

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Msc. Rafael Ángel Sanabria Rojas
Juez de Casación Penal a.i.

A. Derecho Penal

1. Beneficio de ejecución condicional.

Denegatoria por falta de requisitos legales.

2. Desobediencia a la Autoridad. Falta de configuración cuando se incumplen medidas alternas a la prisión preventiva. Excepciones.

3. Concurso ideal. Entre robo agravado y uso ilegítimo de arma no permitida.

4. Extradición. Doble incriminación. Vigencia del tipo penal al momento del hecho.

5. Ley de Armas. Principio de lesividad.

6. Ley de armas. Alcances del termino portar.

B. Derecho Penal Juvenil

7. Atipicidad. Puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.

8. Competencia. Conflicto. Modificación de pena. Casación.

9. Imputabilidad disminuida. Posibilidad de imponer sanción.

10. Pena. Fundamentación. Anulación de sentencia del Tribunal de Casación. Fundamento.

11. Pena. Fundamentación. Aspectos a tomar en cuenta en la sustitución de la sanción.

C. Derecho Procesal Penal

12. Acción civil. Desistimiento. No comparecencia del actor civil a declarar como testigo.

13. Acción Civil. Prescripción. Competente para conocer reenvío por acción civil.

14. Acción civil. Prescripción de acción penal. Competente para conocer reenvío. Prescripción penal no afecta pretendido derecho indemnizatorio.

15. Acción civil. absolutoria penal. Condenatoria con fundamento en otras reglas del ordenamiento.

16. Acción civil. Casación. Improcedencia del efecto extensivo en lo civil.

17. Acción Civil. Costas. Inadmisibilidad de casación

18. Acción civil. Restitución. Alcances del artículo 140 del Código Procesal Penal.

19. Acción Penal. Prescripción. Plazo de suspensión por rebeldía.

20. Allanamientos. Improcedencia de delegación de allanamiento en el Juzgado Contravencional. Prueba ilícita.

21. Prescripción acción penal. Resolución de Casación tiene carácter de sentencia.

22. Notificación por facsímil. Plazo para recurrir. No rige Reglamento, sino artículo 160 del Código Procesal Penal.

23. Revisión. Hechos o prueba nueva. Alcances.

A. Derecho Penal

1. Beneficio de ejecución condicional. Denegatoria.

“El Tribunal ha valorado una serie de circunstancia que llevan al rechazo del beneficio. Esencialmente la conducta reiterada del imputado de ingerir licor y conducir. Como prueba de ello se valora que fue el propio padre de la víctima quien le advirtió unos quince días antes del suceso, de la posibilidad de producir un accidente por guiar en esas condiciones. De la conducta del acusado también dio cuenta el testigo..., quien dijo conocerlo unos ocho años atrás y que siempre había tomado licor. El propio imputado aceptó su debilidad en la audiencia oral. Lo anterior llevó a concluir al Tribunal de mérito la posibilidad de reincidencia del imputado y la justificación para denegar el beneficio, lo cual encuentra apoyo en lo estipulado por el artículo 59 párrafo segundo

del Código Penal. Incluso se analizó el testimonio de..., quien sostuvo que el imputado asistía todos los días al grupo de alcohólicos anónimos en San José, descartándose lo anterior porque... dijo trabajar en una zona bastante alejada de la capital, que le imposibilitaba efectivamente estar todos los días en San José. Finalmente se valoró la ausencia de un interés sincero por reparar el daño ocasionado (folios 341 a 344). Consecuentemente la sentencia se ajusta a las normas sustantivas citadas en el recurso y, a la vez, está debidamente justificada, por lo que debe declararse sin lugar el motivo.

Tribunal de Casación Penal, 2004-302, de las 10:26 horas, del 1 de abril del 2004. En igual sentido 2004-297, de las 9:49 horas, del 1 de abril del 2004.

2. Desobediencia a la Autoridad. Falta de configuración cuando se incumplen medidas alternas a la prisión preventiva. Excepciones.

“Según se observa, en este caso estamos frente a una orden dictada por un Juez Penal, la cual se emitió dentro de una causa que seguía contra el mismo imputado Mora León por los delitos de Violación de Domicilio, Hurto Simple y Resistencia Agravada. Una vez examinada la naturaleza intrínseca de esa orden, una copia de la cual se agregó a folio 4, debe concluirse sin lugar a dudas que se trata de la imposición de medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, en los términos del artículo 244 del Código Procesal Penal. Por consiguiente, la interrogante que salta de inmediato es la referente a las consecuencias o efectos del incumplimiento de este tipo de medidas. Según se tuvo por acreditado en el fallo de instancia, el Juez Penal le indicó al justiciable... que si no cumplía las medidas que le fueron impuestas podría ser procesado por el delito de Desobediencia a la Autoridad. Sin embargo, a la luz de las disposiciones legales que regulan esta materia, es obvio que tal advertencia obedece a un error, pues, tratándose de medidas alternativas a la prisión, lo que se le debió advertir al imputado en aquella oportunidad es que su incumplimiento injustificado sería causa específicamente de que estas medidas fueran revocadas y se ordenara, en su lugar, la prisión preventiva. Lo anterior se desprende del propio contenido del artículo 244 del Código Procesal Penal, por cuanto queda claro que las medidas cautelares que allí se regulan deben aplicarse cuando, existiendo las presunciones (o peligros) que motivan (o justifican) la prisión preventiva, ésta pueda evitarse acudiendo a alternativas menos gravosas para el imputado. Por lo tanto, si esas

alternativas fracasan, lo procedente es aplicar aquella respuesta que se pretendió evitar por ese medio, esto es, la privación de libertad. De ahí que deba concluirse que las consecuencias del incumplimiento de las medidas cautelares diferentes de la prisión preventiva deben ser de naturaleza exclusivamente *procesal*, pues esa es la finalidad que la ley les asigna. Por desgracia, ello no fue tomado en cuenta en esta causa, produciéndose una desnaturalización de la finalidad de las medidas cautelares impuestas a..., en contra de lo dispuesto expresamente por el párrafo segundo del artículo 245 del Código Procesal Penal. Véase que, en vez de limitarse las condiciones impuestas a cumplir los fines del proceso, evitando los peligros de fuga, obstaculización o reiteración delictiva, se sentaron más bien las bases para obtener efectos de carácter *sustantivo*, materializados en la atribución de un nuevo delito, derivado exclusivamente del incumplimiento de las medidas cautelares impuestas. Por ende, en vista de que ello resulta improcedente, lo que debe considerarse es que la conducta atribuida al encartado... es atípica, puesto que el hecho de no haber cumplido las medidas cautelares mencionadas no implica, en sí mismo, la desobediencia a una orden de la autoridad, sino que sólo sienta los presupuestos procesales necesarios para que tales medidas queden sin efecto y se imponga la prisión preventiva. A mayor abundamiento, se debe agregar que – como bien lo hace ver la propia recurrente – estamos ante el caso de normas cuyo incumplimiento autorice expresamente la apertura de un proceso por el delito de Desobediencia a la Autoridad, como sí se establece, por ejemplo, en el párrafo final del artículo 3 de la *Ley contra la Violencia Doméstica* (número 7586 de 10 de abril de 1996). En la especie no se trata de *medidas de protección* establecidas conforme a la Ley que se acaba de mencionar. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 307 del Código Penal, 369 inciso i) y 450 del Código Procesal Penal, corresponde revocar en su totalidad el fallo impugnado, debiendo, en su lugar, absolverse al justiciable... de toda pena y responsabilidad por el delito de Desobediencia”

Tribunal de Casación Penal. 2005-251, de las 8:50 horas, del 7 de abril del 2005.

3. Concurso ideal entre robo agravado y uso ilegítimo de arma no permitida.

“En el fallo impugnado se estableció que el imputado... cometió tres delitos, a saber: a) «*Robo agravado*», por el que se impuso tres años y cuatro meses de prisión; b) «*Resistencia*

agravada», por el cual se impuso ocho meses de prisión y c) «*Portación ilícita de arma permitida*», por el que impuso la pena de veinte días de prisión. La resolución no es clara respecto a la naturaleza de la confluencia que existe entre estos delitos, aunque en la parte dispositiva se dice que entre el Robo agravado y la Resistencia agravada existe un "*concurso ideal*" (folio 143). Sin embargo, de acuerdo con el relato de hechos probados, está claro que esos delitos se cometieron el mismo día 19 de abril de 2004, pero en horas diferentes, es decir, son delitos cometidos por el mismo agente, en forma separada (artículo 22 del Código Penal). Por ende, en cuanto a ese aspecto concreto, estima esta cámara que simplemente hay un error de derecho, el cual no incide en la parte resolutive, debiendo ser corregido a tenor de lo dispuesto por el artículos 146 y 433 del Código Procesal Penal, en el sentido de que los delitos de Robo agravado y Resistencia agravada constituyen un concurso material, no un concurso ideal como por equivocación se consignó en el fallo. En cambio, resulta claro que, por una parte, en cuanto al primer hecho, tanto la portación como el uso del arma son circunstancias que quedan subsumidas en el delito Robo agravado [véase que una de las agravantes del Robo es precisamente el uso de armas, según lo dispuesto por el artículo 213 inciso 2) del Código Penal]; mientras que, por otra parte, en cuanto al segundo hecho, debe entenderse que la Resistencia Agravada y la Portación ilícita del arma permitida sí concurren idealmente, por cuanto se trata de una sola acción mediante la cual se violaron dos normas diferentes que no se excluyen entre sí. Ahora bien, conforme a las reglas de la penalidad del concurso ideal: "...el Juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla." (Artículo 75 Código Penal). Por lo tanto, en cuanto a ello es procedente el reclamo, en el sentido de que, respecto a los delitos de Resistencia agravada y Portación ilegítima de arma permitida, sólo debe subsistir la pena impuesta por el primero de esos delitos, que es el más grave de los dos, debiendo eliminarse la que fue impuesta por el delito de Portación ilícita de arma permitida. En consecuencia, debe acogerse el recurso y casarse la sentencia únicamente para suprimir la pena de prisión que, en forma independiente, se asignó por el delito de «*Portación ilícita de arma permitida*», de manera que la pena total que deberá descontar el acusado es de cuatro años de prisión (tres años cuatro meses por Robo agravado y ocho meses por Resistencia agravada)»

Tribunal de Casación Penal. 2004-1331, de las 10:17 horas, del 21 de diciembre del 2004.

4. Extradición. Doble incriminación. Vigencia del tipo penal al momento del hecho.

“consideramos importante remitirnos a los criterios que constan en el voto minoritario de la resolución 2002-0666 de las 10:00 horas del 29 de agosto de 2002 (redactado por la jueza Fernández Vindas). En ese voto salvado y respecto al mismo problema que aquí se examina, se dijo lo siguiente: “La jurisprudencia nacional ha sido consistente en considerar como momento a tomar en cuenta para establecer la identidad de la norma, o examen de la doble incriminación, a efectos de la concesión de la extradición, la correspondiente a la fecha de la comisión del hecho por el que se solicita la extradición, sea, el momento de la infracción. También la doctrina nacional se ha pronunciado en tal sentido. Así, CHAVES, Alfonso y otros, expresan: ‘*En síntesis, no está además agregar con Jiménez de Asúa (ver nota f), que el tipo delictivo debe existir en el momento en que el hecho se ha cometido así como en el instante en que se hace la entrega de la persona solicitada, para que se cumpla con la exigencia de la previsión del hecho como delictivo en ambos países ...*’ (CHAVES, Alfonso. GONZALEZ, Daniel. HOUED, Mario. SANCHEZ, Cecilia. La Extradición en Costa Rica. Editorial Nueva Década, San José, C.R., 1989, p. 49). Esta posición es la que se adecua al principio constitucional consagrado en el artículo 34, que dice: ‘*A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.*’ Permitir la extradición por un hecho que no configuraba delito en nuestro país, en el momento de su comisión, implicaría dar efecto retroactivo a la Ley N° 8204, del 26 de diciembre de 2001, publicada el 11 de enero de 2002. Aparte de ello, debo señalar que ni el Tratado de Extradición con los Estados Unidos, ni la Ley de Extradición establecen en forma expresa cuál es el momento del que debe partirse para examinar la doble incriminación. Sin embargo, las normas que de manera indirecta podrían relacionarse con ello, están referidas al momento de la comisión del hecho, así en el Tratado encontramos el art. 16, que se refiere a la regla de especialidad, que limita las posibilidades del Estado requirente para juzgar a la persona extraditada, a las que se expresan, señalando el aparte d) del inciso 1) que puede juzgarse ‘*Cualquier delito respecto del cual proceda la detención de la persona, su*

procesamiento o su sanción por parte del Estado Requerido. Para los propósitos de este párrafo, el Estado Requerido puede solicitar la presentación de los documentos mencionados en el Artículo 9º Con lo que es claro que se está partiendo del momento de comisión del delito, dado que en el Estado Requerido, Costa Rica, no podría ser juzgada una persona por un hecho que en el momento de su comisión no configuraba delito, art. 39 de la Constitución Política. Por su parte la Ley de Extradición, al referirse el artículo 3 a los supuestos en los que no se concederá la extradición, hace referencia en los incisos a), d), y f) al momento de la comisión del hecho punible. Además, hay que señalar que la Convención Interamericana sobre Extradición, ratificada por Costa Rica, aunque no por los Estados Unidos, quien no es Estado firmante, (Ley Nº7953, Aprobación de la Convención Interamericana sobre Extradición, Alcance Nº 12 a la Gaceta Nº 36, del 21 de febrero de 2000), en su artículo 3. 1, indica: *‘Para determinar la procedencia de la extradición es necesario que el delito que motivó la solicitud por sus hechos constitutivos, prescindiendo de circunstancias modificativas y de la denominación del delito, esté sancionado en el momento de la infracción, con la pena de privación de libertad...’* (El destacado en negrita es nuestro). Claro que dicha Convención establece expresamente, art. 33. 1, que solo rige entre los Estados Partes que la ratifiquen o adhieran a ella, y no deja sin efecto los tratados bilaterales, tal como el existente con los Estados Unidos, pero lo importante es que, como señalara anteriormente, ni el Tratado de Extradición ni la Ley de Extradición, aplicable a los aspectos no previstos por los tratados, establecen en forma expresa el momento en el que deba considerarse la doble incriminación, y a diferencia de ello, no solo la Constitución nos obliga a partir del momento de la comisión del hecho, a menos que nos encontremos ante la derogatoria posterior del delito, que resulta ser ley más favorable, sino que, también, las pocas alusiones que contiene la normativa al respecto, aluden a dicho momento, como se evidencia de la misma posición que asume la citada convención. Es de notar que en relación a esta Convención, al evacuar la Sala Constitucional la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, (Voto 08292-99, de las 12:57 hrs. del 29-10-99), la Sala ni siquiera alude a ese aspecto de la Convención, art. 3.1, no llamando la atención de esa cámara la disposición aludida, (lo que sí ocurre con otras normas de la Convención), en mi criterio por ser lo considerado ‘normalmente’ adecuado a nuestro ordenamiento constitucional. Esta opinión se

refuerza, si observamos que en diversos pronunciamientos, concernientes a la ‘doble incriminación’ a efectos de la extradición, la referencia de la Sala al momento en que debe considerarse la misma, ha sido la del momento de la comisión del hecho, sea de la infracción, tal y como se indica en la citada Convención. Al respecto, ha expresado dicha Sala: – *‘Fundamenta el accionante el recurso sobre la base de que los hechos que le son imputados al señor...no se encuentran expresamente tipificados en la legislación costarricense...Al respecto, ha señalado esta Sala: ‘Que para conceder la extradición, es requisito esencial que el delito atribuido sea ilícito tanto en la legislación del Estado requirente como del requerido, según el principio de doble incriminación contemplado en el artículo 3 de la Ley de Extradición. Este requisito se cumple cuando la extradición es solicitada por un hecho o hechos que considerados abstractamente son punibles por ambos ordenamientos, aun cuando cada uno de ellos lo prevea bajo un diferente tipo delictivo’* (Sentencia 456-90 del 4 de mayo de 1990). En otros términos, lo que se pretende con el principio de la doble incriminación, es que el tipo delictivo exista al momento en que el hecho se ha cometido, pero no que se encuentre tipificado en ambas legislaciones con una misma denominación jurídica.’ (Voto 2579-93, de las 15:15 hrs. del 08-06-93, la negrita no es del original). En el mismo sentido ver Voto 5073-97, 10:54 hrs. del 29-08-97. – *‘Estima la Sala que al cumplirse a cabalidad con los requisitos exigidos para que proceda la extradición, no existe violación alguna a los derechos...; pero aclara, eso sí, que debido a que la evasión fiscal y la defraudación fiscal no constituían en Costa Rica delito al momento en que supuestamente se cometieron los hechos, Luigi Ardino no podrá ser juzgado en la República de Italia por esos delitos, pues lo contrario, implicaría una clara violación al principio de la doble incriminación por tratarse de conductas atípicas en nuestro ordenamiento...’* (Voto 1136-96, de 15:06 hrs. del 06-03-96). *‘PRINCIPIO DE IDENTIDAD O DE ‘DOBLE INCRIMINACION’ ...Sobre el particular, la Ley de Extradición en su artículo 3 inciso d) es clara, en el sentido de que no se puede conceder la extradición en nuestro país cuando el hecho imputado no fuere delito según la ley costarricense, aplicando así el ‘principio de identidad de la norma’, también conocido como de ‘doble incriminación’, es decir, la exigencia de que el hecho por el que se concede la extradición esté previsto como delito por la ley del Estado requerido y el requirente, de manera que el tipo delictivo debe existir en*

