tal es el caso de los allanamientos, las inspecciones, los registros, las requisas, etc.

Estos casos se encuentran establecidos expresamente en el artículo 293 del Código Procesal Penal y son casos excepcionales en donde el Código permite

178. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 11251-2003; 01 de octubre, 2003 02:54 horas”, expediente 03-007429-0007-CO.

anticipar la prueba antes de la realización del juicio. En este sentido, es necesario conocer el procedimiento establecido por la ley para anticipar esta prueba. En consecuencia, el primer dato de relevancia es indicar que el procedimiento para anticipar la prueba es el anticipo jurisdiccional de prueba, establecido en el artículo 293 del CPP, que al respecto menciona:

Artículo 293.- Anticipo jurisdiccional de prueba. Cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo e irreproducible, que afecte derechos fundamentales, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse durante el juicio, o bien, cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce o cuando se trate de personas que deben abandonar el país, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez que la realice o reciba. Cuando se trate de un testigo o una víctima cuya seguridad, vida o integridad física corran riesgo con motivo de su participación en el proceso y se presuma, razonablemente, que su declaración en juicio no será posible, pues el riesgo no se reducirá o podría aumentar, el Ministerio Público, el querellante o la defensa, solicitarán al juez que ordene la recepción anticipada de su testimonio. En todos los casos en que se haya acordado la reserva de las características físicas del declarante, por la existencia de un riesgo para su vida o la integridad física, se procederá a recibir su testimonio en forma anticipada. El juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, quienes tendrán el derecho de asistir, con todas las facultades y obligaciones previstas por este Código. Para la recepción del anticipo jurisdiccional de prueba, podrán utilizarse los medios tecnológicos de los cuales se disponga, como la videoconferencia, las grabaciones, los circuitos cerrados de televisión, las filmaciones o cualquier otro medio, a fin de garantizar la pureza del acto y la vigencia de los principios de inmediación y oralidad propios del juicio, así como el derecho de defensa. Cuando la identidad del testigo o la víctima se encuentre protegida, se recibirá el anticipo, manteniendo reserva de sus datos de identificación y con el auxilio de los medios tecnológicos disponibles o de cámaras especiales que permitan mantener ocultas o disimuladas sus características físicas, según el alcance de la protección acordada por el juez. La resolución que acoja o rechace el anticipo será apelable por la defensa, el Ministerio Público y el querellante. El rechazo de una solicitud de anticipo jurisdiccional de prueba, no impedirá su replanteamiento, si nuevas circunstancias o elementos de prueba así lo señalan.¹⁷⁹ (El subrayado es nuestro).

El artículo supracitado es claro en mencionar el procedimiento para cuando se realice el anticipo jurisdiccional de prueba, en donde, además de verificar el

179. Código Procesal Penal, *Artículo 293*. (2017).

juez la concurrencia de los supuestos de ley para que tal prueba se anticipe al juicio, se deben garantizar durante el desarrollo, según González, -principios de la oralidad en su recepción (citación previa, concentración, continuidad, contradicción, inmediación), de manera que todas las partes puedan intervenir como si se tratara del juicio.”¹⁸⁰

Visto lo anterior, conviene señalar que para que dicha prueba sea válida para el juicio, es necesario anticipar todas estas garantías. Asimismo, es necesario que hayan concurrido algunas de las condiciones por las cuales la ley autoriza en forma expresa la anticipación de la prueba. Se trata de un requisito de validez que debe controlar el juez.

Tal y como establece el artículo 293, el juez podrá practicar personalmente el acto y, si lo considera admisible, podrá citar a todas las partes. No obstante, este no puede delegar a sus colaboradores (actuarios, secretarios, escribientes) sus funciones. Este juez debe velar porque en todas las recolecciones de prueba, durante el procedimiento preparatorio, recibidas según el anticipo, se den condiciones similares al juicio, en donde todas las partes tengan la posibilidad de control sobre la legalidad o ilegalidad de dicha prueba, estableciéndose de esta manera el contradictorio y la inmediación característicos de la fase de juicio con la presencia del juez. Siguiendo esta misma línea González establece:

Para ello, en primer lugar, debe de citar previamente a las partes, quienes tendrán el derecho a asistir, de hacerse acompañar de sus abogados (ya sea público o privado) y a ejercer todas las facultades que el código les brinda, entre ellas hacer observaciones, preguntar a los testigos, solicitar que se consignen ciertos datos de interés, etc. (art. 293, párrafo segundo CPP).¹⁸¹

Sin embargo, a pesar de existir la posibilidad de que el juez realice el anticipo con la presencia de las partes, se dan situaciones en las cuales se puede prescindir de estas, por razones de seguridad para la investigación.

180. Daniel González, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Procedimiento preparatorio*. (San José, Costa Rica: Fondo Editorial del Colegio de Abogados, 1997) ,589.

181. *Ibíd.*, 588.

Estos actos que pueden realizarse sin previo aviso a las partes se dan en tres supuestos bien delimitados por ley. Al respecto González menciona:

...a) cuando se desconozca quien pueda ser el imputado; lo que sucede generalmente al inicio de las investigaciones (art.294 ibídem); b) cuando existe extrema urgencia en realizarlo, como por ejemplo para prevenir la desaparición de rastros, o la alteración del estado de los lugares, las cosas o las personas (art. 294 ibídem); y c) cuando la eficacia del acto dependa de la reserva parcial, en cuyo caso el Ministerio Público puede solicitar el juez que disponga realizarlo sin comunicación previa a las partes, como ocurre-por ejemplo- cuando deba de allanarse un domicilio en el que se presume se esconden objetos o cosas relacionadas con el hecho punible, situaciones en que el aviso puede comprometer el éxito de la indagación misma o la ingenuidad de la prueba (artículo 296 in fine CPP).¹⁸²

Hechas estas consideraciones, cuando se haya procedido con urgencia en estos casos, es necesario que, con posterioridad de haberse practicado dicho acto, sea puesto en conocimiento de las partes, para establecer los mecanismos de control respectivos, poniendo a disposición las actas respectivas, así como el examen del material decomisado, si lo hubiere. En este sentido, según González, —al información que se le brinda al imputado al momento de su primera indagatoria, cuando se le ponen en conocimiento todas las actuaciones realizadas y las pruebas existentes, vale para los efectos de aquella notificación.”¹⁸³

Cuando se opta por realizar el acto sin notificación previa, el juez puede ordenar que un defensor público intervenga (artículo 294 ibídem), el que será avisado en el mismo momento en que se ejecuta. Para tales efectos, el Departamento de Defensores Públicos deberá tener por lo menos un defensor de turno, que eventualmente pueda ser llamado a acompañar a las autoridades a realizar los anticipos de prueba sin previo aviso a las partes. La norma señala que el defensor público se designa solo en caso de —...deser necesario...”¹⁸⁴ Esa necesidad la examina el juez en cada caso concreto y debe ser apreciada según la trascendencia por realizarse y los efectos que se presume pueda llegar a tener para la defensa o la condena del imputado. Aunque el artículo 294 del CPP no

182. Daniel González, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Procedimiento preparatorio*. (San José, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, 1997), 592.

183. *Ibíd.*, 592-593.

184. *Ibíd.*, 592.

establece la obligación de que en todos los casos de urgencia se nombre a un defensor público; se sostiene que conforme a la garantía del derecho de defensa y al control de convencionalidad de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debería ser imperativo que en todos los casos debe nombrarse un defensor público.

Resulta indispensable conocer en detalle los supuestos necesarios para realizar el anticipo jurisdiccional de prueba:

E.1 Cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo e irreproducible

En primer lugar, con respecto al régimen de los actos definitivos e irreproducibles en nuestro Código Procesal Penal y la jurisprudencia, su tratamiento ha sido bastante escaso. La legislación procesal actual no contiene una definición de lo que debemos entender por acto definitivo e irreproducible, es por ello que el intérprete del Derecho debe acudir a otras fuentes como la doctrina.

En este sentido, una definición sencilla de los actos definitivos e irreproducibles, según Núñez, es la siguiente: —~~el~~acto es definitivo si, para servir de prueba en el juicio, no es necesario repetirlo y mejorarlo procesalmente. Ese acto es irreproducible si no se lo puede repetir en idénticas condiciones.”¹⁸⁵ Dicho de otra forma, cuando un acto no necesita de ningún cambio al incorporarlo al juicio es definitivo, y cuando un acto no se puede repetir tal y como cuando se hizo por primera vez, es irreproducible.

Finalmente, se concluye que los actos definitivos e irreproducibles se denominan así porque son actos de los cuales se extrae prueba definitiva, lo que conlleva que en el transcurso del proceso no será necesario repetirla y además es irreproducible, porque, tal como lo indica la palabra, no se puede volver a realizar en circunstancias iguales.

Ahora bien, el Código plantea que para realizar el anticipo jurisdiccional se debe tratar de casos de prueba definitiva e irreproducible, es decir, siguiendo con González, —~~de~~medios o elementos probatorios cuya práctica podrá verificarse solo

185. Ricardo Núñez, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Segunda Edición*. (Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editor, 1986), 187.

una vez sin posibilidad de repetirse y que además no puede postergarse para el juicio.”¹⁸⁶

De acuerdo con lo anterior, se considera que un acto es definitivo cuando cuya incorporación al debate se da sin la necesidad de reproducción del mismo, independientemente de la etapa procesal en que se haya recabado, siendo su anticipación la única posibilidad de contar con él para fundamentar la sentencia. Es decir, se trata de un acto de trascendental importancia, ya que, del mismo, eventualmente, se puede derivar la inocencia o la culpabilidad del imputado.

Por su parte, en palabras de González, —un acto irreproducible es aquel que solo se puede realizar por una sola vez. Es decir, aquella diligencia que no puede esperarse a ser reproducida en el debate, no obstante, su importancia para el mismo.”¹⁸⁷

Es por ello, que acto definitivo e irreproducible es aquel acto de importancia trascendental para la demostración de culpabilidad o inocencia del imputado que, debido a sus especiales circunstancias, no puede esperarse a ser producido en el debate. Además, el procedimiento de citación previa y posibilidad real de intervención de las partes debe seguirse (conforme al artículo 293 del CPP) para los casos de prueba definitiva e irreproducible.

E.2 Actos que afecten derechos fundamentales

Con respecto a los actos que afectan derechos fundamentales, es preciso indicar, en primer lugar, que, durante los actos de investigación del Ministerio Público durante la etapa preparatoria, se comprometen derechos fundamentales de los imputados. Es por ello, que, al verse comprometidos derechos fundamentales, es necesaria la participación del juez, garantizando este último las garantías procesales y los derechos fundamentales de los imputados.

Asimismo, con respecto a ¿qué entendemos por derechos fundamentales? es preciso indicar, en palabras de González, que —~~durante~~ ante todo el proceso, el

186. Daniel González, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Procedimiento preparatorio.* (San José, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, 1997), 590.

187. *Ibíd.*, 200.

imputado está cubierto por una serie de garantías y derechos inherentes a su condición de persona, de manera que su respeto y acatamiento se traduce directamente en el respeto de su dignidad humana.”¹⁸⁸ Se tratan de derechos reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales se le reconocen al ser humano por su condición de tal, entre estos se mencionan: la vida, la salud y la libertad.

No obstante, solo por excepción, en algunos actos durante el procedimiento preparatorio se ven vulnerados derechos fundamentales de personas imputadas, en aquellos actos de importancia para la determinación o inocencia del imputado o, inclusive, una posible absolutoria, por lo cual se justifica la vulneración a los derechos fundamentales, al ser estos actos pieza clave para la fundamentación de la sentencia.

Ahora bien, siguiendo con González, ¿Qué pasa si los actos que afectan derechos fundamentales son reproducibles en el debate? ¿Deberán igualmente practicarse bajo las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba? Se considera que la respuesta debe ser negativa y solo por excepción afirmativa. Por el contrario, se desnaturalizaría el instituto del anticipo y, el mismo procedimiento preparatorio, al hacer desaparecer una de las razones que impulso el cambio de instrucción por la fase preliminar. Precisamente, con dicho cambio se buscó evitar la concentración de las pruebas en la primera etapa del proceso, devolviéndose al debate la importancia merecida y que había perdido por dicha situación.¹⁸⁹

Lo importante desde esta perspectiva no es propiamente, según Llobet, —al citación previa a las partes, sino más bien la orden jurisdiccional para la realización del acto, debido al grado y carácter de la intervención en los derechos fundamentales. Por ello atendiendo a la finalidad del anticipo jurisdiccional de prueba, no se requiere para este que el acto definitivo e irreproducible afecte derechos fundamentales. Por otro lado, la afectación de derechos fundamentales

188. Daniel González, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Procedimiento preparatorio*. (San José, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, 1997), 201.

189. *Ibíd.*, 203.

no es suficiente para el anticipo jurisdiccional de prueba, sino que se necesita que el acto sea definitivo e irreproducible.”¹⁹⁰

E.3 Cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá recibirse durante el juicio

En estos casos, se tratan de situaciones objetivas que se deben comprobar por el juez. en primer lugar, se debe entender qué es un obstáculo difícil de superar y analizar cada caso concreto presente. Se debe verificar, en principio, que haya alguna circunstancia especial e insuperable por la cual el testigo no se pueda presentar al debate a declarar o que olvide circunstancias especiales (ya sea por enfermedad grave, viaje, posibilidad de muerte, etc.). También aquellas otras que pudiéndose recibir su declaración en juicio, antes de que este llegue, la prueba testimonial se pueda contaminar y perder la relevancia para acreditar la culpabilidad o inocencia del imputado. En este orden de ideas, González menciona al respecto:

Si bien es cierto somos de la opinión de que las circunstancias en que procede el anticipo jurisdiccional de prueba sean respetadas para no convertir esta posibilidad en regla, también pensamos que el supuesto bajo análisis admite el anticipo en aquellos casos en que se sospeche que el testigo no podrá llegar a juicio y rendir su declaración, bajo amenaza o soborno, resultando un verdadero obstáculo, por demás, raramente superable.¹⁹¹

También se establecen aquellos casos en que se justifica el anticipo por el hecho en que por la complejidad del asunto (situación verificable por el juez) olvide circunstancias esenciales del caso.

E.4 Cuando por la complejidad del asunto, existe la posibilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre las que conoce

Se trata, en definitiva, de evitar que el imputado olvide datos relevantes sobre los hechos, sobre los cuales el testigo tenga conocimiento. La complejidad del asunto, en palabras de González —adica en la existencia de gran cantidad de

190. Javier Eduardo Llobet Rodríguez, Código Procesal Penal Comentado, 5ª Edición. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental), 474.

191. Daniel González, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Procedimiento preparatorio*. (San José, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, 1997), 204.

circunstancias particulares, las cuales, en su conjunto, permiten construir el panorama total de cómo sucedieron los hechos.”¹⁹²

Se trata de situaciones en donde por la complejidad del asunto se teme que el testigo vaya a olvidar aspectos esenciales en su declaración, como circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre los hechos, detalles técnicos que con el transcurso del tiempo el testigo puede olvidar, lo cual implicaría la pérdida de elementos de gran importancia para el caso. Se trata, ante todo, de testigos clave para la investigación del fiscal, cuyas especiales circunstancias de apreciación del hecho punible lo hagan insustituible por cualquier otro.

Todas estas consideraciones llevan a la conclusión de que los supuestos vistos anteriormente deben ser analizados con mucha cautela por el juez, a fin de que considere si es no procedente el anticipo. Asimismo, el fiscal que lo solicita debe valorar si se presentan las circunstancias particulares que exige el Código para solicitar dicho instituto. Es por ello, que corresponde a la Defensa Técnica, en conjunto con el Juez de Garantías, velar porque se cumplan los supuestos para la realización. En ellas la Defensa ejerce una labor legitimante de las actuaciones, teniendo la posibilidad de intervenir activamente y ejercer un contradictorio eficaz.

Finalmente, corresponderá al juez de la etapa preparatoria resolver la solicitud del fiscal sobre la necesidad de acudir al anticipo. En caso de que el juez admita el anticipo convocará a las partes interesadas para que asistan y hacer valer sus facultades y cumplir con sus obligaciones. Solo se podrá prescindir del anticipo, según Mendoza y Núñez, en dos supuestos: —cuando se ignore quien podría ser el imputado o, cuando alguno de los presupuestos para la procedencia del anticipo, deba de ser realizado de extrema urgencia.”¹⁹³ De éste último, trataremos a continuación.

192. Daniel González, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Procedimiento preparatorio*. (San José, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, 1997), 205.

193. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 207.

F. La prueba anticipada y los actos de extrema urgencia (Art. 294 del CPP)

El Código Procesal Penal, en el artículo 294 se refiere a los casos de urgencia, en donde se permite la prescindencia de las partes realizándose la diligencia en estos casos con solo la presencia del juez, sin que se cite previamente a las partes. Sobre este particular, siguiendo con Mendoza y Núñez, se entiende por urgencia —aquel que no pueda esperar a ser realizado, pues de lo contrario, no se podría conseguir el resultado que se espera de él.”¹⁹⁴ Al respecto el artículo 294 del CPP señala:

Artículo 294.- Urgencia. Cuando se ignore quién podría ser el imputado o si alguno de los actos previstos en el artículo anterior es de extrema urgencia, el Ministerio Público podrá requerir verbalmente la intervención del juez y este practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas y, de ser necesario, designará un defensor público para que participe en el acto. Cuando se ha procedido por urgencia, después de practicado el acto, deberá ser puesto en conocimiento de las partes. No se podrá prescindir de la citación previa en los casos en que deba recibirse declaración a un testigo ante la posibilidad de que olvide circunstancias esenciales.¹⁹⁵

Estos actos, pueden realizarse sin previo aviso a las partes, en tres supuestos bien delimitados: a) cuando se desconozca quien puede ser el imputado; lo cual sucede generalmente al inicio de las investigaciones (artículo 294 ibídem); b) cuando exista extrema urgencia en realizarlo, como por ejemplo para prevenir la desaparición de rastros, o la alteración del estado de los lugares, las cosas o las personas (artículo 294 ibídem); c) cuando la eficacia del acto dependa de la reserva parcial, en cuyo caso el Ministerio Público puede solicitar al juez realizarlo sin comunicación previa a las partes, como ocurre—por ejemplo—cuando debe allanarse un domicilio en el que se presume se esconden objetos relacionados con el hecho punible, situaciones en que el aviso puede comprometer el éxito de la indagación misma o la ingenuidad de la prueba (artículo 296 in fine del CPP).¹⁹⁶

194. Ibíd., 208.

195. Código Procesal Penal, *Artículo 294*. (2017).

196. Daniel González, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Procedimiento preparatorio*. (San José, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, 1997), 592.

Pese a lo anterior, señala expresamente el Código que se designará un defensor público para que participe en el acto. Es por ello, aún en aquellos casos de extrema urgencia, podrá participar un defensor público exclusivo para el caso. Además, la asistencia de las partes obliga a que, con posterioridad a su realización, el resultado de la misma deba de ser comunicado a las demás partes.

Ahora bien, en aquellos casos en que el anticipo de prueba se realice para evitar que un testigo, por la complejidad del asunto, olvide las circunstancias esenciales, según la prohibición del art. 294 del CPP, no se puede prescindir de la citación previa a las partes, lo que constituye una garantía más para el imputado y su defensa. En este sentido, el abogado defensor tiene el derecho preguntar lo pertinente al testigo en igualdad de condiciones que las demás partes. Es por ello, que a pesar de ser casos de urgencia, el abogado defensor participante de esta diligencia cuenta con las mismas posibilidades de intervención y proposición de diligencias que tendría en condiciones normales.

En la práctica lo usual es nombrar a un defensor público para la realización del acto, al igual que en los supuestos de investigaciones donde aún no se ha intimado ni imputado a una persona. Dicho defensor, según González, —~~es~~ llamado personalmente por el juez o el fiscal, ya sea por teléfono, fax, radiolocalizador o cualquier otro medio de comunicación, con el fin de que acuda a la realización del acto. Su presencia no solo legitima la actividad, sino que también garantiza el respeto a los derechos de las persona —sospichosa” o contra la cual se sigue causa penal.”¹⁹⁷ (El subrayado es nuestro). Este defensor será avisado en el mismo momento de la ejecución del acto y para ello la Defensa Pública debe tener al menos un defensor de turno, quien afronte estas diligencias.

La necesidad de la participación de este defensor la examinará el juez en cada caso concreto y de ser apreciada según la trascendencia del acto que deba realizarse y los efectos que se presume pueda llegar a tener para la defensa o la condena del imputado. Lo deseable, desde nuestro punto de vista, es que el defensor público participe en todos los actos, para lo cual debe estar disponible y

197. *Ibíd.*, 209.

acudir tan pronto como sea llamado, aun cuando ignore qué clase de acto se va a ejecutar y a quien afectará.

Con respecto a los casos de extrema urgencia, ya la Sala Constitucional en el Voto 3477-98 del 28-4-200 estableció lo siguiente:

...solo cuando no se tiene individualizado al imputado, o en casos de extrema urgencia, del Juez podrá prescindir de la citación de las partes a efectos de realizar el anticipo jurisdiccional de prueba. Cuando se dice partes indudablemente el imputado es una de ellas, a efectos de que pueda ejercer su derecho a la defensa material, no solo a la técnica a través de su abogado defensor, según lo determina el artículo 12 del Código Procesal Penal. Ahora bien, la calificación de la extrema urgencia es de resorte del juez, siendo que si la defensa considera que la valoración al respecto es errónea y que por lo tanto la diligencia debe de ejecutarse en otro momento, con la presencia del o los imputados, debe protestar por el vicio cuando lo conozca, describiendo el defecto y proponiendo la solución correspondiente, no solo para evitar la convalidación del vicio, sino es un defecto absoluto (artículo 175 y siguientes del Código Procesal Penal), sino además, por el deber de lealtad que se impone a las partes litigantes en el proceso penal (el subrayado en nuestro).¹⁹⁸

Con base en la anterior resolución, se observa que la extrema urgencia es un asunto verificable por el juez, el cual debe basarse en cuestiones objetivas sobre el caso concreto, valorando, además, el cumplimiento de los supuestos señalados de forma por la normativa procesal (art. 294 del CPP) para que puede ser catalogado como actos de extrema urgencia. Además, se plantea el derecho de la defensa técnica de establecer el respectivo protesto a efectos de poder alegar que la valoración del juez catalogando ciertos actos como urgentes es insuficiente o es errónea, proponiendo la solución correspondiente.

Ahora bien, en estos casos el nombramiento del defensor público, según Llobet —~~se~~ debe de realizar con respecto al imputado, no con relación a las otras partes que por motivos de urgencia no pudieron ser citadas. El nombramiento del defensor público debe realizarse en todos los casos en que no habiendo sido citado el defensor particular, dicho defensor no interviene en el acto. Si no se nombra a un defensor se desnaturalizaría el sentido del procedimiento de prueba anticipada, que tiende a garantizar que el imputado a través de su defensa técnica

198. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 3477-1998; 28 de abril, 1998 04:30horas”, Expediente 98-003468-0007-CO.

puede tener un control con respecto a la prueba incriminatoria en su contra y a interrogar directamente a los testigos (el subrayado es nuestro).¹⁹⁹ El abogado defensor cumple un papel esencial en este procedimiento, ejerciendo un control sobre la prueba que se está recolectando, alegando cualquier vicio o irregularidad en su recolección, garantizándose desde este momento estrategias depurativas con participación de todas las partes, sobre la prueba que posteriormente se va a conocer en el juicio oral y público.

Finalmente, para Daniel González, con respecto al nombramiento del defensor público: —~~pa~~ para tales efectos, el Departamento de Defensores Públicos deberá de tener al menos un defensor de turno, que eventualmente pueda ser llamado a acompañar a las autoridades a realizar los anticipos de prueba sin previo aviso a las partes.²⁰⁰

CAPÍTULO III. El allanamiento de morada

A. Concepto de allanamiento de morada

Para dar inicio a este apartado, se debe definir el allanamiento de morada, con el fin de tener claridad en cuanto a lo que el allanamiento implica y sus alcances.

Antes de iniciar con el desarrollo doctrinario, se debe partir de la regulación y concepto normativo. En este sentido, el allanamiento de morada se encuentra regulado en el artículo 193 del Código Procesal Penal, el cual indica:

Artículo 193.- Allanamiento y registro de morada: Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro será realizado personalmente por el juez y deberá iniciarlo entre las seis y las dieciocho horas. Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consientan o en los casos sumamente graves y urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución que acuerda el allanamiento.²⁰¹

199. Javier Eduardo Llobet Rodríguez, Código Procesal Penal Comentado, 5ª Edición. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental), 475.

200. Daniel González, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Procedimiento preparatorio*. (San José, Fondo Editorial del Colegio de Abogados, 1997), 542.

201. Código Procesal Penal, *Artículo 193*. (2017).

Dicho artículo establece que, al realizar el allanamiento en un lugar habitado, debe hacerse de forma personal por un juez de la república, además menciona las horas en que puede realizarse, siendo entre las seis y las dieciocho horas, y si es de urgencia se puede realizar a cualquier hora, pero fundamentando la resolución, indicando que es un caso de urgencia.

Ahora bien, para definir el allanamiento de morada resulta necesario el desarrollo doctrinario hecho del concepto.

En este sentido, los autores Muñoz y Ruiz, describen el allanamiento de morada como –el franqueamiento compulsivo, practicado por una autoridad judicial habilitada a tales efectos, previo cumplimiento de las exigencias previstas en la ley de rito y con la finalidad procesal: el registro y secuestro de las cosas relacionadas con el delito, la detención del sospechoso, imputado o evadido, la inspección del lugar, etc.”²⁰². Agregan estos autores que el allanamiento es —...unacto de coerción real limitativo de una garantía constitucional, consistente en el ingreso a un lugar cerrado en contra de la voluntad expresa de quien está protegido por esa garantía”. De igual manera mencionan que —cuando se estime que el titular del derecho de exclusión del lugar que se requiere registrar, posiblemente no se preste voluntariamente a la realización del acto, la ley autoriza al juez a disponer de la fuerza pública y ordenar el allanamiento.”²⁰³

Como bien se dijo, el allanamiento de morada es un acto represivo donde se limita a una o varias personas la garantía constitucional de la inviolabilidad de domicilio, por el hecho de entrar al lugar en contra de las personas habitantes de esa morada, en donde si la persona no autoriza voluntariamente, el juez se ve en la obligación de disponer de la fuerza pública para practicar el allanamiento.

202. Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz, –El Allanamiento en el derecho penal costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 7.

203. *Ibíd.*, 7.

Continuando con la doctrina el autor Juan José Soto Fernández, define al allanamiento como:

(...) irrumpir o entrar a la fuerza o violentamente en casa ajena y recorrerla contra la voluntad de su dueño; es una medida cautelar real legítima, únicamente cuando es acordada previamente por un órgano jurisdiccional, en virtud de ser necesaria para la debida investigación de un ilícito penal.²⁰⁴

Esta definición, reúne los mismos elementos que las demás, por el hecho de entrar por la fuerza a una propiedad privada en contra de la voluntad del dueño, y que solo se puede hacer si da orden un órgano jurisdiccional legítimo, en el caso de Costa Rica el juez por medio de la orden de allanamiento.

Seguidamente, es necesario dar una pincelada de lo que la jurisprudencia ha señalado en torno al allanamiento de morada. La Sala Constitucional en el Voto 4029-92 ha definido el allanamiento 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 (...).²⁰⁵

Por lo tanto, se considera la figura del allanamiento de morada, como aquel acto procesal realizado en la etapa preparatoria tendiente a la obtención de elementos de prueba importantes para la investigación penal, que se caracteriza por la presencia de ciertos elementos: franqueamiento compulsivo, practicado por una autoridad judicial, cumplimiento de las exigencias previstas en la ley y, finalmente, con una finalidad procesal. Donde se irrumpe en la esfera privada de las personas.

