

SENTENCIA No. 75

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL. Managua, treinta de Marzo del año dos mil siete. Las diez y cincuenta y cinco minutos de la mañana.

**VISTOS,
RESULTA:**

Mediante escrito de acusación presentado el veintisiete de febrero del dos mil cuatro por la Fiscal Auxiliar del Departamento de Rivas Licenciada Fátima Morales Aguilar ante el Juzgado de Distrito de lo Penal de Rivas, se solicitó apertura a juicio contra el imputado Franklin José Gómez Galarza, de cuarenta años de edad, soltero, agricultor, con domicilio en Moyogalpa, Isla de Ometepe, como probable autor del delito de promoción o estímulo para el consumo o expendio de estupefacientes, sicotrópicos u otras sustancias controladas en perjuicio de la Salud Pública. Sostuvo la acusación que el veinticinco de febrero del dos mil cuatro a eso de las once de la mañana se procedió a allanar con orden judicial la casa de Franklin José Gómez Galarza y se le encontró en la bolsa izquierda del pantalón que andaba puesto una bolsita transparente conteniendo hierba de color verde; en el cuarto de la casa se encontró una bolsa color rosado que en su interior contenía otra bolsa de color blanco con el logotipo de Tip Top la que a su vez contenía papel color blanco y papel periódico y diecisiete bolsitas de plástico transparente conteniendo hierba color verde, la cual con la prueba de campo dio positivo para marihuana; de las hierbas se extrajeron muestras que fueron enviadas al laboratorio de criminalística para su análisis pericial, quedando un peso final de ciento veinticuatro gramos de marihuana.- En la audiencia preliminar se personó la Licenciada Sonia Calderón Mena como defensora del procesado, quien pidió se tomara en consideración que no se trataba de una gran cantidad de droga, que se le concediera arresto domiciliario tomando en cuenta el principio de proporcionalidad; al concluir la audiencia, la Juez decretó prisión preventiva contra el acusado. Posteriormente se realizó la audiencia inicial donde el procesado estuvo asistido por su defensora Sonia Calderón Mena, quien dijo que la acusación se basaba en declaraciones de policías que iban en busca de otras personas, no de su defendido. Tanto la prueba ofrecida por la fiscal como la de la defensa fue admitida para su incorporación al juicio mediante la celebración de la correspondiente audiencia preparatoria. Oportunamente se desarrolló el juicio oral y público, donde el acusado estuvo asistido por su defensora Licenciada Calderón Mena, y como representante del Ministerio Público participó la Licenciada Samia Aguirre Alarcón, culminando con fallo de culpabilidad para el acusado; acto seguido se procedió al debate sobre la pena y se citó para oír sentencia, la que se dictó a las doce meridianas del día siete de mayo del dos mil cuatro, declarando culpable al acusado Franklin José Gómez Galarza, por ser autor del delito de almacenamiento de estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas y condenándolo a la pena principal de seis años de prisión y a las penas accesorias de ley. Contra la indicada resolución, la defensora interpuso recurso de apelación a favor de su defendido; por admitido el recurso, se mandó a oír a la parte recurrida, contestando lo que tuvo a bien la Fiscal Auxiliar Samia Mayela Aguirre Alarcón; los autos fueron remitidos a la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Sur, donde se dictó la sentencia de las nueve y quince minutos de la mañana del día dieciséis de septiembre del dos mil cuatro, resolviendo: “Único. Declárase nulo el presente proceso que se radicó por apelación de la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito de lo Penal de Rivas a las doce meridiano del 07/05/04, en la que se condenó a Franklin José Gómez Galarza, por el supuesto delito de almacenamiento de estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas

en perjuicio de la salud pública y, conforme el Arto. 385. II CPP, si la fiscalía intentase una nueva celebración del juicio, sin violentar el principio de non bis in idem consagrado en los Artos. 6 CPP, y 76 Pn., dicho juicio deberá hacerse ante diferente juez, el cual a su vez, si transcurriese los plazos señalados por el Arto. 134 CPP., sin que existiese la presentación de una nueva acusación por la fiscalía, deberá decretar el sobreseimiento definitivo por haberse extinguido la acción penal”. La Licenciada Isolda Raquel Ibarra Argüello, en su carácter de fiscal departamental de Rivas y en representación del Ministerio Público, interpuso recurso de casación contra la referida resolución. El recurso fue admitido y, por consiguiente, se mandó a la parte recurrida a contestarlo, o sea, a la Licenciada Sonia Calderón Mena, quien se abstuvo de contestar, declarándose abandonada la defensa, en su lugar se nombró de oficio al Licenciado Claudio Salgado. Una vez recibidos los autos en la Sala Penal de este Supremo Tribunal, se tuvieron por radicadas las diligencias, y cumplidos los trámites de ley se está en el caso de resolver; y,