ambos países en el momento en que el hecho se ha cometido y en el instante en el que se hace la entrega, aunque no es preciso que esté descrito en ambas leyes con la misma denominación jurídica... (Voto 0813-98, de 16:27 hrs. del 10-02-98, el destacado en negrita es nuestro, excepto el del subtítulo). Fuera de ello, hay un argumento en mi opinión esencial para sostener este criterio, y es que cualquier sujeto está obligado a ajustar su conducta al ordenamiento legal vigente al momento de su actuar, pero no es posible ajustar las acciones de 'hoy' a las exigencias del ordenamiento de 'mañana', como tampoco sería posible exigir que la conducta realizada en determinado Estado, conforme al ordenamiento del mismo, sea sancionada por no ajustarse el ordenamiento de otro Estado, pues ello implicaría ajustar la conducta al ordenamiento mundial, que no solo no es uniforme, sino que sería imposible de conocer y comprender para cualquier habitante del planeta. Lo que se estaría exigiendo, si, como ocurre con el Tratado de Extradición con los Estados Unidos, no importa dónde se haya realizado el delito, para la procedencia de la misma. De ahí que, si bien no se puede desconocer la tendencia al abandono del principio de territorialidad, con las posibilidades de que se juzguen los delitos con independencia del lugar donde se cometen, (sobre todo tratándose de delitos que afectan los Derechos Humanos, y de los de carácter internacional), ello no implica el abandono del principio de la doble identidad de la norma, y de su garantía, resultante de considerar el momento de la comisión de la infracción para su establecimiento. Este momento resulta un parámetro único y cierto, no manipulable, a diferencia de considerar momentos posteriores, como serían la fecha de la solicitud de la extradición, o el momento de la audiencia a la defensa sobre la misma, o el momento de la decisión, que además de las violaciones dichas, podrían llevar a la afectación del derecho de defensa, y darían la posibilidad de volver a plantear la extradición por un mismo hecho, en el caso de que luego de rechazada, en el país requerido se apruebe una ley que lo configure como delito, lo que no sería acorde con el artículo 12 de la Ley de Extradición, ni el principio de seguridad jurídica."

A todo lo expuesto debe agregarse que, si se admitiera la tesis de que el principio de la doble incriminación debe juzgarse al momento del dictado de la sentencia de extradición, en casos como el presente el resultado final consistiría en darle efecto retroactivo a una ley posterior a la fecha de comisión del hecho, que en este caso concreto sería la Ley número 8204 de 26 de

diciembre del 2001, publicada en La Gaceta N° 8 del 11 de enero del 2002, lo cual nos parece violatorio de los derechos del extraditabile".

Tribunal de Casación Penal. 2004-1248, de las 9:55 horas del 2 de diciembre del 2004.

5. Ley de Armas. Principio de lesividad.

"Tal como lo hace ver la defensa, la Sala Constitucional se ha pronunciado reafirmando el contenido del artículo 28 constitucional en el sentido de que aquellas conductas que no afecten la moral y las buenas costumbres se encuentran fuera del ámbito punitivo del Estado. Este tribunal también ha considerado la lesión al bien jurídico tutelado como un elemento integrante de la antijuridicidad material, que debe concurrir para que haya disparidad entre el hecho y la disposición legal prohibitiva. Se ha dicho al respecto que: "... otras máximas que inspiran el Derecho Penal como lo son el principio de proporcionalidad entre hecho y sanción, y la premisa filosófico-jurídica que sitúa el Derecho Penal como derecho residual o fragmentario, como última ratio y no como única ratio para la solución de conflictos en la sociedad. Una conducta humana, para que sea merecedora de sanción penal, debe afectar de manera concreta y plena algún bien jurídico, pero no de forma tangencial o mínima, ya que en tal caso se incurriría en una aplicación meramente formal de las normas penales, sin ningún contenido real. (Art 28 y 39 de la Carta Magna). Como bien lo puntualiza Susana Huerta Tocildo en la página 20 de su obra Sobre el contenido de la antijuridicidad, Editorial Tecnos S. A., 1984: "...para que una conducta pueda ser calificada de antijurídica, no basta con que haya ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico - desvalor de resultado - sino que es preciso que dicha lesión o puesta en peligro se efectúe en el marco de una acción personalmente antijurídica (desvalor de acción)." (Sentencia del Tribunal de Casación 00639-00 de 21 de agosto de 2000. También se ha considerado el tema en las sentencias 01021-2002 y 00948-2003 de este mismo Tribunal) Tratándose de la Ley de Armas, el legislador ha considerado que la seguridad de los ciudadanos es un bien jurídico digno de tutela y ha dispuesto una ley que establece cuáles armas son permitidas y los requisitos para obtener la autorización para su posesión o transporte, y cuáles armas, por su potencial ofensivo no deben estar en manos de las personas de derecho privado. Ha sido reiterado en la jurisprudencia del Tribunal del Casación Penal, que para que se configure algunos de los delitos

de dicha ley debe evidenciarse algún peligro real o potencial para la seguridad ciudadana, que logre vulnerar el bien jurídico tutelado (Sentencia 870-2002 de 16:25 hrs. de 18 de octubre de 2002), de tal forma que si la conducta no alcanza tal estado lesivo, no existe antijuridicidad material y por ello la figura no constituye delito. En un caso similar al que se conoce se afirmó que: *“Era esencial determinar si el estado del arma permitía su funcionamiento o no, porque de ello dependía la posible puesta en peligro o el simple peligro para el bien jurídico protegido por el artículo 88 de la Ley de Armas. En el fallo en cuestión se admite una duda sobre el particular (folio 49), es decir, no se sabe si realmente la portación del arma decomisada representaba algún peligro para el bien jurídico protegido por el 88 de la Ley de Armas y Explosivos.”* (Sentencia 1032-2003 de 11:32 hrs. de 16 de octubre de 2003. En sentido similar ver al respecto la sentencia 992-2003 de 11:15 hrs. de 30-09-03). El reclamo que la parte plantea presenta alguna similitud con los fallos citados, pues se indica que el arma AK47 que se le decomisó a los imputados no funcionaba y así fue indicado en el dictamen respectivo, en consecuencia, no tenía capacidad potencial de causar peligro alguno. Examinado el dictamen rendido por el Laboratorio de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, tenemos que *“el arma referida no dispara, ya que le falta el percutor y su recámara y cañón están obstruidos”* (f. 48-49), en consecuencia la misma carecía de capacidad de causar un peligro real o potencial para las personas, por lo que en cuanto al arma mencionada sí es viable aplicar los precedentes citados, que relevan de responsabilidad criminal cuando se descarta la lesión al bien jurídico tutelado... En orden a lo dicho, si el fusil AK47 es una arma prohibida, de conformidad con el artículo 25 de la Ley de armas y se ha estimado que por las condiciones de la misma no lesiona el bien jurídico tutelado el imputado... no debió ser condenado por ese hecho”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-98, de las 10:39 horas, del 12 de febrero del 2004.

6. Ley de armas. Alcances del termino portar.

“No existe una modificación esencial entre la relación de hechos probados y los actos que se determinan con la prueba recibida en la audiencia. La variación respecto del tipo penal, no es sustancial, pues no existe una diferencia esencial entre la acción de poseer armas

prohibidas y su tenencia. La descripción de la acusación utiliza el término portar, no en el sentido específico que contiene el artículo 88 de la Ley de Armas, sino que su descripción abarca, tanto la posesión como la portación, comprendiendo, lógicamente, que entre la primera y la segunda existe una relación de género y especie, de tal forma que si bien es cierto que los agentes policiales no apreciaron el momento en que el encausado portaba el arma, si es indiscutible que las armas se decomisaron en el domicilio del acusado, de tal forma que se comprende que cuando la requisitoria se refiere a la portación, abarca, lógicamente, por la similitud conceptual, la posesión. La actuación de las autoridades, según refiere Trejos Prendas, se motivó en la portación de armas en la que incurrió el encausado, sin que pudiera comprobarse, directamente, que el acusado portara tales armas, empero, si se evidenció, según refieren los testigos, que efectivamente las poseía, situación que ya contenía la acusación. La aplicación de un tipo penal de menor gravedad, no lesiona los derechos del acusado, pues se trata de una figura delictiva atenuada que resulta aplicable conforme al cuadro fáctico, pues existe una coincidencia esencial entre la posesión y portación de armas ilícitas; incluso las dos figuras están previstas en la misma norma, circunstancia que demuestra la coincidencia y similitud entre los dos ilícitos citados. No existió una variación esencial del tipo delictivo, pues el juez se mantuvo dentro del mismo tipo delictivo, aplicando una hipótesis similar a la que contiene la acusación, comprobando que había existido una posesión pura y simple y no la portación de arma prohibida, que es también una modalidad de posesión. Bajo estos supuestos, admitiendo que no existe una variación esencial de la calificación jurídica, es posible aplicar, tal como lo hizo el a-quo, la previsión que contiene el segundo párrafo del artículo 365 del c.p.p.

Dada la similitud y coincidencia conceptual y jurídica entre la posesión y la portación de armas, según se expuso, no existe una contradicción esencial entre la relación de hechos probados y el contenido de la prueba recibida en la audiencia, por esta razón también se rechaza el presente reclamo”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-41, de las 9:25 horas del 19 de enero del 2004.

B. DERECHO PENAL JUVENIL

7. Atipicidad. Puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. Imputación Objetiva.

“el Tribunal considera procedente la solicitud, pero conforme razones diferentes a las pretendidas en el recurso, porque lo que resulta aplicable es la figura de la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste*, que dirige a la atipicidad de la conducta, no así el *consentimiento del derechohabiente*, que expone una causa de justificación, donde la tipicidad persiste, pero el proceder del sujeto no resultaría antijurídico, debido a su justificación por parte del ordenamiento jurídico.

Para explicar un poco esta situación, tenemos que estudiar un poco la dogmática penal y aclarar conceptos relevantes. En efecto, partiendo de una aceptación de la *teoría de la imputación objetiva* para resolver casos imprudentes o de infracción del deber, así como los realizados con dolo, debemos tener presente los elementos que la conforman y le brindan razón de existencia. IV. Teoría de la imputación objetiva. Cuando nos referimos a la *imprudencia* o *culpa*, es importante mencionar que actualmente el desarrollo y estudio científico de este tipo de delitos ha sobrepasado las expectativas que se tenían, llegando a volcarse muchos juristas a otorgarle primordial relevancia a su examen como producto de la dogmática jurídico-penal (CHINCHILLA SANDÍ, Carlos, *La Culpa en Derecho Penal (Estudio del delito culposo; su configuración y elementos en la moderna teoría del delito)*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, se desarrolla un análisis dogmático del delito culposo o imprudente). Como lo señala ROXIN, a pesar de esa situación, “los esfuerzos científicos en la formación de conceptos, en la ordenación sistemática y en los resultados prácticos no ha producido aún tanto consenso y claridad como en la dogmática del delito doloso” (ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, tomo I, 1997, p. 997). Según la concepción moderna, la cual podemos decir que es casi unánime, la imprudencia es un *problema de tipo* (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997). En este sentido, se puede señalar que una conducta imprudente puede estar justificada o exculpada en el caso concreto; pero es en el tipo donde se determina si era imprudente (cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997). La doctrina clásica, que permaneció en este terreno hasta la postguerra, apreciaba la imprudencia exclusivamente como una forma menos grave de la culpabilidad al lado del dolo (cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997); ello era así, debido a que el estudio del dolo y la imprudencia o culpa se remitían a los elementos de la culpabilidad. Fue posteriormente, esencialmente con WELZEL, como lo veremos más adelante, que esta comprensión varió y el dolo, por ende la culpa o imprudencia, fueron analizadas dentro de la tipicidad y se abandonó ese esquema de

referencia desde la culpabilidad, convirtiéndose en un *problema de tipo*. Por *culpa* o *imprudencia* podemos entender una forma de obrar, de quien actúa con *infracción al deber de cuidado*, lo que anteriormente se identificaba como la *negligencia*, *impericia* o *inobservancia de los deberes que le incumbían concretamente* (cfr. TERRAGNI, Marco Antonio, *El delito culposo*, Buenos Aires, 1998, p.17). Por ello, en el delito culposo «finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal (ver, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, tercera edición, 1994, p. 241). El Código Penal costarricense no sólo contempla supuestos de ilícitos penales dolosos, donde la realización del injusto se verifica mediante conocimiento y voluntad, sino que se cuenta con el llamado *delito imprudente*, donde el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo doloso, pero lo realiza por *infracción de la norma de cuidado*, esto quiere decir, por inobservancia del cuidado debido (cfr. BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 241; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1990, p. 287). En estos casos, el sujeto procede en forma descuidada y negligente, siendo el fundamento de la imputación el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. Por ello, en el delito culposo «finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal» (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 241). El Código penal costarricense recoge dentro de su artículo 30, tanto, el dolo como la culpa o imprudencia. Dentro del estudio del delito imprudente, se debe de constatar la necesaria relación de causalidad entre el hecho dirigido bajo la infracción del deber de cuidado y el resultado lesivo, introduciendo el correspondiente estudio de la imputación objetiva del resultado como elemento identificador de la tipicidad objetiva del delito imprudente. Por otra parte, en la *acción imprudente* o *culposa* su resultado es *previsible* y *evitable*, cuando no le asisten estas cualidades, podemos estar ante supuestos del *caso fortuito* o *fuerza mayor*, donde se excluye la imputación objetiva del resultado. En lo ilícito del delito culposo es posible distinguir entre el *disvalor de acción* y el *disvalor del resultado*, paralelamente a como se hace en el campo del delito doloso. Sin embargo, para algunos, como en el caso de BACIGALUPO (*Principios...*, cit., p. 242), carece de sentido diferenciar el *tipo subjetivo* del *tipo objetivo*, debido a que esta bipartición en el

delito doloso tiene sentido porque éste se caracteriza por la coincidencia básica entre lo querido y lo hecho por el autor. En el delito culposo, por lo contrario, lo que se muestra como esencial es la discrepancia entre lo querido y lo hecho por aquél. Lo anterior no significa que en lo ilícito del delito culposo no se puedan dar elementos subjetivos (cfr. BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 242 y 243). La *imprudencia* o *culpa* contiene un *momento negativo*, representado por la falta de diligencia, de cuidado, de prudencia, que no debe confundirse con la omisión de la acción. Es posible, por tanto, una acción positiva sin el debido cuidado, tanto como una omisión sin el cuidado exigido. Dicho de otra manera, en el delito culposo de comisión la falta de cuidado no afecta el carácter *comisivo* del hecho (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., pp. 242-243). En definitiva, se habla de *culpa* o *imprudencia* en aquellos casos donde el sujeto procede en forma descuidada y negligente, siendo el fundamento de la imputación el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. Por ello, en el delito culposo «finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal» (ver, BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 241). En el campo de la tipicidad del delito imprudente, inicialmente debe verificarse que el sujeto actuó sin dolo, porque, de lo contrario, si el autor obró con dolo no cabe la verificación de la adecuación respecto del tipo de un delito culposo. En esencia, la tipicidad del delito culposo requiere que el autor haya *infringido un deber de cuidado*. Si se trata además de un delito culposo con *resultado* de lesión, *éste deberá ser objetivamente imputable* a la acción (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 243). Veamos cada uno de estos elementos: 1)