Ahora bien, aunado a la definición de allanamiento de morada, resulta necesario analizar el concepto de morada, esto en razón, en términos generales, de que es el espacio físico en donde se practica la diligencia de allanamiento. Y como se indicó en el párrafo anterior, se debe definir ya que, cuando se intercepta una morada para practicar el allanamiento, se viola la privacidad de las personas.

204. Juan José Soto Fernández, "Las Medidas Cautelares en la Legislación Procesal Penal". (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985), 169-170.

205. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Voto 4029-92; 22 de diciembre, 1992 09:17horas", expediente 02-002592-0007-CO.

En este sentido, según Llobet y Rivero, la morada es —elugar que habita una persona, en la que mantiene su ámbito de intimidad. Puede serlo tanto muebles... como inmuebles, ya sea que por naturaleza se encuentren ordinariamente destinados a servir de vivienda... o en el caso concreto se les haya dado ese fin.²⁰⁶

Es decir, la morada es cualquier lugar habitado por una persona, cuyo destino sea servir de vivienda, independientemente de que sean muebles o inmuebles, siempre y cuando se les haya dado el fin de servir de residencia, y que, al ingresar en estas, se violenta el derecho a la intimidad.

Ahora bien, para efectos de la investigación se entenderá la morada como un espacio cerrado y delimitado habitado de forma continuada, en la cual una o varias personas desarrollan su vida de forma privada, y en donde pueden limitar la entrada a todas aquellas personas que deseen, para así mantener el ámbito de intimidad.

Son inviolables los recintos privados, salvo en los casos que la misma ley autoriza la injerencia en el ámbito privado, como sucede con el allanamiento. En donde la misma ley lo autoriza, cuando resulte necesario para fines judiciales.

A.1. Diferencia entre domicilio, morada y dependencias

Ahora bien, una vez tratado el concepto de allanamiento, dado en párrafos anteriores, es preciso diferenciar los conceptos de domicilio, morada, dependencias y otros lugares similares, esto en razón de que muchos de estas nociones han sido utilizados por gran variedad de autores en forma indiscriminada a la hora de hacer referencia al allanamiento.

En primer lugar, **el domicilio**, de acuerdo con Navarro, es definido de la siguiente manera:

(...) cumple la función de mera localización de las personas para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones (...). De este modo, si hay una cuestión clara (...) es que el domicilio constitucionalmente

206. Javier Eduardo Llobet Rodríguez y Javier y Juan Marcos, *Comentarios al Código Penal. Tomo I* (San José, Costa Rica, 1989), 374.

protegido no es solamente el lugar tenido en cuenta por la legislación ordinaria, como punto de localización de la persona, sino que se trata de una noción más amplia.²⁰⁷

Partiendo del concepto anterior y en igual sentido, Muñoz y Ruiz refieren a la amplitud constitucional con la cual debe analizarse el concepto de domicilio a la luz, en este caso, de la práctica del allanamiento, llegando al acuerdo de que:

El domicilio no será solamente la sede de ubicación de las personas individuales (singular o colectivamente) por cualquier título jurídico (privado o público), sino que además, deberá de quedar manifiestamente acreditada —al voluntad de su titular de la reserva de acceso al mismo y la consiguiente exclusión de la injerencia de derechos ajenos.²⁰⁸

Por ende, el domicilio es visto como la sede de ubicación de las personas, dicho de otra forma, de localización de una persona, por lo que se diferencia de la morada en el sentido de que la morada es el lugar donde se habita y el domicilio es la sede de ubicación, que para algunos efectos la persona puede reservarse.

Por otra parte, en relación con la definición de “**dependencias**”, es preciso hacer mención que el Código Procesal Penal en su artículo 193 menciona que el allanamiento y registro se realiza en —...n el lugar habitado, sus dependencias, casa de negocio u oficina. En este orden de ideas, Muñoz y Ruiz, define el concepto de dependencia como:

(...) todo espacio o recinto que integre el ámbito visible, pero simbólico de intimidad. Son dependencias, en consecuencia, la cochera, los jardines, azoteas, etc., en tanto se encuentren cerrados al público en general; (...) la dependencia debe, para ser tal, estar unida materialmente a la dependencia principal y servir accesoriamente a las actividades que se despliegan en aquéllas. Por ello —un corral situado próximo al perímetro de la casa-consultorio del veterinario, responde a esas actividades o sirve a su negocio, pero no es una dependencia, porque materialmente no está en el perímetro de reserva de la morada o del lugar de trabajo.²⁰⁹

207. María del Carmen Figueroa Navarro, *Aspectos de la protección de domicilio en el Derecho Español*. (Madrid, España: Edisofer S.I, 1998), 18.

208. Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz, “El Allanamiento en el derecho penal costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 108.

209. Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz, “El Allanamiento en el derecho penal costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 118.

En este sentido, la dependencia es otro concepto entorno a la morada pero no implica que la morada siempre tenga una dependencia, ya que sería accesorio a la morada, y puede o no existir.

Otro concepto que ha sido tratado indiscriminadamente por muchos autores costarricenses, entre ellos Muñoz y Ruiz, al referirse al allanamiento, es el de **“lugar de permanencia privada”**. La discusión inicia, en primer lugar, porque el artículo 23 de nuestra Constitución Política no solamente habla de la inviolabilidad de domicilio, sino que hace referencia a **“...todo otro recinto privado de los habitantes de la República...”** es inviolable. Visto lo anterior, no se deja claro si el domicilio es un tipo de recinto privado, pues el artículo es claro al mencionar el domicilio y otro recinto privado, además de que hace extensiva la protección domiciliaria a otros lugares que reúnan las características de privacidad.

Para resolver esta cuestión, Maggiore Giuseppe define **“lugar de permanencia privada”** de la siguiente manera:

Es cualquier sitio, excluida la habitación propiamente, en que alguno suele estar por motivos de estudio, distracción, juego, etc. (estudio profesional o comercial, círculo privado, biblioteca privada, cafés, hosterías, casas de tolerancia, etc.). No se consideran como tales los templos, los teatros, las oficinas públicas o las salas de espera en las estaciones.²¹⁰

De esta forma, el lugar de permanencia privada no se asemeja con la morada en el sentido de que este puede ser cualquier sitio, donde excluye la habitación, y se dice que estos lugares de permanencia privada son lugares en que las personas están por motivos de estudios o de ocio por ejemplo.

Por otro lado, otro concepto, preciso de entender, por ser también materia de protección penal a la hora de realizar un allanamiento, es **“casa de negocios”**. En efecto, Fontán Balestra, lo define como:

Por casa o negocio debe de entenderse todos los lugares destinados a una utilidad comercial, profesional o científica, quedando comprendidos los locales en los que el acceso al público es libre o relativamente libre, lugares

210. Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal Parte Especial, Volumen IV* (Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS, 1989), 486.

que, en su mayoría y en razón de su destino, no están permanentemente ocupados.²¹¹

Igualmente, la casa de negocios encuentra la diferencia con la morada en el hecho de que es precisamente la casa de negocios un lugar con utilidad comercial, profesional o científica. Y como eje principal diferenciador de la morada es que las casas de negocios generalmente son de acceso público.

B. Regulación en la Constitución Política y Código Procesal Penal

B.1. Constitución Política

Resulta necesario iniciar por la regulación existente en la Constitución Política referente al allanamiento, este se encuentra en el título IV referente a los Derechos y Garantías individuales, propiamente en el artículo 23, el cual indica que:

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.²¹²

Este artículo despliega la figura del allanamiento al establecer que el domicilio y todo otro recinto privado pueden ser allanados por orden escrita del juez competente, donde se trata de impedir la comisión o impunidad de delitos, o en su caso evitar daños graves a las personas o a la propiedad.

De la misma forma, es necesario destacar la jurisprudencia existente en torno a este artículo. En este sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a través del Voto 000468-99 menciona que:

El allanamiento es el procedimiento constitucionalmente autorizado para lesionar la esfera de intimidad del domicilio, habitación o recinto privado de los habitantes de la República, celosamente garantizado por el Constituyente. Del texto constitucional se desprende que tal procedimiento es absolutamente excepcional y procede sólo en los presupuestos que la propia Constitución contempla y cuyo especial desarrollo se deja a la ley.

211. Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal-Parte Especial*. (Buenos Aires, Argentina: Editor Víctor P. de Zavala, 1978), 280.

212. Constitución Política de Costa Rica, *Artículo 23* (2017).

Es pues, una autorización que proviene desde la Carta Magna para lesionar un derecho fundamental en supuestos -se recalca- excepcional y calificado. Y es la propia Constitución la que contempla el requisito sustancial para que proceda tal intervención: orden previa escrita de juez competente. El juez es el garante de que tal intervención se dé en supuestos calificados y que realmente justifiquen la diligencia y es el sujeto legitimado desde la propia Constitución para ordenar y practicar el acto²¹³

Sobre el tema en particular, referente al allanamiento como medida cautelar, de acuerdo con Vargas, —el allanamiento se ha configurado como un instrumento que permite la realización de una serie de medidas cautelares de alto alcance coercitivo, y por esto se le ha considerado una limitación a ciertas garantías constitucionales como el derecho de propiedad privada, ya que las autoridades para poder ejecutarlo podrían introducirse a un lugar aún en contra de la voluntad de la persona legitimada para oponerse.”²¹⁴

De lo anterior se deriva la crítica principal referente al allanamiento en cuanto a las garantías constitucionales, ya que, el allanamiento es coercitivo y limitante de la propiedad privada, al introducirse las autoridades legitimadas en algún lugar en contra de la voluntad de las personas. Entonces, es allí donde se violenta la garantía constitucional a la propiedad privada.

B.1.2. El allanamiento como injerencia en los derechos fundamentales

La Constitución Política de Costa Rica prevé una serie de garantías fundamentales violentadas cuando se practica la diligencia del allanamiento. Estos derechos fundamentales son el derecho a la intimidad, el derecho a la integridad personal y la inviolabilidad de domicilio. Todos estos regulados en distintos artículos, los cuales se explicarán, con el objetivo de adquirir claridad en estos derechos afectados.

Inicialmente, es necesario citar el artículo constitucional que protege este derecho, el artículo 23 indica que: *“El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante, pueden ser allanados por*

213. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, -Resolución 468-99; 23 de abril, 1999 9:20horas, expediente 98-200100-0486-PE.

214. Kathya Vargas, -El allanamiento civil: constitucionalidad y legalidad. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008), 32.

*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.*²¹⁵ Resulta indispensable volver a mencionarlo, pero en el sentido estricto de la inviolabilidad de domicilio de la que gozan las personas como derecho constitucional.

Todas las personas en Costa Rica se encuentran amparadas por esta norma, por lo que nadie puede introducirse al domicilio de otro si no existe una orden del juez en donde autorice esta intromisión, siendo esta la única circunstancia que permite que se dé la violación del domicilio. Por lo que, bajo ninguna otra circunstancia se puede dar una injerencia en el domicilio de alguien si no se cumple específicamente con lo estipulado en este artículo, dejando claro que, el allanamiento es el único acto autorizado en la Constitución para violentar el domicilio de una persona.

Por otro lado, la inviolabilidad de domicilio acarrea derechos como el de la intimidad, la privacidad, entre otros. Los cuales más adelante se desarrollarán de acuerdo con la jurisprudencia para obtener más claridad del tema.

Seguidamente, el artículo 24 afirma la garantización del derecho a la intimidad. Expresamente, menciona el derecho que poseen las personas a la intimidad, así como el 23 menciona la inviolabilidad de domicilio, en conjunto garantizan la privacidad de las personas.

A su vez, algunos autores se refieren a este tema, como por ejemplo Vargas, quien en su tesis indica que el allanamiento —es un procedimiento **excepcional** ya que lesiona derechos fundamentales de las personas como el de inviolabilidad de la morada y el de intimidad de los que la habitan, pudiendo incurrir en esas injerencias indebidas o irrazonables tanto los particulares como el Estado a través de sus representantes. Por eso es esencial llevarlo a cabo siguiendo los presupuestos constitucionales estipulados por la ley.²¹⁶ Esta autora es clara en expresar que el allanamiento es un procedimiento realizado de forma

215. Constitución Política de Costa Rica, Artículo 23 (2017).

216. Katty Marcela Vargas Delgado, *“El allanamiento civil, constitucionalidad y legalidad”* (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008), 226.

excepcional, en el cual se da la injerencia de los derechos y garantías constitucionales como la inviolabilidad de domicilio y a su vez, la intimidad. Razón por la cual se debe actuar siempre conforme con la legalidad, con el objetivo de no incurrir en injerencias indebidas o irrazonables.

Ahora bien, para entender mejor este tema, es necesario desarrollar alguna jurisprudencia que ha mencionado la intimidad, la inviolabilidad de domicilio y la privacidad a que tienen derecho todos los habitantes de la República. Tal es el caso de la sentencia 740-2016, la cual desarrolla que:

No cabe duda que uno de los bienes jurídicos más importantes dentro del ordenamiento jurídico costarricense, lo constituye la privacidad y dentro de éste, el resguardo y protección del domicilio.

Nuestra Carta Magna reconoce una esfera de intimidad de las personas que sólo puede ser afectada de manera excepcional, según los supuestos que establezca la ley, cuando exista una afectación a los derechos de terceros o al orden público. Lo anterior, de acuerdo al principio de proporcionalidad, el cual implica examinar la necesidad, idoneidad y proporción, en sentido estricto, cuando sea necesario infringir el derecho a la intimidad de las y los ciudadanos. En ese sentido, es un fuero de protección sobre la vida privada que tiene la ciudadanía que se ve reflejada en la inviolabilidad del domicilio, documentos privados y comunicaciones.²¹⁷ (El subrayado es nuestro).

Se evidencia mediante este voto la forma en que se resguarda la intimidad de las personas, al grado de explicar el hecho de la existencia de un fuero de protección poseído por los ciudadanos para que no se viole el domicilio, por lo cual, cuando se transgrede este derecho, se debe realizar respetando la proporcionalidad, la necesidad de la medida, la idoneidad y la proporción a la hora de infringir este derecho, que es la intimidad.

Se continúa explicando en el voto que:

Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones...”. Finalmente, ambos preceptos constitucionales se deben concordar con el ordinal 45 de la Carta Magna, el cual apunta en lo de importancia: —~~a~~ propiedad es inviolable, a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley...”. Todo lo anterior nos lleva a concluir

217. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, —Sentencia 740-2016; 20 de julio, 2016 10:00horas”, expediente 13-000479-1219-PE.

que todo domicilio o recinto privado de las y los habitantes de la República, son inviolables.²¹⁸

Es notable, como interpreta la jurisprudencia estas garantías constitucionales, de tal forma que une todos los artículos mencionados anteriormente para dar una unanimidad en la forma en que estos se deben concebir y en qué casos si es posible la injerencia en la esfera de privacidad e intimidad de cada persona.

En este mismo sentido, y continuando con la jurisprudencia, la Sala Constitucional en el Voto 4029-92 de las de las nueve horas y treinta minutos del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y dos, resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta en donde mencionó:

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."²¹⁹

Denota este voto la forma en que se entra a violentar por medio del allanamiento estos derechos, al ser el allanamiento un acto en donde extraños entran al domicilio de otra persona, por medio de la coerción que logra limitar las garantías mencionadas en nuestra constitución.

Como bien se ha dicho, el allanamiento de morada es un acto represivo, por medio del cual se limita a una o varias personas la garantía constitucional de la inviolabilidad de domicilio, por el hecho de entrar al lugar en contra de las personas habitantes de esa morada, en donde si la persona no autoriza voluntariamente, el juez se ve en la obligación de disponer de la fuerza pública para practicar el allanamiento.

218. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *–Sentencia 740-2016*; 20 de julio, 2016 10:00horas”, expediente 13-000479-1219-PE.

219. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *–Voto 4029-92*; 22 de diciembre, 1992 09:30horas”, expediente 91-002133-0007-CO.

En fin, se ve de esta manera, la forma en que, al realizar una diligencia de allanamiento, se transgrede la esfera de los derechos fundamentales de las personas, los cuales se encuentran regulados constitucionalmente y jurisprudencialmente con el objetivo de justificar esta injerencia. Asimismo, se debe entender que casos como el allanamiento están justificados por la misma Constitución Política, al tratarse de la consecución de un fin con la medida tomada.

B.2. Código Procesal Penal

De igual modo es importante en este punto de la investigación analizar la regulación normativa referente al allanamiento en el Código Procesal Penal.

El artículo del Código en relación con el allanamiento y el registro de morada es el 193:

Allanamiento y registro de morada: Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro será realizado personalmente por el juez y deberá iniciarlo entre las seis y las dieciocho horas. Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consientan o en los casos sumamente graves y urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución que acuerda el allanamiento.²²⁰

Este artículo ya se mencionó anteriormente, precisamente porque es el referente al allanamiento de morada, las horas en las cuales se puede efectuar y el hecho de ser realizado personalmente por el juez, además el hecho de la excepción en donde se puede realizar fuera de ese horario, pero en casos de urgencia y dependiendo de su gravedad.

El siguiente artículo es el 194, el cual se refiere al allanamiento de otros locales y menciona específicamente:

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

220. Código Procesal Penal, *Artículo 193* (2017).

el artículo anterior. En estos casos, deberá avisarse a las personas encargadas de los locales, salvo que sea perjudicial para la investigación.²²¹

Este artículo menciona el allanamiento de locales públicos, establecimientos de reunión o recreo mientras estén abiertos al público y no estén destinados a habitación. El cual, no resulta necesario analizar sino de forma rápida, ya que, la piedra angular de esta investigación es el allanamiento de morada. Sin embargo, si es necesario indicarlo a fin de comparar y entender todas las aristas del allanamiento.

Ahora bien, el siguiente artículo es el 195 que analiza el contenido de la resolución que ordena el allanamiento y dice lo siguiente:

Contenido de la resolución que ordena el allanamiento: La resolución que ordena el allanamiento deberá contener:

- a) El nombre y cargo del funcionario que autoriza el allanamiento y la identificación del procedimiento en el cual se ordena.
- b) La determinación concreta del lugar o los lugares que habrán de ser registrados.
- c) El nombre de la autoridad que habrá de practicar el registro, en el caso de que la diligencia se delegue en el Ministerio Público o en la policía, por proceder así conforme lo dispuesto en este título.
- d) El motivo del allanamiento.
- e) La hora y la fecha en que deba practicarse la diligencia.²²²

Este artículo es muy importante para el abordaje del allanamiento, ya que resulta necesario a la hora de encontrarse en un allanamiento el hecho de saber qué debe contener la resolución en la que se ordenó el allanamiento; los defensores deben ser especialistas para cumplir con cada uno de los requisitos, como el nombre y cargo del funcionario que ordenó el allanamiento, además de las especificaciones, como el lugar por ser registrado, el nombre de la autoridad que lo va practicar, el motivo, la hora y fecha en la cual se realizará.

Aunado a lo anterior, el allanamiento es todo un procedimiento inmerso en el marco de la legalidad como todos los actos realizados en el procedimiento

221. Código Procesal Penal, *Artículo 194* (2017).

222. Código Procesal Penal, *Artículo 195* (2017).

preparatorio, por esto debe estar delimitado de tal forma que no exista duda acerca de las actuaciones realizadas, dentro se encuentra el artículo 196 que se refiere a las formalidades del allanamiento:

Formalidades para el allanamiento: Una copia de la resolución que autoriza el allanamiento será entregada a quien habite o posea el lugar donde se efectúe o, cuando esté ausente, a su encargado, y, a falta de este, a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar. Se preferirá a los familiares. Cuando no se encuentre a nadie, ello se hará constar en el acta. Practicado el registro, en el acta se consignará el resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación. La diligencia se practicará procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas. El acta será firmada por los concurrentes; no obstante, si alguien no la firma, así se hará constar.²²³

Las formalidades son necesarias por el hecho de que si se incumplen se entraría en un acto ilegal, por eso, se debe entregar una copia que ordene el allanamiento al habitante de la casa o al encargado, y si no estuviera a una persona mayor de edad, por su capacidad cognitiva. Si no se encuentra nadie se tiene que consignar en el acta del allanamiento esta situación, también se debe consignar el resultado de la diligencia en el acta.

Continúa este artículo indicando elementos relevantes, como procurar afectar en el menor grado la intimidad de las personas ya que muchas veces es olvidado por el personal actuante en la diligencia, al entrar a menoscabar muchos derechos de las personas presentes en la ejecución, donde se afectan derechos fundamentales.

Por último, el acta debe estar firmada por todos los concurrentes y en caso de que alguien no firme también se debe consignar. Esto último se dar en aquellos casos en el que un defensor se niegue a firmar esta acta, lo cual, muchas veces, se hace como un acto de protesta al no encontrarse de acuerdo con alguna actuación practicada.

223. Código Procesal Penal, *Artículo 196* (2017).

Finalmente, el artículo 197 introduce el caso de un allanamiento sin orden, enumerando los casos en que se puede hacer:

Allanamiento sin orden: Podrá procederse al allanamiento sin previa orden judicial cuando:

- a) Por incendio, inundación u otra causa semejante, se encuentre amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.
- b) Se denuncia que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito.
- c) Se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión.
- d) Voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro.²²⁴

Entonces, hay casos excepcionales donde se puede allanar sin previa orden, y este artículo indica cuáles son esos casos. Se puede notar que son casos en donde se da una emergencia y se debe actuar en el momento. Algunos de los casos son por incendio o por inundación, pero describe que debe estar amenazada la vida de los habitantes de la propiedad, o en el caso de que se diga que extraños entraron a un lugar y estén cometiendo un delito, o que se ande persiguiendo a un imputado por un delito grave y se introduzca en algún local. O bien, en el caso de que se escuchen voces desde adentro del local donde pidan socorro. Estos son los únicos casos en donde se puede proceder sin previa orden.

Estos son los artículos del Código Procesal Penal en donde se menciona el allanamiento, sus requisitos y las debidas formalidades que se deben tener presentes a la hora de realizar el acto de allanamiento.

C. Requisitos y fines legales del allanamiento

Este apartado va dirigido a los requisitos del allanamiento, tanto procesales como constitucionales, esto con el fin de esclarecer cada vez más lo que es el allanamiento y la forma correcta de realizarlo, para poder llegar finalmente al

224. Código Procesal Penal, *Artículo 197* (2017).

hecho de que los imputados sean representados en este acto por un abogado defensor.

C.1. Requisitos constitucionales del allanamiento

En primer lugar, el artículo 23 de la Constitución Política de Costa Rica señala que: —El domicilio y todo recinto privado de los habitantes de la República son inviolables, no obstante, pueden ser allanados por orden escrita del 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”.

Visto lo anterior, es relativamente frecuente destacar que en los procesos penales se disponga del allanamiento, por lo que resulta indispensable conocer cuáles son los requisitos, las formalidades, los alcances y los límites de esta práctica investigativa. Todos estos requisitos deben de ser tomados en consideración por todos aquellos sujetos intervinientes que participan del allanamiento, como requisito indispensable para su legalidad y respeto a los derechos fundamentales de las personas investigadas.

El artículo 23 constitucional, arriba mencionado, de acuerdo con Muñoz y Ruíz, señala claramente tres excepciones al principio de inviolabilidad del domicilio, que deben cumplirse con sujeción a lo prescrito por la ley:

1. Que exista una orden escrita emitida por un juez competente que así lo disponga.
2. Que se realice para impedir la comisión o impunidad de delitos.
3. Para evitar daños graves a las personas o a la propiedad.²²⁵

No está de más recalcar, que es de suma importancia respetar la legalidad de la norma del artículo 23 constitucional, por el contrario, el acto sería totalmente nulo ya que sería contrario a esta norma constitucional.

El artículo enuncia que uno de los requisitos para poder realizar un allanamiento es contar con una orden escrita previa por parte del juez competente.

225. Carolina Muñoz y Alfonso Ruíz, “El Allanamiento en el derecho penal costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 20-21.

En este sentido, corresponderá al Juez de Garantías de la etapa de investigación emitir dicha orden, quien es el competente para conculcar mediante una orden motivada la intimidad de las personas. Sobre este particular la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia con su reiterada jurisprudencia ha establecido la orden de allanamiento, por exigirlo así la Constitución Política en su artículo 23, el Código Procesal Penal en los numerales 142 y 195, es una resolución que debe contener ciertos requisitos, como el ser escrita, ser dictada por un juez, contener la indicación expresa de la morada por allanar, la identificación de la causa dentro de la cual se ordena, el nombre y el cargo del funcionario que autoriza la diligencia, el nombre de la autoridad que practicará el registro, la hora y fecha en la cual se llevará a cabo y el motivo del allanamiento.

La exigencia de su motivación ha sido reiteradamente explicada en detalle en gran cantidad de votos tanto de los antiguos Tribunales de Casación Penal como de la Sala Tercera, de los cuales se desprende que esa exigencia no conlleva la necesidad de una extensa exposición de motivos, ni el pedirle al juez un análisis que conduzca a la certeza de la participación del investigado en el hecho, si no, de aspectos mínimos como el indicar si existen elementos probatorios que den indicios de la comisión de un hecho delictivo, que se razone la necesidad e idoneidad de la medida del allanamiento para el logro del objetivo propuesto y la proporcionalidad de la misma.

Sobre este tema en particular, en la práctica judicial lo que comúnmente sucede es que los jueces encargados de emitir estas órdenes escritas, que dan pie al comienzo del allanamiento, realizan una motivación insuficiente, breve y machotera. La práctica judicial revela que muchos jueces hacen una copia de la solicitud de allanamiento en el momento de emitir la orden, copiando en forma exacta los hechos narrados por el fiscal, y no se externan las razones por las cuáles el juez merece credibilidad a estos hechos. Muchas de las órdenes emitidas solo exponen aspectos generales, los jueces no dan argumentos sólidos, precisos y circunstanciados referentes al allanamiento en particular. En este sentido el Tribunal Penal de Puntarenas mediante la resolución 201-P-2011 de las 16:30 horas del 30 de junio de 2011 declaró con lugar una actividad procesal

defectuosa interpuesta por la defensa del imputado acogiendo el reclamo y decretando la ineficacia de dicha orden así como de todas aquellas pruebas que se derivaron de su diligencia, tales como la requisita, los secuestros y los decomisos de droga efectuados en la vivienda del imputado, aplicando al Tribunal, para este caso en particular la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado. En palabras del Tribunal:

Expone el tribunal sentenciador, que esta es una resolución que no dice razones plausibles del allanamiento, no hace una relación clara ni precisa del supuesto *iter criminis* que era desplegado por el imputado, cómo era su supuesto actuar delictivo, a qué hora lo hacía. Finalmente indica que la nulidad que presenta esta orden es de carácter absoluto, porque afecta los derechos del imputado, y dimensión o los efectos de dicha declaratoria indicando que declaraba la ineficacia de la misma, así como las pruebas derivadas de la diligencia, por lo que además, los testigos que iban a recibirse en el debate no podrían testificar lo concerniente al allanamiento.²²⁶

Ahora bien, la jurisprudencia ha sido clara al mencionar que debe existir una motivación suficiente donde se trata de controlar el cumplimiento de los requisitos correspondientes de la orden, en este sentido el Voto 01707-2013 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José indica:

No existe un formato preestablecido por el legislador para el desarrollo de la motivación de la orden de allanamiento, lo cual debe responder a las exigencias y particularidades de cada caso concreto, a propósito de las cuales el juzgador estaría obligado a desarrollar las exigencias constitucionales de motivación para afectar un derecho fundamental, antes señaladas (...) —El motivo del allanamiento, en realidad son los propios del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y las normas relacionadas con el ejercicio del poder por parte de los funcionarios públicos, el principio de proporcionalidad y el esquema del estado democrático de Derecho en que se basa nuestro sistema jurídico de respeto a los derechos fundamentales, las que obligan al juez a justificar en cada caso concreto la autorización para incursionar al interior de una vivienda o sitio habitado.²²⁷

Por ello, la motivación resulta tan importante, ya que se está hablando de la violación de un derecho fundamental del individuo, en donde se trata de equilibrar

226. Tribunal Penal de Puntarenas, “Resolución 201-P-20; 30 de junio de 2011 16:30horas”.

227. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, “Voto 01707-2013; 5 de agosto, 2013 10:40horas”, expediente 07-003488-0042-PE.

por medio del principio de proporcionalidad, razón por la cual el juez debe motivar cada caso de la mejor manera, porque funciona como una justificación para invadir la esfera privada del individuo.