CONSIDERANDO:

I

Expone la recurrente, que la sentencia impugnada le causa perjuicio al Ministerio Público por cuanto el Tribunal de Apelaciones a través de la Sala de lo Penal declaró nula la práctica del allanamiento realizado por la Policía Nacional, por considerar que no existió solicitud para la realización del mismo, así como tampoco consta documentación del acta, lo cual a criterio de la Sala Penal es de gran trascendencia por ser un acto irreparable. Que era preciso manifestar tal como quedó establecido en la sentencia emitida por el Juzgado de Distrito de lo Penal de Rivas, que en este proceso si existió una orden de allanamiento, registro y detención emitida por la misma Juez que conoció de la causa, y así lo manifestaron los policías que declararon como testigos en este juicio de nombres Agustín Ortega Gómez, Andrés Alberto Rodríguez y Justo Emilio Fajardo, quienes fueron los oficiales que ejecutaron el allanamiento en la vivienda del acusado al amparo de una orden judicial, y que como resultado de este acto de investigación se encontró droga (marihuana) en el bolsillo izquierdo del pantalón del acusado así como otra porción de droga (marihuana) encontrada en el único cuarto que existe en esa vivienda, escondida en una caja y tapada con ropas, sustancia ilícita que al ser sometida a las pruebas correspondientes superó los cien gramos, confirmándose por el laboratorio químico a través del peritaje realizado que había presencia de marihuana en posesión y pleno dominio de Franklin José Gómez Galarza. Que la Excelentísima Corte Suprema de Justicia mediante circular del trece de marzo del año dos mil tres ha establecido el criterio de que conforme el sistema acusatorio y tomando en cuenta los principios de licitud y libertad probatoria contenidas en los Artos. 15 y 16 CPP las disposiciones contenidas en los Artos. 48 y 49 de la Ley 285 resultan incompatibles con el Código y se tienen por derogados en forma tácita y se ha establecido que en todo caso la forma de incorporar a juicio las actas u otros documentos redactados para guardar memoria de los actos de investigación debe hacerse a través de la declaración testimonial de quienes directamente la obtuvieron tal como se encuentra regulado en el Arto. 247 CPP. En ese sentido los oficiales de policía mencionados acreditaron con su testimonio en este juicio no solo la existencia de una orden judicial para allanar y registrar la vivienda del acusado sino proceder a su detención a partir de los resultados obtenidos en dicho registro, por otro lado también quedó acreditado que esta misma orden fue ejecutada en la fecha indicada por la judicial lo cual justificó la actuación del órgano coercitivo en este caso la Policía Nacional. A las luces de las disposiciones contenidas en los Artos. 15 y 16 CPP., que establecen que cualquier hecho de interés

para el objeto del proceso puede ser probado por cualquier medio de prueba lícito, que en el presente caso la existencia del documento que contenía la orden judicial de allanamiento quedó sin lugar a dudas acreditada a través de declaraciones testimoniales que fueron debidamente incorporadas al proceso y en tal sentido debió de dársele el valor de prueba legal conforme el criterio racional de la valoración de la prueba sin exigir la presentación de un documento como refiere la honorable Sala Penal. Que en la sentencia recurrida manifestó el Tribunal de Apelaciones que no se cumplieron con las formalidades establecidas en el Arto. 220 CPP., que el allanamiento fue ilegal en abierta violación a los derechos fundamentales establecidos en el Arto. 26 Cn. Que al respecto, mediante sus declaraciones los Oficiales de la policía manifestaron haber cumplido con las formalidades establecidas por la ley al dar a conocer al morador, contra quien iba dirigida la orden, su contenido a través de la lectura y correspondiente entrega, se verificó el registro en presencia del acusado y al finalizar el acto de incautación se registraron las actas de incautación y resultado de allanamiento así como se elaboraron los recibos de ocupación.-