La infracción del deber de cuidado. El primer elemento de la tipicidad, en los delitos imprudentes, es la *infracción del deber de cuidado*. En realidad los códigos penales no vienen a regular en forma específica el deber de cuidado, sino se expone un deber genérico cuya infracción resulta punible si se cumplen además los otros elementos del tipo penal que condicionan la punibilidad. Existen dos criterios para definir el *deber de cuidado concreto*; por una parte, tenemos el criterio *objetivo*, y, por otra, se tiene el criterio *individual*. Es de muestra preferencia lo relativo al *criterio individual* donde el deber de cuidado dependerá de las capacidades y conocimientos especiales del autor concreto. Esta situación enfocada de manera inversa, sería, “no infringe el deber de cuidado, el que, de acuerdo con sus capacidades y

conocimientos, no podía haber previsto la realización del tipo” (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 244). 2) El riesgo permitido. En la realidad social puede hablarse de un *riesgo permitido*, constituido por la tolerancia social de un cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos. El tráfico de vehículos representa un grado mayor de riesgo de accidentes que la circulación a pie; esto es claramente reflejado en las estadísticas sobre las causas de muerte, donde la principal se ubica en la conducción de vehículos automotores, sin embargo, esta actividad se asume como un riesgo socialmente adecuado debido a las ventajas que globalmente produce a la vida social (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 245; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Santa Fé de Bogotá, segunda edición, 1996, pp. 90-99; en igual sentido, haciendo alusión a otros casos de acciones peligrosas ejecutadas diligentemente, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990, p. 109). En la dogmática penal se considera dentro del riesgo permitido el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (*principio de confianza*). En otras palabras: aquél que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringe el deber de cuidado (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 245; REYES, *Imputación...*, cit., pp. 141-143). En este sentido, BACIGALUPO al hablar de la circulación - medio en el cual se presenta una gran cantidad de delitos imprudentes-, nos ilustra la situación anterior con un claro ejemplo, veamos: “el automovilista que atraviesa un cruce de calles a velocidad permitida y con la luz en verde *no infringe* el cuidado debido si *no* ha tomado precauciones especiales para el caso de una eventual infracción por parte de otro automovilista (por ejemplo, atravesar la calle a pesar de la luz roja que indica detenerse)” (*Principios...*, cit., p. 245; en igual sentido, REYES, *Imputación...*, cit., pp. 142-143). 3) La imputación objetiva del resultado. Cuando se trata del caso de los delitos de resultado -que son los que ahora nos ocupan, como es el caso de las lesiones culposo-, entre la acción y el resultado debe mediar una *relación de causalidad*. Esta relación debe permitir, en el ámbito objetivo, la *imputación del resultado* producido por el autor de la conducta que lo ha causado. (MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1993, p. 212). “La relación de causalidad entre *acción* y *resultado* y la *imputación objetiva del resultado* al autor de la acción que lo ha causado son el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido”

(la cursiva ha sido suplida) (MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, cit., p. 212). Hay casos en los cuales se complica la identificación de esta relación de causalidad entre acción y resultado y, a su vez, la imputación objetiva del resultado al autor de la acción; para solucionar estos problemas, se han elaborado diversas teorías, entre ellas encontramos las reconocida *teoría de la equivalencia de las condiciones* o *condicio sine qua non* y la *teoría de la causación adecuada*. Lo que ahora nos interesa resaltar, es el aspecto de la *imputación objetiva* y su aplicación al campo de los delitos imprudentes. El estudio de la imputación objetiva se traslada en el tiempo desde finales de los años veinte, con la publicación de la obra de LARENZ en 1927. Este autor reclamó como criterio determinante para adscribir un hecho al sujeto que opera en derecho el “juicio de imputación”, otorgándole un sentido distinto del que tiene el juicio sobre la preexistencia de una relación de causalidad (JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, p. 23). Para JAKOBS, LARENZ parte de que el juicio de imputación es aquel por el cual se determina si un hecho es obra de un sujeto (JAKOBS, *La imputación...*, cit., p. 23). Por ello, “la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad”, su esencia se representa por la libertad, en cuanto significa autodeterminación. Ello posibilita imputar al hombre su hecho como “propio” y hacerle responsable del mismo. Sólo a quien tiene voluntad, a la persona, puede serle imputado algo (JAKOBS, *La imputación...*, cit., p. 24). El juicio de imputación sobre el hecho se configura como un juicio teleológico. Para LARENZ, el hecho se presenta así como un todo teleológico, es decir, como un conjunto variado de causas y efectos que halla conjunción a través de la relación con los fines de la voluntad (JAKOBS, *La imputación...*, cit., p. 24). LARENZ va más allá que HEGEL, pues considera que el concepto de imputación es *objetivo*, pues no sólo comprende la imputación de hechos conocidos y queridos sino también los que podrían haber constituido objeto de la voluntad, o sea, los hechos imprudentes (JAKOBS, *La imputación...*, cit., p. 24). En definitiva, debemos partir de la existencia de una necesaria *relación de causalidad* entre la *acción* y el *resultado*, así como la *existencia de una relación específica entre éste y aquélla (lo que conocemos como imputación objetiva)*. Por su parte, las teorías clásicas llegaron a decir que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una *relación de causalidad*, es decir, una relación de *causa a efecto* idéntica a la observable en los sucesos de la naturaleza (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 116). La *teoría de la*

causalidad se completa mediante correctivos de naturaleza *no causal*, sino *normativa*, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la *teoría de la imputación objetiva*. “La teoría de la imputación objetiva procura, por el contrario, determinar el fundamento y el lugar donde debe llevarse a cabo una corrección de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad, sobre la base de principios deducidos de la *naturaleza de la norma* y del *fin de protección de la misma*” (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 116). En el estudio de las teorías de la causalidad, hay muchas de ellas que han tratado de dar respuesta a la pregunta de la relación de causalidad. Dentro de las más importantes encontramos la *teoría de la equivalencia de las condiciones (condicio sine qua non)*, así como la *teoría de la causalidad adecuada* y la de la *causalidad relevante* (ver un completo desarrollo de estas teorías en, REYES, *Imputación...*, cit., pp. 8-16, 22-30) Como correctivo de las dos anteriores encontramos la *teoría de la relevancia típica*, la cual trata de adaptar la causalidad natural a las necesidades del derecho penal. Por su parte, la *teoría de la imputación objetiva* es consecuencia de la teoría de la relevancia; su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad por una relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 121). A pesar de ello, la teoría de la imputación objetiva no ha venido a zanjar el problema de la *causalidad natural*. Cuando se trata de los llamados *delitos de resultado*, en los cuales la acción típica ha de producir el resultado típico, consistente en la lesión del objeto sobre el que aquélla recae, habrá de seguir estableciendo siempre, antes de analizar la relación de imputación objetiva, la *causalidad*. En estos casos, la causalidad constituye un presupuesto previo de la imputación objetiva del resultado (JAEN VALLEJO en FRISCH WOLFGANG, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, 1995, p. 10). En este marco la verificación de la causalidad natural no es sino un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado. Una vez comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar los siguientes elementos: a) *Si la acción ha creado un peligro (o riesgo) jurídicamente desaprobado para la producción del resultado*; algunos prefieren hablar de un “*riesgo típicamente relevante*”. b) *Si el resultado producido es la realización del mismo peligro (o riesgo) (jurídicamente desaprobado) creado por la acción*. Estos dos puntos de partida son deducidos del *fin de protección de la norma penal*. Con ello se quiere decir que, esta sólo

prohíbe acciones que creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que hubiera podido evitarse (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 121; REYES, *Imputación...*, cit., pp. 106-107, 204-217). Para MARTÍNEZ ESCAMILLA el *ámbito de protección de la norma*, o como lo llama ROXIN “*pertenencia del resultado al ámbito de protección jurídico-penal*” o “*alcance del tipo*”, es un “criterio ulterior o independiente de los utilizados para la comprobación de la realización del riesgo, relación ésta que ha de ser previamente afirmada para que el presente criterio entre en juego” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 341-342). Cuando se habla de *imputación objetiva* se estudian los criterios de *creación de un riesgo no permitido*, la *producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma*. Según BACIGALUPO (*Principios...*, cit., pp. 121-124), con el *primer criterio* se puede dar solución a aquellos casos en que el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida. Como ejemplo se pueden citar: el médico inyecta indebidamente cocaína al paciente, produciendo su muerte que también hubiera producido de haberse empleado novocaína que era lo aconsejable; el automovilista, conduciendo a más velocidad de la permitida, atropella al ciclista borracho, que igual hubiera sido atropellado no obstante que el conductor llevase el vehículo a la velocidad permitida. En estos dos ejemplos, el resultado sólo puede imputarse al médico o al automovilista si se demuestra claramente que, con su acción indebida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado. Por medio del *segundo criterio*, se solucionan casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que se transforma en un resultado lesivo, no procede imputar este resultado si no se produce dentro del ámbito de protección de la norma. En este sentido, todos los resultados que caen fuera del ámbito de protección normal que se previó al dictar la norma penal deben ser excluidos del ámbito jurídico penal relevante. Los casos a los que afecta este problema son muy diversos y complejos, van desde la provocación imprudente de suicidios (se deja una pistola al alcance de un depresivo que se suicida con ella) la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (el sujeto que decide voluntariamente subir a un vehículo conducido por una persona que se encuentra en evidente estado de ebriedad, luego éste realiza una maniobra imprudente y se accidenta, donde resulta lesionado el acompañante), hasta los daños sobrevenidos posteriormente a consecuencia del resultado dañoso principal

producido (la madre de la víctima del accidente muere de la impresión al saber lo ocurrido a su hijo). V. Relevante resulta indicar que, este Tribunal de Casación, desde tiempo atrás, propiamente en el voto N° 122-F-99 del 9 de abril de 1999, así como en el voto N° 2004-317 de 1° de abril del 2004 y, por supuesto, este voto que ahora nos ocupa, han tomado partido por la aplicación de la *teoría de la imputación objetiva*. Pero lo realmente importante es que, en los tres casos, se da respuesta a dos aspectos que siempre han inquietado de los opositores de la imputación objetiva; en primer lugar, se reclama la falta o ausencia de efectos prácticos de la teoría de la imputación objetiva y, en segundo lugar, se reclama que esta imputación objetiva proyecta una ampliación injustificada de la responsabilidad penal, trasladando la discusión al plano objetivo con desprecio del elemento subjetivo. Para responder cada uno de estos cuestionamientos, inicialmente se tiene que partir que estamos ante una verdadera teoría, la cual logra concretar principios científicos y, por supuesto, reglas prácticas, para ser aplicadas a una generalidad de situaciones o casos (esencia de la dogmática) y no únicamente, como se podría pensar o reclamar, en soluciones casuísticas. Luego de lo dicho, en respuestas de aquellos dos escollos que se exponen en contra de la *teoría de la imputación objetiva*, debemos decir lo siguiente; cuando se cuestiona los efectos prácticos de esta teoría para resolver casos concretos, podemos decir que, en la jurisprudencia que hemos citado anteriormente de este Tribunal de Casación, la teoría de la imputación objetiva ha sido un eficaz instrumento para dar respuesta práctica a situaciones concretas, logrando una adecuada y correcta decisión en el ámbito de nuestro Derecho penal y legislación -incluida la Constitución Política-. Por otra parte, un tema sumamente controversial, resulta de la crítica acerca de la ampliación de la responsabilidad penal, donde el fin de la imputación objetiva sería el incluir, más que excluir, situaciones cotidianas que no resultan comprendidas dentro de una responsabilidad objetiva y, por lo tanto, adelante ese estudio y sienta una no querida responsabilidad objetiva. Esta recurrente crítica ha logrado sus adeptos, pero parte de supuestos falsos y de una interpretación incorrecta acerca del contenido de la imputación objetiva. En efecto, el primer problema surge por la confusión entre los conceptos imputación objetiva, responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva; lógicamente, el primero de ellos no se relaciona, en ningún momento, con los siguientes y, podríamos decir, se aleja de éstos. Pensar en la imputación objetiva es muy diferente a equipararla con

responsabilidad objetiva y, mucho menos, pensar en sustituir la responsabilidad subjetiva por aquella. Ante el estudio de una conducta determinada, la imputación objetiva constituye el primer eslabón que analizaremos frente a los elementos de la teoría del delito, y, en caso de que la misma no se haga presente, o sea, no exista imputación objetiva del resultado a la acción realizada, el estudio terminará en este momento por surgir la atipicidad de la conducta; por el contrario, en el caso que se verifique esta imputación objetiva, no es más que un dato que dirige la atención al estudio de los elementos de tipicidad, antijuricidad y, finalmente, culpabilidad, donde se establecerá la responsabilidad subjetiva del autor del hecho. En respuesta al segundo cuestionamiento que venimos analizando, tenemos que, en los dos casos anteriores y, el que ahora corresponde conocer en casación, se trata de situaciones donde se aplica la teoría de la imputación objetiva, con el efecto de *restringir la responsabilidad penal*, en lugar de ampliarla como se ha querido decir de la imputación objetiva; obteniendo como resultado, la determinación de una conducta atípica, y excluyendo la aplicación impositiva de responsabilidad penal, proveniente del Derecho penal. Como vemos, más que ampliar la responsabilidad penal, en los dos casos anteriores y, en el presente, la utilización de la teoría de la imputación objetiva ha servido para limitar los efectos de la responsabilidad criminal; muy en consonancia con las posiciones garantistas de nuestro sistema penal y procesal penal. V. Desarrollo dogmático de la “autopuesta en peligro” y la “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste”. Teniendo claro los alcances de la *teoría de la imputación objetiva*, así como su contenido propio de regulación y los casos de excepción, resulta de vital importancia introducimos al estudio de las figuras de la *autopuesta en peligro* y la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste* (en este sentido, se pueden consultar la siguientes obras, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., 1997; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, Barcelona, 1998; MUÑOZ, *Derecho Penal...*, cit., 1993; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Managua, tomo I, 2000). Cuando hablamos de estas figuras, lógicamente estamos haciendo remisión a la misma *teoría de la imputación objetiva*, donde podemos extraer una combinación de la *teoría del incremento del riesgo* y la del *fin de protección de la norma*. En este sentido, podríamos pensar que una

conducta que ha creado un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado, donde el resultado producido, causalmente hablando, es la realización de ese peligro o riesgo jurídicamente desaprobado creado por la acción. Sin embargo, en ciertos casos, podría fracasar la imputación en el alcance el tipo, porque el mismo no llega a contemplar resultados de los producidos, pues no está dirigido a impedir tales sucesos, ello, dentro del *ámbito de protección de la norma penal* (ver, ROXIN, *Derecho Penal...* cit., pp. 386-387). En el caso de la *participación en una “autopuesta en peligro”*, quien participa realiza una acción secundaria, dependiente o accesoria de la principal realizada por el sujeto que ejecuta su *autopuesta en peligro*. Esta construcción surge de ROXIN, donde expone que en los casos de la participación en una autopuesta en peligro, siempre resultará impune, pues la acción principal de autolesión es, a su vez, impune (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 387-388; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, cit., pp. 177-180). Parte ROXIN del análisis de la instigación o cooperación en el suicidio (v. gr.; A aconseja a B que atravesase un lago con hielo quebradizo. Si al hacerlo el temerario B, pero se da perfecta cuenta del peligro, encuentra la muerte, la consecuencia lógica es que A no tendría responsabilidad en los hechos, por su acción impune), donde el Derecho penal alemán presenta como principio impune la participación en el suicidio, sea en una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, por lo que no puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa (cfr., ROXIN, *Derecho Penal...*, cit. P. 387). Se exponen como ejemplos de la participación en la autopuesta en peligro -dolosa- de la víctima los siguientes; i) A y B llevaron a cabo una competencia con motos, estando ambos bebidos, pero aún en estado de plena imputabilidad. Durante la carrera B sufrió un accidente mortal por su propia culpa, ii) A le entrega a B para su propio consumo heroína, cuya peligrosidad tienen clara ambos. B se inyecta la sustancia y muere por ello (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 388-389). En definitiva, cuando estamos ante el caso de la *participación en una autopuesta en peligro* siempre resulta impune la conducta, lo cual no es de efecto inmediato en el caso de la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste*. En este último caso, estamos ante un sujeto que no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 393). Como consecuencia de lo anterior, no en todos los casos la conducta resulta impune, sino que deben concurrir determinados requisitos: en primer lugar, es

necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro; en segundo lugar, que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido, y no de otro distinto; finalmente y en tercer lugar, quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo. Si se dan estos requisitos, el sujeto habrá "asumido el riesgo (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 393; en igual sentido, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, cit. P. 180). Podemos señalar algunos ejemplos de la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste*, veamos: i) Un pasajero quiere que un barquero le lleve por el río durante una tempestad. El barquero lo desaconseja, aludiendo a los peligros, pero el cliente insiste en su deseo, el barquero emprende el arriesgado intento, el bote vuelca y el pasajero se ahoga. ii) El acompañante conmina al conductor a que vaya a velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a una cita. A consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en el que resulta muerto el acompañante. iii) Un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta lesionado en un accidente causado por estado alcohólico del conductor (estos casos son expuestos por ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 393-394). En todos estos casos estamos ante conductas que reúnen los requisitos antes citados, por lo que las mismas son impunes. La jurisprudencia alemana resolvía estos casos bajo las reglas del consentimiento o la idea de la previsibilidad, de ahí la posición asumida por CASTILLO GONZÁLEZ (*El consentimiento del derechohabiente en materia penal*, San José, 1998, pp. 63, 65 y 67) quien refiere que el consentimiento del derechohabiente debe ser comunicado al autor del hecho, aunque resultan suficientes los actos concluyentes, por ejemplo; A conociendo el estado de ebriedad agudo en que se encuentra B, se monta en el auto conducido por éste y ocurre un accidente en que A es lesionado. La lesión de A, producida culposamente por B, está justificada por el consentimiento del derechohabiente. En este ejemplo que desarrolla y resuelve CASTILLO GONZÁLEZ, llega a la conclusión de aplicar una causa de justificación, por lo que la conducta resulta ser típica, pero no antijurídica; como lo hacía la jurisprudencia alemana. Esta posición es asumida por el defensor público del imputado en su recurso. Sin embargo, con el desarrollo posterior de la *teoría de la imputación objetiva*, la cual *asumimos plenamente*, llegaríamos a una conclusión

diferente, pues la conducta resultaría atípica por no existir esa imputación objetiva del resultado, debido a su exclusión por no corresponder al ámbito de protección de la norma penal, la cual no protege o cubre la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, al existir actuación libre y voluntaria del tercero en el peligro generado por otro. VI. En el caso concreto *subjúdice*, estamos hablando de un hecho culposo o imprudente, identificado por la infracción al deber de cuidado, conducido por la figura de la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste*, donde el sujeto no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo, abandonando la figura de la *autopuesta en peligro*. En este supuesto, no necesariamente, como se dijo en el considerando anterior, se produce la atipicidad de la conducta, pues deben concurrir algunos requisitos esenciales mencionados en el considerando anterior (ver, Tribunal de Casación Penal, voto N° 122-F-99 del 9 de abril de 1999). En consecuencia, el proceder de la víctima ..., conforme se describe en la relación de los hechos tenidos por probados, acepta en forma clara y directa el riesgo de subir al vehículo conducido por el imputado J.A.A. en evidente estado de ebriedad. Esta condición del imputado resultaba fácilmente perceptible, tanto que el ofendido y el testigo Calvo Calvo así lo expresan en sus declaraciones recogidas en la sentencia, lo que motivó que este último se negara a subir al automotor que manejaba el imputado, a pesar de ser el acompañante que viajaba con el mismo desde Alajuela, aunque en aquel momento no se encontraba en la situación de evidente ebriedad. No obstante la negativa del testigo Calvo Calvo, el ofendido, quien no fue invitado o exigido por el imputado o cualquier otra persona a subir al vehículo, decide reafirmar su amistad y solidaridad con aquél, y sube al automotor; resultando que ante una maniobra peligrosa el vehículo vuelca, resultando el ofendido con serias lesiones. Por otra parte, señalamos la necesaria existencia de tres requisitos (ROXIN los identifica como dos -*Derecho Penal...*, cit., p. 395-; en el mismo sentido, Cancio Meliá, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 180, quien comenta la posición de Roxin y llega a señalar tres elementos, los cuales corresponden, en forma idéntica a la descripción de Roxin, simplemente descompone uno de estos elementos en dos, lo que brinda una mayor claridad en la explicación, desde nuestro punto de vista), los cuales vamos a reflejar en el caso a resolver para obtener el resultado final, veamos; i) *Es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en*

peligro. En el caso en estudio, como se ha expuesto anteriormente, la víctima sí conocía, en forma amplia, el peligro que generaba el imputado, al pretender conducir su vehículo en un evidente estado de ebriedad; ii) *La lesión deber ser consecuencia del riesgo asumido, y no de otro distinto*. De igual forma, la lesión que sufriera el ofendido fue producto o resultado del riesgo que él asumió al subir al automotor guiado por el encartado, pues su estado alcohólico lo dirigió a realizar una maniobra peligrosa, la que provocó que el vehículo volcara y el ofendido resultara seriamente lesionado; iii) Por último, *quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo*. Lo que resulta aplicable en el presente caso, pues el ofendido tenía la posibilidad de no participar en ese hecho, con la simple negativa de subir al vehículo, porque el mismo no fue presionado para hacerlo, o, más evidente todavía, no ofrecerse a subir al automotor del imputado, por razones de amistad y lealtad a un amigo -imputado- que se encontraba en manifiesto estado de ebriedad. Es por ello que, el anterior cuadro fáctico nos permite aplicar la figura de la *puesta en peligro de un tercero aceptada por éste*, donde resulta, como consecuencia incuestionable del análisis del caso y la presencia de los requisitos de la figura dicha, la *atipicidad* de la conducta realizada por el imputado J.A.A.”.

Tribunal de Casación Penal. 2005-531, de las 11:00 horas, del 9 de junio del 2005.

8. Competencia. Conflicto. Modificación de pena. Casación.

“En efecto, basta un breve examen de lo resuelto por el Juzgado de Ejecución de la Pena del Primer Circuito Judicial de San José (folios 218 a 220) para constatar que se trata de una *“fijación ulterior de la pena”*; es decir, de un auto dictado para aprobar el plan de ejecución propuesto por el Programa de Sanciones Alternativas. En otras palabras, lo que se está haciendo es una individualización o propiamente una concretización de la sanción penal juvenil. Pues bien, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 de la Ley de Justicia Penal Juvenil contra las fijaciones ulteriores de la pena –si se trata de delitos– lo que cabe es el recurso de casación. Por ende, aunque la defensa pública se haya equivocado y haya rotulado su escrito como recurso de apelación (folio 223), lo esencial no es el “nombre” que se le da a la impugnación, sino el hecho de externar la voluntad de recurrir. Por ello, aplicando el principio de conservación de

los actos procesales, se debe estimar –*prima facie*– que estamos ante un recurso de casación, el cual ha de ser examinado (en cuanto a admisibilidad y fondo) por esta cámara. En consecuencia, con base en la norma citada y artículo 93 inciso 5) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se resuelve el conflicto señalando que el competente para conocer el recurso planteado por la defensa es el Tribunal de Casación Penal. Lo anterior debe comunicarse a los despachos en conflicto y notificarse a las partes, para lo que en derecho corresponda”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-1086, de las 10:35 horas, del 21 de octubre del 2004.

9. Imputabilidad disminuida. Posibilidad de imponer sanción.

“Razones del juez Morales García: Esta Cámara estima que el presente asunto nos convoca a plantearnos un aspecto que ciertamente es polémico en nuestro medio y que, incluso, jurisprudencialmente ha llevado a sostener una posición encontrada con la dogmática penal. Posición que consideramos debe ser reexaminada a propósito del presente caso. En efecto, nos referimos a las consecuencias de la imputabilidad disminuida y la posición que sostiene que en tales supuestos debe de absolverse e imponerse, únicamente, una medida de seguridad; en tal sentido se pronunció la Sala Tercera de la Corte, en resolución número 1999-1254 de las catorce horas con treinta y seis minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, oportunidad en que se dijo: *“... en la especie quedó claro que la capacidad de comprensión del carácter ilícito de sus actos del señor ... se encontraba disminuida por un padecimiento mental, la conducta por él desplegada –carente entonces de culpabilidad- no podría de ningún modo calificarse como delictiva, de donde no era legalmente posible declararlo autor responsable de los hechos; condenársele a sufrir una pena; ni mucho menos ordenar la inscripción de la condenatoria en el registro judicial correspondiente.”*. Al contrario de dicha tesis, sostenemos que si es posible el sustentar un reproche por delito en tales supuestos y que, dicha opción, resulta consecuente con los postulados de la dogmática jurídico penal, es la opción también seguida por el Derecho Comparado y acorde con una interpretación integral de los institutos de derecho penal general contemplados en nuestro ordenamiento. Consideremos cada uno de estos subpuntos en forma separada, sin que por ello,

obviemos los claros vasos comunicantes que tienen entre sí. a) Doctrina penal que admite la imposición de penas en casos de imputabilidad disminuida: En efecto, desde que Frank esbozó los primeros cuestionamientos al concepto psicológico de la culpabilidad (1907), se tuvo que seguir un largo transitar, hasta la culminación del traslado de los elementos subjetivos del dolo y la culpa a la tipicidad, reduciendo la culpabilidad a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, más la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta, lo que se logra a través de los planteamientos del concepto final de acción de Welzel. No es sino hasta ese momento, que queda terminado el concepto normativo de culpabilidad. Con ese concepto, es ampliamente aceptado la graduabilidad de esta categoría del delito, lo que permite formular sobre el individuo la recriminación individualizada, según sus propias y particulares condiciones y el ámbito de autodeterminación que el sujeto tuvo al momento de actuar, conforme al cual resulta lícito hacerle el correspondiente reproche. El reproche jurídico penal en que se basa la culpabilidad desde el punto de vista normativo, parte de un concepto antropológico del hombre, en su dimensión de ser libre, provisto de voluntad, volviéndose la vista hacia el criterio del *libre albedrío*. Tal concepto es el que está contenido, precisamente, en el artículo 42 del Código Penal, recogiendo las reglas para establecer la capacidad de culpabilidad. Con base en esta norma, se debe analizar en cada caso, si el sujeto realizó su conducta bajo alguna causa exculpatoria, si esa libertad de voluntad necesaria para hacer una imputación subjetiva, existió en el caso concreto, si no existió del todo o si se encontraba viciada por algún motivo, de ello depende que podamos concluir afirmando la existencia de un reproche jurídico penal. Se establecen así dos niveles de la culpabilidad claramente distinguibles: i- la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y ii- la capacidad de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. Cuando cualquiera de estos niveles falte en una determinada conducta típica y antijurídica, se excluye la responsabilidad penal, por no haber culpabilidad. Estas dos capacidades, la de comprender el carácter ilícito del hecho, y la de determinarse de acuerdo con dicha comprensión, pueden estar limitadas y hasta eliminadas, por hipótesis de muy variada índole. Cuando esas capacidades no están del todo ausentes, sino tan sólo limitadas, lo que habría sería una disminución del reproche (disminución de la pena), tal y como nos lo indica ROXIN *“La imputabilidad o capacidad de culpabilidad notablemente disminuida no es*

una forma autónoma de “semiimputabilidad” que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aún) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión.” (ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Tomo 1, Editorial Civitas S.A., España, 1997, p. 839). La consecuencia natural de lo dicho, implica que quien es autor de un delito con imputabilidad disminuida, en efecto resulta imputable bajo dicha condición y lo que normalmente se acarrea es una atenuación del reproche, por debajo de la escala punitiva, que la formulación legislativa apareja al delito correspondiente. Estos, precisamente, serían los supuestos regulados a través del artículo 43 de nuestro Código Penal. b) Análisis de derecho comparado en cuanto a las consecuencias ante la imputabilidad disminuida: En efecto, al igual que existe uniformidad doctrinal en considerar que en los casos de imputabilidad disminuida, lo que existe es una reducción, pero no supresión, del reproche; las legislaciones, que incluso han sido fuente de inspiración de nuestra normativa, así regulan dicha consecuencia, basta a forma de ilustración, referirnos a los sistemas alemán y español, para dar sustento así a otra razón más que abona a este tipo de tratamiento en nuestro medio. En efecto, los §§ 20 y 21 del Código Penal Alemán, disponen: *“Exención de responsabilidad por trastornos mentales § 20 Actuará sin culpabilidad el que en la comisión del hecho, por razón de un trastorno mental, de una consciencia alterada o por razón de deficiencia mental o de otras anomalías mentales graves, esté incapacitado para apreciar la injusticia del hecho o para actuar con esta intención. Culpabilidad atenuada § 21 Si la capacidad del autor para apreciar la injusticia del hecho o para actuar con esta intención en el momento de comisión del hecho, por las razones señaladas en el §20, se ve notablemente reducida, la pena podrá atenuarse de acuerdo al § 49, apartado I.”* Vemos así que en el sistema alemán, el autor de un delito que hubiese actuado con culpabilidad atenuada lo que obtiene es un reproche reducido, una pena menor según los parámetros del § 49.I, pero sigue siendo autor responsable y punible del delito correspondiente. Igual consecuencia se da con el artículo 21.1ª del Código Penal Español, este artículo dispone: *“Son circunstancias atenuantes: 1ª. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.”* Cabe acotar que el capítulo anterior, a que hace referencia esta norma, es el

que se refiere a las “Causas que eximen de responsabilidad criminal”, comentando éste numeral nos dice BACIGALUPO: “*El art. 21.1º del Cód. Penal permite considerar como circunstancia atenuante que el grado de los supuestos o de las consecuencias de ellos no haya alcanzado la medida requerida para excluir la capacidad de motivación. Ello es factible cuando la capacidad de motivación del autor se haya visto considerablemente reducida. Dada la gran diversidad de supuestos, es posible admitir aquí la imposibilidad de señalar reglas generales precisas. El tribunal, sin embargo, deberá establecer por lo menos la existencia de una anomalía del autor que incida en su capacidad de motivación y que haya disminuido su entendimiento de la desaprobación jurídico-penal o su posibilidad de comportarse de acuerdo con él.*” (BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2ª Edición, 1999, pags. 455 y 456). Así, también en España, los que hubieran actuado con una capacidad reducida, pero no suprimida, serán autores de los correspondientes delitos que se consideran, por esa situación atenuados, pero cuyo reproche subsiste.- c) Casos de nuestra legislación que implican atenuación y se asimilan a los supuestos de imputabilidad disminuida: En efecto, en nuestra normativa penal tenemos situaciones que resultan claramente emparentadas con la imputabilidad disminuida y que, difícilmente aceptaríamos respecto de ellas, una solución como la que la jurisprudencia ha dado a los supuestos comentados. Iremos abordando uno a uno esos supuestos, para culminar con el que consideramos es el más determinante a este respecto, por tratarse de un ejemplo, a nuestro entender, de imputabilidad disminuida. En efecto, un primer supuesto a considerar es el caso del *error vencible de prohibición*, que, al tenor de nuestra legislación, artículo 35 párrafo 2º, en relación con el 79 del Código Penal, implica la consecuencia de atenuar la pena, ante su efectiva constatación. Lo que subyace en este instituto es el déficit en la culpabilidad del autor al conformar su conducta en contradicción con el ordenamiento, pero bajo una falsa apreciación de la norma que, le hacen, en forma equivocada, considerar que su conducta es legítima, se le reprocha porque, aunque cree estar actuando a favor de la norma, en la realidad esto no es así y pudo haber evitado dicha consecuencia, por lo que la posibilidad de acceder a la antijuricidad de la conducta existió y la falta de diligencia a ese respecto no la hizo posible, es decir, se da un déficit en la apreciación de la antijuricidad que, repercute en la culpabilidad; en tales casos, cuando el error es vencible, se atenúa el