De conformidad con lo analizado anteriormente, es claro que la jurisprudencia constitucional y de la Sala Tercera, por así exigirlo el artículo 23 Constitucional y los numerales 142 y 195 del Código Procesal Penal, se establece que las órdenes de allanamiento deben de ser motivadas, como toda resolución debe contener ciertos requisitos, y más aún por verse vulnerados en este caso el domicilio y la intimidad de las personas. La fundamentación de la orden de allanamiento es de suma importancia para garantizar el derecho de defensa de los afectados, es un derecho que tienen todos aquellos individuos sujetos a intervenciones en sus bienes y en su vida privada.

Bajo esta línea Segura y Duarte mencionan que —s impone un deber de las autoridades de fundamentar la resolución que acuerda el allanamiento, requisito que no es meramente formal, sino que responde a insuprimibles exigencias de seguridad jurídica y de derecho a un debido proceso, tutelados por la más alta normativa.”²²⁸

Pese a lo anterior, no es aceptable que los jueces a la hora de dar sus motivaciones en las órdenes de allanamiento, sustituyan sus propias valoraciones con remisión a la solicitud de las partes, en este caso al Ministerio Público.

Y es que el resguardo de los derechos fundamentales es un tema serio, que exige que la normativa legal y constitucional sea respetada. Es por ello, que los juzgadores deben cumplir con su obligación de analizar la solicitud de allanamiento y consignar las razones apropiadas, que a su juicio justifican la orden, o, en caso de hacer suyos los argumentos del fiscal en su solicitud, exponer, aunque sea brevemente, por qué le merecen credibilidad dichos razonamientos.

228. Edwin Duarte y Francisco Segura, *El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos*. (San José, Costa Rica: Editec Editores, 1996), 28.

Si bien es cierto, no tiene sentido que el Juez escriba en la orden todos los hechos que ya menciona el fiscal en su solicitud, lo cual no tendría sentido visto la urgencia del caso y otras situaciones adversas (principalmente el tiempo), lo único esperado es que se cumpla con el artículo 142 del Código Procesal Penal y como consecuencia, que el juez se manifieste de manera expresa y con la extensión requerida, tal y como lo menciona la Sala Tercera en el Voto número 165, de las 9:30 horas, del 11 de marzo de 2005 —el por qué hace suyos los argumentos expuestos en la solicitud y por qué la diligencia - en el caso concreto - resulta proporcional a los fines perseguidos”. Además, la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia menciona en el Voto 01531-2013, San José, a las diez horas y veinte minutos del dieciocho de octubre del dos mil trece:

Se ha reiterado en nuestra jurisprudencia, que el requerimiento constitucional se cumple no por lo novedoso de las referencias y del estilo de la redacción, sino en razón de que se verifique que los datos aportados por el Ministerio Público, que resulten de interés, fueron sometidos a análisis por parte del juez de garantías, y en ese tanto explique por qué estima razonable la vulneración al derecho a la intimidad, a la luz de las circunstancias particulares del caso.²²⁹

De acuerdo con Vargas en la orden —se debe de indicar la hora en que se efectuará el allanamiento. Si se lleva a cabo a otra hora la diligencia igual es válida y legal; sin embargo, sí es importante que las razones del atraso sean razonables.”

Sobre este caso en particular, la resolución 2003-04672 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia indica:

Señala la Sala Constitucional que la necesidad de orden escrita queda cubierta si el juez realiza personalmente la diligencia, ya que la oralidad que prevalece en nuestro proceso penal hace que la actividad se haga de la forma tradicional (escritura) sino oral, —justificando con palabras suficientes, explicando y dando razones que ameriten la actuación...” no exime de la obligación de motivar las actuaciones, que causaría la legitimidad de lo actuado.²³⁰

229. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 01531-2013; 18 de octubre, 2013 10:20horas”, expediente 11-000428-0006-PE.

230. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Resolución 4672-2003; 28 de mayo, 2003 14:47horas”, expediente 02-013295-0007-CO.

De lo dicho por la Sala Constitucional se considera que es una interpretación incorrecta, ya que una orden de allanamiento así dictada atenta contra el debido proceso y los derechos humanos de los imputados, sería un acto ilícito que impide el control del abuso estatal y viola el principio de responsabilidad funcional. Además, implicaría que la defensa del imputado no pueda ejercer ningún tipo de control sobre dicha orden al no constar en forma escrita, lo cual violaría el principio de defensa. Por otro lado, Francisco Dall’Anese, cuando fue magistrado, indicó que la interpretación de la Sala Constitucional del artículo 23 sobre la orden escrita emitida por el juez era incorrecta ya que, el allanamiento no dictado de esa forma era un acto ilícito e impedía el control del abuso estatal y viola el principio de responsabilidad funcional.

Para Dall’Anese, en su voto salvado²³¹ la proporcionalidad de las injerencias estatales a la intimidad de los ciudadanos como ocurre en el allanamiento se estructura en tres elementos: *lex previa* (solo se puede suspender una garantía según lo determinado por ley), *lex scripta* (los casos de excepción a derechos fundamentales deben de estar limitados por la ley, lo que evita el abuso estatal) y *lex stricta* (escoger alternativa de interpretación menos lesiva para el ciudadano).

Por otro lado, los autores Muñoz y Ruíz, quienes citan la resolución de Sala Tercera número 468-99, hacen alusión a una situación particular dada en la práctica, en donde se ha establecido que:

Si bien es cierto existe la posibilidad de conformidad con el numeral 294 del Código Procesal Penal para los casos de anticipos jurisdiccionales de prueba, que el fiscal gestione verbalmente la realización de la diligencia, es evidente que esa autorización no cubre la orden que deben de emanar el juez (cuando de allanamiento se trata), porque el requisito de que sea escrita y además previa al acto, no está impuesta por la ley nacional sino por la propia Constitución Política, de modo que no puede estimarse que es irrelevante la ausencia de orden escrita, siendo que incluso se estaría deslegitimando el allanamiento.²³²

231. Tribunal de Casación Penal de San José, -Resolución 565-2003; 20 de junio, 2003 09:40horas”, expediente 00-000467-061-PE-6.

232. Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz, -El Allanamiento en el derecho penal costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 21.

De acuerdo con lo anterior, la ausencia de orden escrita previa al acto de allanamiento deslegitima el acto mismo, esto en razón de una ausencia de control por parte de los otros sujetos intervinientes, como es el caso del defensor. Los cuales, según la práctica judicial, no tienen mucha participación en los allanamientos y el único medio de control es revisando las solicitudes y las órdenes de allanamientos, viéndose esta labor obstaculizada con las solicitudes de allanamiento planteadas por el fiscal en forma oral en el lugar de los hechos, careciéndose en este caso de una solicitud escrita que permita un control en donde las partes valoren su procedencia y legitimidad, lo cual afecta la pureza de la prueba y su valor.

C.2. Requisitos procesales del allanamiento

Una vez analizados cada uno de los artículos referentes al allanamiento, se puede entender aquí que todos estos son los requisitos procesales establecidos en la ley. Por lo que se puede analizar además si en la práctica se han cumplido eficazmente.

Dentro de los requisitos procesales y como refuerzo de los derechos y garantías establecidas constitucionalmente están:

- ¿Cómo debe ser la orden de allanamiento?
- ¿Qué debe contener esa orden?
- ¿Quién puede realizar la diligencia?
- ¿En qué horario se puede realizar?
- La identificación de los sujetos actuantes.
- La especial participación del juez para allanar una morada.

Todos estos están desarrollados en los artículos 193, 194, 195, 196 del Código Procesal Penal.

Además, en el artículo 197 están los requisitos que se deben cumplir a la hora de realizar un allanamiento sin previa orden, y sin intervención previa del

juez, donde deben ser excepcionales y en casos de urgencia donde se encuentre en riesgo la vida de las personas.

La ley procesal también enuncia otras formalidades que refuerzan la práctica del allanamiento, las cuales se han venido explicando, y se deben de cumplir a cabalidad. En este sentido, la resolución 468-99 de la Sala Tercera menciona:

(...)deben sumárseles los requisitos especiales que desarrolla la ley procesal y que, sin duda alguna, pretenden reforzar las garantías ya dadas constitucionalmente, a saber: cómo debe ser esa orden y qué debe de contener, quien puede gestionar tal diligencia si se está en la fase de investigación, dentro de qué horario puede realizar 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-artículos 193, 194, 195 y 196, todos del Código Procesal Penal-. También se encuentran desarrollados los requisitos exigidos para realizar un allanamiento sin previa orden judicial, en el numeral 197 que contempla, en sus cuatro incisos, los supuestos de hecho que, de incurrir, autorizarían al allanamiento sin orden judicial, es decir, sin intervención previa del juez. Como se desprende de todo lo dicho, 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. Finalmente, debe de señalarse que el acta de allanamiento, registro y secuestro es susceptible de ser incorporada al debate como prueba, según se contempla en el numeral 334 del Código Procesal Penal.²³³

Visto lo anterior, se procede a presentar algunos de estos requisitos procesales que exige la normativa y que regulan la materia en estudio:

En primer lugar, una de las excepciones que es señalada por la normativa procesal es el artículo 197 (transcrito anteriormente), el cual establece que en los casos de allanamientos se debe estar frente a casos sumamente urgentes y graves, o cuando peligre el orden público.

En este sentido, Cafferata, señala que en estos casos se requiere la concurrencia simultánea de ambas condiciones: gravedad y urgencia. Aunado a lo anterior, continuando con Duartes y Segura, —gramaticalmente **grave**, es lo

233. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Resolución 468-99; 23 de abril, 1999 9:20horas”, expediente 98-200100-0486-PE.

grande, lo importante, lo arduo, lo difícil y es **urgente**, lo apremiante, de necesidad impostergable, de tramitación inmediata y abreviada.”²³⁴ (La negrita y la cursiva son del original).

El criterio personal de los autores de esta investigación es que, en este tipo de situaciones es necesario ponderar los bienes jurídicos tutelados que se puedan presentar en el caso concreto, tal es el caso de la vida, la salud, la integridad física, etc. Todas aquellas medidas apremiantes, como es el caso del allanamiento, que tengan por objetivo el aseguramiento de las pruebas o la detención de los reos, no deben realizarse faltando al debido proceso y, sobre todo, sin control del abuso estatal que se puede dar en este tipo de casos por parte de los sujetos intervinientes (juez, fiscal, policía administrativa o judicial).

Por otro lado, otro de los requisitos de procedencia y ejecución del allanamiento es el consentimiento, entendiéndose como la voluntad del afectado que las autoridades policiales o funcionarios judiciales ingresen a su domicilio, sin amenazas ni coacción alguna. Lo anterior, claro está, no pasa a ser más que una aspiración utópica, ya que los allanamientos se ejercen en contra de la voluntad del afectado, ejerciéndose, en la mayoría de los casos, fuerza intimidatoria y de coacción. En la práctica, incluso, se dan situaciones en donde los sujetos afectados del allanamiento dan su consentimiento para que las autoridades policiales ingresen a sus viviendas, y, a pesar de ello, se dan casos de violencia patrimonial.

Ahora bien, **el horario** es un requisito por considerar en la práctica de allanamiento. En este sentido, de acuerdo con Vargas, —el Código de Procedimientos Penales de 1973, el artículo 10 indicaba que cuando la diligencia debía de realizarse en un lugar habitado o sus dependencias cerradas ésta solo se podía comenzar —entre las seis horas y las dieciocho horas y si no era un lugar habitado o sus dependencias cerradas se podía realizar a cualquier hora, lo mismo si el morador o el representante consentían.”²³⁵ El Código de

234. Edwin Duarte y Francisco Segura, *El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos*. (San José, Costa Rica: Editec Editores, 1996), 23.

235. Kathya Vargas, —El allanamiento civil: constitucionalidad y legalidad. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008), 63.

Procedimientos Penales actual, conserva en su cuerpo normativo, específicamente en su artículo 193, la misma limitación horaria a la actividad probatoria.

Sobre este último aspecto, la resolución 1100-2002 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, destaca —~~que~~ existen casos en que se pueden habilitar válidamente otras horas para realizar la diligencia, en procura de su continuidad si el juez lo considera necesario, pues pueden presentarse obstáculos para concluir dentro del horario establecido, siendo que la ley lo permite, pero de manera fundamentada, no en forma arbitraria. Además, no hay una disposición legal para impedir este proceder.”²³⁶ Actualmente, la Sala Tercera, mediante la resolución 2002-00874, señala con respecto a la orden de allanamiento lo siguiente:

...para dictarla fuera del horario establecido por ley, no basta mencionar en la solicitud si se trata de un caso grave y urgente, sino demostrar o plantear de la manera más específica posible, las razones existentes en el caso concreto de gravedad o urgencia que autorizan la realización a una hora diferente, sin recurrir al expediente de previsiones generales, pues lo contrario haría peligroso su uso porque bastaría con decir que se necesita para dictarla y esto causaría inseguridad.²³⁷

Lo anterior se puede prestar para muchas arbitrariedades en la práctica, por lo cual es preciso señalar que cualquier decisión bajo estas circunstancias tiene que ser apegada al ordenamiento jurídico, ser proporcional y de una razonabilidad subyacente. En todo caso, la decisión que se tome tomada dependerá de las circunstancias del caso concreto, pero siempre teniendo presente la no afectación de los derechos y facultades de las personas.

También, según la resolución 662-2011 del Tribunal de Casación Penal de San José, con respecto a los actos de allanamiento que se pueden realizar fuera del horario establecido en el artículo 193 del Código Procesal Penal, menciona:

En primer lugar, resulta que el artículo 193 del Código Procesal Penal claramente establece que la diligencia de allanamiento de una morada debe iniciar entre las seis y las dieciocho horas, lo que es diferente a que

236. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, -Resolución 1100-2002; 01, noviembre de 2002 09:05horas”, expediente 01-000167-0006-PE.

237. Kathya Vargas, -El allanamiento civil: constitucionalidad y legalidad. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008), 65.

también deba concluir en esa franja de horario. En segundo lugar, el artículo 133 del mismo Código autoriza que, salvo disposición en contrario, los actos procesales puedan realizarse a cualquier hora o día. Esto significa que, para el caso de una diligencia de allanamiento, donde sí existe una restricción de horario, lo único que se requería era que el acto iniciara antes de las dieciocho horas de manera que ni siquiera era necesario que la juzgadora, al ordenar el allanamiento, estuviera obligada a fundamentar que si habilitaran más horas luego de ese horario.²³⁸

Debe quedar claro que la razón de limitar el inicio de este tipo de actuaciones se encuentra en que el ámbito de intimidad de las personas se verá más afectado si la policía, y las autoridades judiciales, pudieran presentarse a una morada a cualquier hora de la noche sin justificación o razón alguna. Es claro que, durante las horas del día será menor la perturbación producida con este tipo de irrupciones en un domicilio.²³⁹

Y es por esto, que la jurisprudencia ha sido clara a la hora de justificar cuando se da un incumplimiento de horario, y es que en el voto 1174-2004 de la Sala Tercera, los recurrentes alegaban el incumplimiento del horario establecido por la ley y por esto, la diligencia de allanamiento era ilegal, pero esta Sala resuelve y justifica de la siguiente manera:

Entendido lo anterior, ni siquiera es posible establecer en este caso la existencia del perjuicio, al no haberse afectado la intimidad de las personas, porque conforme se desprende del acta de allanamiento y de las informaciones policiales, aspecto detallado en sentencia, el lugar donde se detuvo al encartado se trata de un lugar destinado exclusivamente al expendio de drogas, mejor conocido en el ámbito policial como un “~~braker~~” y donde como únicos objetos se encuentran una mesa y una cama sin colchón de ahí que aun estimando hipotéticamente la ausencia de fundamento en relación con el horario de la diligencia, por tratarse de un lugar no destinado a habitación, no regirían las limitaciones horarias por no constituir ~~morada~~.²⁴⁰

Entonces, este voto justifica el supuesto incumplimiento explicando porque no es ilegal la hora en que se realizó, para que no constituya una violación a los

238. Tribunal de Casación Penal de San José, -Resolución 662-2011; 01 de junio, 2011 15:40horas”, expediente 09-000304-0622-PE.

239. Tribunal de Casación Penal de San José, -Resolución 662-2011; 01 de junio, 2011 15:40horas”, expediente 09-000304-0622-PE.

240. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, -Sentencia 1174-2004; 08 de octubre, 2004 09:00horas, expediente 03-005688-0042-PE.

derechos de las personas, en este caso, porque la casa no era considerada morada.

Igualmente sucedió en lo resuelto en el voto 776-2015 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, donde el recurrente alegaba que se había incumplido el horario, pero resuelven que el modo de operar de los encartados fueron los argumentos que justificaron romper la limitación horaria establecida en el artículo 193 del Código de Rito, porque el juzgador razonó que la diligencia se justificaba porque los elementos generados hasta ese momento por la investigación establecían una probabilidad de que el hecho se estuviera llevando a cabo.²⁴¹ Es decir, el juzgador se ampara en que no incumple ya que era un caso de urgencia y estaban amparados en la norma penal.

Por otro lado, dentro de los otros presupuestos necesarios para dictar un allanamiento dentro de nuestra normativa procesal penal refiere a la **notificación de la orden de allanamiento**. Bajo esta línea, Duarte y Segura mencionan que los ordenamientos procesales penales anteriores (como el de 1910) exigían la notificación previa del dueño de la casa o edificio, presentándose el funcionario con su secretario, y haciéndole saber que debía franquear las puertas. Si este se negaba, le hacía una segunda intimación, y si persistiere, se procedía por la fuerza, de ser necesario (artículo 231).²⁴²

La notificación de la orden de allanamiento al imputado es de suma importancia, esto en razón, tal y como nos menciona Duarte y Segura, el habitante de la casa debe de tener certeza de que no es un acto arbitrario de los agentes públicos ni de personas extrañas para realizar otros actos, como robos; en algunos casos se puede obviar, haciéndolo constar en la orden de allanamiento, si así lo dispone el juez, porque sea conveniente para la investigación o se trate de una persona peligrosa.²⁴³

241. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, "Voto 776-2015; 28 de mayo, 2015 05:30horas", expediente 12-000485-0066-PE.

242. Edwin Duarte y Francisco Segura, *El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos*. (San José, Costa Rica: Editec Editores, 1996), 26.

243. *Ibíd.*, 28.

Por el contrario, el actual Código de Procedimientos Penales de 1998 establece en su artículo 196, que la orden de allanamiento debe notificarse a la persona que habite o posea el lugar en donde ha de efectuarse el allanamiento. En ausencia, en el encargado, o, en última instancia y a falta de los anteriores, a una persona mayor de edad dando preferencia a los familiares, quien era invitado a presenciar el registro.

Con respecto a la notificación, según lo señalado por Vargas, —no necesariamente se realiza al propietario del lugar, ya no es siempre éste el que habita o posee el lugar en el cual se realizará el allanamiento, como sucede en los lugares alquilados.²⁴⁴

En la práctica sucede que en muchas diligencias de allanamiento se llega al lugar en donde se encuentra la casa por allanar y no hay nadie en el lugar. En estos casos Vargas menciona que dicha situación —~~de~~ debe de hacerse constar en el acta, la cual deben de firmar los concurrentes y si alguno no quiere firmar, la persona encargada lo hace constar en el acta, tomando en cuenta las formalidades que establecen los artículos 97 y 98 del Código Procesal Penal, útiles para la práctica del allanamiento, como el hecho de que se deben consignar en un acta los pormenores de la diligencia so pena de nulidad.²⁴⁵

El acta que se levanta del acto de allanamiento es elaborada por el juez y es de gran valor, es un medio de control al cual pueden acceder todas las partes, principalmente la defensa del imputado. Es en donde se consignan, o por lo menos así debería ser, todos los detalles de la diligencia, como es el caso de los sujetos intervinientes, la casa o el local por allanar, su ubicación, el delito investigado, el horario y el nombre de la persona investigada en algunos casos, etc. El acta levantada del acto de allanamiento es prueba documental a la cual pueden acceder todas las partes, en virtud del principio de comunidad de prueba. En este sentido, es perfectamente posible que la defensa del imputado se refiera a determinada situación irregular que consta en el acta de allanamiento y establecer el respectivo protesto en el debate.

244. Kathya Vargas, —El allanamiento civil: constitucionalidad y legalidad. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008), 68.

245. *Ibíd.*, 68.

Cabe aclarar que, el juez que dicta el acta, debe intervenir personalmente en el allanamiento, tal y como se establece legalmente, ya que, la figura del juez no solo surge cuando se elabora el acta, sino también cuando se desarrolla propiamente la diligencia.

Ahora bien, no todas las actas de allanamiento consignan verdaderamente lo ocurrido, se dejan por fuera ciertas circunstancias que pueden poner en peligro la investigación y la situación jurídica del imputado. Se trata de aquellos casos en donde se da una ineficiente labor por parte de los sujetos intervinientes, como es el caso del Juez de Garantías, omitiendo aquellos detalles pertinentes al caso que pueden ser utilizados perfectamente en la estrategia de defensa de la persona imputada o como prueba para una sentencia condenatoria.

Nuestro Código Procesal Penal en su artículo 212 contempla cuatro excepciones en los que, por razones de urgencia, se justifican y se autoriza el allanamiento sin orden judicial previa, escrita y fundada. En este sentido se mencionan: —1) Si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad; 2) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito; 3) En caso de que se introduzca en algún local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión; y 4) Si voces provenientes de una casa anunciaran que allí se está cometiendo un delito o de ella pidieron socorro.”²⁴⁶

En este sentido, la resolución 26-2013 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, menciona aquellos casos en que procede el allanamiento sin orden, al respecto menciona:

El artículo 197 del Código Procesal penal establece lo siguiente: Allanamiento sin orden. Podrá procederse al allanamiento sin previa orden judicial cuando: a) Por incendio, inundación u otra causa semejante, se encuentre amenazada la vida de los habitantes o la propiedad. b) Se denuncia que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito. c) Se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga

246. Código Procesal Penal, *Artículo 212* (2017).

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.”, En el supuesto concreto del inciso c, mencionado por el recurrente, se trata de un caso excepcional en que se autoriza por vía de Ley (Principio de Reserva de Ley para la restricción de los Derechos Fundamentales) el allanamiento y, con ello, la restricción del derecho a la intimidad del domicilio, sin orden judicial y, consecuentemente, sin que se requiera tampoco de consentimiento del morador del lugar. La propia Constitución Política de nuestro país establece este supuesto, desarrollado en la ley, para autorizar el allanamiento sin orden judicial (ergo, también sin consentimiento previo del titular del derecho) con el fin de evitar la comisión y la impunidad de delitos en proceso de ejecución o recientemente ejecutados y para los cuales se desarrolla la persecución policial de sus supuestos autores (casos de flagrancia). *En ese sentido, ya desde el mismo Derecho de la Constitución el artículo 23 de la Carta Fundamental de nuestra República establece, con toda claridad que: “El domicilio y todo otros recintos privados 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.”*²⁴⁷

Para Muñoz y Ruíz, —se trata de excepciones que se fundan ya sea en razones humanitarias (por ejemplo, cuando se escuchan voces de auxilio o se produce un accidente o una catástrofe y es necesario que la autoridad ingrese al domicilio para prestar socorro), ya sea en razones de necesidad (por ejemplo, cuando se está persiguiendo a una persona y es necesario proseguir su persecución dentro de alguna vivienda o cuando se está cometiendo un delito dentro de una vivienda y es necesario evitar su prosecución o su consumación).”²⁴⁸

Bajo esta línea de pensamiento y en concordancia con lo establecido por el artículo 197 del Código Procesal Penal y la jurisprudencia de la Sala Tercera, anteriormente mencionada, se puede sostener, tal y como lo describen Muñoz y Ruíz, —se puede sostener que los incisos a) y d) del artículo 197 del Código Procesal Penal son razones humanitarias, mientras que los incisos b) y c) de este

247. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, —Resolución 26-2013; 28 de enero, 2013 14:09horas”, expediente 12-000195-1092-PE.

248. Carolina Muñoz y Alfonso Ruíz, —El Allanamiento en el derecho penal costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 68-69.

mismo cuerpo normativo, se acercan más a las razones de necesidad señaladas por Bínider.”²⁴⁹

En estos casos, prevalece sobre cualquier derecho fundamental (entiéndase inviolabilidad de domicilio, privacidad o intimidad) la vida humana, y es lógico, que en estos casos se prescindiera de la orden de allanamiento, pues de lo contrario sería absurdo esperar que el juez executor del allanamiento la dicte, poniendo en peligro la vida y la propiedad de las personas. Lo anterior, es la excepción y se justifica en la gravedad, la urgencia y la premura de la situación. No presentándose estos supuestos el allanamiento devendría en ilegal, por carecer de las exigencias procesales y constitucionales correspondientes. En este sentido, la resolución la resolución 26-2013 de la Sala Tercera menciona:

Del texto constitucional se desprende que tal procedimiento es absolutamente excepcional y procede sólo en los presupuestos que la propia Constitución contempla y cuyo especial desarrollo se deja a la ley. Es pues, una autorización que proviene desde la Carta Magna para lesionar un derecho fundamental en supuestos -se recalca- excepcional y calificado.²⁵⁰

En el caso del inciso d) —**V**oces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa o negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro”, siguiendo con Vargas, son supuestos —**e**ntos cuales prevalece el principio de evitar un mal mayor, que hace necesaria la intervención pronta e inmediata (como en los casos de incendios), y del segundo tipo los supuestos contenidos en los incisos b) y c). (2008, 80-81) Asimismo, siguiendo con Muñoz y Ruíz —**e**ncuanto a los incisos b) y c) de artículo en estudio, diremos primeramente que en relación al segundo de ellos, —**e**l ingreso al local sin previa orden judicial para aprehender a un imputado”, lo es, según la norma cuando se trate de delito **grave** (la negrita es del original).”²⁵¹

249. Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz, -El Allamamiento en el derecho penal costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 69.

250. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, -Resolución 26-2013; 28 de enero, 2013 14:09horas”, expediente 12-000195-1092-PE.

251. Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz, -El Allamamiento en el derecho penal costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 70.

Resulta necesario cuestionarse ¿qué se entiende por delito grave? como elemento esencial justificante en los casos de allanamiento sin orden.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señala en la resolución 614-F-95, con respecto a la actuación de la policía judicial en el allanamiento lo siguiente:

En efecto, la policía judicial está autorizada para proceder al allanamiento de morada sin previa orden cuando se esté en presencia de cualquiera de las cuatro causales que desarrolla el primero de los artículos mencionados. Sólo en estos supuestos es factible para un cuerpo policial prescindir de la orden de allanamiento. En consecuencia, cuando cualquier cuerpo policial incumpla o vaya más allá de sus atribuciones estaremos en presencia de un acto ilícito. 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. Cuando esta situación acontece, el acto cuestionado debe ser declarado nulo porque la vulneración de una garantía constitucional acarrea de pleno derecho la nulidad del acto viciado por imperativo constitucional, así lo ha mantenido en reiteradas oportunidades esta Sala al igual que la Sala Constitucional (véase por todos los siguientes votos N° 718-93 de las 14:36 horas del 15 de febrero de 1993, N° 2559-94 de las 15:36 horas del 31 de mayo de 1994 y V-298-F de las 9:05 minutos del 26 de mayo de 1995, los primeros de la Sala Constitucional y el último de la Sala Tercera).²⁵²

Finalmente, Duarte y Segura, mencionan con respecto al allanamiento sin orden judicial se entienden dentro de los límites de ley y *“dentro de los rigurosos límites generales de razonabilidad, proporcionalidad y normalidad, que además que obligan a interpretar restrictivamente las limitaciones posibles”* (Duarte y Segura 2011, 33).