II

La recurrente ha expresado su inconformidad con la sentencia de segunda instancia, por ello la impugna con fundamento en los Artos. 17, 361, 362 y 390 CPP., y esencialmente su reproche consiste en que la sentencia recurrida quebrantó el criterio racional de la valoración de la prueba que debe observarse según el Arto. 193 CPP, todo bajo el amparo del motivo 4º del Arto. 387 CPP; además, agrega haberse violentado el principio de libertad probatoria y licitud de la prueba, pilares fundamentales del sistema acusatorio en la valoración de los medios de prueba que se aportan en juicio, recogido en los Artos. 15 y 16 CPP.- Este supremo tribunal observa, en el caso de autos, que la fundamentación dada por la recurrente es un tanto incoherente en relación con el motivo de casación seleccionado, éste procede cuando hay ausencia de la motivación o quebrantamiento en ella (de la motivación) del criterio racional; por otra parte, la resolución impugnada no entró a verificar la ausencia de la motivación o el quebrantamiento en ella del criterio racional; más bien, la resolución se refiere a la nulidad de todo el proceso, consideró ilícita toda la prueba incorporada, aplicó la teoría o regla de los frutos del árbol envenenado, basándose en la vulneración o quebranto del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por no existir en este caso la orden de allanamiento agregada al proceso y con las formalidades de ley. Cabe también observar que los Artos. 15 y 16 CPP, mencionados por la recurrente, se refieren a la prueba lícita y no hacen referencia a la motivación ni al quebrantamiento de la misma. Sin embargo por la importancia del tema al referirse a la vulneración de un derecho fundamental como es la inviolabilidad del domicilio, debe analizarse el recurso en lo pertinente.

III

Entonces bien, una autorización judicial para que la Policía practique un allanamiento de morada es un acto procesal previo al proceso, porque de él depende la legalidad del mencionado acto de investigación y la licitud de la eventual prueba que pueda encontrarse en el sitio para allanar. Por igual razón son actos procesales la misma diligencia de allanamiento (Arto. 217 CPP), la interceptación de comunicaciones (Arto. 214 CPP), la exhumación de cadáveres (Arto. 221 CPP) y cualquiera otra diligencia de investigación en tanto mediante ellas se procura prueba para hacerlas valer en un proceso. Los actos procesales deben realizarse con las formalidades que dispone la ley, contempladas en los Artos. 119 y siguientes CPP., para dichos actos procesales, el