reproche, pues no es igualmente recriminable aquél que sabe que actúa en contra de la norma, que quien lo hace considerando que está actuando conforme a derecho aunque esto no sea así y pudo evitarlo, el primero evidencia un mayor grado de desprecio hacia las normas de convivencia y, por ello, a su respecto se le carga con toda la recriminación del ordenamiento jurídico para tal conducta, mientras al segundo se le toma en cuenta su no abierta oposición normativa, para atenuarle la sanción. Sin embargo, ambos son autores del delito y se les impone una pena. El otro supuesto, similar a los casos de imputabilidad disminuida y que, el ordenamiento jurídico penal costarricense le apareja un reproche atenuado, lo es el caso del *exceso en la legítima defensa* cuya regulación la encontramos en los artículos 29 y 79 del Código Penal. En efecto, aquí tenemos que el *exceso*, en realidad no podría estar cubierto por la causa de justificación, sin embargo, la ejecución de dicho hecho en el marco de una causa de justificación es sopesada por el ordenamiento para proveer cierto grado de posibilidad de atenuación, reduciendo el reproche, toda vez que el grado de excitación que implica la situación de ejercicio de la legítima defensa, ha llevado a que legislativamente se contemple esta situación para no recriminar al sujeto todo el peso de la situación, por cuanto, precisamente, ese excedente estaría fundado en una falsa valoración del sujeto de la necesidad de la reacción defensiva (sostenemos esto porque no podemos concebir que el exceso sea consciente o intencionado, pues en tal caso, no sería aplicable el artículo 29 del Código penal, sino que estaríamos en un supuesto de venganza), notamos aquí, nuevamente que se da un déficit a nivel de la culpabilidad, al que el ordenamiento lo que le apareja es un reproche atenuado, no una exclusión del reproche en forma absoluta. Por último, como lo anunciábamos anteriormente, tenemos los supuestos de *emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable*, que funciona como fórmula de atenuación en los supuestos de homicidios y lesiones (ver artículos 113 inciso 1 y 127 del Código Penal). En cada uno de estos casos lo que se hace es aparejar, al supuesto delictivo correspondiente, una escala penal sensiblemente inferior a la del delito básico, es decir, se opera, a nivel legislativo, una reducción legal del reproche. Aunque existen criterios disidentes, buena parte de la doctrina sostiene que el estado de emoción violenta es un supuesto de trastorno mental transitorio y que, el caso recriminable en los supuestos aludidos es cuando constituyen supuestos de imputabilidad disminuida, pues, si el agente es inimputable, en forma absoluta, no corresponde hacerle reproche alguno (ver al

respecto LLOBET RODRIGUEZ, Javier y RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos, Comentarios al Código Penal (Análisis de la tutela de los valores de la personalidad), Editorial Juricentro, 1ª Edición, 1989, págs. 40 a 42). Como vemos aquí tenemos verdaderos autores de delitos atenuados que han ejecutado los mismos en supuestos de imputabilidad disminuida. Ahora bien, queda aún por definir un aspecto que resulta relevante a los efectos de la forma en que se está resolviendo el presente asunto y, consiste en determinar ¿cuál sería la consecuencia sancionatoria a aplicar en los supuestos de imputabilidad disminuida?, entendemos que este aspecto no estaría implicado directamente en el caso que aquí nos ocupa, toda vez que se trata de una sentencia de sobreseimiento que, obviamente, no fijó consecuencias punitivas, pero conviene aclararlo de antemano, por los efectos que esta resolución puede conllevar a futuro. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 43 del Código Penal, define lo que consiste la imputabilidad disminuida, sin embargo, en todo el Código, sólo el artículo 98 inciso 1) nos habla de una consecuencia que obligatoriamente deberá imponer el Juez, cual es *una medida de seguridad*; entendemos dicha norma en el sentido de no excluyente de la punición respectiva por el delito básico, punición que se basa en la condición de imputable del justiciable, aunque su capacidad se encuentre disminuida. Sin embargo, cabe hacer una precisión adicional, tomando en cuenta las escalas penales de los delitos contemplados en la parte especial del Código Penal y en las correspondientes leyes penales especiales que tipifiquen delitos, tenemos que la técnica legislativa seguida implica la descripción de una conducta a la que se asigna un marco punitivo legal, que va de un mínimo a un máximo y que, presupone, la plena imputabilidad del sujeto agente. No es difícil imaginarse así, la posibilidad de que un mismo supuesto delictivo puede reunir las condiciones propicias para ser sancionado con el extremo mínimo de la pena prevista para el delito y que, ese mismo supuesto, en idénticas condiciones, sea ejecutado en un caso por un imputable con plena capacidad y en otro supuesto, por un agente que tenga la imputabilidad disminuida. En estos casos, tratar en forma igual, situaciones que materialmente son diferentes, implicaría una violación al principio constitucional de igualdad y de proporcionalidad de la pena, de ahí que, estime esta Cámara, que aunque no existe una disposición expresa que así lo determine, en una interpretación respetuosa de la dignidad humana, interpretando e integrando el ordenamiento *in bona parte*, debe de

aplicarse analógicamente la consecuencia del artículo 79 del Código Penal, como ya se expresó, dicha atenuación sancionatoria recae sobre otros institutos penales que afectan la categoría de la culpabilidad, reduciendo el reproche, por lo que estamos en supuestos que guardan una clara similitud en cuanto a su naturaleza y, por tanto, equiparar sus consecuencias no debe conducir a reparos. Por todo lo dicho, para este juez en el presente asunto que se nos plantea a consideración, aun aceptando la tesis del juez *a quo*, en el sentido de que en la especie se dan los contornos de una situación de imputabilidad disminuida, esta circunstancia no autoriza el dictado de una sentencia de sobreseimiento como la acordada, pues, tal y como se ha expuesto, en tales supuestos lo que corresponde es una reducción del reproche, no la supresión absoluta de la culpabilidad como lo entendió, en algún momento, la Sala Tercera de la Corte, precedente, del cual nos separamos por las razones expuestas, de ahí que lo procedente en este caso es anular la sentencia de sobreseimiento acordada y decretar el reenvío para su adecuada sustanciación. Voto del juez Arce Viquez... Desde el punto de vista formal en la sentencia no se ofrece explicación convincente acerca de la capacidad incompleta del imputado para comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Conforme al artículo 77 inciso a) de la LJPJ, el sobreseimiento definitivo procede cuando "*Resulte evidente la falta de una condición necesaria para imponer la sanción*" (el subrayado no es del original), por lo que en la resolución se debió demostrar de manera convincente por qué puede considerarse razonablemente, sin necesidad del juicio, que es *evidente* la imputabilidad disminuida del acusado, lo que resulta necesario en vista de las consecuencias jurídicas que se derivan de esa condición personal, pues el suscrito comparte el criterio que ha tenido otros jueces de este Tribunal de Casación, en el sentido de que, conforme al principio de legalidad criminal, no corresponde aplicar sanción alguna en tanto la acción solo sea típica y antijurídica (injusta), pero no culpable (N° 579 de las 12:10 hrs. del 1 de agosto de 2002, jueces Francisco Dall'Anese, Fernando Cruz y Rosario Fernández). Voto concurrente del Juez SALAZAR MURILLO. Conuerdo en un todo con la redacción del Juez Morales García, en que cuando concurre inimputabilidad el sujeto carece de culpabilidad por ello no es posible reprocharle su conducta. Por otro lado la imputabilidad disminuida, tal como lo señala Roxin, "*...no es una forma autónoma de "semiimputabilidad" que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad,*

sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aún) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión” (ROXIN (1997), p. 839). Nuestra legislación efectivamente tiene supuestos en que la imputabilidad disminuida es objeto de reproche, tales son los casos de exceso en la defensa (art. 29 y 79 del Código Penal), el error de prohibición vencible (art. 35 del Código Penal), o bien en la regulación de los homicidios especialmente atenuados (art. 113 del Código Penal) y sendos supuestos los trata el código penal como formas disminuidas de culpabilidad que hacen derivar una consecuencia inmediata cual es que el reproche de la norma se disminuye en virtud de las especiales limitaciones en que el sujeto se encontraba al momento de realizar el hecho. En resumen: la imputabilidad disminuida no exime de responsabilidad penal. Al respecto el artículo 98 del Código Penal establece que “*Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad: 1) Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad.*”, lo que evidentemente conmina a que en los casos de imputabilidad disminuida se imponga una medida de seguridad, pero ello no excluye el reproche que establece la legislación penal, en donde la medida de seguridad, que no es una pena en sentido estricto y que tiende a procurar restaurar en el imputado sus condiciones originarias o bien buscar un estado de bienestar y seguridad para sí y para los demás. En consecuencia, cuando se trata de imputabilidad disminuida debe aplicarse la pena del tipo penal, atenuada o no a juicio del juez, dependiendo del grado de disminución de la capacidad y además la medida de seguridad como dispone el artículo 98 citado. Sin embargo es pertinente aclarar, que aunque el artículo 98 refiere que la medida de seguridad tiene carácter obligatorio en estos casos, dicha rigurosidad se ve atenuada o limitada a la necesidad que concurra en el caso concreto, pues el artículo 97 del Código Penal hace depender la aplicación de la medida cuando se establezca la peligrosidad de que el imputado continúe la actividad delictiva por el Informe del Instituto Nacional de Criminología. En consecuencia, si en el caso se determinó una imputabilidad disminuida lo propio era resolver la causa en juicio para establecer en esa sede su responsabilidad penal. La otra razón por la que considero que debe anularse el sobreseimiento, es porque en tales casos el examen del grado de imputabilidad debe realizarse en la sede de debate, atendiendo al dictamen elaborado por los especialistas y a la particular limitación que pueda presentar el

imputado, lo cual debe confrontarse con el hecho realizado y su comportamiento anterior y posterior al hecho, de manera que el juzgador debe valorar el dictamen y relacionarlo con todo el material que tiene a su alcance, lo que no ocurre en el caso como lo reclama la parte impugnante. No existe en el caso un análisis del dictamen y del hecho realizado lo cual es trascendente, especialmente en casos como el que se conoce, en que se atribuye disminución de la capacidad por retardo cultural; todo lo cual debe ser apreciado y definido por el Juez en sede de juicio. Así las cosas, corresponde anular el fallo recurrido”

Tribunal de Casación Penal. 2004-214, de las 11:07 horas, del 4 de marzo del 2004.

10. Pena. Fundamentación. Anulación de sentencia del Tribunal de Casación. Fundamento.

“El Juzgado Penal Juvenil de San José en sentencia del 30 de julio de 2002 declaró a ... autor responsable del delito de homicidio criminis causa y tentativa de homicidio criminis causa en concurso material, cometidos en perjuicio de ..., imponiéndole como sanción el internamiento en Centro Especializado por el plazo de doce años, concretamente siete años por homicidio calificado en perjuicio de ... y cinco años por tentativa de homicidio calificado en perjuicio de... (folios 477-611). En contra de dicha resolución presentó recurso de casación la defensa del imputado (folios 631-701). El Tribunal de Casación Penal por voto 815-2002 del 4 de octubre de 2002 declaró con lugar el recurso de casación, recalificando los hechos como constitutivos de los delitos de homicidio simple y tentativa de homicidio simple, fijándose la sanción en cinco años de prisión por el primer hecho y tres años de prisión por el segundo, para un total de ocho años de internamiento (folios 744-773). En la fundamentación de dicha resolución se analiza por qué los hechos no pueden ser considerados como constitutivos de un homicidio calificado y una tentativa de homicidio calificada, estimando que se está ante un homicidio simple y una tentativa de homicidio (folios 746-752). El Tribunal de Casación Penal luego de recalificar los hechos, procede directamente a fijar la sanción, diciendo: “*Por lo expuesto, al no haberse acusado la calificante de Homicidio como consecuencia del robo, se recalifican los delitos conforme los mismos hechos demostrados que fueron extraídos de la prueba, a los delitos de Homicidio Simple y Tentativa de Homicidio Simple, excluyéndose la calificante como solicita el recurrente, puesto que si bien*

la misma se demostró, no se acusó y al no haber recurrido el Ministerio Público no podría variarse esa situación, encontrándose correcta la fundamentación fáctica, descriptiva e intelectual, pero no la jurídica, en consecuencia, con base en la misma motivación de la sanción realizada por la aquo, salvo en lo corregido antes, se le rebajan las penas al imputado Fernández Solano al tanto de cinco años de prisión por el primer hecho y de tres años de prisión por el segundo hecho, para un total de ocho años de internamiento” (folios 751-752). Resulta de acuerdo con lo anterior que no se dieron las razones por las cuales se fijó la sanción en cinco años de internamiento y en tres años de internamiento con respecto al hecho, por lo que lleva razón la defensa en su reclamo de revisión. Debe tenerse en cuenta que el artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil señala una serie de aspectos a considerar y que el artículo 123 de la misma hace referencia a que la sanción penal juvenil debe tener primordialmente una finalidad educativa. En el caso concreto no se hace mención a ninguno de los puntos mencionados en dichos artículos. Es importante anotar que en materia penal juvenil existe una gran flexibilidad en la fijación de la sanción, de modo que no se siguen los márgenes rígidos que se establecen en la legislación de adultos, en la que se precisan mínimos y máximos. En la Ley de Justicia Penal Juvenil solamente se establecen ciertos criterios con respecto a la sanción de internamiento en el artículo 131, pero no se establece un mínimo de la sanción y ni siquiera la necesidad de que en los delitos sancionados con pena mayor de seis años de prisión en el Derecho de adultos deba ordenarse el internamiento. Debe tenerse en cuenta que la sanción penal juvenil a pesar de su flexibilidad no puede fijarse sin fundamentos adecuados, conforme a los artículos 122 y 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Por lo anterior procede declarar con lugar la revisión anulando la sentencia del Tribunal de Casación Penal 815-2002 del 4 de octubre de 2002 solamente en lo relativo a la determinación de la sanción, ordenándose el reenvío, fase en la que deberá respetarse el principio de la no reforma en perjuicio. El joven imputado fue puesto en libertad por este Tribunal en forma provisional por voto 162-2005 del 7 de marzo de 2005. En vista de lo resuelto se dispone mantenerlo en libertad, ello con base en el carácter excepcional que tiene la privación de libertad en materia penal juvenil”

Tribunal de Casación Penal. 2005-233, de las 9:50 horas, del 31 de marzo del 2005.