C.3 Fines del allanamiento

Como bien se desprende de las características citadas, en la orden de allanamiento deben ser determinados los fines del allanamiento, en palabras de Edwin Duarte —así las cosas cuando el ente represivo necesita una Orden de

252. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 614-F-95; 13 de octubre, 1995 09:50horas”, expediente 94-000353-0006-PE.

Allanamiento para un fin o fines determinados, estos deberían ser enunciados en la resolución fundada del juez.”²⁵³

Asimismo, en palabras de Muñoz y Ruíz, —subsidiariamente se debe de velar por la conservación de esos elementos de prueba, mediante el secuestro, finalidad cautelar que consiste en recabar, rescatar, asegurar y preservar procesalmente las pruebas materiales incriminatorias, evitando cualquier hecho que pueda alterar, destruir menoscabar los elementos útiles del proceso; por eso el juez o el fiscal ingresan al lugar donde permanecen ocultas y ajenas al proceso.”²⁵⁴

Por otro lado, según Vargas, el allanamiento —seha empleado para la práctica del registro, el cual no es el único fin pues también permite prestar auxilio a las personas (como las víctimas de violencia doméstica), detener sospechosos, secuestrar evidencia relacionada con un determinado caso investigado, la detención de deudores alimentarios o como instrumento para lograr la ejecución efectiva de las sentencias.”²⁵⁵

Un criterio importante de acotar, es el de los autores Muñoz y Ruíz, quienes establecen que el allanamiento tiene como finalidad —al consecución ágil, oportuna y adecuada, de elementos de prueba, que de otra manera no hubieran podido ser localizados.”²⁵⁶

253. Edwin Duarte y Francisco Segura, *El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos*. (San José, Costa Rica: Editec Editores, 1996), 35.

254. Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz, —El Allanamiento en el derecho penal costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 14.

255. Kathya Vargas, —El allanamiento civil: constitucionalidad y legalidad. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008), 44.

256. Carolina Muñoz y Alfonso Ruiz, —El Allanamiento en el derecho penal costarricense y su incidencia en los derechos fundamentales” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002), 13.

CAPITULO IV. La Intervención del abogado defensor en el allanamiento de morada

A. La intervención del abogado defensor en el allanamiento según la jurisprudencia

A.1. La Jurisprudencia de la Sala Constitucional

La Sala Constitucional en los últimos años ha emitido una serie de resoluciones referentes a la participación del abogado defensor en el allanamiento, dentro de las cuales es menester exteriorizar los principales votos que aluden a este tema, para, de esta manera, tener una visión más clara sobre este instituto y su importancia dentro del procedimiento preparatorio.

En este sentido, uno de los votos de mayor importancia con respecto al tema del allanamiento es el Voto N.º 2467-98 en donde se desarrolló a profundidad este tema. Este es un caso por infracción a la ley de psicotrópicos, donde se está recurriendo la prisión preventiva y el allanamiento realizado. En la sección de los resultados se menciona que —~~el~~allanamiento se constituyó, por sus características, en un anticipo jurisdiccional de prueba, al cual debió asistir un defensor público en representación de los imputados, sin importar que, en ese momento no lo eran y al tenor de lo establecido en el artículo 294 del Código Procesal Penal.”²⁵⁷ Sin embargo, en este caso el Juez —~~C~~onsidera que lo actuado en el caso está correcto, toda vez que no puede considerarse viciado el allanamiento, registro y secuestro realizado en la casa de los imputados, por el hecho de que no se le hubiera comunicado a un abogado defensor para que asistiera a los acusados y los representara, pues de hacerlo al imputado o a algún defensor de él, se pondría en peligro la obtención de la prueba que se quiere. Es, entonces, admisible, al menos en este tipo de casos, obtener prueba sin enterar

257. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, —Voto 2467-98; 14 de abril, 1998 15:48”, expediente 92-001805-0007-CO

del asunto a un abogado defensor, ni al imputado, como fue el caso del allanamiento cuestionado.”²⁵⁸

Por otro lado, en la parte considerativa de este voto se menciona:

El problema que se plantea en el presente recurso de habeas corpus, se contrae a determinar si la falta de participación de un defensor público en la ejecución de una orden de allanamiento, registro y secuestro, vulnera el derecho de defensa de los amparados. En criterio de la Sala, ello debe desestimarse pues no puede considerarse una correcta interpretación de las normas del Código Procesal Penal, en el tanto que se confunde las formalidades del anticipo jurisdiccional de prueba y la urgencia en su realización (artículos 293 y 294 de ese mismo cuerpo normativo), con las del allanamiento, registro y secuestro. Lleva razón el Juez recurrido, que exigir la presencia de un defensor en este último acto, no solo pondría en peligro el éxito de la investigación, sino que también daría lugar para que se lesione el principio de la averiguación de la verdad real de los hechos, al darse sobre aviso de la sospecha de los órganos del Estado, de que un Juez de la República presume razonablemente que en el lugar hay rastros de un supuesto delito. Todo lo anterior, lógicamente conllevaría a la desaparición de los rastros probatorios de que en el lugar -alguna vez- ocurrió una actividad perseguida por la Ley Penal y de quiénes fueron sus autores. En todo caso, lo anterior significa que al momento de ordenarse el allanamiento, registro y secuestro, éste se hace en contra de una o varias personas desconocidas, no individualizadas, de manera que no proceden los argumentos del recurrente, en cuanto a la aplicabilidad del artículo 13 del Código Procesal Penal.²⁵⁹

Como consecuencia, la Sala estima que debe resolverse sobre lo actuado en el allanamiento realizado, indicando, además, que se están confundiendo las normas del CPP, por lo cual, el Juez tiene razón al indicar que avisar al imputado o al defensor pone en peligro la recopilación de la prueba y la averiguación de la verdad real de los hechos. Asimismo, este juzgador destaca que, en el caso concreto, el allanamiento se realizó contra personas no individualizadas, razón por la cual no aplica el artículo 13 del CPP. Finalmente, en el presente caso el juez a cargo del allanamiento condujo las actuaciones impugnadas, y es el garante de los derechos fundamentales de los amparados, razón por lo cual, al final, se declara sin lugar el recurso.

258. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 2467-98; 14 de abril, 1998 15:48”, expediente 92-001805-0007-CO

259. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 2467-98; 14 de abril, 1998 15:48”, expediente 92-001805-0007-CO

Así pues, es preciso nombrar el Voto 13091-10, tratándose, en este caso particular, sobre un delito de almacenamiento y transporte de droga. En este voto los recurrentes alegan que en el allanamiento no se contó con una orden emitida por un juez de la República que fundamentara tal decisión. Por su parte, la fiscal —manifestó— que los imputados y el defensor de turno indicaron querer estar presentes en la diligencia de allanamiento, pero que, se encontraban aproximadamente a tres horas de la sede de los Tribunales de Justicia de Nicoya (en Isla Bejuco), razón por la cual, se debía coordinar la búsqueda de defensores para atenderlos. En razón de esto y por tratarse de diez personas privadas de libertad, no podían ser atendidos únicamente por el defensor de la diligencia por los posibles intereses contrapuestos.”²⁶⁰

Por otro lado, el fiscal dijo que a pesar de que los imputados querían ser atendidos por un defensor público, esto se imposibilitaba porque eran diez y solo se contaba con un defensor de turno, y que, si les atendía el mismo defensor, podía causar problemas por existir intereses contrapuestos.

En este mismo orden, continúa explicando el fiscal que estos imputados se dejan a la orden del juzgado, el cual posteriormente les dicta la prisión preventiva. Posterior a ello, el fiscal en esta causa solicita al juez que ordene el allanamiento, argumentando su solicitud que se tenía la posibilidad de posesión y almacenamiento en el lugar por allanar, el juez rechazó dicha solicitud por ser una mera sospecha de posesión de droga.

A pesar de lo anterior, el fiscal con una prueba sólida solicita, de nuevo, el allanamiento, y en este caso si es aceptado por el juez. Se trasladan al lugar el defensor de turno, el fiscal, el juez y los investigadores del Organismo de Investigación Judicial (OIJ). Indica este mismo fiscal que a pesar de que no se contaba con un audio debido a las circunstancias, la juez sí dejó sentado por escrito las gestiones presentadas. Seguido, el juez realiza la diligencia oral de allanamiento con la fiscal, pero el acta no se encuentra agregada al expediente

260. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Voto 13091-10; 04 de agosto, 2017 14:48horas”, expediente 10-009134-0007-CO

principal, ni al electrónico, se añade que al respecto puede dar fe la propia juez. Tratan de dejar claro, que si se resolvió la situación jurídica referente dentro de las 24 horas.

En ese mismo sentido, en la parte considerativa, se menciona que la defensora pública de los amparados alega una serie de violaciones a la libertad personal de estos, por cuanto se les mantuvo por más de 24 horas sin definir su situación jurídica y con base en una decisión arbitraria de la Jueza Penal de la cual no tuvo conocimiento. También reclama que para el allanamiento no se contó con una orden emitida por un Juez de la República que fundamentara tal decisión, por lo que, el ingreso a la vivienda fue ilegal. Después de las consideraciones anteriores, se verificó que la diligencia reclamada fue ordenada por autoridad judicial competente y realizada con la presencia del Juez de Garantías, así como un defensor público y representantes del Ministerio Público

Analizado lo anterior, la Sala termina indicando en su último considerando, que la Sala no es una instancia más en el proceso penal, por lo que, explica al recurrente todo lo relativo de la siguiente manera:

...Para mayor abundamiento sobre los reclamos de la recurrente, se le recuerda que la Sala no es una instancia más dentro del proceso penal, y es por ese motivo que no le compete la valoración de la prueba existente en contra de los amparados, ni subsanar algún quebranto procesal dentro de la causa en que aparece como imputado. Si la recurrente estima que en el caso existen vicios en el procedimiento, de conformidad con la normativa procesal vigente, debe realizar la protesta correspondiente ante el órgano competente, describiendo el defecto y proponiendo su corrección, en atención a las reglas de la actividad procesal defectuosa que regula el Código Procesal Penal en los artículos 175 y siguientes, y cumpliendo con el deber de lealtad que le impone el ordinal 127 de ese mismo cuerpo normativo. Igualmente si la recurrente estima que no existen elementos de juicio objetivos suficientes para tener por acreditada su participación en el ilícito investigado, o que el Juzgado recurrido no ha valorado correctamente la prueba que obra dentro de los expedientes, todo ello son reparos que deberán plantear ante el mismo Juzgado Penal, puesto que esta Sala no es una instancia más en el proceso penal, ni le corresponde sustituir a los jueces penales en ejercicio de sus funciones, so pena de incidir indebidamente en el ámbito de competencia de la jurisdicción penal, en abierta contradicción con el artículo 153 de la Constitución Política. En razón de ello, si la recurrente está disconforme con la apreciación probatoria, así como con la realización de las diligencias

policiales, ello hace referencia a un reparo propio de plantearse en el proceso penal, mediante los recursos y ante las instancias expresamente previstas al efecto.”²⁶¹

A raíz de lo anterior, en el caso concreto, la Sala Constitucional declara sin lugar el recurso. En el último párrafo de la sentencia se describe lo que la Sala reitera en muchas de sus resoluciones, explicando que ellos no sustituyen al juez en sus labores, y que si existe algún defecto se debe resolver en la sede penal²⁶².

Otro voto relevante es el 7490-07,²⁶³ que trata de un delito de venta de drogas. En este caso se alega por parte de los recurrentes que el allanamiento es un acto definitivo e irreproducible y que los sujetos estaban completamente individualizados, por lo que debía asistir la defensa técnica. Alegan, además, que el Juez no invitó al defensor a participar en el allanamiento realizado y que la ley establece que si están individualizados la jueza debe hacerlo. Precisan que la presencia de un defensor no puede ser suplida por un juez, sobre todo en un acto tan importante como el allanamiento, esto en razón de que el defensor se encarga de velar propiamente por el derecho del acusado y el Juez, por su parte, vela por garantizar los derechos de todas las partes presentes.

Visto lo anterior, en la parte considerativa de la sentencia la Sala considera que en el presente caso los alegatos debieron presentarse en la vía penal, como una actividad procesal defectuosa. Por lo que se declara sin lugar el recurso.

Siguiendo con este mismo tema, otro de voto de gran de importancia mencionar es el Voto 13751,²⁶⁴ por un delito de venta de droga. En el caso

261. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Voto 13091-10; 04 de agosto, 2017 14:48horas”, expediente 10-009134-0007-CO

262. Debe verse en el mismo sentido los Votos 6275-07 de las diecinueve horas y cincuenta y nueve minutos del ocho de mayo del dos mil siete, el Voto 7490 de las diecisiete horas y uno minutos del veintinueve de mayo del dos mil siete, Voto 03734-10 de las quince horas y treinta minutos del veintitrés de febrero del dos mil diez, Voto 10368-13 de las catorce horas treinta minutos del treinta y uno de julio de dos mil trece, Voto 04099-14 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veinticinco de marzo de dos mil catorce, Voto 4302-02 de las catorce horas con cincuenta y dos minutos del catorce de mayo del dos mil dos, el Voto 6275-07 de las diecinueve horas y cincuenta y nueve minutos del ocho de mayo del dos mil siete y el Voto 8254-08 de las catorce horas y treinta y nueve minutos del catorce de mayo del dos mil ocho.

263. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Voto 7490-07; 29 de mayo, 2017 17:01”, expediente 07-007014-0007-CO.

264. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Voto 1375; 24 de setiembre, 2017 09:35 horas”, expediente 17-001230-0007-CO.

concreto el recurrente alega que se allanó su vivienda sin la presencia de un defensor público. Además, alega que pese a que en dicho allanamiento no se encontró prueba alguna que lo involucrara con los hechos delictivos que se le imputaban, se le ordenó la medida cautelar de prisión preventiva.

Con referencia a lo anterior, la Sala Tercera y la Sala Constitucional consideran que la presencia del defensor en la diligencia de allanamiento resulta innecesaria, por cuanto para ello se cuenta con la presencia del Juez de Garantías, quien es el encargado de velar por el respecto y cumplimiento de los derechos de los investigados.

Ante la situación planteada, la Sala indica que no aprecia mérito alguno para acoger ese recurso de hábeas corpus por el hecho de que en la diligencia de allanamiento no estuviera presente ningún defensor, como alega el recurrente, pues, el objeto del hábeas corpus es la tutela de la libertad e integridad personales contra actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, o contra amenazas a esa libertad, no así la revisión de toda resolución o actuación jurisdiccional de los jueces penales y demás autoridades penales. Además, la Sala en reiteradas ocasiones ha señalado que en la ejecución del allanamiento sin la presencia del defensor no resulta lesiva del derecho de defensa del imputado, porque, la omisión de nombramiento de un defensor para participar en la realización de las diligencias iniciales de investigación y sobre los actos preliminares que conducirán a la individualización del imputado, no infringe el debido proceso, siempre y cuando exista la participación y control suficientes de parte del Juez de garantías en tales actuaciones. Razón por la cual, en el caso concreto, declararon sin lugar el recurso (el subrayado es suplido).²⁶⁵

Ahora bien, siguiendo con esta misma línea, en el Voto 20818-10²⁶⁶ los recurrentes alegan que se realizó un allanamiento sin que se presentara el defensor de los cuatro imputados, considerando el juez que con su participación era innecesaria la presencia de un defensor, tal como se le explicó a los imputados al momento de realizar la diligencia de allanamiento y de conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

265. En este mismo orden y dirección debe verse también el Voto 12548-09 de las dieciocho horas y treinta y seis minutos del once de agosto del dos mil nueve, el Voto 14523-12 de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de octubre de dos mil doce, el Voto 15877-12 de las quince horas y seis minutos del catorce de noviembre del dos mil doce y el Voto 4571-07 de las quince horas y diecinueve minutos del diez de abril del dos mil siete.

266. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Voto 20818-10; 14 de diciembre, 2010 17:05horas, expediente 10-016670-0007-CO.

Por su parte, en los considerandos del Voto 20818-10, la Sala analiza el hecho de que la recurrente considera vulnerada la libertad de los amparados, por cinco motivos: —primero, la falta de fundamentación de la resolución que ordenó el allanamiento de que fueron objeto; segundo, que el allanamiento fue realizado sin la presencia de defensor; tercero, por el hecho de que la amparada fue detenida en otra vivienda, en la cual no se había ordenado el allanamiento; cuarto, por la falta de fundamentación de la resolución que ordenó la prisión preventiva del amparado Víquez el hecho de que a las coimputadas no se les aplicara esa medida y, quinto, por la presunta agresión de que fue objeto para obtener billetes marcados que tenía en la boca.”²⁶⁷

Con referencia a lo anterior, la Sala indica que el juez recurrido informó que si bien es cierto no asistió defensor, el mismo juez asistió a esa diligencia, como a la previa de venta controlada de droga, considerando que no se ve lesionado el principio de defensa con la celebración de un allanamiento pedido por la Fiscalía, en la morada del encartado, sin la presencia de un abogado defensor. Pues, a esa altura de la investigación aún no se encontraba nombrado en razón de que no se le habían imputado cargos al ahora justiciable y que el artículo 193 del Código Procesal Penal es la garantía dispuesta para la protección exigida por el artículo 23 de la Constitución Política referente a la presencia del juez.

Finalmente, en este voto el magistrado Armijo salva el voto, el cual se ocupará a profundidad más adelante, por lo que, solo es necesario indicar que en el presente caso se declaró con lugar el recurso únicamente por el hecho de que se practicó un allanamiento en la vivienda del amparado sin la presencia de abogado defensor. Por todo lo demás, se declara sin lugar el recurso planteado.

Por otra parte, se encuentra el Voto 07111-11,²⁶⁸ en donde el abogado acusa que su representado fue detenido y que luego de eso se practicó un allanamiento en su casa de habitación y su oficina, sin contar con asistencia

267. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Voto 20818-10; 14 de diciembre, 2010 17:05horas, expediente 10-016670-0007-CO.

268. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Voto 07111-1; 01 de junio, 2011 14:30horas”, expediente 01-006722-0007-CO.

letrada o defensor público, lo cual llevo a que durante la diligencia estuviese esposado.

Al respecto, los recurridos responden que al imputado si se le informaron las razones por las cuales se allanaba su recinto privado y el derecho constitucional de ser asistido por un abogado defensor de su confianza privado o uno público, o bien, que él podía asumir su defensa por ser profesional en derecho. El tutelado no aceptó las opciones dadas, por lo que el Juez Penal fue el único garante.

A causa del reclamo, en la parte considerativa, indica la Sala que la diligencia de allanamiento a la vivienda y a la oficina del encartado estuvo a cargo del juez, donde al final de cuentas el encartado manifestó ser representado por un defensor público. Por lo expuesto, la Sala estima que se constató que el amparable, quién es abogado, fue debidamente informado de sus derechos y contó con la opción de un abogado privado, pero decidió rechazarlo.

Así pues, la Sala estimó que después de analizar los elementos probatorios aportados, sí se verificó la violación a los derechos fundamentales del tutelado. Se demostró en el informe rendido por los representantes de la autoridad recurrida, y la prueba aportada para la resolución del asunto. Se ha acreditado que el tutelado se mantuvo esposado por más de nueve horas por parte de los funcionarios del Organismo de Investigación Judicial, a pesar de que el Juez encargado de la diligencia de allanamiento ordenó que se le quitara ese dispositivo, propiciando un trato cruel y denigrante.

Lo que hizo la Sala fue ordenar que se notificara al Ministerio Público y al Director General y al Jefe de la Oficina de Asuntos Internos, para que investiguen la posible comisión de alguna falta o delito, y realicen las diligencias que en derecho corresponde. En todo lo demás, declararon sin lugar el recurso.

Resulta oportuno destacar el voto 15160-14.²⁶⁹ En este voto alega el recurrente que se realizó un allanamiento y secuestro por el supuesto delito de

269. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Voto 15160-14; 12 de setiembre, 2014 09:05horas", expediente 14-014017-0007-CO

almacenamiento, tenencia y venta de drogas, sin que se identifiquen a los presuntos autores de la acción delictiva. Además, se alega que los oficiales ingresaron de forma violenta y atropellaron a menores de edad en el lugar, y que no se le hicieron valer sus derechos a una señora encontrada desnuda en el lugar.

Por su parte, el jefe de OIJ contesta informando que se identificaron a las viviendas y a los imputados y que se hicieron compras controladas (según lo estipulado para comprobar la venta de drogas) anteriormente. Que la señora no estaba desnuda ni la esposaron desnuda. Además, el fiscal indica que fue al allanamiento junto con el juez y que no se precisó de un abogado defensor, que, aunque la señora no estaba desnuda, si se le tuvo que esposar, por razones de seguridad.

Ahora bien, en la parte considerativa, se indica lo mismo que la Sala ha indicado reiteradamente, que el hecho de la ausencia del defensor no implica violación al debido proceso, y que no es obligatorio notificar el allanamiento. Por su parte, el juez no advirtió de ninguna violación como el de los niños ni el de la señora desnuda.

Nuevamente el Magistrado Armijo salva su voto e indica, que la situación si constituye una violación sustancial del derecho al proceso debido y de defensa del amparado, que desde todo punto de vista se debe reparar en la jurisdicción.

En razón de todo lo anterior, la Sala declara sin lugar el recurso, y el Magistrado Armijo salva el voto y declara con lugar el recurso, únicamente en cuanto a la ausencia del defensor del imputado durante las diligencias de un allanamiento. Más adelante se desarrollará lo correspondiente a la posición del Magistrado Armijo.

Otro voto relevante de estudio es el voto 18332-201,²⁷⁰ por un delito de apropiación y retención indebida. Este voto tiene como arista la notificación del allanamiento, ya que los recurrentes alegan que sin haber sido notificados se ordenó el allanamiento, el registro y el secuestro de los bienes del tutelado. Donde

270. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Voto 18332-2010; 02 de noviembre, 2011 16:17horas", expediente 10-014909-0007-CO.

el tutelado se apersonó al lugar y, sin tener conocimiento de la causa establecida en su contra, o bien, sin ser citado previamente por autoridad judicial alguna, el Fiscal encargado ordenó su detención y traslado.

Seguidamente, en el considerando la Sala analiza que el recurrente cuestiona el allanamiento, así como la aprehensión, pues, no se notificó al tutelado la prevención. Por eso, la Sala aclara que son una instancia jurisdiccional a la que no le corresponde determinar si se cumplieron o no los presupuestos que la normativa vigente establece para la configuración de determinado delito, cuestión de evidente legalidad que debe valorar la autoridad persecutora de previo a tomar alguna decisión sobre la tramitación del asunto, o bien, el Juzgado competente al verificar la tipicidad de la acción. Se destacó, además, que la falta de notificación del allanamiento tampoco es admisible, pues se trata de una diligencia que, por su propia naturaleza y fin, no debe ser comunicada de previo a su realización y, que la presencia del encartado, constituye una mayor garantía de sus derechos fundamentales. Razón por la cual, declararon el recurso inadmisibile.

Consecuentemente resulta menester describir el voto 15228-10.²⁷¹ Este voto es por un delito de narcotráfico donde fueron detenidos unos individuos en los allanamientos practicados en propiedades de otra coimputada. Resulta importante, por tratarse el apersonamiento del defensor en la diligencia.

En este voto, los recurrentes acusan que en el allanamiento se les debió designar un defensor, y que, aunque posteriormente se apersonaron defensores particulares, se les impidió presenciar las actuaciones judiciales de detención, interrogatorio, requisa y secuestro de pertenencias, bajo el argumento de la presencia de un Juez de Garantías. Por eso, denotan que no tuvieron la libertad de elegir su defensa, ya que no es labor del Juez de Garantías asesorar a los imputados.

Cuando se responden los alegatos en este voto, indican que el hecho de ser abogadas no las faculta para ingresar a una diligencia, aparte de que no se sabía si ya para ese momento estaban apersonadas o si simplemente andaban

271. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Voto 15228-2010; 17 de setiembre, 2010 08: 35horas”, expediente 10-011588-0007-CO.

ofreciendo sus servicios profesionales, pues al imputado como parte de sus derechos se le invita a nombrar un defensor de su confianza, y en caso de no tener se le asigna un defensor público, empero, la diligencia de allanamiento se debe ejecutar haya o no defensor en el sitio, pues es función del juez garantizar la legalidad del proceso y el respeto de los derechos de todos los involucrados.

Siendo que incluso, si el imputado designa defensor la diligencia y se inicia sin presencia de este, puede apersonarse en cualquier momento, en cuyo caso asume la diligencia en el estado en que esta se encuentre, pues, no es requisito indispensable para la ejecución del acto su presencia.

Finalmente, en la parte considerativa, la Sala analiza el allanamiento, registro y secuestro en la casa de una de las coimputadas sin la presencia de un defensor, y la Sala explica que la ausencia de un defensor público en la ejecución de una orden de allanamiento no implica, *per se*, una violación al derecho de defensa de las personas afectadas por la medida, en tanto que quien funge como garante de la legitimidad del acto y de los derechos fundamentales de las partes es el Juez. Por lo cual se declaró sin lugar el recurso

A.1.2. La posición del Magistrado Armijo en sus votos salvados

Tal como se indicó anteriormente, esta sección va dirigida a esbozar el Voto Salvado del Magistrado Gilbert Armijo Sancho, precisamente porque este ha sido el único Magistrado de la Sala Constitucional que ha salvado su voto, pese a la reiterada posición de la Sala Constitucional de que no es necesaria la presencia del defensor en el allanamiento.

Específicamente en el voto 2114-08,²⁷² se da este acontecimiento donde a través de su Voto Salvado Armijo menciona lo siguiente:

Aunque respeto el criterio sostenido por la mayoría de la Sala Constitucional en esta sentencia, en el sentido que la ausencia del defensor del imputado durante las diligencias de un allanamiento no lesiona los derechos fundamentales del promovente; salvo el voto y declaro con lugar el habeas corpus, pues considero ello que constituye una violación

272. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Voto 2114-08; 13 de febrero, 2008 14:46horas", expediente 08-002719-0007-CO.

sustancial del derecho al proceso debido y de defensa del amparado, que desde todo punto de vista se debe reparar en esta Jurisdicción.²⁷³

En este sentido, el Magistrado Armijo es claro al mencionar que la violación del derecho de defensa si se debe conocer en la jurisdicción de la Sala Constitucional, pues considera que efectivamente cuando en los allanamientos no asiste un defensor público, se está dando una violación sustancial al debido proceso, lo cual si es competencia de esta Sala.

En este voto Armijo va explicando paso a paso en que se sustenta para salvar su voto, y cita la normativa nacional e internacional referente a los derechos humanos y el debido proceso, mencionado al respecto que:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en su artículo 8.2 incisos d, e y f), cuanto la Constitución Política de la República de Costa Rica (en sus artículos 39 y 41) reconocen el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, o bien el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por ley.²⁷⁴

Entonces, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política contienen dentro de su regulación los artículos referentes al derecho que tiene el imputado de ser asistido por un abogado defensor, ya sea, proporcionado por el estado o el de su elección dentro del plazo legal.

Continúa desglosando, e indica que es una garantía el ser acompañado por un abogado defensor, regulada en el Código Procesal Penal:

Este derecho o garantía fundamental (de acuerdo con el artículo 13 del Código Procesal Penal) se disfruta desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia. Según esta última norma, se debe entender por el primer acto del procedimiento

273. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 2114-08; 13 de febrero, 2008 14:46horas”, expediente 08-002719-0007-CO.

274. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 2114-08; 13 de febrero, 2008 14:46horas”, expediente 08-002719-0007-CO.

cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él.²⁷⁵

Esa garantía o derecho fundamental, de ser asistido por un defensor, se debe gozar desde el inicio del proceso y hasta la ejecución de la sentencia. Donde, los primeros actos del procedimiento surgen desde el momento en que se tiene a una persona como posible actor de un hecho delictivo.