juzgado llevará un expediente, cronológicamente ordenado, en el que se registraran y conservaran los escritos y documentos presentados y las actas de las audiencias y demás actuaciones judiciales que se realicen en la causa (Arto. 124 CPP). Por lógica inferencia los actos procesales conforman el proceso agregados al expediente, y la orden de allanamiento como acto procesal debe agregarse al expediente con las formalidades de ley. Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro será realizado con orden judicial, la cual deberá solicitarse y decretarse fundadamente y por escrito.- La fundamentación de esta resolución judicial que autoriza el allanamiento, tiene por finalidad como en los demás actos judiciales, permitir el control y la impugnación de la parte agraviada, tales como las providencias, autos y sentencias; en el caso de la resolución que autoriza el allanamiento, deberá contener: 1. El nombre del Juez y la identificación de la investigación o, si corresponde, del proceso; 2. La dirección exacta del inmueble y la determinación concreta del lugar o los lugares que habrán de ser registrados; 3. El nombre de la autoridad que habrá de practicar el registro; 4. La hora y la fecha en que deba de practicarse la diligencia; 5. El motivo del allanamiento, secuestro o detención que será razonado adecuadamente expresando con exactitud el objeto u objetos, o personas que se pretende buscar o detener; y, 6. En su caso del ingreso nocturno (Arto. 219 CPP). Otra formalidad es la de entregar una copia de la resolución judicial que autoriza el allanamiento a quien habite o posea el lugar donde se efectúe. Hasta aquí las cosas, ahora se comprende que la resolución judicial que autoriza el allanamiento por su naturaleza de acto judicial no es por la vía de testigos que deberá ser incorporado al proceso, por su misma naturaleza ya es parte del proceso y debe conformar el expediente judicial. Ahora bien, otra cosa es la práctica o diligencia del allanamiento y su resultado; tal diligencia se practicará procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas. De la diligencia de allanamiento que también es un acto procesal se levantará un acta para hacer constar la observancia de las regulaciones legales. Finalmente, practicado el registro, en el acta se consignara el resultado, la que será firmada por los concurrentes, y si alguien no la firma así se hará constar. Este resultado es lo que la recurrente de casación viene alegando que incorporó al juicio a través de los testigos como un todo conformado por la resolución judicial que autoriza el allanamiento y el resultado de la diligencia de allanamiento. Establecida la diferencia entre la resolución judicial que autoriza el allanamiento y los resultados de los actos de investigación, está claro que los resultados son los que contienen la información de interés para la resolución de la causa, son fuentes de prueba que se incorporarán al juicio a través de la declaración testimonial de quienes directamente la obtuvieron mediante percepción personal. Pero, solamente tendrá valor cuando la prueba sea lícita según lo prescribe el Arto. 16 CPP que dispone: “Licitud de la Prueba. La prueba sólo tendrá valor si ha sido obtenida por un medio lícito e incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código”. Lo cual significa que no se pueden violentar los derechos fundamentales de las personas en la obtención de las pruebas. Es una verdad vigente y bien divulgada que la Constitución Política de la Republica de Nicaragua establece un conjunto de derechos y garantías expresamente reconocidos y recogidos en el capítulo de derechos individuales, que limitan el marco de la investigación de los hechos en el proceso penal, y por lógica inferencia, con respecto a las pruebas ilícitas debe deducirse que son todas aquellas obtenidas violentando ese conjunto de derechos y garantías constitucionales, pues la Constitución Política de la Republica de Nicaragua no hace referencia expresa directa a la prueba ilícita y por lo tanto se debe deducir como quedó dicho. En el Código Procesal Penal hay cinco disposiciones que tratan de la prueba ilícita, y son los Artos. 15, 16, 191, 316 y 387.- Esencial importancia tiene

dentro de las garantías constitucionales el derecho a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio consagradas en el Arto. 26 Cn., el domicilio sólo puede ser allanado por orden escrita de Juez competente, con las excepciones fijadas por la misma constitución. En lo que respecta al caso concreto, a criterio de la Sala de sentencia se debe aceptar que siendo ilegal la diligencia de allanamiento todos los medios de prueba derivados de dicho allanamiento carecen de valor. La garantía que ofrece el proceso penal al individuo con respecto a la inviolabilidad del domicilio no es absoluta, es una protección de segundo nivel, no se trata de una protección absoluta que impida por completo la búsqueda de información en el domicilio de una persona, la protección que ofrece el proceso consiste en que no será posible buscar información en tales fuentes sino media una autorización expresa de un Juez y con los requisitos y las formalidades que contemplan los Artos. 219 y 220 CPP.- Así las cosas, la garantía de la legalidad de la diligencia de allanamiento, se comprueba con la resolución judicial que ordena el allanamiento, lo cual significa que el domicilio puede ser allanado sólo con orden escrita de juez competente, debe estar debidamente motivada y sustentarse en la existencia de indicios fundados de estar en presencia de un delito, en resumen deben de sumarse los requisitos especiales que desarrolla la ley procesal y que sin duda alguna pretenden reforzar las garantías ya dadas constitucionalmente. Por consiguiente el reclamo de la recurrente no es atendible.

POR TANTO:

De conformidad con lo expuesto, disposiciones legales citadas, Artos. 386, 387, 397 y 398 CPP., los suscritos Magistrados administrando justicia en nombre de la República de Nicaragua, resuelven: **1)** No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la recurrente Licenciada Isolda Raquel Ibarra Argüello, en su carácter de fiscal departamental de Rivas y en representación del Ministerio Público, contra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Sur, dictada a las nueve y quince minutos de la mañana del día dieciséis de septiembre del dos mil cuatro, declarando nulo el juicio.- **2)** Cópiese, notifíquese, publíquese y con testimonio concertado vuelvan los autos al lugar de su origen. Esta sentencia está escrita en tres hojas útiles de papel bond con membrete de la Corte Suprema de Justicia y rubricadas por el Secretario de la Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal. **(F) A. CUADRA L. (F) R. CHAVARRIA D. (F) RAFAEL SOL C. (F) NUBIA O. DE ROBLETO (F) ANTE MI: J. FLETES L. Srio.**