11. Pena. Fundamentación. Aspectos a tomar en cuenta en la sustitución de la sanción.

“partiendo de los hechos probados, este Tribunal de Casación Penal considera que efectivamente la sustitución de la medida en los términos en que lo plantea la resolución recurrida no guarda relación, razonabilidad o proporcionalidad con la acción desplegada por el imputado, especialmente en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se mencionan en sentencia. Debe considerarse que en cuanto a los fines de la pena ya este Tribunal ha indicado: “...III.2) Proporcionalidad de la pena: Corresponde subrayar el límite de actuación de la ley establecido por el § 28 de la *Const.Pol.*, cuando indica que los actos privados que no dañen a terceros quedan fuera de la acción de la ley; o *a contrario sensu*: sólo ante la lesión o peligro para bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento es posible aplicar la ley. Es decir la ley se aplica en la medida, en la proporción o en relación, al daño o peligro para el bien jurídico afectado por el delito. Hasta aquí *necesidad y lesividad*, dentro de la previsión objetiva y abstracta de la pena, son los parámetros de fijación.III.3) Elementos objetivo, normativo y subjetivo en la fijación de la pena: Así lo señala el § 71 del *C.p.*, cuando dispone en la parte inicial: «*El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe*». Se encuentran aquí los elementos de ponderables para la fijación de la pena: (i) elemento objetivo, contenido después en el inciso a) del mismo artículo («...*la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito...*»); (ii) elemento normativo, desglosado en los incisos b), c) y e) (la lesividad, el daño o peligro, «... *atendiendo a la gravedad del hecho...*»); y (iii) elemento subjetivo, descompuesto en los incisos a), d), e) y f) (la culpabilidad, «... *la personalidad del partícipe...*»).III.4) Pasos para la fijación de la pena: De este modo, debe calificarse el hecho y establecer la previsión abstracta para el delito en general; un segundo paso es el de establecerse el límite de la pena para el caso concreto, atendiendo a la extensión del daño o peligro para el bien jurídico tutelado, en consideración al *quantum* económico cuando sea posible, a la vulnerabilidad de la víctima, a la inflexión de dolor más o menos necesaria para la comisión del hecho y a las condiciones de modo, *tiempo y lugar*; y el tercer paso, implica la *ponderación de la culpabilidad —en cuanto mayor o menor exigibilidad de conocer el derecho y de actuar conforme a ese conocimiento—, la oportunidad del delito, la consideración a la víctima y las*

condiciones materiales y espacio-temporales de la comisión del delito. Esta es la interpretación de las fuentes de derecho para la fijación de la pena, concretamente de los §§ 7 y 28 de la Const.Pol., 5.3 y 5.6 de la Convención americana sobre derechos humanos, y 71 del C.p....” (TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, voto No. 53 de las diez horas quince minutos del primero de febrero del 2002). Este precedente delimita de modo preciso, los aspectos que deben considerarse a la hora de fijar la sanción, entre ellos el bien jurídico afectado, que como en el caso presente es el máspreciado por nuestro ordenamiento: la vida humana. Aspectos como la vulnerabilidad de la víctima, entre otros deben ser considerados. En el caso concreto, se evidencia que la acción del sentenciado..., no fue una acción de escasa reprochabilidad, pues inclusive no se limita – según se infiere de los hechos probados – sólo con quitarle la vida al ofendido, sino en acciones posteriores para tratar de desaparecer del cuerpo en la búsqueda de impunidad, lo que en definitiva no lograron. De ahí que, es criterio de los suscritos Jueces de Casación Penal, la sustitución o modificación de la pena, tal y como lo plantea la resolución recurrida no considera el tipo de delito por el que se sentenció a ..., y como tal no es la respuesta que el sistema debe dar a hechos de esta naturaleza. 3- En tercer lugar, la resolución recurrida no se encuentra suficientemente motivada, en cuanto que – según se colige de su lectura- se incurre en vicios que le afectan de modo grave e imponen su ineficacia: a- En el Considerando de Fondo, en cuanto efectivamente se observa que se reiteran algunos de los vicios de fundamentación que ya se hicieron ver en el voto de este Tribunal de Casación N- 2003-1175 de las 11: 40 horas del 13 de noviembre del 2003(cfr. Folio 920). Así sucede cuando se indica por el señor Juez que la pena-entendemos de internamiento – sólo se debe imponer en casos muy graves, procediendo a sustituirla por medidas de libertad asistida y órdenes de orientación y supervisión, lo que deviene en contradictorio, pues precisamente el hecho por el que se declaró a ... autor responsable fue de un homicidio calificado, y en circunstancias altamente reprochables. Es decir, contrario a la tesis del señor Juez de Ejecución de la Pena del Primer Circuito Judicial de San José – y por eso el razonamiento es contradictorio – en el tanto menciona como uno de los argumentos para modificar la sanción la función expiatoria para el infractor. Sin embargo, aún la resolución ahora impugnada mantiene algunos de los mismos vicios que ya se habían puntualizado en el voto anterior de este Tribunal de Casación número 2003- 1175

de las once horas cuarenta minutos del trece de noviembre del 2003, en cuanto ya se había señalado: “ *A- El punto de partida del juzgador consiste en señalar que ... ya ha cumplido, a la fecha, más de tres años de internamiento y, que si se decida continuar con esa medida, no se llegaran a cumplir con los fines de la sanción penal juvenil que son la educación y la reinserción social, pues, según se indica, el internamiento ya cumplió su cometido, no sólo en el aspecto señalado, sino también en el aspecto expiatorio. Se observa aquí una primera inconsistencia, porque, habiendo partido el propio juzgador de que la sanción penal juvenil posee una finalidad expiatoria, no explica con claridad cuáles son las razones para considerar que, en un caso de suma gravedad como el presente, deba entenderse cumplido ese propósito al cabo de sólo tres años de privación de libertad. Lleva razón en este punto la fiscal impugnante, porque en realidad el mensaje que transmite una resolución de este tipo es que la vida humana, como bien jurídico, tiene un valor escaso, por lo que perfectamente puede cometerse un homicidio calificado sin mayores consecuencias jurídicas. Con ello, sin lugar a dudas se está fomentando la irresponsabilidad del menor de edad ante el hecho delictuoso, asumiéndose respecto del sujeto activo una actitud netamente tutelar o protectora, superada – en tesis de principio – por la Ley de Justicia Penal Juvenil, evidenciándose además un marcado desprecio por la víctima, que fue privada violentamente de sus derechos, incluyendo el máspreciado que es el derecho a la vida”.* (cfr. Folio 924). Sin embargo, la resolución ahora objeto de nuevo recurso de casación por la representación fiscal, mantiene ese error conceptual, en cuanto insiste que la pena ya cumplió ese fin expiatorio, sin que se analice la gravedad del hecho, y todo el enfoque está planteado en función de la situación del infractor ... y sin analizar la acción cometida en perjuicio de la víctima. b- Por otra parte en el considerando de fondo se insiste de nuevo en que la prisión es la última posibilidad de sanción aplicable solo en casos muy graves, lo que – a juicio del juez – justifica la modificación de la sanción, cuando lo cierto del caso es que en el presente asunto se privó de la vida a un ser humano, de modo que – siguiendo ese razonamiento del propio juez de ejecución penal – el internamiento como sanción estaría justificado ante los hechos por los que se sentenció a ... 3- En tercer lugar, tal y como ya se había indicado por este Tribunal al conocer el anterior recurso de casación de la representación fiscal, el juzgador dirige su resolución a combatir la pena de prisión por su propia naturaleza; es decir, por las secuelas o efectos

que produce o podría llegar a producir de continuar la sanción en la persona del infractor. En efecto, indica la resolución impugnada: *“Ya la prisión no le puede brindar ninguna ayuda a Víctor y mucho menos estando en el Centro de Adulto Joven, que todos sabemos que es un Centro que no cumple con los requisitos mínimos que exige un centro para jóvenes, es un lugar donde se ofrecen pocas oportunidades laborales, donde las posibilidades de estudio son limitadas y son solo aprovechadas por algunos que tienen esa voluntad, no existen lugares de esparcimiento, hay hacinamiento, la droga es cosa de todos los días, el ocio y la vagabundería son las madres de todas las actividades, la atención psicológica individual no es la mejor”* (cfr. Folio 1008). Con respecto a este tipo de análisis ya este Tribunal había indicado que la argumentación del juzgador se dirige a combatir la prisión y sus efectos, pero que no se hace relación al caso concreto, y es bueno puntualizar que es la Ley de Justicia Penal Juvenil la que define las sanciones y los casos en que un menor puede ser sometido a internamiento. 4- En cuarto lugar, respecto del reclamo en cuanto a la imprecisión o ausencia de una clara individualización de las medidas sustitutivas que plantea el Ministerio Público en la impugnación que aquí se conoce, se estima que efectivamente la resolución objeto de recurso es imprecisa en cuanto a las órdenes de supervisión impuestas quedando éstas prácticamente al arbitrio del sentenciado y de sistema penitenciario, en desmedro del principio de fijación jurisdiccional de la sanción. En realidad, se indica que a ... se le imponen las órdenes de orientación y supervisión de estudiar y otra de trabajar, dejándose la opción al joven de escoger, lo que implica una verdadera imprecisión de la medida, aún cuando se indique que ello no es así. Si bien, posterior a ello el Juzgado de Ejecución de la Pena aclara que ello se determinara en un Plan de Ejecución de la Sanción, y en el evento de que decida trabajar lo hará en una de las dos ofertas laborales con que cuenta, una en el Parque Nacional de Pocosol Guanacaste y otra con el señor ... como asistente de soldadura, éste último extremo entra en abierta contradicción cuando también se indica que el sentenciado deberá vivir en casa de su madre en Hatillo 6. Imprecisión que se acrecienta cuando se indica que posterior a la firmeza del fallo, deberá el sentenciado brindar la dirección de esa vivienda. En consecuencia, se declara con lugar el recurso del Ministerio Público, y se anulan las resoluciones impugnadas”

Tribunal de Casación Penal. 2004-688, de las 9:33 horas del 15 de julio del 2004.

C. DERECHO PROCESAL PENAL

12. Acción civil. Desistimiento. No comparecencia del actor civil a declarar como testigo.

“De acuerdo con lo establecido por el artículo 117 del Código Procesal Penal opera el desistimiento tácito cuando el actor civil, sin justa causa, no concurra a prestar declaración testimonial. En este caso, al realizarse el primer juicio, la actora civil y su representante fueron citadas en el lugar señalado y no se presentaron al debate (folios 325 a 330). Igual sucedió para la audiencia realizada con ocasión de la justificación de lo relativo a la acción civil resarcitoria. Ni la víctima actora civil ni su representante fueron citadas porque se mudaron a Canadá (folios 820 a 822). La actora tampoco compareció a la cita emitida por el Consejo Médico Forense, a efecto de resolver una apelación contra el dictamen médico legal (folio 141). Lo anterior denota un claro abandono de las obligaciones del actor civil, pues no basta con nombrar un apoderado en el juicio, hay algunas diligencias en que es necesaria su presencia, como en las declaraciones testimoniales. La circunstancia de que haya abandonado el país en forma alguna puede considerarse una justa causa para excusarse de su incomparecencia. En esta sumaria dicho proceder ha ocasionado varios problemas y el más importante es una limitación al ejercicio del derecho de defensa para el imputado. Se cuestionó el dictamen médico y esto no pudo ser definido por la actitud de la representante de la actora (su madre). Igual ocurrió en el juicio oral y público, en el tanto al no someterse al contradictorio las declaraciones de la actora civil y de su madre, no ha podido rebatir la defensa las pretensiones formuladas en la acción civil resarcitoria. La actitud de la actora civil, y en este caso de su representante, por ser ella menor de edad, implica un abandono de las obligaciones procesales, lo cual está sancionado en los artículos 117 y 118 del Código Procesal. Por lo anterior se declara con lugar el primer motivo de la casación del defensor del imputado. Se revoca la resolución recurrida y, en su lugar, se declara desistida la acción civil resarcitoria de ..., representada por, en contra de ... Conforme a lo estipulado por el artículo 118 del Código Procesal Penal, se condena a la parte actora civil al pago de las costas”.

Tribunal de Casación Penal. 2005-234, de las 10:00 horas, del 31 de marzo del 2005.

13. Acción Civil. Prescripción. Competente para conocer reenvío por acción civil.

“El impugnante aduce que toda vez que había sido declarada prescrita la acción penal por el delito de lesiones culposas, el Tribunal de Juicio de Turrialba no era competente para conocer de la acción civil resarcitoria conforme al artículo 40 del Código Procesal Penal, ya que no estaba pendiente la persecución penal, y con ello, la Juez quebranta el principio de Juez natural. El defensor solicita se anule la sentencia impugnada, así como el debate oral y público que la precedió, se ordene el reenvío para ser conocida en sede civil conforme a derecho. El motivo no puede prosperar: En realidad, la inconformidad del quejoso no va dirigida contra la sentencia N° 29-2004 de las 15:00 horas del 19 de marzo del 2.004, dictada por el Tribunal de Juicio de Cartago, Sede de Turrialba, puesto que lo que la Jueza hace es acatar la resolución N° 2003-1236 de las 9:23 horas del 4 de diciembre de 2.003, emanada del Tribunal de Casación Penal, pronunciamiento que dispuso ordenar el reenvío (ver folio 319), en ese sentido, la competencia para sustanciar nuevamente la causa en lo que se refiere a la acción civil resarcitoria le es otorgada por el *ad quem* y en esa medida, el Tribunal unipersonal de Cartago no violenta el principio de juez natural; distinto sería el caso cuando el superior en grado expresamente remite a la vía civil para la sustanciación de lo tocante a la parte civil derivada de un hecho punible (en este sentido, ver Voto 2004-0229 de esta Cámara, de las 11:08 horas del 11 de marzo de 2.004); asimismo, se advierte en autos, que con relación al fallo del Tribunal de Casación citado, el defensor no solicitó en su momento, aclaración y adición en el sentido de discutir a qué órgano le correspondería resolver sobre la acción civil resarcitoria, por lo que sabía que se trataba de un reenvío al mismo Tribunal Unipersonal cuya sentencia se había anulado y no constituía para la parte ninguna novedad o sorpresa”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-1333, de las 13:35 horas, del 21 de diciembre del 2004.

14. Acción civil. Prescripción de acción penal. Competente para conocer reenvío. Prescripción penal no afecta pretendido derecho indemnizatorio.

“Sin embargo, es importante anotar que el Ministerio Público también recurrió en la persona del representante de la Oficina de Defensa Civil, reclamando que con el vicio de

violación de las reglas de la sana crítica se afectó el derecho indemnizatorio de las víctimas. Sobre ello debe hacerse por el Tribunal de Casación también una distinción. El Ministerio Público ha actuado por delegación de la acción civil representando a..., según consta en las respectivas acciones civiles. Sin embargo, en lo atinente a este último la sentencia consideró que debía excluirse como ofendido y como actor civil, en virtud de que había desistido de la instancia privada (folios 678-683). Ese aspecto no fue combatido en el recurso de casación presentado, por lo que debe estimarse que lo resuelto con respecto a... quedó firme, ello en cuanto se le excluyó como ofendido y como actor civil. Es importante anotar que incluso en las conclusiones el representante del Ministerio Público, luego de que en una audiencia anterior se había estimado por la jueza que... había desistido de la instancia (folio 504), solamente pidió que se estimara en el sobreseimiento que se dictaría que queda abierta la vía civil para ir a hacer valer sus derechos (folio 520). Resulta así que lo resuelto con relación a Moisés Cordero quedó firme, debiendo por ello resolverse el recurso de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima a favor de... Se reclama violación de las reglas de la sana crítica, en cuanto en la sentencia se partió que si bien el imputado presentó una alcoholemia de 1, 27, ello se debió a que debido a que se encontraba nervioso tomó Brandy, ello a instancias de una de sus acompañantes que llevaba dicho licor en el vehículo, y que le dijo que eso era bueno para calmar los nervios. Lleva razón el representante de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima en su reclamo, ya que el razonamiento dado por la juzgadora debe estimarse como violatorio de las reglas de la experiencia, ya que es absurdo que un conductor luego de haber participado en un accidente de tránsito en el que resultaron lesionadas varias personas, vaya a ingerir una cantidad importante de licor para calmar los nervios, cuando de todos es conocido que una vez que se apersonara la autoridad de tránsito iba a ser sometido a exámenes de alcoholemia. Por lo anterior corresponde declarar con lugar parcialmente el recurso de casación presentado, anulándose la sentencia exclusivamente en lo correspondiente a la acción civil presentada por la Oficina de Defensa Civil de la Víctima a favor de... Debe agregarse que la declaratoria de prescripción de la acción penal no tiene como consecuencia que haya prescrito la acción civil, según lo ha establecido en forma reiterada el Tribunal de Casación a partir del voto 492-F-98 del 13 de julio de 1998 (Véase: votos 710-2001 del 14-9-2001; 529-2002 del 12-7-2002, 346-2003 del 29-4-2003; 659-2003 del 14-7-

2003; 820-2003 del 21-8-2003; 1236-2003 del 4-12-2003; 1256-2003 del 11-12-2003). Se trata de un criterio que ha sido asumido no solo por el Tribunal de Casación Penal, sino también por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en los votos 112-2002 del 13-2-2002; 861-2002 del 20-12-2002; 866-2002 del 30-8-2002. Sobre ello también se pronunció la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 706-2003 del 24-7-2003). En las diversas resoluciones se ha indicado que el artículo 871 del Código Civil fue derogado por el artículo 96 del Código Penal, unido a que el Tribunal de Casación Penal en el voto 492-F-98 y en otros que le han seguido, lo mismo que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 122-2002, ha indicado que las causales de interrupción de la acción civil difieren de las correspondientes a la acción penal. Así la declaratoria de extinción de la acción penal, no implica la extención de la acción civil, resultando que en la sentencia no se declara sin lugar la acción civil por el hecho de haberse declarado con lugar la excepción de extinción de la acción penal. De conformidad con el artículo 40 del Código Procesal Penal no procede disponer el reenvío, sino remitir a las partes a la vía civil, ello con base en el principio de accesoriedad de la acción civil, ello ya que se anula la sentencia en su totalidad en cuanto a..., no siendo procedente que se realice en sede penal un juicio de reenvío exclusivamente para discutir lo referente a la acción civil, juicio en que habría que determinar totalmente la fijación de los hechos en lo atinente a dicha acción. En otras palabras habría que realizar un debate completo para discutir solamente aspectos de carácter civil y no penal, lo que no es conforme con lo establecido en el artículo 40 del Código Procesal Penal. Es cierto que se permite una condenatoria civil, cuanto se dicta una sentencia absolutoria en lo penal, pero ello no puede llevar a que en vía penal tenga que realizarse un juicio de reenvío en que tenga que realizarse el debate en su totalidad, para enmendar un error. En ese sentido es que debe ser interpretado el artículo 359 del Código Procesal Penal, que permite el juicio de reenvío con respecto a las consecuencias civiles. Con ello se reitera el criterio que sostuvo el Tribunal de Casación Penal en el voto 865-2002 del 17 de octubre del 2002, en donde a pesar de anular la sentencia en lo civil, no dispuso el reenvío”.