Por esto, Armijo señala que, en el caso de este voto, no existe —ninguna razón que justifique el hecho que se haya practicado el allanamiento aludido sin la participación del defensor del imputado, quien lógicamente ha sido colocado en indefensión a causa de la situación impugnada en este proceso jurisdiccional.²⁷⁶ Es decir, cuando el imputado no cuente con su defensor desde el inicio, se encuentra en un estado de indefensión evidente.

Además, Armijo señala que —~~pe~~a que el Derecho de la Constitución reconoce que la defensa del agraviado es inviolable en todas las fases del procedimiento (tal y como es desarrollado por el artículo 12 del Código Procesal Penal), lo que incluye el derecho del imputado de intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y formular las peticiones y observaciones que considere oportunas.²⁷⁷ En otras palabras, aunque es un hecho conocido constitucionalmente el derecho de participar desde las primeras etapas con su defensor, se ve violentado en el allanamiento, cuando hay ausencia de su defensor, porque el allanamiento es una diligencia en donde se incorpora prueba.

En cuanto al tema del Juez de Garantías, Armijo menciona —~~de~~ la intervención del Juez de Garantías en estas diligencias del allanamiento, en modo alguno sustituye o suple el derecho irrenunciable del imputado de contar con su defensor, teniendo en cuenta las funciones que el primero realiza en el trámite del procedimiento preparatorio, de acuerdo con el artículo 227 del Código Procesal

275. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *–Voto 2114-08; 13 de febrero, 2008 14:46horas*”, expediente 08-002719-0007-CO.

276. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *–Voto 2114-08; 13 de febrero, 2008 14:46horas*”, expediente 08-002719-0007-CO.

277. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *–Voto 2114-08; 13 de febrero, 2008 14:46horas*”, expediente 08-002719-0007-CO.

Penal, así como los alcances de los derechos protegidos en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. De modo que no son admisibles los argumentos que tienden a justificar la legitimidad de estas situaciones, en las cuales no se ha advertido los alcances del derecho del inculpado de acceder a la defensa técnica y material desde el primer acto del procedimiento.”²⁷⁸

En este sentido, si se pretende que el defensor no es necesario en esta diligencia, o que el Juez de Garantías suple su papel, esto no justifica un procedimiento en donde no se le indique de forma clara al imputado el derecho de ser acompañado por un abogado defensor y lo que conlleva.

De la misma forma, el Magistrado se refiere a la sentencia N°1739-92, sobre los alcances del debido proceso y el derecho de defensa, el cual comprende la facultad de contar con un defensor desde el primer momento del proceso penal, lo cual lógicamente incluye las diligencias de un allanamiento, aunque participe el Juez de Garantías. En este sentido, esta sentencia dejó claro que:

Las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, debe ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad, y siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público, que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen etc.; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material -como la muerte del testigo-; el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas; y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez.²⁷⁹

278. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 2114-08; 13 de febrero, 2008 14:46horas”, expediente 08-002719-0007-CO

279. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Sentencia 1739-92; 01 de julio, 1992 11:45horas”, expediente 90-001587-000-CO.

En conclusión, el Magistrado Armijo deja claro en su voto salvado que no existe ninguna razón procesal como justificante ante la inasistencia del defensor del tutelado en las diligencias de allanamiento, de ahí que el imputado es colocado en absoluta indefensión de no garantizársele dicha presencia.

A.2. La jurisprudencia de la Sala Tercera

En cuanto a la Jurisprudencia de la Sala Tercera, existen algunos votos relevantes que evocan el tema del abogado defensor y el allanamiento.

Un voto importante es el 454-08,²⁸⁰ el cual trata de un proceso de revisión interpuesto por la defensa técnica del imputado en donde el recurrente alega violación al ejercicio del derecho de defensa, pues, en el allanamiento practicado en la casa de habitación del imputado no se presentó el defensor público, ya que, no se le notificó a la defensa pública de la localidad la diligencia señalada.

Dentro de los reclamos del recurrente está que a pesar de que el allanamiento en contra del imputado fue ordenado por una jueza de la República, nunca se le notificó a su defensor, por lo cual, el imputado considera vulnerado su principio de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. Sin embargo, pese a los argumentos dados por el recurrente la Sala llega a la conclusión de que el reclamo no es atendible. En este sentido, este voto menciona:

...respecto a la intervención del defensor en el allanamiento... podría pensarse que por afectar derechos fundamentales el allanamiento debe verificarse de acuerdo a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba (artículo 293 *ibídem*). No obstante, dada la naturaleza y oportunidad con que debe realizarse, máxime si se efectúa al inicio de la investigación y no existe imputado individualizado, el mismo Código autoriza para que el acto se efectúe sin convocar a las partes y sólo en caso de estimarse necesario, se solicitará la intervención de un defensor público (artículo 294). Evidentemente esto encuentra sustento en la necesidad de proteger los posibles resultados de la diligencia, que razonablemente podría verse frustrada en el evento de que el afectado tuviera conocimiento de su verificación. Bajo este mismo razonamiento, aun cuando exista imputado individualizado en un proceso en trámite, a efecto de garantizar el éxito de la investigación - por razones de urgencia - debe prescindirse de convocar al defensor asignado (público o particular). En estos casos, puede

280. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, "Voto 454-2008; 30 de abril, 2008 14:30horas", expediente 07-000028-0006-PE.

designarse un defensor público para que asuma la representación del encartado - exclusivamente para tal diligencia - en el entendido de que - de inmediato - las actuaciones deberán ponerse en conocimiento del Letrado escogido por el justiciable o asignado por la Defensa Pública...” (Sala Tercera, N° 1453, de las 9:00 horas, del 19 de noviembre de 1999. Ver en igual sentido: N° 1114, de las 9:10 horas, del 3 de septiembre de 1999, N° 2467, de las 15:48 horas, del 14 de abril de 1998 y N° 1331, de las 9:40 horas, del 19 de noviembre de 2004).²⁸¹

La no participación del defensor en el allanamiento, según la resolución anterior, encuentra sustento en la necesidad de proteger los posibles resultados de la diligencia. Ya que, la participación de la defensa en estos actos podría ir en contra del factor sorpresa característica del allanamiento o en razones de urgencia que hacen necesario que se realice lo antes posible, con la finalidad de que no se destruyan o pierdan elementos de prueba importantes para el proceso.

Sin embargo, en la práctica gran parte de los fiscales que justifican la no participación del defensor en estos actos por razones de urgencia, dan una explicación lacónica o a veces nula del porqué se habla de urgencia, y esto último es necesario fundamentarlo de acuerdo con los presupuestos señalados por la ley.

También el voto 1453-99,²⁸² menciona la intervención del abogado defensor en el allanamiento, indicando que:

Respecto a la intervención del defensor en el allanamiento - en tesis de discusión - podría pensarse que, por afectar derechos fundamentales, el allanamiento debe verificarse de acuerdo a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba (artículo 293 *ibídem*). No obstante, dada la naturaleza y oportunidad con que debe realizarse, máxime si se efectúa al inicio de la investigación y no existe imputado individualizado, el mismo Código autoriza para que el acto se efectúe sin convocar a las partes y sólo en caso de estimarse necesario, se solicitará la intervención de un defensor público (artículo 294).²⁸³

Es evidente, que la Sala Tercera mantiene el criterio de que por la naturaleza del allanamiento y por el hecho de que debe ser rápido, por darse en las primeras etapas del procedimiento, no resulta necesaria la intervención del

281. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “Voto 454-2008; 30 de abril, 2008 14:30horas”, expediente 07-000028-0006-PE.

282. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, —Voto 1453-1999; 19 de noviembre, 1999 09:00horas”, expediente 99-000047-0006-PE.

283. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, —Voto 1453-1999; 19 de noviembre, 1999 09:00horas”, expediente 99-000047-0006-PE.

abogado defensor, máxime si el sujeto no se encuentra individualizado. Justificándose en que el código autoriza esta acción, quedando a discreción del juez llamar al defensor si considera necesaria su presencia.

Este mismo voto, continúa explicando que el hecho de no llamar al defensor en todas las ocasiones es porque —evidentemente” esto encuentra sustento en la necesidad de proteger los posibles resultados de la diligencia, que razonablemente podría verse frustrada en el evento de que el afectado tuviera conocimiento de su verificación. Bajo este mismo razonamiento, aun cuando exista imputado individualizado en un proceso en trámite, a efecto de garantizar el éxito de la investigación - por razones de urgencia - debe prescindirse de convocar al defensor asignado (público o particular.”²⁸⁴ En los votos estudiados anteriormente, se observa que es recurrente el hecho de justificar la no presencia del defensor con el razonamiento de que la prueba se ve frustrada y que muchas veces por la urgencia con la cual se realiza este acto no da tiempo de llamar al defensor.

Por su parte, otro voto relevante de la Sala Tercera es el voto 9-2007,²⁸⁵ referente al papel del juez dentro de un sistema acusatorio, resaltando que la función del juez es garantizar los derechos de todas las partes. Y precisamente este ha sido el criterio seguido por la Sala Tercera, que, con el cambio a un sistema acusatorio, da razón en el hecho de que el juez es el encargado de garantizar los derechos de las partes. Y es que en la práctica el Juez de Garantías en algunas ocasiones no cumple su papel de garantizar los derechos de las personas, tal como ocurrió en el voto 1096-09,²⁸⁶ donde la diligencia se realizó fuera del horario establecido por la ley y no existió fundamentación del porqué se hizo fuera de horario, por lo que se violó un derecho del imputado. A raíz de esto, la Sala Tercera explica que debe tratarse de casos extremadamente graves o de una urgencia en donde su no realización inmediata y en el horario indicado

284. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, —Voto 1453-1999; 19 de noviembre, 1999 09:00horas”, expediente 99-000047-0006-PE.

285. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, —Voto 9-2007; 19 de enero, 2007 09:45”, expediente 05-009466-0647-PE.

286. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, —Voto 1096-09; 04 de setiembre, 2009 9:59”, expediente 07-000159-0006-PE

generen consecuencias graves y de imposible reparación sobre los derechos de las víctimas o sobre los bienes jurídicos tutelados por las normas represivas que dan lugar al allanamiento. Y explican que no se puede solo allanar sin fundamentar la resolución que ordena ejecutarlo en un horario no permitido.

Se evidencia, que, en este caso, el juez no garantizo lo establecido en la ley, y que, bajo toda circunstancia, se debía fundamentar el entrar en un horario fuera de la ley.

A.3. Jurisprudencia del antiguo Tribunal de Casación y del Tribunal de Apelación de Sentencia

El Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José ha emitido sentencias relevantes en el tema del allanamiento, tal como la resolución 2013-1187,²⁸⁷ el cual abarca el tema de la participación de la defensa en el allanamiento.

En este caso se trata de un recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado alegando la existencia de quebrantos al debido proceso, ya que, desde el inicio del procedimiento los imputados no contaron con defensa técnica, vicio que causó la afectación de las circunstancias en las cuales se desarrolló la diligencia de allanamiento pese a la existencia del Juez de Garantías, quien en este caso, no se molestó en consignar los detalles que el defensor si hubiere advertido, tales como la detención del imputado, dónde y cómo estaba la evidencia, quién efectuó la compra final, etc. En este sentido el recurrente en este voto alega que el Juez, en ningún acto, puede asumir el rol de abogado defensor, razón por la cual, no es válido el argumento de que la presencia del defensor era innecesaria porque el Juez garantizó el acto. Apoya su alegato en el voto número 2011-59 del Tribunal de Casación Penal de San Ramón. Reclama, también, que fue irregular y violentó el debido proceso, que, en la realización de la compra final, el oficial actuante viajara en otro vehículo distinto al que transportaba al Juez Penal y que, luego de que este oficial realizara la compra de droga final, esperara

287. Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José, "Resolución 2013-1187; 07 de junio, 2013 10:55 horas", expediente 13-000106-0006-PE.

hasta que hubieran ingresado los demás oficiales a los lugares allanados, para entregar la evidencia en ese momento. Reprocha que, sobre este aspecto, el Tribunal despojó a esta compra final de su valor probatorio como "broche" de una investigación, argumentando que el defecto no tiene importancia porque ya las personas estaban identificadas, lo cual, a criterio del impugnante, es errado porque el acto debió cumplir con la transparencia y apego a la forma para que pudiera ser utilizado en contra de los imputados.

Por esto, de acuerdo con el voto anterior, el Juez de Garantías no está en la obligación de pensar cuáles elementos de prueba recabados en el allanamiento le pueden servir a la defensa técnica del imputado para su estrategia, ya que, su labor imparcial se lo impide, con lo cual, queda claro, que jamás supliría la labor del defensor, caracterizado por su parcialidad en el caso. En este sentido, la labor del Juez de Garantías está en velar porque se cumplan las garantías procesales mínimas del imputado y porque no se violen sus derechos constitucionales.

La discusión sobre la participación del defensor en el allanamiento se aborda jurisprudencialmente y se relativizó tanto el concepto, que el antiguo Tribunal de Casación Penal de San José, afirmó en su sentencia número 1575-2007, que no es necesaria la dirección funcional en la investigación del delito de venta de drogas, por lo cual no se requiere presencia del Fiscal ni del juez en los actos, basta, a criterio de dicho Tribunal, que el juez valore *a posteriori* el resultado de las diligencias. Al respecto este voto menciona:

No comparte este Tribunal el criterio que sustenta la ilegitimidad de la prueba presentada en el caso, por el hecho de carecer la policía actuante de un tercero sin relación policial al momento de realizar la requisa o bien por la carencia de la dirección funcional de parte del Ministerio Público. Ha señalado este Tribunal de Casación, que la dirección funcional es una determinación administrativa de jerarquías entre los cuerpos policiales y el Ministerio Público, mediante el cual se otorga a éste último órgano la potestad de dirección y subordina los demás a sus directrices, pero ello en ninguna medida implica que la ausencia de intervención del Fiscal, por cualquier razón, inhiba a los demás cuerpos policiales de actuar, por cuanto estos tienen entre sus facultades, precisamente, la de intervenir ante la existencia de un delito, aprehender a las personas e incautar las evidencias necesarias. Tampoco la ausencia de dirección funcional genera ineficacia de la prueba o torna por sí misma en ilegítima la prueba obtenida, sino que

ello será objeto de valoración rigurosa en cada caso, a fin de examinar si la actuación policial fue realizada con objetividad y respeto de los derechos y garantías de las partes. También, difiere este Tribunal del criterio externado en el fallo, que para la práctica de la requisita sea requisito de validez de la prueba, la presencia de un tercero ajeno a la policía, pues el artículo 189 aunque lo impone como regla para garantizar la objetividad de la actuación policial, no obstante en los casos en que no exista alguna otra persona tampoco podrá esta exigencia tornar imposible su práctica ni inválida la prueba, solamente que será de notar por el juez al momento de valorar la evidencia, para determinar la transparencia en la obtención y la certeza de su origen.²⁸⁸

Partiendo de dicha interpretación, resultaba esperable la línea jurisprudencial por seguir con respecto a la participación del Defensor Técnico en los actos así caracterizados. Claramente, no parece sostenible el requerir la presencia jurisdiccional o del defensor en absolutamente todos los actos de obtención de prueba que cuenten con las características aquí analizadas, (requisita del art 189 CPP, compras controladas en delitos de venta de drogas), ya que, como bien lo analiza Llobet significaría que ambos acompañen a la Policía en su labor diaria, esperando el momento en que ocurra un delito.²⁸⁹

B. La práctica judicial en relación con la participación del abogado defensor en los allanamientos

Dentro de la práctica judicial en la realización de los allanamientos la Defensa Pública encuentra obstáculos materiales en su participación por parte de la Policía Judicial, el Ministerio Público y por parte de la autoridad jurisdiccional. Se dará especial énfasis, a la defensa proveída gratuitamente por el Estado, siendo ella la que asume la mayoría de causas penales en nuestro país.

Es preciso recordar la labor del Ministerio Público y con él, su dependiente funcional, la Policía Judicial, debe regirse por el principio de objetividad (artículo 63 del CPP). Es decir, durante su actividad investigadora, debe velar porque se recolecten pruebas tanto de cargo como de descargo. Y velar para que también se cuente con prueba de descargo, es necesario contar con la participación del

288. Antiguo Tribunal de Casación Penal de San José, —Sentencia 1575-2007”.

289. Javier Eduardo Llobet Rodríguez, Código Procesal Penal Comentado, 5ª Edición. (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012), 474.

abogado defensor desde el primer momento en que se ordena investigar a una persona.

Ahora bien, en primer lugar, en lo que a la recolección de elementos probatorios se refiere durante el allanamiento, la participación de la Defensa Pública se ha visto coartada. Los fiscales encargados de los allanamientos solo citan a los defensores en los supuestos en que la ley amerita su presencia. Además, los casos en que los defensores son llamados a participar en los allanamientos, según Mendoza y Núñez, —se sienten en desigualdad de condiciones, por cuanto, ante su única presencia, está el fiscal ayudado por múltiples investigadores policiales, por lo que, la posibilidad material de control del desempeño de todos, más la asesoría del imputado, resultan desproporcionados para la participación de un solo defensor.”²⁹⁰

Por otro lado, en lo que respecta al órgano jurisdiccional partícipe en el allanamiento, teóricamente aún tiene vestigios de la actitud inquisitiva, esto en razón de que no se ha acostumbrado a la figura de un defensor más activo en los allanamientos por lo cual, en ocasiones, lo ve como un obstáculo para dificultar esta diligencia.

La práctica judicial también revela un temor infundado por parte de muchos abogados defensores de asumir protagonismo en estas diligencias, muchas veces la falta de capacitación de los mismos, permite que el abogado defensor se cohíba durante el allanamiento, y se limite a ser un observador pasivo legitimador de las actuaciones realizadas por los otros.

Además, la falta de recursos materiales y humanos coloca a la Defensa Pública en una posición desigual frente a los otros sujetos procesales, ya que el defensor que participe en los allanamientos, según Mendoza y Núñez —~~com~~trasta radicalmente con la participación, generalmente, de varios investigadores o de uno o varios fiscales, por lo que su posibilidad de controlar la actuación de todos se ve

290. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 235-236.

reducida. De igual forma, no cuenta con vehículos automotores para su transporte, ni el apoyo que, para este fin brindan los auxiliares judiciales.”²⁹¹

Asimismo, a pesar de que la Defensa Pública dentro de su presupuesto tiene un rubro de disponibilidad para el pago de sus defensores para la realización de diligencias fuera del horario laboral, como es el caso de los allanamientos, este no es muy utilizado en la práctica, ya que en la mayoría de estos casos el defensor no es llamado a participar en estos actos.

En la práctica se presenta el problema de aquellos defensores notificados para participar en un allanamiento el día en que se va a realizar, teniéndose que desplazar el defensor en su vehículo hasta el lugar de los hechos, corriendo el peligro de no dar con la dirección del domicilio por allanar o incluso dejar su vehículo en zonas muy peligrosas en donde correría el riesgo de ser robado y, lo que es peor aún, ver en peligro su integridad física, ya que los lugares allanados, generalmente, son zonas de gran conflictividad social.

Además, en la práctica, se presentan casos de defensores que son llamados al allanamiento por parte del juez horas después de que este ha iniciado, llegando el defensor al lugar y posteriormente, encontrando el panorama de que ya se han recolectado elementos importantes de prueba, y al no estar presente al momento de la recolección de los mismos, podría afectar la verificación del correcto manejo de la cadena de custodia sobre los objetos secuestrados. Este mismo supuesto aplica para los casos en que el defensor se entera sobre la realización de un allanamiento en determinado lugar y decide participar. Es por ello que el defensor que participa en el allanamiento debe hacerlo en igualdad de condiciones con las demás partes, iniciando esta diligencia en el horario fijado previamente por el juez que lo ordene, para que de esta manera sus funciones de control y asesoramiento sean efectivas desde el principio.

291. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 241.

Parte de las arbitrariedades dadas en la práctica durante esta diligencia es la brutalidad en la realización del allanamiento, afectándose gravosamente el patrimonio del imputado, así como su integridad física, por un excesivo uso de la fuerza por parte de la policía judicial. Debe tenerse presente, por parte de todos los sujetos intervinientes, que el fin del allanamiento es revisar el local, la casa o la habitación con el fin de buscar una serie de evidencias relacionadas con el delito investigado o bien la detención del inculpado, no en destruir estos.

Se presenta el problema, además, que en muchas ocasiones durante la realización del allanamiento los fiscales suelen pedir en forma verbal la ampliación de la diligencia, solicitando allanar otra morada que inicialmente no se comprendía en la orden de allanamiento. En este sentido, Quesada establece que —e juez puede ordenar la entrada a esta nueva morada, pero para ello debe de confeccionar por escrito la orden respectiva para este otro lugar y esta otra orden debe de cumplir con todos los requisitos establecidos por ley. Incluso indicar qué es lo que se pretende decomisar o a quién en particular se pretende detener. El juez no podría ordenar, de oficio, el ampliar la orden de allanamiento sino se lo ha pedido el fiscal.”²⁹²

Por otro lado, se encuentra el problema de los imputados que son detenidos en los allanamientos y que, con posterioridad, son transportados en el vehículo del Juez y el Fiscal a Celdas del OIJ a efectos de que su situación jurídica se defina. En este caso se presenta la discusión de las preguntas que se le pueden hacer al imputado en este vehículo, por parte del juez o del fiscal, de las cuales, claramente, el defensor público no tiene ningún tipo de control, ya que en la mayoría de los casos no va en este vehículo, sino en su vehículo propio. Sobre este particular Quesada menciona:

En la práctica se ha detectado, por algunos compañeros, que los oficiales suelen interrogar al inculpado y ofrecerle libertad a cambio de información. Para evitar esta práctica, se le debe de aclarar al imputado, desde el propio operativo,

292. Francini Quesada Salas, *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria* (San José, Costa Rica: CONAMAJ, 2001), 46.

las posibilidades y riesgos que tiene de aceptar estos acuerdos y que en muchos casos han dado resultados negativos

Además, se han dado casos en lo que el imputado es traído detenido en un vehículo diferente del defensor y de camino a la cárcel es interrogado y hasta presionado para que indique dónde se encuentran las evidencias. Lastimosamente, en estos casos no ha existido contacto entre el defensor que realizó la diligencia y al que se le asignó el ejercicio de la defensa, por lo que esta situación no ha quedado evidenciada posteriormente.²⁹³

En la práctica, según Quesada, a veces —~~se~~ suelen darse varios allanamientos simultáneos con un solo juez y después llega el juez a las otras casas, situación que de quedar expuesta debe el defensor solicitar que se deje constancia de las horas en que los oficiales del OIJ entran en cada casa y la hora de llegada del juez.”²⁹⁴

En la medida en que la defensa tome conciencia del significado y alcances de su participación, el MP le dará mayores posibilidades para intervenir en las diligencias de investigación propiamente dichas, y no solo como en la actualidad, solo en aquellas con valor probatorio en el debate, donde la presencia del defensor es obligatoria. Y es que, si bien es cierto el MP está obligado a citar el defensor puede resultar importante para el imputado también en otras diligencias de simple investigación, por su trascendencia para fundamentar medidas cautelares por ejemplo.

C. Argumentos a favor y en contra de la necesidad de participación del abogado defensor en el allanamiento

C.1. Argumentos en contra de la necesidad de participación del abogado defensor en el allanamiento

La participación del abogado defensor en los allanamientos ha sido vista como innecesaria por parte de los otros sujetos intervinientes en esta diligencia:

293. Francini Quesada Salas, *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria* (San José, Costa Rica: CONAMAJ, 2001), 47.

294. *Ibíd.*, 47.

Juez, Fiscal y Policía Judicial, y en muchas ocasiones se ha considerado su participación como sinónimo de interferencia o de obstaculización para la investigación preparatoria.

Por otro lado, parte de los argumentos en contra, en cuanto a la participación de los defensores en los allanamientos, es con respecto al tema del factor sorpresa y casos de urgencia. Con respecto al tema del factor sorpresa se ha interpretado por muchos fiscales que avisarle al defensor de esta diligencia pondría en peligro el éxito de la investigación, al correr el riesgo de que el defensor avise con anterioridad sobre el allanamiento a su representado.

Asimismo, se presenta el tema de la urgencia, ya que con base en esta no son llamados los defensores públicos a los allanamientos, no justificándose la misma por parte de los fiscales, ya que, para estos funcionarios generalmente todo es urgente y en razón de la urgencia se tiene que prescindir de notificar a los defensores, por razones del éxito de la investigación.

Con respecto al tema de *la urgencia y al factor sorpresa* en el allanamiento, ya la Sala Constitucional se ha pronunciado al respecto, justificando la no presencia del abogado defensor cuando se den estos supuestos, indicando que en estos casos la no presencia del mismo en la diligencia, encuentra sustento en la necesidad de proteger los posibles resultados de la diligencia, que razonablemente podría verse frustrada en el evento de que el afectado tuviera conocimiento de su verificación. Bajo este mismo razonamiento, aun cuando exista imputado individualizado en un proceso en trámite, a efecto de garantizar el éxito de la investigación - por razones de urgencia - debe prescindirse de convocar al defensor asignado (público o particular).²⁹⁵ (Ver en igual sentido: N° 1114, de las 9:10 horas, del 3 de septiembre de 1999, N° 2467, de las 15:48 horas, del 14 de abril de 1998 y N° 1331, de las 9:40 horas, del 19 de noviembre de 2004).

Asimismo, parte de los argumentos en contra de la participación del defensor en los allanamientos es en relación con la participación en esta diligencia del Juez de Garantías, quien vela por el respeto y cumplimiento de los derechos

295. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 454-2008; 30 de abril, 2008 14:30horas”, expediente 07-000028-0006-PE.

de los investigados. Es por ello, que la Sala Constitucional considera que la presencia del defensor en la diligencia de allanamiento resulta innecesaria.

De acuerdo con lo anterior, ya la Sala Constitucional en parte de su jurisprudencia ha mencionado —que en la ejecución del allanamiento sin presencia de defensor no resulta lesiva del derecho de defensa del imputado, porque la omisión de nombramiento de un defensor que participe en la realización de las diligencias iniciales de investigación y sobre los actos preliminares que conducirán a la individualización del imputado, no infringe el debido proceso, siempre y cuando exista la participación y control suficientes de parte del Juez de garantías en tales actuaciones.”²⁹⁶ Por medio de este fragmento se puede notar que la Sala Constitucional ampara de cierta forma la posición del Ministerio Público al considerar que no se requiere de la participación del Abogado Defensor en el allanamiento.

C.2. Argumentos a favor de la necesidad de participación del abogado defensor en el allanamiento

Dentro de los argumentos a favor de la participación del abogado defensor en los allanamientos, se centrará el análisis en el papel correspondiente a la Defensa Técnica en este acto, dando especial énfasis, a la defensa proveída gratuitamente por el Estado, siendo ella la que asume la mayoría de causas penales en el país. En este sentido, a continuación, se mencionan los principales argumentos a favor de dicha participación.

Una participación activa del abogado defensor en el allanamiento, de acuerdo con Mendoza y Núñez,²⁹⁷ permite, en primer lugar, —un mejor control sobre la legalidad de las actuaciones, velando por el respeto de las garantías procesales del encausado”. En este sentido, el defensor debe consignar cualquier irregularidad o lesión a los derechos humanos del imputado o de los habitantes del

296. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Voto 13751-2007; 24 de setiembre, 2007 09:35 horas”, expediente 17-001230-0007-CO.

297. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 59.

lugar allanado, a fin de que el Defensor que asuma posteriormente la causa tenga acceso a las irregularidades ocurridas en la diligencia y las utilice conforme a su teoría del caso en etapas posteriores del proceso.

Además, una participación proactiva de la defensa en este acto permite que el defensor asesore a la persona imputada y a su vez, valiéndose del avance de la tecnología, en caso de que el Juez a cargo de la diligencia interponga resistencia a detallar la situación que el Defensor pretende consignar en el acta, podría capturarla en fotografías o algún otro medio de almacenamiento que se pueda incorporar al proceso como parte de la libertad probatoria.

Asimismo, la participación del abogado defensor en los allanamientos permite un mejor control sobre los actos de investigación del Ministerio Público, y de esta forma poder plantear su propia investigación defensiva, rescatando de esta diligencia elementos importantes de prueba para su estrategia de defensa, realizando, además, las alegaciones jurídicas pertinentes y participando en todos los actos de prueba realizados en este acto. Es por ello, que la participación de la defensa en este tipo de actuaciones se caracteriza por la asistencia y representación del imputado.

Ahora bien, durante el desarrollo del allanamiento la defensa puede proponerle al Ministerio Público la realización de ciertos actos que considere necesarios a los intereses de su patrocinado y éste tendrá la obligación de acatarlos bajo el imperativo del principio de objetividad que rigen su labor. En caso de denegatoria el defensor puede acudir al juez del procedimiento preparatorio para que resuelva.²⁹⁸ Es decir, es necesario que el defensor participe para que pueda solicitar los actos considerados oportunos en razón de su estrategia de defensa, y si el Fiscal no quiere acatarlos, el defensor puede acudir al juez para que resuelva lo pertinente.

Por otro lado, la presencia del abogado defensor le permite que tener la oportunidad de recolectar indicios, buscar testigos, conversar con el imputado y

298. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 2.

poder encontrar elementos excluyentes o atenuantes de la responsabilidad del imputado. Todo lo anterior, permitiría que los elementos de prueba de descargo de la defensa aumenten. Por lo cual el defensor técnico puede revisar cuáles pruebas se recolectan en los allanamientos y volver después al lugar a encontrar mayores pruebas documentales y testimoniales que beneficien a su patrocinado.

Ante lo expuesto, según Mendoza y Núñez, la labor de la defensa se concentra mayoritariamente —en el control de las actuaciones, buscando el respeto a los derechos y los intereses del imputado. Este control se extiende a otras etapas procesales y es avalado en la figura del Juez del Procedimiento Preparatorio, quien vigila por el cumplimiento de las garantías de las partes.”²⁹⁹

El defensor, no solo vela porque se respeten los derechos del imputado en su caso, sino también, el de los familiares o demás sujetos que se encuentren presentes en el acto de allanamiento, debido a que, muchas veces se cometen irregularidades y se pasa por alto que las demás personas también merecen el respeto de sus derechos.

En dichas actuaciones la presencia y participación del defensor, además, resulta de enorme importancia, por cuanto, —se persigue el respeto de las garantías de oralidad, intermediación y contradicción para situaciones anteriores al juicio. Además, vela porque se proteja la propiedad y los bienes del imputado en todo momento.”³⁰⁰

Otra ventaja es el carácter representativo que tiene el defensor del imputado en toda la diligencia, que repercute directamente en el desarrollo de la misma, debido a que, muchas veces los imputados o sus familiares, declaran espontáneamente o responden a preguntas del fiscal o de la Policía Judicial que podrían eventualmente perjudicarlos. El abogado defensor presente debe asesorarlo y representarlo para que esto no suceda.

299. *ibíd.*, 177.

300. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 191.

De esta forma, la labor del defensor asume una importancia extrema en este acto. Llega a ser asesor del imputado en los actos de la defensa material, representante, en los momentos en que la presencia del encausado no es imprescindible y, vigilante y legitimadora de las actuaciones realizadas por el Ministerio Público y la Policía. Además, es vocero de su patrocinado, protestando ante las irregularidades.

C.3. Posición propia

Vistos los argumentos en contra y a favor sobre la participación del abogado defensor en los allanamientos, se considera que la verdadera participación del defensor consiste, tal y como se mencionó en párrafos anteriores, en el señalamiento de las irregularidades, la proposición de cómo se debe realizar el acto, asistir al imputado, en caso de que este esté presente, sobre la actitud a tomar. Todo en aras de salvaguardar su derechos y garantías, y nunca para interferir con la eficacia de la labor investigativa y aprovecharse de esto a favor de su patrocinado. Es precisamente este, uno de los temores que impulsa a los fiscales y a la policía restringir, en la medida de lo posible, la participación de la defensa en los allanamientos.

Creemos que el trabajo del defensor en este acto no interfiere de ninguna manera en la labor investigativa, sin embargo, no debe ser mecánico ni debe ajustarse a las tendencias de persecución penal del momento, el abogado defensor debe conocer todos los mecanismos de protección supra legales y supra constitucionales indispensables para mantenerse en una posición de lucha por el respeto al derecho de defensa. Reprochamos todo tipo de conducta conformista, que lejos de apoyar la lucha por un derecho penal garantista, no presenta oposición a la expansión punitiva de los últimos años.

A pesar de que ha sido un criterio sostenido a través de los años y que no ha variado, la sola presencia del Juez de Garantías no cumple con el contenido del acceso a un defensor letrado como parte del derecho de defensa. El rol del juez, si bien es indispensable, no sustituye la labor del defensor. En tanto este último no sólo se preocupa por el respeto a los derechos fundamentales del

investigado, sino que se ocupa de consignar en el acta cualquier elemento de prueba que eventualmente colabore a la estrategia de defensa y de asegurarse que se secuestre o capture fotográficamente cualquier situación que convenga para dichos efectos (con la parcialidad que caracteriza la función), esto aunado al asesoramiento que se brinda al imputado mientras el juez se ocupa únicamente del respeto a los derechos fundamentales de las partes desde su posición imparcial.

D. La labor del abogado defensor en el allanamiento

Hablar de la labor del abogado defensor en el allanamiento es algo que debe detallarse, es necesario que los abogados defensores que participen en los allanamientos conozcan ¿cuál es su función? En este sentido, a continuación se describirán las principales funciones que debe tener el defensor en esta diligencia, tomando como referencia el texto a Francini Quesada, denominado *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria*,³⁰¹ y el protocolo elaborado a lo interno de la Defensa Pública por los defensores públicos Diana Montero Montero y José Arnoldo González, denominado, *Protocolo para Allanamiento de Morada, Registro, Requisa, Secuestro, Marcaje de Billetes y Allanamiento de otros Locales*.³⁰²

Existen grandes discusiones sobre cuál es la labor que debe cumplir el abogado defensor en un allanamiento, en particular, en relación con la orden de allanamiento por parte del juez y los requisitos formales de la misma, incluyendo la fundamentación, precisión de la orden en cuanto al objetivo, el lugar y la hora en la cual se llevará a cabo, lo mismo que su concordancia con la petición del Fiscal. En particular la discusión es sobre qué actitud debe tener el abogado defensor cuándo aprecie una irregularidad al respecto, es decir si debe hacer la advertencia en el acto o no.

301. Francini Quesada Salas, *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria* (San José, Costa Rica: CONAMAJ, 2001), 21-22.

302. Diana Montero Montero y José Arnoldo González, "Protocolo para Allanamiento de Morada, Registro, Requisa, Secuestro, Marcaje de Billetes y Allanamiento de otros Locales" (Utilizado por la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública de San José)

En ocasiones se considera que es contraproducente esta intervención del abogado defensor, ya que, ante su objeción, podrían ser subsanados los defectos del acto, de modo que no podría alegarse posteriormente una invalidez del allanamiento, como podría ocurrir si el defensor no interviniera en el mismo. Por otro lado, la discusión es si ante la falta de protesta de la defensa, se considera que el defensor actuó convalidando el vicio y en contra de su deber de lealtad.

A raíz de lo anterior, a continuación, se abarcará parte del documento elaborado por la Defensa Pública para impartir en sus cursos de capacitación, que trata de la actuación que debe tener un defensor público en los allanamientos. Aunado a lo anterior, se utilizará el manual elaborado por Francini Quesada, en donde se trata entre otros aspectos la intervención de los defensores en los allanamientos.

Este protocolo da una explicación clara y concisa de los pasos por seguir en caso de asistir a una diligencia de allanamiento. En este sentido, en primer lugar, en punto 1 del protocolo se establece el defensor público que va a asistir al allanamiento debe —audir a la oficina del juez que ha autorizado la orden de allanamiento e identificarse como el/la defensor/a asignado/a a la diligencia,”³⁰³ luego de esto, en el punto 3 se establece que —el defensor debe determinar qué tipo de allanamiento es el que se va realizar (de morada o de otro tipo de locales), para estar vigilante de los requisitos que corresponden según sea el caso (artículos 193 y s.s. CPP).”³⁰⁴

El protocolo afirma en el punto 3 que el defensor debe —solicitar el expediente que da origen a la orden de allanamiento a fin de verificar si existen motivos que sustenten la petición. En caso de haberlos realizar la protesta correspondiente” y si nota que no es así, realizar la respectiva protesta.”³⁰⁵

En este mismo orden de ideas, consideramos que el defensor debe revisar la solicitud de la diligencia que realizó el fiscal y ver con base en qué elementos

303. Diana Montero Montero y José Arnoldo González, —Protocolo para Allanamiento de Morada, Registro, Requisa, Secuestro, Marcaje de Billetes y Allanamiento de otros Locales” (Utilizado por la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública de San José).

304. *Ibíd.*, 1.

305. *Ibíd.*, 1.

probatorios la solicita, ya que, debe existir un mínimo de probabilidad de la existencia de un delito para poder solicitar el allanamiento. Además, el defensor debe analizar cuáles son las razones dadas por el fiscal en esta solicitud que a su criterio justifican el allanamiento, revisando, además, si efectivamente en el sitio a allanar, puedan existir objetos o instrumentos relacionados con el delito y que justifican esta medida.

Ahora bien, una vez vista la solicitud de allanamiento por el defensor, este deberá comprobar que la orden de allanamiento dictada por el juez esté en concordancia con la solicitud que planteó el fiscal, ya que el juez en la orden no puede contemplar de oficio, lugares no contemplados por el fiscal en la solicitud, lo cual iría en contra del principio acusatorio.

Posterior a la revisión de la solicitud que hace el fiscal, se debe continuar con la revisión de la orden de allanamiento que emite el juez. Al respecto el protocolo 4 indica que esta revisión se debe hacer con detenimiento y verificar si cumple con los siguientes aspectos:

- 4.1. Nombre y cargo del funcionario que lo autoriza (juez/a).
- 4.2. Identificación del procedimiento en el cual se ordena.
- 4.3. Determinación concreta del lugar o lugares a allanar.
- 4.4. Si se trata del allanamiento de otros lugares diferentes a moradas, el nombre de la autoridad (sea el MP o de la Policía, que ha de practicar el allanamiento).
- 4.5. Motivo del allanamiento.
- 4.6. Fecha y hora de la diligencia.
- 4.7. Nombres de las personas autorizadas a participar en la diligencia y cargo de cada una.
- 4.8. En caso de que se vaya a realizar entre las 18 horas de un día y las 06 horas del día siguiente, se debe verificar si los motivos para realizarlo en estas horas son urgentes y graves como exige el CPP (art. 197).³⁰⁶

306. *Ibíd.*, 1.

Este documento es claro en definir que, si el defensor estima que no se está cumpliendo con estos requisitos, debe realizar la protesta correspondiente, ya sea en el acta que se levanta de la diligencia o bien en escrito aparte, o en caso de que exista el registro mediante audio y video.

Como desarrollo nuestro, consideramos que el defensor debe partir de su conocimiento de la normativa procesal reguladora, y solicitar al juez que le muestre la orden de allanamiento escrita para verificar que cumpla con los requisitos estipulados en el artículo 195 del Código Procesal Penal, y de encontrar falencias en la fundamentación o defectos formales en esta, deberá consignarlo en el acta que redactará el juez o jueza a cargo de la diligencia a modo de protesta (artículo 176 del CPP).

Por otro lado, sobre este control efectuado sobre la orden de allanamiento por parte del defensor, es necesario que este verifique la existencia de la orden de allanamiento dictada por el juez, conociendo cuál es la fundamentación que la autoridad jurisdiccional dio para ordenar el allanamiento, en razón de que es un derecho de sus representados conocer los motivos de intervención en su vida privada y sus bienes, de esta forma se garantiza el derecho de defensa y el debido proceso de los afectados o involucrados en el allanamiento.

Asimismo, consideramos que el defensor debe corroborar que el lugar que se está allanando coincida con el descrito por el juez en la orden de allanamiento, verificando que la dirección del lugar y las características, sean las mismas a las señaladas por el juez al dictar la orden.

Lo anterior, es de gran importancia, ya que el juez gira la orden de allanamiento concretamente sobre un determinado lugar o lugares. En este sentido, el defensor debe corroborar efectivamente que la zona contemplada en la orden de allanamiento la descrita por el fiscal en la solicitud, ya que el Juez no puede de oficio girar órdenes de allanamientos sobre lugares que el fiscal nunca le solicitó.

Con respecto a lo anterior, Quesada menciona que —~~ta~~ también debe de revisarse que la dirección del lugar que será allanado sea clara, que no sea

ambigua y que el sujeto a detener se encuentre bien individualizado.”³⁰⁷ Lo anterior es de gran importancia, a efectos de que no se allanen domicilios o locales en forma equivocada, provocándose una clara violación a la intimidad y al domicilio de las personas afectadas, habiéndose poder evitado con una dirección clara del lugar por allanar en el acta que lo ordena.

Además, de lo establecido por los puntos 4.6 y 4.8 del protocolo es preciso mencionar que el artículo 193 del Código Procesal Penal expresa que cuando sea necesario la realización del registro de un lugar habitado o de sus dependencias, casa de negocio u oficinas, deberá ser efectuado por un juez y deberá iniciarlo entre las seis y las dieciocho horas (cualquier hora en casos sumamente graves y de urgencia o que el morador consienta).

Ahora bien, el protocolo en su punto 5.6 de la defensa explica que el defensor en el momento de entrar a la vivienda —~~de~~ debe estar pendiente de que las personas presentes no sean objeto de violencia innecesaria por los participantes en la diligencia”, también debe ~~informarles~~ informarles a las personas presentes en la vivienda cual es la situación y cuáles son los derechos de que gozan (punto 5.6).³⁰⁸

Con respecto a lo anterior, consideramos que el defensor debe consignar cualquier irregularidad o lesión a los derechos humanos del imputado o de los habitantes del lugar allanado, a fin de que el Defensor que asuma posteriormente la causa tenga acceso a las irregularidades que ocurrieron en la diligencia y las utilice conforme a su teoría del caso en etapas posteriores del proceso.

Es importante recordarles a los sujetos participantes del allanamiento que el fin de dicha actuación es el revisar el local o la casa de habitación para buscar una serie de evidencias relacionadas con una investigación en particular o bien la detención del inculpado, y que es innecesaria la brutalidad en la realización de esta diligencia, esta nunca ha sido consentida y el defensor no debe permitirla. En

307. Francini Quesada Salas, *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria* (San José, Costa Rica: CONAMAJ, 2001), 45

308. Diana Montero Montero y José Arnoldo González, “Protocolo para Allanamiento de Morada, Registro, Requisa, Secuestro, Marcaje de Billetes y Allanamiento de otros Locales” (Utilizado por la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública de San José), 2.

ese sentido, según Quesada, la labor del defensor debe ir orientada a ~~velar~~ porque no se maltrate al inculpado y sus familiares, porque no se destruyan las pertenencias del acusado, entiéndase la casa y sus dependencias. No es permisible romper una puerta excepto que esa estrictamente necesario.”³⁰⁹

A los familiares del inculpado, siguiendo con Quesada, ~~debe~~ de informárseles en virtud de su vínculo familiar que no se encuentran obligados a responder ninguna de las preguntas que le realicen los oficiales del OIJ, el fiscal o el juez.”³¹⁰ Lo anterior es de suma importancia, ya que durante el transcurso del allanamiento pueden surgir preguntas por parte del fiscal o de los miembros de la policía hacia los familiares del imputado que pueden perjudicarlo, preguntas por ejemplo, sobre el imputado o sobre la ubicación de una prueba importante en la morada. El defensor debe recordarles a los familiares del imputado que, en virtud del vínculo familiar, los protege el derecho de abstención de declarar, y que no están obligados a responder las preguntas hechas por el fiscal o la Policía Judicial.

Por su parte, el protocolo en el punto 5.8 menciona que el defensor debe también ~~verificar~~ que se le notifique la orden de allanamiento a quien habite o posea el lugar allanado, o en su defecto, a la persona mayor de edad que se encuentre, con preferencia familiar.”³¹¹ Siempre debe el defensor estar observando el desarrollo de la diligencia y protestar ante cualquier irregularidad.

Con base en lo mencionado en el párrafo anterior, siguiendo con Quesada, “al llegar al lugar de los hechos, el juez debe de procurar porque se realice la notificación del acto al inculpado, en su ausencia a algún familiar o vecino.”³¹² Es un derecho del imputado que se le notifique el acto de allanamiento, se le explique el motivo de la diligencia, y es una obligación del Juez partícipe velar porque esto suceda. Asimismo, el defensor debe velar porque el imputado haya tenido a la

309. Francini Quesada Salas, *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria* (San José, Costa Rica: CONAMAJ, 2001), 45.

310. *Ibíd.*, 47.

311. Diana Montero Montero y José Arnoldo González, “Protocolo para Allanamiento de Morada, Registro, Requisa, Secuestro, Marcaje de Billetes y Allanamiento de otros Locales” (Utilizado por la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública de San José), 2.

312. Francini Quesada Salas, *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria* (San José, Costa Rica: CONAMAJ, 2001), 45.

vista la orden de allanamiento y haya conocido los causales. Para ello, es necesaria una buena comunicación del defensor con el imputado.

Asimismo, el protocolo en su punto 5.10 indica que luego de que se verifique que se hizo la notificación al imputado, se debe ~~constatar~~ que las personas presentes en la diligencia se encuentren entre los/as autorizados a participar de la misma, de conformidad con la orden de allanamiento, y el punto 5.11 de este protocolo señala que el defensor debe de ~~vigilar~~ que las personas presentes en la diligencia que no tienen que ver con la investigación y las que no se les encuentre evidencia alguna relacionada con el caso, sean dejadas en libertad lo más pronto posible.³¹³

Como parte de su formación técnica, se espera que el defensor (a) verifique cuántos oficiales del OIJ se encuentran presentes en el operativo y si estos se encuentran debidamente autorizados por el juez en el acta que ordena el allanamiento. Esta labor es esencial, a efectos de una posterior declaración de algunos de estos oficiales en la etapa de juicio de considerarlo el defensor necesario para su estrategia de defensa. En la práctica sucede que asisten a los allanamientos oficiales del OIJ que no aparecen en la orden de allanamiento, participando en la diligencia en forma ilegítima, sentando las bases para que el defensor planteé su disconformidad y, eventualmente, en etapas posteriores, alegué por la actividad procesal defectuosa.

Igualmente, el protocolo indica, en su punto 5.12, que el defensor debe ~~vigilar~~ para que las personas imputadas no sean interrogadas sin la asesoría técnica necesaria” y ~~verificar~~ que la diligencia de inspección y registro se realice de la manera menos lesiva de los bienes y derechos de las personas, siguiendo los parámetros de lo contemplado en el artículo 185 del CPP (punto 5.13).³¹⁴ Por su parte, otra de las funciones del defensor en el acto de allanamiento es la de asesorar al imputado con respecto a sus derechos constitucionales y penales.

313. Diana Montero Montero y José Arnoldo González, *Protocolo para Allanamiento de Morada, Registro, Requisa, Secuestro, Marcaje de Billetes y Allanamiento de otros Locales* (Utilizado por la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública de San José), 2.

314. Diana Montero Montero y José Arnoldo González, *Protocolo para Allanamiento de Morada, Registro, Requisa, Secuestro, Marcaje de Billetes y Allanamiento de otros Locales* (Utilizado por la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública de San José), 2.

Además, es necesario que el defensor se convierta en un contralor de las actuaciones de los demás sujetos intervinientes en esta diligencia, como es el caso del Juez, el fiscal, la policía judicial o administrativa, esto en razón de que en la práctica judicial se dan gran cantidad de irregularidades.

Por otro lado, se considera que el defensor debe asesorar al imputado indicándole que el mismo goza en todo momento de su derecho de abstención de declarar, y que no está en obligación de responder a las preguntas del Ministerio Público y la Policía Judicial, principalmente aquellas que lo puedan perjudicar. Esto por medio del control que el defensor debe tener sobre las preguntas o entrevistas. Por esto es necesario que el defensor le recuerde al imputado que está cubierto durante toda esta diligencia por su derecho de abstención de declarar, que no está obligado a responder a las preguntas de la Policía Judicial y el fiscal. En estos casos es necesario una buena comunicación entre el defensor y su representado, pudiendo el defensor asesorar al imputado en todo momento.

Aunado a lo anterior, respecto de la asesoría del imputado y del hecho de que el inculcado no declare en su contra, Quesada menciona que en la práctica se ha detectado que los oficiales de la policía suelen interrogar al inculcado y ofrecer libertad a cambio de información, para evitar esta práctica, —se debe de aclarar al inculcado, desde el propio operativo, las posibilidades y los riesgos que tienen en aceptar estos acuerdos y que en muchos casos han dado resultados negativos.”³¹⁵ Debe resguardarse el derecho del imputado de abstenerse de declarar y darle la asesoría adecuada al imputado sobre ello

Siguiendo con el desarrollo de la labor del defensor, el protocolo de la defensa indica que el defensor debe vigilar que existan los motivos suficientes para sospechas que se encontrarán rastros del delito, o bien, personas evadidas. Que se levante el acta que describa el estado de las cosas y personas, en caso de haber operado variaciones a raíz del hecho investigado, deberá tratar de verificar el estado anterior a este dejando constancia de ello, y se invitará a presenciar la

315. Francini Quesada Salas, *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria* (San José, Costa Rica: CONAMAJ, 2001), 47.

diligencia a quien habite el lugar, o esté presente en el momento de la realización de la diligencia, prefiriendo familiares.

Por otro lado, luego de todo lo anterior, y en concordancia con el orden del protocolo de la defensa, el defensor debe verificar que la requisita de personas se realice en absoluto respeto de los derechos fundamentales de las personas a requisar, y de conformidad con el numeral 189 del CPP, procurando que esta requisita solo se ordene si existen motivos suficientes que comprueben que la persona lleva algo en su cuerpo o entre sus ropas objetos relacionados con el delito y a su vez, vigilar que primero se invite a la persona a exhibir el objeto en cuestión, esto en presencia de un testigo ajeno a la diligencia y si la persona requisada es mujer deberá ser realizada por otra mujer.

De acuerdo con lo anterior, se considera que es importante un control efectivo por parte del defensor en la requisita, ya que es bien sabido que en los allanamientos se llevan a cabo gran cantidad de requisas contra los imputados y en algunas ocasiones contra sus familiares. Muchas de las requisas durante el allanamiento son realizadas con el objetivo de poder encontrar prueba importante para la investigación, así como para encontrar objetos que podrían poner en riesgo la integridad física de todos los sujetos participantes (tal es el caso de armas de fuego, objetos punzocortantes, etc.). Es decir, se busca asegurar la escena y eventualmente encontrar prueba importante para la investigación.

En cuanto a lo anterior, además el abogado defensor debe controlar que el juez, el fiscal y la policía, principalmente esta última, respeten a cabalidad el procedimiento de requisita establecido en el artículo 189 del Código Procesal Penal, y controlar, sobre todo, se respete el pudor de sus representados y de sus familiares.

Artículo 189.- Requisita. El juez, el fiscal o la policía podrán realizar la requisita personal, siempre que haya motivos suficientes para presumir que alguien oculta pertenencias entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito.

Antes de proceder a la requisita, deberá de advertir a la persona a cerca de la sospechosa y del objeto buscado, invitándola a exhibirlo.

La advertencia e inspección se realizará en presencia de un testigo, que no deberá de tener vinculación con la policía. Las requisas de practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas.

Las requisas de mujeres las harán mujeres.

Se elaborará un acta, que podrá ser incorporada a juicio por lectura.³¹⁶

Por su parte, el protocolo indica que aparte de la requisas, el defensor público debe verificar que el secuestro de objetos se realice de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del CPP, y que sean únicamente objetos relacionados con el delito, sujetos a confiscación y que puedan servir como medios de prueba, donde en caso de que haya sido delegado en un agente de la policía, que quien lo realice sea el autorizado para ello. Además, se deberá describir los objetos secuestrados y en caso de que los mismos puedan desaparecer o ser alterados se obtendrán copias o reproducciones de los mismos.

Ahora bien, con respecto al secuestro de los objetos que se recolectan durante la realización de los allanamientos, es necesario que el abogado defensor realice un control sobre el mismo, verificando, en primera instancia, la existencia de la orden de secuestro, regulada en el artículo 198 del Código Procesal Penal, que al respecto menciona:

Artículo 198. Orden de secuestro. El Juez, el Ministerio Público y la policía podrán disponer que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a confiscación y aquellos que puedan servir como medios de prueba; para ello, cuando sea necesario, ordenarán su secuestro. En los casos urgentes, ésta medida podrá delegarse en un funcionario de la policía judicial.³¹⁷

Asimismo, el abogado defensor debe comprobar que los objetos secuestrados coincidan con los descritos en la orden de allanamiento, quedando por fuera en estos casos los objetos encontrados bajo la figura del hallazgo inevitable y de los cuales el juez considere que es necesaria y oportuna su recolección para la investigación.

Con respecto a esta última figura, es importante indicar que el —hallazgo inevitable” deriva de una de las excepciones de la doctrina de la Teoría de los

316. Código Procesal Penal, Artículo 189. (2017).

317. Código Procesal Penal, Artículo 198. (2017).

Frutos del Árbol Envenenado.³¹⁸ En este sentido, según Sánchez y Vega, —el hallazgo inevitable —consiste en que si se demuestra que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto en forma casi inevitable de acuerdo con las investigaciones que ya se estaban llevando a cabo por parte de la policía, la evidencia es válida.”³¹⁹ Es por ello que, en estos casos, se justifica la valoración de esta prueba por parte del juez, puesto que, se considera que tarde o temprano se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita.

El defensor debe tener, para un mayor control, conocimiento del procedimiento de secuestro de estos objetos, regulado en el artículo 199 del Código Procesal Penal, el cual menciona:

Artículo 199.-Procedimiento para el secuestro. Al secuestro se la aplicarán las disposiciones prescritas para el registro. Los objetos secuestrados serán inventariados y puestos bajo custodia segura.

Podrá disponerse la obtención de copias o reproducciones de los objetos secuestrados, cuando estos puedan desaparecer o alterarse, sean de difícil custodia o cuando convenga así para la instrucción.³²⁰

Ahora bien, con respecto al decomiso de objetos, Quesada hace referencia de que el defensor debe de procurar que durante la diligencia de allanamiento o posterior a ella, —no se comine a los imputados ahí mismo a reconocer los objetos decomisados, o aclarar a quién pertenecen esos objetos cuando son variados los detenidos, ya que lo anterior es a toda luz un acto incriminatorio.”³²¹

La Defensa debe asegurarse de que, en el acta en que se ordena el allanamiento por parte del juez, no se haya ordenado el decomiso de evidencia en forma amplia, que implique el decomiso de todo lo que se encuentre en el lugar de

318. Por su parte, la Sala Constitucional ha definido a esta teoría [...] afirmando que ésta supone que cada vez que un medio probatorio originado en una violación constitucional aporte elementos de culpabilidad para el acusado, es nulo el acto productor de la prueba y todo medio probatorio que de él derive. En esta resolución, nuestro tribunal constitucional afirmó que la utilización de prueba espuria es violatoria del debido proceso, así como la idoneidad de los medios para obtener la prueba (voto N°1622 del 18 de marzo de 1997)”.

319. Sánchez, Tatiana Sánchez Sánchez y Suyen Vega Mena, “Pericia de análisis y comparación de voz: un reto para el sistema judicial costarricense.” (Tesis de licenciatura en Derecho: Universidad de Costa Rica, 2014), 109.