Tribunal de Casación Penal 229-05, de las 11:08 horas, del 11 de marzo del 2004.

15. Acción civil. absolutoria penal. Condenatoria con fundamento en otras reglas del ordenamiento.

“Sin embargo, en cuanto a la acción civil resarcitoria, la situación es diferente. El juzgador, para resolver ese extremo se limitó a decir: *a)* que la acción civil es accesoria de la acción penal, *b)* que “...no fue posible determinar con certeza que el imputado es responsable de los hechos atribuidos y en consecuencia de los daños y perjuicios” (sic), y *c)* que no estamos ante ninguno de los casos de excepción en que, a pesar de haberse dictado una absolutoria, puede acogerse la acción civil. (Ver folios 77 y 78). Esos fundamentos, aparte de que son bastante genéricos, no hacen referencia alguna a quién es el propietario de la finca dónde se cometió el hecho, notándose que incluso el testigo..., que al parecer fue ofrecido por la defensa, insiste en que la finca donde se cometió el hecho le pertenece al imputado... Además, el propio juzgador tuvo por acreditada la existencia de la tala en una hectárea de bosque secundario, señalando las especies y la cantidad de árboles cortados, especificando que el terreno tiene una pendiente de cuarenta y cinco grados con inclinación hacia la zona de protección hídrica y que se actuó con el fin de variar el uso del suelo, realizando en dicho lugar una siembra de frijoles (folio 70). Por ende, es evidente que esos aspectos debieron haber sido objeto de examen por parte del *a quo*, para establecer si, con independencia del aspecto penal, podría existir base suficiente para acordar una eventual responsabilidad civil. Nótese que, tratándose de una área especialmente protegida por la ley, existe interés del Estado de que se ordene, cuando menos, la restitución de las cosas a su estado natural, impidiendo que se mantenga la variación ilegal del uso del suelo, cuestiones que no fueron objeto de análisis específico en la sentencia recurrida. Con ello se incurrió en un vicio de falta de fundamentación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 142, 184 y 363 inciso b) del Código Procesal Penal. En consecuencia, procede acoger este punto del motivo y anular parcialmente la sentencia recurrida, sólo en cuanto a lo resuelto sobre la acción civil resarcitoria, debiendo quedar incólume en todo lo demás. En este caso, sin embargo, no procede ordenar el reenvío para que el tema sea discutido y resuelto en la vía penal, porque ello implicaría realizar de nuevo en esta sede la totalidad del juicio, lo que no se aviene con la naturaleza del reenvío, el cual procedería si se tratara sólo de determinar “*la pena o las consecuencias*”

civiles del hecho” (último párrafo del artículo 359 Código Procesal Penal); pero no para realizar un juicio autónomo sobre responsabilidad civil, que incluso ameritaría examinar quién figura como propietario registral del terreno donde se cometieron los hechos investigados. Por ello, en cuanto al extremo anulado, pueden las partes interesadas –si a bien lo tienen– acudir a la vía que estimen pertinente, en demanda de sus derechos”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-260, de las 9:15 horas del 18 de marzo del 2004.

16. Acción civil. Casación. Improcedencia del efecto extensivo en lo civil.

“En este asunto no se aplica a favor del actor civil Manrique Páez Sáenz un efecto extensivo de la anulación de la sentencia en lo correspondiente a la acción civil presentada a favor de José Marcelo Chaves Ballesterero, ya que en materia de recursos de la parte actora civil no se prevé ese efecto extensivo por el Código Procesal Penal (Art. 428 del Código Procesal Penal). Se agrega a ello que la misma legislación procesal civil no permite que funcione un efecto extensivo con respecto al recurso presentado por otro, disponiéndose además en el artículo 608 del Código Procesal Civil, referente al recurso de casación, que la sentencia de casación no puede abrazar otros puntos que no sean los que hubieran sido objeto del recurso. Debe tenerse en cuenta en particular lo que la doctrina procesalista civil ha llamado el principio de personalidad de la impugnación. Al respecto indica Eduardo Couture: “En cuanto al principio llamado de personalidad de la apelación, no es sino otra forma particular de las mismas normas generales que ya han sido expuestas. La situación que da motivo a la aplicación de este principio es el siguiente: A y B, herederos de C, demandan a D por reparación de un acto ilícito que ha causado la muerte del padre de los actores; la sentencia absuelve a D; A no apela de la sentencia y B lo hace en tiempo y forma; la sentencia de segunda instancia revoca la sentencia de primera instancia y condena a indemnizar a B el daño sufrido ¿Aprovecha a A, que ha consentido la sentencia absolutoria, el fallo dictado a favor de B? La doctrina y la jurisprudencia se pronuncian por la negativa: la condena obtenida por B no beneficia a A porque los efectos de la apelación son personales. No existe, como en el derecho romano, beneficio común, sino ventaja unilateral. La solución del carácter real u

objetivo de la apelación fue rechazada por Merlin y por los autores del Código francés, al que en esta materia ha seguido el pensamiento posterior sin esfuerzo alguno. No disminuye el prestigio de esta solución la circunstancia de que aparezcan dos cosas juzgadas contradictorias: que mientras para B haya derecho a indemnización, A se ve privado de él. La razón no es tanto de carácter lógico como sistemático. Sus fundamentos se hallan esparcidos a lo largo de todos los principios del derecho procesal civil. En primer término, el principio de que la voluntad crea y extingue derechos. Quien consintió la sentencia de primera instancia es porque la consideraba justa; el agraviado tenía dos caminos: consentir o apelar; si optó por el primero su voluntad lo liga definitivamente a ese consentimiento. Una segunda razón emana del principio mismo de la cosa juzgada. Nada excluye en derecho la posibilidad de dos sentencias contradictorias; las propias evoluciones de la jurisprudencia demuestran que este riesgo es connatural con el concepto de cosa juzgada. Una tercera razón fluye del principio mismo de la apelación. El tribunal superior no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso introducido, nada le autoriza a cambiar la parte de la sentencia que desecha la demanda en lo que se refiere a A si no ha mediado recurso a este respecto. Se reserva, sin embargo, una solución distinta de ésta, en los casos de solidaridad o de indivisibilidad material de la cosa litigiosa, ya que en estos casos la sentencia beneficia o perjudica al deudor solidario o al comunero. Pero esta circunstancia impuesta por la fuerza misma de las cosas, no altera el alcance del principio de personalidad de la apelación” (Couture, Eduardo, op cit., pp. 369-370). Este ha sido el criterio que ha mantenido en diversos votos el Tribunal de Casación, por ejemplo el 865-2003 del 29 de agosto del 2003, reiterado en otros votos posteriores, por ejemplo el voto 1222-2003 del 27 de noviembre del 2003”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-229, de las 11:08 del 11 de marzo del 2004.

17. Acción Civil. Costas. Inadmisibilidad de casación

“Plantea el recurrente apoderado especial judicial del querellante y actor civil, recurso de casación contra la resolución de las trece horas quince minutos del veinte de abril del dos mil cuatro, dictada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, la cual realizó una tasación de costas no un incidente de cobro de honorarios, sin embargo contra dicha resolución se planteó únicamente por la defensa

del imputado los recursos de revocatoria y apelación, los cuales se declararon el primero sin lugar confirmándose la fijación de costas, realizada en favor del querellante y actor civil y el segundo inadmisibles (ver folio 304). El artículo 236 del Código Procesal Civil, es el que le da cabida al recurso de casación en la *tramitación privilegiada al incidente de cobro de honorarios*, sin embargo previo a la admisibilidad del presente recurso extraordinario, el cual debe referirse según la legislación civil a las costas entre abogado y cliente, y no a la fijación de costas a las partes, deben agotarse los recursos ordinarios si los tuviere, en el caso concreto al tratarse de un tribunal de juicio, el recurso que cabía es el de revocatoria el cual ya fue resuelto, refiriéndose los agravios a lo argumentado por la defensa del imputado. De tal forma que el actual recurrente apoderado del querellante y actor civil, no planteó agravios de la resolución que resolvió la fijación de costas en su favor, (artículo 424 del Código Procesal Penal), lo que implica que no tiene la legitimidad para recurrir de la resolución que resolvió el recurso de revocatoria confirmando la anterior fijación, al no haber recurrido de la primer resolución, dado que no procede el recurso de casación "per saltum", si la parte supuestamente agraviada no ha recurrido de la resolución anterior, la cual le fijó sus honorarios sintiéndose agraviada en ese momento solamente la defensa del acusado y no el querellante, además de que como argumento subsidiario también tenemos, que el recurso de casación cabe sobre el incidente privilegiado de cobro de honorarios (relación cliente abogado) y no ante la fijación de costas (a la parte), como la realizada por el tribunal de instancia. Por lo expuesto, se declara inadmisibles el recurso de casación.”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-802, de las 9:45 horas, del 12 de agosto del 2004.

18. Acción civil. Restitución. Alcances del artículo 140 del Código Procesal Penal.

“El juzgado siguió al respecto la concepción positivista de la acción civil, debiendo reconocerse que dicha concepción efectivamente se encuentra detrás del artículo 103 del Código Penal, puesto que parte de que todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, la que debe ser determinada al dictarse la sentencia condenatoria, debiendo dictarse incluso de oficio dicha reparación. Sin embargo, dicha posición es diversa a la que inspira el Código Procesal Penal, que es ley posterior, ya que en principio siguió la concepción clásica sobre la acción civil,

requiriéndose que la parte damnificada a sus herederos presenten su reclamo civil en el proceso penal (Arts. 37, 111 y 368 del Código Procesal Penal) (Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Proceso penal comentado. San José, Editorial Jurídica Continental, 2003, p.351). El artículo 367 del citado Código contiene una excepción al respecto, puesto que debe disponerse la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos, ello aun cuando no se haya presentado el reclamo civil. Este supuesto, sin embargo, no se aplica al caso concreto, ya que la máquina de coser en cuestión no ha sido secuestrada. En la sentencia se hace mención al artículo 140 del Código Procesal Penal, en cuanto indica que en cualquier estado de la causa y a solicitud del ofendido, el tribunal puede ordenar, como medida provisional, el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes del hecho, siempre que haya suficientes elementos para decidirlo. Esta disposición ha tenido relevancia en particular con respecto a los delitos de usurpación (Cf. Llobet Rodríguez, Javier, op. Cit., p. 194), en los que el restablecimiento al estado anterior implica la expulsión utilizando la fuerza pública de la persona que estaría usurpando el inmueble. Igualmente puede justificar dicha norma la restitución provisional del objeto secuestrado. Sin embargo, esos supuestos son diversos a los correspondientes al presente asunto, en el que ni siquiera se sabe dónde se encuentra el bien apropiado por la imputada. Si se siguiera la posición sostenida en la sentencia entonces en todas las causas penales habría que disponer de oficio la reparación civil, ordenándose la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios (Art. 122 del Código Penal de 1941). Esa no fue la concepción, como se dijo, de la que se parte en la legislación procesal penal. Por otro lado, si se considerara que la imputada comete el delito de desobediencia a la autoridad en caso de no devolver la máquina de coser se estaría violentando el principio del *ne bis in idem*, puesto que se le estaría penando dos veces por el mismo hecho (Art. 11 del Código Procesal Penal y 8 inciso 4) de la Convención Americana de Derechos Humanos). Se declara con lugar el recurso de casación. Se revoca la sentencia en cuanto indica que se le ordena a la señora Palma Matamoros la devolución de una máquina de coser marca Singer, color blanco, de motor, con su respectiva mesa, en estado de ser utilizada, tal y como le fuera prestada, a la señora..., bajo apercibimiento legal de seguirle causa penal por el delito de desobediencia, si no cumple con lo ordenado”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-541, de las 9:12 horas, del 3 de junio del 2004.

19. Acción Penal. Prescripción. Plazo de suspensión por rebeldía.

“Es oportuno acotar... que este tribunal de casación en el voto 485-03, había sostenido que el plazo igual al de la prescripción se entendía que era el largo de 3 años, sin embargo con un mayor análisis del punto consideramos que este plazo es el reducido de 18 meses, dado que si la causa se encuentra en una etapa donde ya se le redujo al imputado el plazo de prescripción a la mitad, sería desproporcionado e irrazonable, que se interprete en su contra que debe alargarse el plazo, si ya el mismo se encontraba reducido conforme lo establece el artículo 33 citado. De tal forma, que desde la primer causal interruptora que consistió en la comunicación de la acusación 7 de mayo del 2001, al dictado de la rebeldía 10 de octubre del 2001 habían transcurrido 5 meses 3 días, plazo que se vio *suspendido* por los 18 meses de rebeldía y empezó a correr nuevamente hasta el 10 de abril del 2003, dictándose la sentencia de sobreseimiento el 29 de octubre del 2003, o sea habían transcurrido en total 11 meses 22 días, por lo consiguiente al dictado del fallo no había transcurrido el plazo requerido de 18 meses y ahora con el dictado tanto de la sentencia de sobreseimiento, como la actual sentencia de casación al ser causales interruptoras, vuelve de nuevo a correr un nuevo plazo de 18 meses, determinándose que la acción penal no había prescrito cuando se dictó la sentencia que ahora se impugna, por lo que el reclamo es de recibo”

Tribunal de Casación Penal. 2004-225, 10:00 horas, 11 de marzo del 2004.

20. Allanamientos. Improcedencia de delegación de allanamiento en el Juzgado Contravencional. Prueba ilícita.

“Con respecto al procedimiento seguido en este asunto, se evidencia que la delegación del allanamiento y requisita de la vivienda en que habitaba el justiciable, por parte de la Juez Penal de Puntarenas Lic. Jenny Rodríguez Lobo, y que se dispuso mediante resolución de las ocho horas cuarenta minutos del tres de setiembre del dos mil uno (visible a folio 46 a 49), no es conforme a derecho. La facultad de delegar las diligencias de allanamiento, es solo excepcional y no la regla, tal y como se ha indicado en algunos votos de la Sala Tercera. Así podemos citar los votos 607-03 de las 14:35 horas del 24 de julio del 2003; voto 2004- 00332 de las 9:20 horas del 2 de

abril del 2004 y el voto 2003- 00240 de las diez horas del 9 de abril del 2003. En este ultimo al resolver un caso similar al ahora planteado, se considero la existencia de un acto ilegal, al igual que la prueba que del allanamiento se obtenga. Así se dijo lo siguiente: “ *III.- Se acogen los reclamos: Esta Sala considera de interés pronunciarse en cuanto a los dos primeros motivos del recurso, por lo que se analizarán ambos, en conjunto. El primer aspecto a considerar es si el Juez Contravencional de Garabito podía actuar por delegación. A) Delegación legal: El artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: “ En las circunscripciones en las cuales no exista juzgado penal, el juez contravencional podrá realizar – en casos urgentes – los actos jurisdiccionales de procedimiento preparatorio y, de inmediato y por cualquier medio, lo comunicará al juzgado penal. En esos eventuales supuestos, el juez contravencional actúa por delegación y, el juez penal, deberá tomar las disposiciones necesarias para esa delegación y respecto del control de las actuaciones; también, de ser necesario, podrá dirigirlas personalmente. La Corte establecerá cuáles juzgados contravencionales tendrán el recargo de competencia referido en el párrafo anterior”. De acuerdo con esta norma, dos son los presupuestos para que el juez de contravenciones pueda actuar en funciones de juez penal: 1.- que haya sido autorizado por la Corte; 2.- que se trate de un caso de urgencia. En relación con el presente asunto, el Juez Contravencional de Garabito puede actuar por delegación, en situaciones de urgencia, ya que por acuerdo de Corte Plena, en Sesión # 43-97 de 22 de diciembre de 1997, se estableció que tendrá ese recargo. La otra situación a examinar en el presente caso, es si se trataba de un caso de urgencia. El artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé la actuación del Juez Contravencional en casos de urgencia, únicamente. En el caso bajo examen no consta en autos la solicitud de allanamiento por parte del Ministerio Público, con las razones que determinarían que la diligencia era de urgencia, ni por qué debía ser realizada después de las dieciocho horas. No se acredita, ni siquiera se menciona, que los actos debían ser realizados de inmediato. Se observa que el operativo se venía efectuando desde días atrás, pues consta que ya desde principios de noviembre del 2001 se vigilaba la casa del acusado y su compañera. Los días 8, 13, 20 se llevan a cabo compras por parte de la policía. El día 21, se realiza una compra controlada por el fiscal y el allanamiento cuestionado. La urgencia requerida para la actuación del Juez*