320. Código Procesal Penal, Artículo 199. (2017).

321. Francini Quesada Salas, *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria*. (San José, Costa Rica: CONAMAJ, 2001), 45.

los hechos. Es necesario que, en el acta se encuentren determinados claramente aquellos objetos que estén relacionados directamente con el delito que se investiga, esto para efectos de un posible secuestro. Además, según Quesada, el defensor debe —chequear que el juez no haya ordenado el decomiso de alguna evidencia que el fiscal no contempló inicialmente en la solicitud.”³²²

Además, continuando con Quesada y con el tema del decomiso de objetos sujetos a evidencia, este documento refiere que el defensor no debe de permitir que se pretendan decomisar objetos o evidencias que correspondan a otras investigaciones de las cuales no aporte el expediente y por ende tampoco se haya hecho ninguna solicitud. Excepto que la investigación se haya acumulado de previo al expediente antes de la realización del acto. —En los casos mencionados no cabe que se haga una ampliación verbal de la solicitud por parte del fiscal, ya que dichos objetos no están relacionados con la causa que dio origen y sustento para la realización de la diligencia. Se debe de estar muy atentos a cualquier posible manipulación de la prueba por parte de la policía judicial.”³²³

Cuando se está dando un decomiso, no es permisible, según Quesada, —que los oficiales lleven hasta el juez los objetos o evidencias que según ellos encontraron en otro lugar, ya que tal actuación es completamente irregular.”³²⁴ En caso de que dicha actuación se dé, el defensor se debe oponer y en caso de que su oposición no se atendida, velar porque dicha disconformidad quede constando en el acta de allanamiento. En todo caso, el deber del investigador es llamar el juez y que sea este quien ordene su decomiso en ese momento y del propio lugar donde la evidencia fue localizada.

Ahora bien, luego del análisis anterior, hay algunos aspectos que el protocolo no contempla acerca de la labor del defensor en el allanamiento, que Quesada si desarrolla en su manual, por lo que es necesario, para finalizar, estudiarlos.

322. *Ibíd.*, 44.

323. *Ibíd.*, 45.

324. *Ibíd.*, 46.

Así pues, esta autora denota que en la práctica sucede que muchos fiscales solicitan de forma verbal al juez del procedimiento preparatorio la ampliación de la diligencia, por encontrarse en la morada evidencia no contemplada en la orden de allanamiento inicial importante para la investigación o planteándose la necesidad de allanar una nueva morada. Al respecto, Quesada menciona:

Lo cierto es que el juez puede ordenar la entrada a esta nueva morada, pero para ello debe de confeccionar por escrito la orden respectiva para este otro lugar y esta orden debe de cumplir con todos los requisitos establecidos por ley. Incluso, indicar qué es lo que se pretende decomisar o a quién en particular se pretende detener. El juez no podría ordenar, de oficio, el ampliar la orden de allanamiento sino se lo ha pedido el fiscal.³²⁵

Por otro lado, como desarrollo nuestro, el defensor debe tomar la debida atención en cuanto a la detención, ya que es importante que el defensor revise antes de que se pretenda la detención de algún sospechoso, exista la orden de detención o al menos de presentación. Lo anterior en el caso de que el allanamiento sea para hacer efectiva una detención. Por el contrario, la detención será irregular, sin embargo, el defensor debe conocer que el fiscal puede ordenar la detención de una persona por 24 horas, pero tal detención debe estar amparada en indicios comprobados que relacionen a esa persona con la comisión de un delito, y que, además, eventualmente, pudiera proceder la prisión preventiva o que haya indicios de que la persona pueda ocultarse o fugarse, de lo contrario esta actuación podría tener roces con un abuso de autoridad.

Por otro lado, y en cuanto al juez de garantías, consideramos que el abogado defensor que participe en el allanamiento debe velar porque efectivamente el Juez de Garantías esté presente y verificar que sea el mismo que conoció la solicitud de allanamiento y dictó la orden, verificando el nombre y los apellidos. Lo anterior es esencial, ya que la labor del juez es primordial.

Además, siguiendo con el tema del juez y su papel, debe tenerse en cuenta que en ocasiones en la práctica por la gran cantidad de causas que se manejan en los despachos, suelen darse a diario varios allanamientos simultáneos y con un solo juez y horas después llega el juez a las otras casas, situación que de quedar

325. *Ibíd.*, 46.

expuesta debe del defensor solicitar que se deje constancia de las horas en que los oficiales del OIJ entran en cada casa y la hora de llegada del juez. En este sentido, uno de los aspectos por tener en cuenta en estos operativos es que no pueden dar inicio sin la presencia del juez, él debe estar presente en el momento en que comienza la diligencia, él es el encargado de realizar el allanamiento, ejerciendo, además, una labor contralora de los otros sujetos intervinientes (fiscal, policía judicial...).

Al final de cuentas, es el juez el encargado de confeccionar el acta de allanamiento, esta tarea es esencial, no puede ser delegada, ya sea por escrito ni oralmente al fiscal o a la policía judicial, son competencias que son propias de los administradores de justicia. —Entodo caso el defensor podrá firmar el acta de allanamiento en la que se hace constar por parte del juez el resultado de la diligencia, pero el defensor no tiene por qué firmar el acta de decomiso, entiéndase que el defensor no es testigo sino el representante de una parte.”³²⁶

Finalmente, el protocolo indica en su punto 5.16 que como labor conclusiva, el defensor debe —vigilar que se levante un acta conforme a lo prescrito en el artículo 186 del CPP, de manera que se detallen en ella los aspectos de interés para la defensa técnica y material”³²⁷, reiterándose que cualquier circunstancia que ocurra durante toda la diligencia, que no cumpla con lo establecido en la ley, deberá ser protestada por la defensa dejando registro de dicha protesta en el acta o bien en caso de registro de video y audio, en este. Por su parte, Quesada finaliza explicando que —el defensor está en todo su derecho de solicitar de que se dejen constancias de alguna situación anómala que se realice y es el juez quien deja hacer la constancia en el acta que él mismo confecciona.”³²⁸

326. *Ibíd.*, 46.

327. Diana Montero Montero y José Arnoldo González, —Protocolo para Allanamiento de Morada, Registro, Requisa, Secuestro, Marcaje de Billetes y Allanamiento de otros Locales” (Utilizado por la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública de San José), 3.

328. Francini Quesada Salas, *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria*. (San José, Costa Rica: CONAMAJ, 2001), 47.

E. La exigencia de la participación del abogado defensor en el allanamiento como un acto definitivo e irreproducible

En primer lugar, en concordancia con lo analizado en el apartado de los actos definitivos e irreproducible, consideramos que efectivamente el allanamiento de morada es un acto definitivo e irreproducible, ya que, en el momento en el cual se desarrolla el allanamiento es imposible posteriormente que se pueda volver a las circunstancias iniciales que motivaron la orden que emanó de una autoridad jurisdiccional, de modo que debe ser estimado como irreproducible, a lo que se une que se podría incorporar por lectura el acta respectiva, de conformidad con el artículo 334 del Código Procesal Penal, lo que convierte el acto en definitivo.

Además, ya existiría en el momento de realización del allanamiento un quebranto al derecho a la intimidad de las personas, ya existiría una invasión del Estado a esa intimidad y además la policía judicial tendría acceso a toda la prueba que en ese intervalo se pueda recolectar de la vivienda a la que se le ordenó el allanamiento, existiría, además, evidentemente, la imposibilidad de repetir el hecho en circunstancias similares, no podría eventualmente realizarse otro allanamiento en las mismas circunstancias, porque el allanamiento requiere o tiene una característica que es el elemento sorpresa.

En principio, el allanamiento se ordena porque se sospecha que existen elementos de prueba en una vivienda a la cual se tiene que acceder y además se sospecha que si la persona investigada se da cuenta podría ocultar elementos de prueba que estaría en su vivienda. Por eso el elemento sorpresa es imprescindible para el allanamiento. Definitivamente no podría en ningún otro momento del proceso repetirse en las mismas circunstancias, por eso es irreproducible.

En este sentido, si es el allanamiento es un acto definitivo e irreproducible que afecta derechos fundamentales, como es el caso de la inviolabilidad del domicilio establecido en el artículo 24 de la Constitución Política, se requiere el seguimiento de los procedimientos de los actos definitivos e irreproducible, en donde la legislación requiere expresamente que en cuanto a la realización se debe

seguir el procedimiento del anticipo jurisdiccional de prueba establecido en el artículo 293 del CPP, en donde es claro que el juez, además de verificar la concurrencia de los supuestos de ley para que tal prueba se anticipe al juicio, debe garantizar la participación de la partes, dentro de ellas la defensa, garantizando de esta manera una participación más activa de esta última en los actos de recolección de prueba durante el allanamiento, garantizándose en su intervención los principios de oralidad, concentración, continuidad, contradicción e inmediación; de manera que todas las partes puedan intervenir como si se tratara del juicio. Es necesario, entonces, que, en el procedimiento de prueba anticipada, se den todas estas garantías y que hayan concurrido algunas de las condiciones por las que la ley autoriza en forma expresa la anticipación de la prueba.

Asimismo, el artículo 294 del CPP, menciona que —cuando se ignore quien podría ser el imputado o si alguno de los actos previstos en el artículo anterior es de extrema urgencia, el Ministerio Público podrá requerir verbalmente la intervención del juez y este practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas y, de ser necesario, designará a un defensor público para que participe en el acto” (el subrayado es nuestro). Lo anterior, claro está, aplica para el caso del allanamiento de morada, lo cual se explicará seguidamente.

Vistos ambos artículos, a través de una interpretación de la legislación, no encontramos con respecto al procedimiento de los actos definitivos e irreproductibles (art. 293 del CPP), ninguna norma en el CPP que establezca que no se debe seguir este procedimiento con respecto al allanamiento, como si sucede en otras legislaciones de algunas provincias de Argentina, como la de Córdoba, en donde a pesar de que al allanamiento es considerado como un acto definitivo e irreproductible (artículos 308 y 309 del CPP), se establece que a pesar de que los defensores de las partes tienen derecho de asistir a su realización, la normativa expresamente en el artículo 309 del CPP,³²⁹ establece que no se exige

329. Artículo 309. Notificación. CASOS URGENTÍSIMOS. Antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto el registro domiciliario, se dispondrá bajo pena de nulidad, que sean notificados los defensores y el Ministerio Público cuando corresponda. La diligencia se practicará en la oportunidad establecida aunque no asistan. Sin embargo, se podrá proceder sin notificación o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan, antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior,

la previa notificación a los mismos ya que ello podría hacer peligrar la consecución de los objetivos que el acto persigue (artículo 304 del CPP). En este sentido Vivas Ussher menciona:

Por tratarse de un acto de los definitivos e irreproducible, los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a su realización, pero no se exige la previa notificación a aquellos, ya que, ello podría hacer peligrar la consecución de los objetivos que el acto persigue. El derecho de asistencia se reduce, entonces, al caso de que el defensor se entere del registro en el momento en que se está practicando.³³⁰

Razón por la cual, autores como Cafferata y Tarditti, se han ocupado de comentar estos artículos, indicando que: —Si bien no exige la previa notificación de los defensores de las partes (art 309), ya que ello podría hacer peligrar la consecución de los fines que el acto persigue, por tratarse de actos definitivos e irreproducible (art 308), aquellos tendrán derecho a asistir a la realización, en la hipótesis de que el defensor se entere del registro en el momento que se está practicando.”³³¹

Debe considerarse, entonces, que no existe discusión en la doctrina argentina en que el allanamiento es un acto definitivo e irreproducible, solamente que no se exige la notificación previa al imputado y su defensor, en virtud de la disposición expresa de la ley que libera de dicha notificación. Es claro, entonces, que la legislación argentina prevé mediante norma expresa que no se establece la obligación de citar al abogado defensor para que participe en estas diligencias. Ahora bien, en el caso de la legislación costarricense dicha norma no existe, por lo

la enfermedad o el impedimento del testigo. En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad, y en el segundo, se designará de oficio al Asesor Letrado, quien deberá concurrir al acto, bajo la misma sanción.

330. Gustavo Vivas Ussher, *Manual de Derecho Procesal Penal* (Argentina: Alveroni Ediciones, 1999), 179-180. Lo mismo sucede con lo que desarrolla Vèlez Mariconde, doctrinario argentino, el cual describe que “durante esta fase preparatoria del proceso, y aunque el nombramiento del defensor sea obligatorio desde el primer momento y en todo caso antes de la indagatoria, la intervención del mismo no es indispensable, sino facultativa, quedando librada a su voluntad, sus poderes o facultades son los siguientes: asistir (lo que constituye una excepción) a los actos que por su naturaleza se deban considerar definitivos e irreproducible. Antes de proceder a alguno de estos actos, el juez mandara, bajo pena de nulidad, que los defensores sean notificados, lo mismo que el M. Fiscal, salvo los registros domiciliarios y secuestros, aunque el defensor puede asistir a la ejecución de la medida (Vèlez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II. (Ediciones LERNER: Buenos Aires, 1989) ,427.)”

331. José Cafferata Nores, Aida Tarditi, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, Tomo I. (Córdoba: Editorial mediterránea, 2003), 519.

cual se debe permitir la participación de la defensa en todos los casos, no hay justificación alguna por parte de los sujetos intervinientes del allanamiento el impedir su participación, situación que, de darse, sería objeto de impugnación por parte de la defensa.

A raíz de lo anterior, entre los argumentos dados en Costa Rica a nivel doctrinario y jurisprudencial que justifican la no participación del defensor en los allanamientos, está el tema del factor sorpresa, el de la urgencia e incluso, se establece la posibilidad de que se notifique al abogado defensor que hubiera designado con anterioridad el imputado al momento del allanamiento. Pero es claro que a este no se le puede esperar a que llegue y si llegara lo haría cuando el allanamiento ya se ha venido realizando desde hacía algún tiempo, por ello lo lógico, entonces, es que se aplique el artículo 294 del CPP que establece el derecho a que se nombre un defensor público, interpretándose que aunque el artículo mencione que podría el juez ordenarlo, es claro que no hay ninguna razón por la cual establecer una excepción de que en unos actos el juez permita la participación del defensor y en otros actos no, de modo que no hay ninguna justificación para que quede a discrecionalidad del juez permitir dicha participación, que es parte del derecho de defensa gozado por el imputado y de una correcta aplicación del análisis de la convencionalidad, por lo cual es un derecho del abogado defensor participar desde el primer momento de la investigación, según lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, si el allanamiento es un acto definitivo e irreproducible como parte del sentido de los actos definitivos e irreproducible y del derecho de defensa, parte de la filosofía de estos es la presencia del abogado defensor en su realización. Lo que se propone, en definitiva, es que conforme al artículo 294 del Código Procesal se designe un defensor público en particular para que atienda el allanamiento, lo cual debe ocurrir independientemente de que el imputado en el proceso tenga designado un defensor particular o un defensor público. La notificación sería a ese defensor público señalado para el acto concreto del allanamiento y no propiamente al defensor particular o público que tendría el imputado, debido a la necesidad de efectivamente resguardar el factor sorpresa

que caracteriza al allanamiento, encontrándose ello acogido en la previsión del artículo 294 del Código Procesal Penal.

Por otro lado, si existiera una norma que prohibiera la notificación previa al defensor en la legislación costarricense, podría cuestionarse su constitucionalidad y principalmente su convencionalidad, pero no, lo cual permite una interpretación conforme a la Constitución y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por el contrario, hay dos artículos, uno que prevé el derecho de la defensa de participar en los actos de investigación (art. 292 del CPP) y otro que refiere al aviso al defensor público en los actos definitivos e irreproductibles (arts. 293-294 del CPP), y ambas normas son imperativas.

Es entendible que no puede existir una notificación previa con bastante antelación a la ejecución del allanamiento, por el factor sorpresa que lo caracteriza y que se requiere para evitar que la prueba pueda ocultarse o manipularse, pero sí puede llamarse a un defensor público justo antes de ejecutarlo, de acuerdo con el artículo 294 del Código Procesal Penal. Debe considerarse que ello es factible, ya que los funcionarios de la Defensa Pública tienen dentro de sus funciones realizar disponibilidad. Lo que parece incuestionable es que el imputado tiene derecho a la asistencia letrada en el momento del allanamiento, resultando que esa asistencia en su defensa, no puede ser ejercida por un juez, ello por una razón muy sencilla, el juez debe ser imparcial y el defensor es parcial a favor de su defendido. Se debe a él y actúa únicamente en su beneficio, respetando la legalidad.

La Sala Constitucional en jurisprudencia reiterada ha establecido que la participación del abogado defensor no es necesaria, partiendo de la presencia en este acto del Juez de Garantías, como contralor de legalidad y como protector de los derechos fundamentales, indicando que la omisión de nombramiento de un defensor que participe en la realización de esta diligencia no infringe el debido proceso, siempre y cuando exista la participación y control suficientes de parte del Juez de garantías en tales actuaciones (Voto 13751)³³², indicando, además, que la ausencia de un defensor público en la ejecución de una orden de allanamiento no

332. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "Voto 13751-2001; 24 de setiembre, 2007 9:35horas".

implica, *per se*, una violación al derecho de defensa de las personas afectadas por la medida, en tanto que quien funge como garante de la legitimidad del acto y de los derechos fundamentales de las partes es el Juez (Voto 04571)³³³. Sin embargo, consideramos que a pesar de que ha sido un criterio sostenido a través de los años por dicha Sala, que la sola presencia del Juez de Garantías no cumple con el contenido del acceso a un defensor letrado como parte del derecho de defensa. El rol del Juez, si bien es indispensable, no sustituye la labor del defensor, en tanto este último no solo se preocupa por el respeto a los derechos fundamentales del investigado, sino que se ocupa de consignar en el acta cualquier elemento de prueba que eventualmente colabore a la estrategia de defensa y de asegurarse que se secuestre o se capture fotográficamente cualquier situación que convenga a dichos efectos (con la parcialidad que caracteriza la función). Esto aunado al asesoramiento y representación brindada al imputado, mientras el juez se ocupa únicamente del respeto a los derechos fundamentales de las partes desde su posición imparcial), de la misma manera, el defensor se ocupa de consignar cualquier irregularidad o lesión a los derechos humanos del imputado o de los habitantes del lugar allanado. El defensor cumple en estos casos un gran papel, ejerciendo sus funciones de asistencia y representación al imputado y a sus familiares.

Consideramos que la presencia del defensor en el allanamiento es oportuna y necesaria, no debe estar legitimando asuntos, ya que la función legitimadora está a cargo del Juez de Garantías, el defensor, por el contrario, debe revisar que las actuaciones sean adecuadas, este es un contrapeso al Juez de Garantías. Sin embargo, el abogado defensor que asista a esta diligencia debe tener cuidado en qué firma o qué no, ya que como es bien sabido el defensor no está en la obligación de firmar el acta del allanamiento, y menos considerando que en la práctica del allanamiento se hayan cometido irregularidades, ya que por el contrario estaría legitimando con su firma las actuaciones. En todo caso, la función legitimadora del allanamiento está a cargo del Juez, no del defensor, por lo que

333. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 0457-2007; 10 de abril, 2007 03:19horas”, expediente 06-014606-0007-CO.

este último está en todo el derecho de plantear con posterioridad las actividades procesales defectuosas en el juico sobre dichas actuaciones irregulares.

Por otro lado, consideramos que es un hecho de experiencia que la objetividad del juez requiere, del contrapeso que ejercen, por un lado, el fiscal y por otro, la defensa del imputado. Por eso, en vista de esa objetividad, es necesario que el mismo juzgador se obligue a contar en el allanamiento con la participación de la defensa.

Asimismo, la práctica diaria ha evidenciado que todavía muchos de nuestros jueces penales, dentro de ellos el Juez de Garantías, arrastran vestigios de la anterior normativa procesal (jueces de instrucción), por lo que son condescendientes con la policía y los representantes del Ministerio Público en la ejecución de las labores de investigación, dejando de lado la participación de la defensa, además de que en algunas ocasiones se denota, a pesar de la intervención del juez, una delegación excesiva de labores en el Fiscal por parte del Juez de Garantías, lo anterior por lo general en la ejecución de los allanamientos.

Además, por lo general es común que en los allanamientos se decomisen todo tipo de bienes de manera indiscriminada, cuando el objeto de la orden es otro muy distinto a tal actuación, siendo que de encontrarse el defensor público presente su participación sería de gran importancia, ya que este se opondría a este tipo de prácticas que lesionan los derechos de los imputados y sus familiares, encontrándose atento a todo lo que sucede durante la ejecución de las diligencias en las que participa. De esta manera, la presencia del defensor en los allanamientos daría mayor legitimidad a las actuaciones de los órganos de investigación en pro de la consecución de la verdad material de los hechos.

Por otro lado, cabe mencionar que la participación del Juez de Garantías en las diligencias de allanamientos en modo alguno sustituye o suple la presencia del abogado defensor. Lo anterior encuentra sustento en el Voto Salvado de Magistrado Armijo, desarrollado en capítulos anteriores de esta investigación, en donde queda claro que la intervención de este juez en el allanamiento ~~no~~ sustituye en modo alguno el derecho irrenunciable del imputado de contar con su

defensor, teniendo en cuenta las funciones que el primero realiza en el trámite del procedimiento preparatorio, de acuerdo con el artículo 227 del Código Procesal Penal, así como los alcances de los derechos protegidos en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política (el subrayado es nuestro).³³⁴

Asimismo, parte de la justificación de la participación del abogado defensor en todos los actos procesales, dentro de los cuales se encuentra el allanamiento, que a efecto interesa, se encuentra fundamento de la tesis en este Voto Salvado, quien menciona que dicha participación está argumentada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en su artículo 8.2 incisos d, e y f), la Constitución Política de la República de Costa Rica (en sus artículos 39 y 41) que reconocen el derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, o bien el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna.

Además, el derecho del imputado de ser acompañado por un abogado defensor encuentra sustento en el artículo 13 del Código Procesal Penal que indica que este derecho o garantía fundamental se disfruta desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia. Según esta última norma, se debe entender por el primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él.³³⁵

Por otro lado, parte de la facultad de contar con un abogado defensor desde el primer momento del proceso penal y durante todos los demás actos procesales que se realicen, lo cual incluye las diligencias de allanamiento, encuentra sustento en el Voto Salvado de Armijo, al indicar este que —no existe ninguna razón procesal que justifique la omisión del juez en brindar al amparado un defensor público para realizar la diligencia de allanamiento y garantizar su defensa efectiva,

334. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 2114-2008; 13 de febrero, 2008 14:46horas”, expediente 08-002719-0007-CO.

335. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, -Voto 2114-2008; 13 de febrero, 2008 14:46horas”, expediente 08-002719-0007-CO.

de ahí de que en caso de este se omita se colocaría en absoluta indefensión al imputado, situación que el defensor tendría todo el derecho de impugnar”(el subrayado es nuestro).

Por otro lado, partiendo del análisis de los artículos 293 y 294 del CPP, anteriormente mencionados, se justifica el nombramiento de un defensor público para todos los actos procesales dentro del proceso penal según lo cual reiteradamente ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el momento en que debe iniciar el patrocinio letrado de la defensa, a fin de reclamar la aplicación del control de convencionalidad por el juez ordinario, justificándose el derecho de defensa desde el momento en que se ordena investigar a una persona, teniendo derecho el imputado desde ese momento el derecho de tener acceso a la defensa técnica. Impedir a este contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona un desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo. Esta defensa técnica debe ser ejercida por un profesional en derecho y, en caso de que el imputado no esté siendo asistido por un defensor de su elección, tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado.³³⁶

Los autores de esta tesis se adhieren al planteamiento de asignarle a la defensa técnica la posibilidad de participación e intervención en todas las diligencias de la etapa preliminar que constituyan actos definitivos e irreproductibles.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, en relación con el Caso García Santa Cruz vs. Perú, que se refería a las ejecuciones extrajudiciales de líderes sindicales.

336. En este sentido: *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Caso Cabrera García y Montiel Vs. México, Caso Vélez Loor Vs. Panamá y Caso J. Vs. Perú, Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, Caso Cabrera García y Montiel Vs. México, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Caso J. Vs. Perú, Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, Caso Vélez Loor Vs. Panamá y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana.*

La Corte Interamericana sostuvo que las exigencias del artículo 8 de la Convención:

Se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial [...]”. Por lo tanto, desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho del imputado a la defensa. Asimismo, deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos, lo cual implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio (el subrayado es nuestro).³³⁷

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en otras resoluciones, tal y como se indicó arriba, ha mencionado que la participación de la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona. Teniendo derecho, desde ese momento, el imputado, de contar con un abogado defensor (Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela) y el derecho a la defensa solo culmina cuando finaliza el proceso (Caso Argüelles y otros Vs. Argentina). Es decir, se plantea la obligación del Estado de garantizar una defensa técnica al imputado durante todo el transcurso del proceso penal, sin excluir ningún acto.

La CIDH ha señalado, además, que el derecho del imputado de contar con un abogado defensor desde el momento en que se inicia una investigación en su contra, debe ser ejercida por un profesional del Derecho, dado que representa la garantía en el debido proceso de que el investigado será asesorado sobre sus deberes y derechos y que ello será respetado (Caso Argüelles y otros Vs. Argentina) (en igual sentido Caso Vélez Loo Vs. Panamá).

A raíz de lo anterior, y con respecto al allanamiento de morada, se cree que el trabajo del defensor en este acto no interfiere de ninguna manera en la labor investigativa y que su participación encuentra fundamento en la reiterada jurisprudencia de la CIDH. Ya que tal y como indica la Corte, la garantía de contar con un abogado defensor inicia desde el momento en que se inicia una

337. Corte Interamericana de Derechos Humanos. –Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, 2015”, Párrafo 44-45.

investigación en contra de una persona, lo cual, en el caso de Costa Rica, está a cargo del Ministerio Público bajo el control del juez del procedimiento preparatorio.

Por otro lado, al ser el allanamiento de morada un acto de común práctica hoy en día durante el procedimiento preparatorio, se incluiría, claro está, como uno de los primeros actos de investigación en contra de una persona.

Desde ese momento, el imputado, de acuerdo con la jurisprudencia de la CIDH y en concordancia con una efectiva aplicación del control de convencionalidad por el juez ordinario, tendría derecho a contar con abogado defensor de su confianza o en su defecto un defensor público, garantizándose con ello, un mayor respeto de las garantías procesales y de los derechos fundamentales, viéndose en este caso el control de convencionalidad como un mecanismo efectivo para el goce y la garantía de los Derechos Humanos, tomando en cuenta que la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos va creando mediante sus resoluciones, es vinculante para Costa Rica por haber ratificado la Convención y en virtud de ello, el compromiso de ser garante de los Derechos Humanos establecidos en la Convención y a adecuar su legislación interna en pro de un pleno goce y disfrute de los mismos.

Por otro lado, sobre la importancia de la participación del defensor en los allanamientos es un tema de discusión que ya se ha tratado en la Defensa Pública del país, habiéndose elaborado, incluso, un protocolo de actuaciones para aquellos defensores que participan en este tipo de actuaciones, se detallan cuáles son los procedimientos que debe seguir el defensor al participar en esta diligencia, indicándose qué es lo esperado de su intervención. Este protocolo es de gran importancia ya que el desempeño de la defensa en este tipo de actuaciones marca el resultado del proceso para la persona acusada, razón por la cual, es esencial que la persona a cargo conozca este protocolo. A su vez, es indispensable que el defensor, partiendo de este documento, mantenga una posición pro activa a favor de su representado y que cuestione cualquier actuación irregular que se contraponga al debido proceso o a cualquier derecho fundamental reconocido al mismo.

E.6. La posibilidad de nombramiento de un defensor público de turno para solventar las críticas a la participación necesaria del abogado defensor en el allanamiento

Se estableció arriba la exigencia de un nombramiento de un Defensor Público de Turno en los allanamientos, de conformidad con los artículos 293 y 294 del Código Procesal Penal.

Hay un fundamento sobre dicho nombramiento de un defensor público, con base en el sistema de disponibilidad implementado en el Poder Judicial, conforme al cual un defensor público de turno atiende, una vez terminada la jornada laboral, las posibles diligencias probatorias que requieren de su participación. En este sentido, el Acta de Corte Plena No. 033 del 14 de diciembre de 1998 en su Artículo XXVI estableció la diferencia entre disponibilidad y turno de los defensores públicos. Al respecto menciona:

Se estima conveniente recordar la diferencia conceptual entre la disponibilidad -aquella situación laboral en la que potencialmente pueda ser llamado el funcionario a practicar o colaborar con la práctica de una tarea urgente, fuera del horario de oficina y, por ello, el funcionario debe estar plenamente localizable- y el turno -lapso laboral en el que los funcionarios tienen que estar presentes en las oficinas correspondientes, atendiendo los asuntos que deban ser resueltos sin dilaciones (Corte Plena, artículo XV, sesión 7-98 del 2 de marzo del año en curso). El turno corresponde a los fines de semana, feriados y asueto, tiene como finalidad primordial atender y resolver lo relativo a la libertad de las personas detenidas, con el fin de velar por el cumplimiento del plazo constitucionalmente establecido, evitando que una persona pueda sobre pasar las veinticuatro horas de detención sin haber sido llevada ante el juez competente para que resuelva sobre su libertad o determine la prórroga de la prisión, o bien le imponga una medida cautelar de otra índole. Por ello, el turno implica la obligación del funcionario de hacerse presente y permanecer en el Despacho, durante el horario que se disponga según las necesidades del trabajo, a fin de que puedan allegarse con facilidad y, en especial, con la presencia de todos los sujetos procesales -fiscal, defensor y juez- a las personas detenidas para que, impuestas de los cargos en su contra, se defina lo relativo a su libertad, todo dentro del plazo que la Constitución establece (Ver en igual sentido Acta de Corte Plena No. 7-98 del 2 de marzo de 1999, artículo XV).

De acuerdo con lo anterior, el defensor que asuma el turno de fin de semana, del feriado o asueto, además deben cumplir con la disponibilidad en ese

mismo lapso, disponibilidad que se aplica para la realización o práctica de diligencias urgentes y necesarias que eventualmente puedan presentarse, en donde, eventualmente, comprendería la práctica de diligencias probatorias como **allanamientos**, inspecciones, registros, secuestros, levantamiento de cadáveres, etc., y cualquiera de las necesidades propias de una investigación urgente y presentes en ese período. Es por ello, que los defensores de turno que participen en los allanamientos, al funcionar por roles, pueden alternarse entre ellos, para cumplir con las obligaciones señaladas.

De acuerdo con lo dicho y con base en el artículo 294 del Código Procesal Penal, el juez que disponga un allanamiento tiene el deber de citar al defensor de turno para las diligencias de allanamientos y este debe participar y proponer las diligencias que estime pertinentes durante la realización en salvaguarda de los derechos del imputado.

Es necesario que el defensor público de turno asignado para estos casos, tenga una comunicación oportuna con el juez a cargo del allanamiento y con el Ministerio Público. La comunicación con el juez es importante para que pueda localizar al defensor en el momento preciso y a la mayor prontitud. Por otro lado, actualmente la Defensa Pública cuenta con un radio localizador que debe utilizar el defensor disponible.

Por otro lado, en los casos que la diligencia de allanamiento sea en horas hábiles, la comunicación para citar al defensor al allanamiento se realiza vía telefónica al Departamento de Defensores Públicos del Circuito correspondiente, que se encargará de asignar a un profesional, de acuerdo con un rol preestablecido. Asimismo, la Defensa Pública, en palabras de Mendoza y Núñez, —~~es~~ **es** en la obligación de informar al MP y a la Policía Judicial cuál es el abogado encargado de acudir a ellas y dar respuesta a la solicitud con la mayor celeridad posible.”³³⁸

338. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 220.

Lamentablemente, actualmente la Defensa Pública no cuenta con los suficientes vehículos para atender este tipo de diligencias, es por ello, que son los miembros de la Policía Judicial, los que tienen la misión de transportar a los Defensores Públicos a los allanamientos a fin de asegurar su presencia. De esta forma la falta de transporte se solventaría. Sin embargo, en palabras de Mendoza y Núñez, esto en la práctica no sucede, ya que —.ol dicho no resulta obligatorio para los miembros del OIJ, quienes ven dicha ayuda como una mera colaboración que llevan a cabo siempre que cuenten con los medios para ello, pues prioritariamente se deben de transportar a fiscales e investigadores que a los miembros de la defensa.”³³⁹

Lo anterior, ha generado en los últimos años grandes críticas por parte de los miembros de la Defensa Pública, quienes sienten que se les trata discriminatoriamente en estas diligencias, pues, por sus propios medios deben apersonarse al lugar de los hechos, sin colaboración alguna por parte de los auxiliares judiciales. Por otro lado, el que el Defensor Público acuda por su cuenta al lugar del allanamiento puede ponerlo en riesgo personal, considerando que el allanamiento podría ser en un lugar con una problemática delincencial.

E.7. Mayor disponibilidad de vehículos para la Defensa Pública

El problema de la falta de participación de los Defensores Públicos en los allanamientos se agrava por el hecho de que la mayor parte de los allanamientos realizados a lo largo del año son en sitios muy alejados de los despachos judiciales, lo cual plantea el problema de la flotilla vehicular, al no contar la Defensa con los suficientes vehículos para poder cumplir con estas diligencias, todo en detrimento de una eficaz defensa técnica del imputado.

Es por ello, que es necesario, en palabras de Mendoza y Núñez, —de que exista al menos un vehículo para cada despacho de la Defensa Pública que atienda una competencia territorial relativamente extensa. Subsidiariamente se obligue a la policía judicial a brindar este servicio al menos en los casos en que se tratan de actos donde la presencia del defensor técnico sea obligatoria para las

339. *Ibíd.*, 221.

formalidades de la diligencia, de manera que, se les proporcione busetas, para poder trasladar a todos los sujetos participantes.”³⁴⁰

Con lo anterior, se garantizaría una mayor participación de los defensores públicos en estas diligencias, ya que contándose con mayor flota vehicular los defensores se podrían transportar con mayor facilidad al lugar por allanar, sin tener que estar a la espera de lo que digan el Ministerio Público y la Policía Judicial en cuanto a su transporte.

340. María Inés Mendoza Morales y Ana Vanessa Núñez Acuña, *La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1999), 252-253.

CONCLUSIONES

-Con la creación del Código Procesal Penal de 1996 se introdujeron en el nuevo proceso penal una serie de principios, garantías y derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República de Costa Rica y recogidos en Tratados y Convenios internacionales de Derechos Humanos debidamente ratificados y como parte de esto se fortaleció la participación de la defensa del imputado.

-Se estableció el derecho de defensa como aquella garantía constitucional fundamental, tendiente a resguardar la libertad del individuo ante la posibilidad que se le imponga indebidamente una pena, por ello, no puede ni debe ser restringida en forma alguna, sino más bien ser resguardada celosamente por el legislador, el juez y el gobernante.

-Visto lo anterior, se observa que el actual Código Procesal Penal abre la puerta a un sistema marcadamente acusatorio, en donde se espera una participación más activa de la Defensa desde los primeros actos de investigación, enfatizando en el derecho del imputado de contar con asistencia letrada desde el primer momento del proceso.

-Se determinó que la labor de la defensa técnica del imputado es un elemento trascendental durante todo el proceso penal, principalmente durante el allanamiento de morada, ya que representa un medio de control de la investigación y una de las garantías más importantes para el imputado, como garantía de un debido proceso penal y la puesta en práctica del principio de inviolabilidad de la defensa, y con él, el principio del contradictorio y el de igualdad de armas.

-Se definió el allanamiento de morada, en posición de estos autores, como aquel acto procesal realizado en la etapa preparatoria tendiente a la obtención de elementos de prueba importantes para la investigación penal, que se caracteriza por la presencia de ciertos elementos: franqueamiento compulsivo, practicado por una autoridad judicial, cumplimiento de las exigencias previstas en la ley y,

finalmente, con una finalidad procesal; donde se irrumpe en la esfera privada de las personas.

-Se llega a determinar el allanamiento de morada como una de las excepciones al derecho de inviolabilidad del domicilio protegidos por nuestra Constitución Política, transgrediéndose derechos fundamentales de las personas como la intimidad.

-Se llega a la conclusión de que el principio del contradictorio se presenta desde las primeras etapas del proceso penal, permitiendo que, en una posición de igualdad, el defensor técnico no solo legitime con su presencia las actuaciones del Ministerio Público y la Policía Judicial en la investigación, sino que también proponga diligencias a su favor y haga notar irregularidades y discrepancias que le parezcan perjudiciales a los intereses de su patrocinado

-Ahora bien, se pudo observar que una participación activa del abogado defensor en el allanamiento de morada permite un control efectivo de la labor desplegada por parte del Ministerio Público, el Juez y la Policía Judicial.

-Asimismo, se concluye que el derecho del imputado de contar con una defensa técnica inicia desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, lo cual lleva a la conclusión de que no es necesario que para dicho momento exista una acusación o la imputación formal por parte del Ministerio Público en contra el imputado (art. 13 del CPP), justificándose la participación del abogado defensor en el allanamiento de morada desde este momento.

-Además, se concluye que la participación de la defensa en los allanamientos encuentra justificación en el artículo 292 del CPP, que permite la participación de las partes en los actos desarrollados por el Ministerio Público, resultando inexorable la participación de la defensa, asumiendo esta un rol activo en las actuaciones, proponiendo diligencias de investigación, estableciendo mecanismos de control de legalidad sobre los elementos de prueba recolectados y velando, principalmente, por las garantías procesales y derechos fundamentales de las personas imputadas. A raíz de lo anterior, el querellante, el actor civil, demandado

civil, el imputado y su defensor, tienen derecho a proponer diligencias de investigación.

-Chacón y Zamora (los autores) se adhieren a la definición de los actos definitivos e irreproducible planteada por Núñez, al indicar que el acto es definitivo si, para servir de prueba en el juicio, no es necesario repetirlo y mejorarlo procesalmente. Ese acto es irreproducible si no se lo puede repetir en idénticas condiciones.

-A raíz de lo anterior, se determina que el allanamiento de morada es un acto definitivo e irreproducible, ya que en el momento en que se desarrolla el allanamiento es imposible posteriormente que se pueda volver a las circunstancias iniciales que motivaron la orden emanada por una autoridad jurisdiccional, de modo que debe ser estimado como irreproducible, a lo que se une que se podría incorporar por lectura el acta respectiva, de conformidad con el artículo 334 del Código Procesal Penal, lo que convierte el acto en definitivo.

-Al ser el allanamiento de morada un acto definitivo e irreproducible, como tal requiere que se sigan los procedimientos de los actos definitivos e irreproducible específicamente el procedimiento del anticipo jurisdiccional de prueba establecido en el artículo 293 del CPP, garantizándose la participación de las partes, dentro de ellas la defensa.

-No existe con respecto al procedimiento de los actos definitivos e irreproducible (art. 293 del CPP) ninguna norma en el CPP que establezca que no se debe seguir este procedimiento con respecto al allanamiento de morada, por lo que, al no encontrar acogida en ninguna norma, dicho procedimiento es perfectamente aplicable.

-En aplicación del art. 294 del CPP la participación del abogado defensor en los allanamientos encuentra justificación, se establece en este artículo el derecho al nombramiento de un defensor público, y se interpreta que aunque el artículo mencione que el juez podría ordenarlo, es claro que no hay ninguna razón por la cual establecer una excepción de que en unos actos el juez permita la participación del defensor y en otros actos no, de modo que no hay ninguna razón para que quede a discrecionalidad del juez permitir dicha participación. Es parte

del derecho de defensa gozado por el imputado y de una correcta aplicación del análisis de la convencionalidad.

-Lo que se propone, en definitiva, es que conforme al artículo 294 del Código Procesal se designe un defensor público en particular para que atienda el allanamiento, lo cual debe ocurrir independientemente de que el imputado en el proceso tenga designado un defensor particular o un defensor público. La notificación sería a ese defensor público señalado para el acto concreto del allanamiento y no propiamente al defensor particular o público que tendría el imputado, debido a la necesidad efectiva de resguardar el factor sorpresa que caracteriza al allanamiento, encontrándose ello acogido en la previsión del artículo 294 del Código Procesal Penal. Lo anterior encuentra sustento en el Voto Salvado del Magistrado Armijo desarrollo en capítulos anteriores.

-Es entendible que no puede existir una notificación previa con bastante antelación a la ejecución del allanamiento, por el factor sorpresa que lo caracteriza y que se requiere para evitar el ocultamiento o manipulación de la prueba, pero sí puede llamarse a un defensor público justo antes de ejecutarlo, de acuerdo con el artículo 294 del Código Procesal Penal. Debe considerarse factible, ya que los funcionarios de la Defensa Pública tienen dentro de sus funciones estar disponibles. Lo cual parece incuestionable es que el imputado tiene derecho a la asistencia letrada en el momento del allanamiento, resultando que esa asistencia en su defensa, no puede ser ejercida por un juez, ello por una razón muy sencilla, el juez debe ser imparcial y el defensor es parcial a favor de su defendido. Se debe a él y actúa únicamente en su beneficio, respetando la legalidad.

-Se concluye, después de un análisis minucioso, que a pesar que la Sala Constitucional en jurisprudencia reiterada ha establecido que la participación del abogado defensor no es necesaria, partiendo de la presencia en este acto del Juez de Garantías, su sola presencia no es suficiente, ya que no cumple con el contenido del acceso a un defensor letrado como parte del derecho de defensa. El rol del juez, si bien es indispensable, no sustituye la labor del defensor, en tanto este último no sólo se preocupa por el respeto a los derechos fundamentales del investigado, sino que se ocupa de consignar en el acta cualquier elemento de

prueba que eventualmente colabore a la estrategia de defensa (con la parcialidad que caracteriza la función), esto aunado al asesoramiento y representación que se brinda al imputado, mientras el Juez se ocupa únicamente del respeto a los derechos fundamentales de las partes desde su posición imparcial.

-Asimismo, concluimos que la participación del Juez de Garantías en las diligencias de allanamientos en modo alguno sustituye o suple la presencia del abogado defensor, teniendo en cuenta las funciones que el primero realiza en el trámite del procedimiento preparatorio, de acuerdo con el artículo 227 del Código Procesal Penal, así como los alcances de los derechos protegidos en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en su artículo 8.2 incisos d, e y f), la Constitución Política de la República de Costa Rica (en sus artículos 39 y 41) (según lo establecido por Armijo en su Voto Salvado).

-De esta manera, la presencia de un defensor proactivo en el allanamiento de morada daría mayor legitimidad a las actuaciones de los órganos de investigación en pro de la consecución de la verdad material de los hechos.

-Se considera, por lo tanto, indispensable asignarle a la defensa técnica la posibilidad de participación e intervención en todas las diligencias de la etapa preliminar que constituyan actos definitivos e irreproductibles.

-El trabajo del defensor en el allanamiento de morada no interfiere de ninguna manera en la labor investigativa y su participación encuentra fundamento en la reiterada jurisprudencia de la CIDH, ya que tal y como indica la Corte, la garantía de contar con un abogado defensor inicia desde el momento en que se inicia una investigación en contra de una persona, y culmina cuando finaliza el proceso.

-Al tenor de lo analizado previamente, se puede llegar a una conclusión certera que confirma la hipótesis planteada desde un inicio: La participación del abogado defensor en el allanamiento de morada encuentra fundamento de una interpretación de los artículos 13, 292, 293 y 294 del Código Procesal Penal y una correcta aplicación del control de convencionalidad de los Derechos Humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LIBROS

- Andolina, Italo y Vignera, Giuseppe. *I fondamento costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Giappicchelli. Editore: Torino, 1997.
- Cafferata Nores, José, Aida Tarditi. *Código Procesal Penal de la Provincia de Cordoba Comentado, Tomo I*. Córdoba, Argentina: Editorial mediterránea, 2003.
- Cháves, Carlos Alberto y Hidalgo, José Daniel. *Temas de Derecho Procesal Penal*. San José, Costa Rica: Editec Editores S.A, 1992.
- Clariá Olmedo, Jorge. *Tratado de derecho procesal penal, Tomo 3*. Buenos Aires, Argentina: Editar S.A, 1963.
- Cruz, Fernando. *La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho*. San José, Costa Rica: ILANUD, 1989.
- Duartes, Edwin y Segura, Francisco. *El Allanamiento de Domicilio y otros Recintos*. San José, Costa Rica: Editec Editores, 1996.
- Figuroa Navarro, María del Carmen. *Aspectos de la protección de domicilio en el Derecho Español*. Madrid, España: Edisofer, 1998.
- Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal-Parte Especial*. Buenos Aires, Argentina: Editor Víctor P. de Zavalía, 1978.
- González Álvarez, Daniel. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Procedimiento preparatorio*. San José, Costa Rica: Fondo Editorial del Colegio de Abogados, 1997.
- González Álvarez, Daniel. *El Código Procesal Penal de 1996-1998 Logros, Pendientes y Desafíos, Derecho Penal y Constitución, volumen II*. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2015.
- González Domínguez, Pablo. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales, La Doctrina del Control de Convencionalidad*. San José, Costa Rica: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014.
- Henderson García, Osvaldo. *Abordaje y planeación de la investigación penal*. Proyecto de fortalecimiento del Ministerio Público. San José, Costa Rica, 2005.

- Hidalgo Murillo, José Daniel. *Introducción al Código Procesal Penal*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 1998.
- Hunter Ampuero, Iván. *La Iniciativa Probatoria del Juez y la Igualdad de Armas en el Proyecto de Código Procesal Civil*. Universidad de Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2011.
- Ibáñez, J. *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Anuario de Derechos Humanos*. Chile, 2012.
- Jinesta, Ernesto. *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*. En *El Control Difuso de Convencionalidad*. México: FUNDAP, 2012.
- Llobet Rodríguez, Javier y Rivero, Juan Marcos. *Comentarios al Código Penal. Tomo 1*. San José, Costa Rica, 1989.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Código Procesal Penal Comentado 5ta ed*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal, Tomo II*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2007.
- Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal Parte Especial. Volumen IV*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS, 1989.
- Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2º edición. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto, 1999.
- Manzini Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal, Tomo 2*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europea-América:1951.
- Medina, C y C. Nash, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Chile: Universidad de Chile, 2007.
- Núñez, Ricardo C. *Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba*. Argentina: Marcos Lerner Editores, 1986.
- Pérez, Francisco. *Derechos Privado 2da ed*. San José: Universidad de Costa Rica, 1991.
- Rodríguez Villegas, Mario. *El acceso de la defensa a la prueba durante la etapa preparatoria en el sistema procesal penal costarricense*. San José, Costa Rica, 2006.
- Roxin, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

Sagués, Néstor Pedro *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*. Estudios Constitucionales, 2010.

Sánchez Fallas, Francisco. *Algunas reflexiones acerca de los actos definitivos e irreproducibles en el proceso penal*. San José, Costa Rica, 2008.

Vásquez Rossi, Jorge Eduardo. *El proceso penal: teoría y práctica*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, 1986.

Vélez Mariconde, Alfredo. 1989. *Derecho Procesal Penal, Tomo II*. Ediciones LERNER: Buenos Aires.

Vivas Ussher, Gustavo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Argentina: Alveroni Ediciones, 1999.

Vivas Ussher, Gustavo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Alveroni Ediciones, 1999.

TESIS

Céspedes Chinchilla, Gustavo y Molina Valverde, Mauricio. —“La Participación de la Policía Administrativa en el Acopio de la Prueba”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1996.

Chávez Solera, Carlos Alberto e Hidalgo Murillo, José Daniel. —“Temas de Derecho Procesal Pena”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1992.

Mendoza Morales, María Inés y Núñez Acuña, Ana Vanessa. —“La Defensa Técnica como instrumento de control e investigación en la etapa preliminar del proceso penal costarricense”. Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

Muñoz, Carolina y Ruiz, Alfonso. —“El Allanamiento en el Derecho Penal Costarricense y su incidencia en los Derechos Fundamentales”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002.

Rodríguez, Miller. —“Limitaciones probatorias en el proceso penal costarricense”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1993.

Salón, Juan Diego. —“Control de convencionalidad, ¿Es posible un sistema de aplicación difuso dentro del ordenamiento jurídico costarricense?”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2015.

Soto, JJ. —“Las Medidas Cautelares en la Legislación Procesal Penal”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985.

Vargas Delgado, Katty Marcela. —El allanamiento civil: constitucionalidad y legalidad”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014”, Argentina, Serie C No 288.

Corte Interamericana de Derechos Humanos . —Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999”, Perú, Serie C No 52.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, —Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007”, Serie C, No 169.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, —Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008”, Serie C, No 186.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, —Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, —Caso Vélez Loo Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010”, Serie C, No 218.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006”. Serie C No 14.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009”. Serie C No. 206.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010”, México, Serie C No 220.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007”, Ecuador, Serie C No 170.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. —Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 2014”, Venezuela, Serie C No 281.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. —~~C~~aso J. Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013”, Perú, Serie C No 275.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. —~~C~~aso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2004”, Perú, Serie C No 119.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. —~~C~~aso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012”, República Dominicana, Serie C No 251.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. —~~C~~aso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Fondo, Sentencia de 12 de noviembre de 1997”, Ecuador, Serie C No 35.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. —~~C~~aso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006”, Serie C No.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. —~~C~~aso Vélez Loo Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010”, Panamá, Serie C No 218.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. —~~C~~aso Ruano Torres y otros vs. El Salvador”. Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —~~R~~esolución 4672-2003; 28 de mayo de 2003 14:47horas”. Expediente 02-013295-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —~~S~~entencia 1739-92; 01 de julio, 1992 11:45horas”. Expediente 90-001587-0007
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —~~V~~oto 01147-90; 21 de setiembre de 1990 14:00horas”. Expediente 90-000208-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —~~V~~oto 0457-2007; 10 de abril, 2007 03:19horas”. Expediente 06-014606-0007-CO
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 07111-1; 01 de junio, 2011 14:30horas”. Expediente 01-006722-0007-CO
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —~~V~~oto 11251-2003; 01 de octubre, 2003 02:54horas”. Expediente 03-007429-0007-CO.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —~~V~~oto 13091-10; 04 de agosto de 2017 14:48horas”. Expediente 10-009134-0007-CO

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 1375; 24 de setiembre, 2017 09:35horas”. Expediente 17-001230-0007-CO

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —Vto 15228-2010; 17 de setiembre, 2010 08: 35horas”. Expediente 10-011588-0007-CO

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 18332-2010; 02 de noviembre, 2011 16:17horas”. Expediente 10-014909-0007-CO

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 20818-10; 14 de diciembre, 2010 17:05horas. Expediente 10-016670-0007-CO

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —Vto 2114-08; 13 de febrero, 2008 14:46horas”. Expediente 08-002719-0007-CO

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —Vto 2313-95; 9 de mayo de 1995 04:18horas”. Expediente 90-000421-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —Vto 2467-98; 14 de abril de 1998 15:48”. Expediente 92-002255-0007-CO

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —Vto 3477-1998; 28 de abril, 1998 04:30horas”. Expediente 98-003468-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —Vto 4029-92; 22 de diciembre de 1992 09:30horas. Expediente 92-002592-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —Vto 7505-98; 21 de octubre, 1998 16:03horas”. Expediente 98-003393-007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —Vto número 01590-1992”. Expediente 92-001805-0007-CO

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. —Vto No 2000-0283; 29 de marzo, 2000 14:40horas”. Expediente 02-000207-0007-CO

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —Resolución 1100-2002; 01 de noviembre de 2002 09:05horas”. Expediente 01-000167-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —Resolución 454-2008; 30 de abril, 2008 14:30horas”. Expediente 07-000028-0006-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, —Resolución 468-99; 23 de abril de 1999 9:20horas. Expediente 98-200100-0486-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —Sentencia 1174-2004; 08 de octubre de 2004 09:00horas. Expediente 03-005688-0042-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —*Sentencia* 740-2016; 20 de julio de 2016 10:00horas. Expediente 13-000479-1219-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —*Vto* 01531-2013; 18 de octubre de 2013 10:20horas”. Expediente 11-000428-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —*Vto* 1096-09; 04 de setiembre, 2009 9:59”. Expediente 07-000159-0006-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —*Vto* 1453-1999; 19 de noviembre, 1999 09:00horas”. Expediente 99-000047-0006-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —*vto* 454-2008; 30 de abril, 2008 14:30horas”. Expediente 07-00028-0006-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —*Vto* 9-2007; 19 de enero, 2007 09:45”. Expediente 05-009466-0647-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —*Vto* 6469-99; 18 de agosto, 1999 14:33horas. Expediente 97-000612-0006-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —*Vto* número 309-99; 12 de marzo, 1999 10:30horas”. Expediente 97-000612-0006-PE

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. —*Vto* 674-2006; 19 de julio, 2006 10:10horas”. Expediente 00-000905-0455-PE

Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José. —*Resolución* 2013-1187; 07 de junio, 2013 10:55 horas”. Expediente

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. —*Vto* 01707-2013; 5 de agosto de 2013 10:40horas”. Expediente 07-003488-0042-PE.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. —*Voto* 776-2015; 28 de mayo de 2015 05:30horas”. Expediente 12-000485-0066-PE.

Tribunal de Casación Penal de San José. —*Resolución* 662-2011; 01 de junio de 2011 15:40horas”. Expediente 09-000304-0622-PE.

Tribunal de Casación Penal de San José. —*Sentencia* 1575-2007”; 14 de diciembre de 2007” Expediente 05-200148-0275-PE

Tribunal Penal de Puntarenas. —*Resolución* 201-P-20; 30 de junio de 2011 16:30horas”.

PAGINAS WEB

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. *Exposición de motivos de la reforma reglamentaria*. Tomado de: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf

REVISTAS

García Ramírez, Sergio. —"Control judicial interno de convencionalidad". *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (2011).

Sagües, Néstor. "Desafíos del derecho procesal constitucional con relación al control de convencionalidad". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 5, No. 1 (2013).

—"Convención Americana sobre Derechos Humanos". *Revista de la Escuela Judicial*, Tomo1 (2013).

—"Principios desarrollados en la jurisprudencia constitucional". *Revista de la Escuela Judicial* (2013).

Castilla Juárez, Karlos A. —"Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional". *Revista Derecho del Estado* (2014).

—"La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates". *Revista Jurídica de la universidad de Palermo*, No 1 (2012).

ARTICULOS

Carpizo, Enrique. —"Control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado XLVI*, (2013): 939-971.

García Ramírez, Sergio. —"Control judicial interno de convencionalidad". *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. V*, (2011): 123-159.

Henríquez Viñas, Miriam Lorena; Núñez Leiva, José Ignacio. —"El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?". *Revista Boliviana de Derecho*, (2016): 326-339.

Londoño Lázaro, María Carmelina. —"El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado XLIII*, (2010): 761-814.

NORMATIVA

Constitución Política de la República de Costa Rica. 2012. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre 1969. Aprobada por Costa Rica el 23 de febrero de 1970 mediante Ley N°. 4534 y ratificada el 08 de abril de 1970.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 1985. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, Nueva York. Ratificada por Costa Rica el 11 de noviembre de 1993, mediante Ley N°. 7351.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, mediante resolución N°. 217.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, mediante resolución N°. 2200, Nueva York. Ratificado por Costa Rica el 29 de noviembre de 1968 y aprobada el 11 de diciembre de 1968 mediante Ley N°. 4229.

DOCUMENTOS OFICIALES

Montero, Diana y Arnoldo. *Protocolo para Allanamiento de Morada, Registro, Requisa, Secuestro, Marcaje de Billetes y Allanamiento de otros Locales*. Defensa Pública: San José.