Contravencional, no se acredita, ante la ausencia de la solicitud del fiscal, ni se deriva del informe policial, que no dice por qué tiene que ser ese día y no otro el operativo final. En el mismo sentido, acerca de los requisitos para que el Juez Contravencional pueda actuar por delegación según lo dispone el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta Sala se pronunció en resolución # 2002-00874, de 9:20 horas del 6 de setiembre del año 2000. b) Delegación en el caso concreto: resta por establecer si en este caso podía haber delegación, no de ley, como la establecida en el artículo mencionado, sino realizada por el juez penal en el caso concreto. Es función propia del juez penal el control de las diligencias de la etapa preparatoria (artículo 277 del Código Procesal Penal), por lo que la justificación de la jueza penal para no llevar a cabo el allanamiento no es de recibo. Dos son las razones dadas por la juzgadora para no realizar la diligencia: que el domicilio donde se practicará la diligencia está fuera de la jurisdicción de Puntarenas y que ese día debía efectuar otras diligencias similares en esa ciudad. Ninguna de las razones es considerada válida para esta Sala. Ante la ausencia de juez de la etapa preparatoria en Garabito, corresponde al juzgado de Puntarenas la realización de las diligencias propias de esa etapa, con la excepción dicha para los casos de urgencia. Y en cuanto a la realización de otras diligencias, se observa que entre el dictado de la orden de allanamiento y el inicio de la diligencia había tiempo suficiente para coordinar lo pertinente con los otros jueces penales del lugar. Las diligencias que no pueden ser delegadas en el Ministerio Público o la policía, como el allanamiento, han de ser prioritarias en la atención de los jueces, puesto que la ley fijó para ellas un trato especial, en vista de los derechos que vulneran. No pueden limitarse a "otorgar" o "decretar" la orden, sino que están en la obligación de realizarla personalmente, de conformidad con el artículo 193 del Código Procesal Penal, salvo motivos especiales y como excepción (como la disposición de turnos y disponibilidades, como adelante se verá). El tribunal de mérito consideró que la posibilidad de delegar la actuación de una actuación judicial en diversa autoridad se encuentra regulada en el artículo 153 del código procesal. Considera esta Sala que esa normativa, de cooperación entre despachos, y que constituye reglas generales, no contempla la posibilidad de delegar en órgano diferente una diligencia de allanamiento, pues la ley indica expresamente que ha de ser realizado por el juez (artículo 193 del Código Procesal Penal), sin que se permita

la delegación como sí está contemplada para otras diligencias. Y ese juez debe ser el que por disposición legal está encargado del control de las diligencias de la etapa preparatoria, esto es, el juez penal (artículo 277 del CPP). Además de que la normativa así lo establece, el Consejo Superior del Poder Judicial, acogiendo un informe rendido por la Comisión de Asuntos Penales, en Sesión # 51-2000 celebrada el 4 de julio del 2000, se pronunció al respecto, con el fin de enfatizar la obligación de los jueces de la etapa preparatoria en la atención de sus funciones. Dicho órgano señaló: "...1. En términos generales, los jueces contravencionales están autorizados para, en casos de urgencia, realizar las funciones del Juez de la etapa preparatoria, según se establece en el numeral 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La norma citada autoriza pues al Juez Contravencional a realizar, en casos urgentes "los actos jurisdiccionales del procedimiento preparatorio". Este texto legal legitima al juez contravencional, para cumplir con el principio de juez natural y, eventualmente, las intervenciones telefónicas, para cuya adopción deben cumplirse los requisitos constitucionales y legales establecidos y además, tratarse, en el caso del Juez Contravencional, de un caso de urgencia, en el que actuará por delegación legal, debiendo en todo caso comunicar de inmediato y por cualquier medio al juez penal de la jurisdicción, quien tomará las medidas necesarias para esa delegación y para el control de las actuaciones, o bien asumirá personalmente la realización de la diligencia. Lo anterior implica un replanteamiento de lo expresado por esta Comisión en los oficios 076-98 y 084-98. Lo dicho es plenamente aplicable, además, a las situaciones que se presenten dentro del turno -y la disponibilidad a ellos aparejada-, cuando, por el rol establecido, éste comprende además del Juez Penal, al Juez Contravencional, quien, durante el cumplimiento de sus obligaciones en esos períodos es el Juez Penal y como tal, deberá realizar todos los actos jurisdiccionales propios, como es la atención de reos presos y la decisión respecto de la libertad o la aplicación de otra medida cautelar, así como los anticipos jurisdiccionales de prueba y demás actos urgentes que sean propios del turno, entendiéndose que luego de finalizado, deberán remitirse todas las actuaciones al Juez Penal correspondiente, para que controle las medidas adoptadas y asuma la competencia. En síntesis, podemos afirmar que solamente para casos urgentes, los Juzgados Contravencionales señalados en la Circular 13-97 publicada en el Diario La Gaceta N° 14 del 21 de enero de

1998, tienen competencia para realizar funciones propias de los Juzgados de la Etapa Preparatoria. En dichos casos, el Juez Contravencional deberá comunicar inmediatamente al Juez Penal de la circunscripción correspondiente las diligencias solicitadas y será este último quien deberá tomar las disposiciones necesarias para la delegación y control de actuaciones. También de ser necesario, el Juez Penal competente podrá dirigir personalmente las actuaciones requeridas. Ahora bien, si la comunicación previa con el Juez Penal resulta imposible, deberá el Juez Contravencional realizar el acto, dejando constancia de la razón y posteriormente, a la mayor brevedad, le informará sobre la diligencia al primero. Así las cosas, aún encontrándose disponibles los Jueces Contravencionales indicados para realizar labores urgentes de Juez Penal de la Etapa Preparatoria están en la obligación de informar, de ser factible, de previo a la realización de la diligencia, al Juez Penal que resulte competente."En la ciudad de Puntarenas el juzgado penal cuenta con más de un juez penal, por lo que cualesquiera de ellos pudo realizar la diligencia. En el caso bajo examen no se estaba ni ante un caso de urgencia (por lo menos no quedó acreditado), ni las razones dadas por la jueza a quien se le solicitó la orden de allanamiento, para no realizarla, son de recibo, por tanto la actuación del Juez Contravencional no resulta legítima, como tampoco la prueba que a través de ella se obtuvo". Debe agregarse que es cierto es que la practica de una diligencia de allanamiento implica la coordinación de una serie de aspectos, y en ella se ven involucrados funcionarios del Ministerio Público, Jueces y Policías, e inclusive la puesta en marcha de cuestiones de índole operativa propiamente dichas. Sin embargo, en lo relativo al cumplimiento de las garantías procesales, es necesario ser vigilante en cuanto implica la lesión a posibles garantías constitucionales (cf.- Voto del Tribunal de Casación Penal N- 1372-99 de 15 horas del 24 de febrero de 1999). Por otra parte es preciso analizar si las probanzas que subsisten y no tienen relación con la diligencia de allanamiento, son suficientes para acreditar la existencia del delito investigado, siendo que al respecto se tienen los siguientes elementos probatorios: (1) El Informe del Organismo de Investigación Judicial N-210-2002 ORGJ de fecha 3 de setiembre del 2002, en que se describen los hechos objeto de investigación consistentes en verificar la aparente venta de droga, cocaína y crack, esto en el sector de Herradura, Cantón Garabito, Provincia de Puntarenas, concretamente en una

casa 100 metros al oeste y 150 al norte del Cruce. Se informa en ese documento de la participación de una mujer identificada como ANAIS DEL CARMEN VAZQUEZ VEGA, y un sujeto contextura gruesa, así como de la verificación en el sitio de personas con apariencia de ser consumidores habituales de drogas, así como intercambios de manos. (2) Se informa en ese documento de varias compras controladas de drogas usando para ello un colaborador, para finalmente informar de la practica del allanamiento en la vivienda, de manera que ello hace confirmar que aparte de esos elementos previos de vigilancias y acreditación de la venta de drogas a un informante, no existen otros elementos probatorios que refieran el trafico como tal. Es decir, que las probanzas se limitan a las diligencias realizadas por el Organismo de Investigación Judicial, dirigida a confirmar la venta de drogas en esa vivienda, elementos que solo hacen probable vía indiciaria el trasiego y venta de drogas, pero que no acreditan la certeza en su comisión. (3) Existen también actas de decomiso practicadas al informante confidencial, que constan a folios 56 a 60. Esos elementos no son suficientes para mantener la privación de libertad. (4) Se cuenta eventualmente en juicio con las declaraciones de los oficiales del Organismo de Investigación Judicial que participaron en el operativo. De lo anterior se confirma la tesis de la inexistencia de elementos de prueba independientes al allanamiento, y por economía procesal hacen innecesario un reenvío para nueva substanciación y por ende, se ordena la invalidez de la resolución de las ocho horas cuarenta minutos del tres de setiembre del dos mil uno, dictada por el Juzgado Penal de Puntarenas, visible a folios 46 a 49 del principal, el acta de allanamiento de folio 50 frente y vuelto y 51 frente, así como las actas números 27 5453, 2754545 y 275455 de folios 62, 63 y 64, así como el dictamen de ahí derivado Numero 2002- 6868 fechado 17 de octubre del 2002 folios 199 a 203 frente. En consecuencia, y considerando que la prueba obtenida el allanamiento deviene esencial para la condena, y no existiendo otros elementos sólidos de prueba en que fundamentar un juicio de reenvío, y no siendo posible aportar nuevos elementos de prueba para acreditar los hechos, por aplicación del principio universal *in dubio pro reo* se absuelve de toda pena y responsabilidad a JONATHAN VAZQUEZ VEGA por el delito de Infracción a la Ley de Psicotrópicos que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de La Salud Publica. En todo caso, conviene citar que la jurisprudencia también se ha planteado la posibilidad de que las "

precompras” o compras controladas, sean suficientes para arribar a una convicción de condena, llegando a concluir que ello no es posible. En este sentido, se ha dicho: “*En otras palabras, los informes policiales y las actas relacionadas con las actuaciones previas al 19 de junio de folios 1 a 7, actas de “precompra” a folios 8 y 9 e informes a folios 10 a 33, al igual que lo dicho por los oficiales de policía que dirigieron o participaron en tales actividades, no pueden dar fundamento suficiente que permita privar de libertad a una persona por varios años mediante una sentencia condenatoria*” (Sala Tercera de la Corte Voto 2004- 00322 de las 9:20 horas del 2 de abril del 2004). Finalmente no desconoce este Tribunal que la sentencia que se analiza en revisión, fue dictada siguiendo el procedimiento abreviado, de modo que aún cuando el justiciable aceptó los hechos y la pena a imponer, se debe respetar el debido proceso, entre ellos la legitimidad de las actuaciones procesales y la suficiencia de la prueba para la condena”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-427, de las 9:10 horas, del 6 de mayo del 204.

21. Prescripción acción penal.

Resolución de Casación tiene carácter de sentencia.

“Anteriormente esta Cámara en reiteradas oportunidades ha establecido que las resoluciones que dicta este Tribunal de Casación sí son verdaderas sentencias, debido a sus efectos en el proceso penal. El artículo 141 del Código Procesal Penal refiere la forma como se manifestarán los tribunales en su proceder, para ello dictarán resoluciones – concepto genérico- en forma de providencias, autos y sentencias, donde las providencias ordenan actos de mero trámite y las sentencias pondrán término al procedimiento, además, los autos, en forma residual, se tratarán de aquellas resoluciones que no sean providencias ni sentencias. Por otra parte, el artículo 363 CPP recoge los requisitos que debe contener la sentencia, pero se refiere a la dictada por el Tribunal de Juicio y que luego podrá ser recurrida ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia o ante este Tribunal de Casación; además, podríamos incorporar dentro de esta situación la sentencia de sobreseimiento, la cual puede ser dictada por el Juzgado Penal o por el Tribunal de Juicio, así como por la Sala Tercera y el Tribunal de Casación al conocer de los recursos de casación. Especial relevancia merece el párrafo segundo del artículo 447 CPP, el cual expone, en forma directa, el carácter de “sentencia” de las resoluciones del Tribunal de

Casación, así como de la Sala Tercera, al decir: “*Si se declara admisible -el recurso de casación- y no debe convocarse a una audiencia oral, ni debe ordenarse la recepción de pruebas, en la misma resolución dictará sentencia.*” (la negrita ha sido suplida y no corresponde al texto original). Como desarrollo de las ideas anteriores, el artículo 450 CPP señala los caminos que puede seguir la Cámara de casación en sus resoluciones; inicialmente, puede anular, total o parcialmente la sentencia impugnada, si estima que el recurso es procedente, ordenando la reposición del juicio o de la resolución, también podrá, en el caso de que la anulación sea parcial, indicar el objeto concreto del nuevo juicio o resolución, por último, en los demás casos, deberá enmendar el vicio y resolver el asunto de acuerdo con la ley aplicable. Como vemos, en los casos del citado 450 CPP, las resoluciones que resuelvan un recurso de casación tendrán carácter definitivo sobre el asunto en cuestión y, en algunos casos, podrán poner término al proceso y resolver el asunto conforme al fondo del mismo, sin posibilidad de ulterior recurso. No es característica propia de la “sentencia” que deba de contar con la posibilidad o derecho a ser recurrida, porque en realidad lo relevante, conforme al artículo 8 inc. 2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José) es que el fallo inicial pueda ser recurrido y, de tal forma, hacer efectivo el principio del debido proceso. Por ello, una sentencia puede ser de primera instancia o, excepcionalmente, de segunda instancia o de casación; donde la primera cuenta con el respectivo recurso ante el superior en grado y, la segunda, la cual debe de considerarse definitiva, imprime la característica de cosa juzgada, salvo cuando ordene el reenvío del proceso a una instancia inferior, pero de todas formas sigue considerándose propiamente una sentencia. En definitiva, las resoluciones que dicta este Tribunal de Casación, en conocimiento de los recursos de casación interpuestos por alguna de las partes en el proceso, tienen la facultad de poner término al proceso o devolver el mismo a etapas anteriores para corregir defectos formales, con lo cual revisten la condición de sentencias y, por lo tanto, actúan como interruptores de la prescripción de la acción penal conforme al artículo 33.e) CPP. En este sentido, como antecedente tenemos la sentencia del Tribunal de Casación Penal 2000-878 (ponente el Juez Dall’Anese Ruiz) en la cual se dijo: “*Ahora bien, la citación a juicio — interruptora de la prescripción— se dictó el 08/10/1.996 (fl. 50) y a partir de este momento todos los actos que impulsaron el proceso*

cortaron el plazo y le dieron un efecto originario, es decir comenzó a correr nuevamente por dos años; entre ellos, se extraen de una lectura entre líneas: resolución que pone en conocimiento de partes el resultado de una peritación, de 05/01/1.998 (fl. 103); auto que ordenó prueba el 25/01/1.999 (fl. 107); y audiencia sobre prueba para mejor proveer del 24/11/1.999 (fl. 145). Obsérvese que a partir de este último acto la prescripción se extendió hasta el 24/11/2.001, pero después se han realizado otras actuaciones, incluida esta sentencia de casación que viene a interrumpir y dar efecto originario al término de prescripción, de modo que solamente operará fatalmente el plazo si de hoy en dos años no se realiza acto alguno que de impulso procesal a la causa” (en igual sentido voto 2001-764 de este mismo Tribunal, ponente el Juez Dall’Anese Ruiz)”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-1332, de las 11:30 horas, del 21 de diciembre del 2004.

22. Notificación por facsímil. Plazo para recurrir. No rige Reglamento, sino artículo 160 del Código Procesal Penal.

“el Código Procesal Penal es ley especial, regulando expresamente lo relativo al conteo de los plazos cuando la notificación se realice por fax, ello de acuerdo con el artículo 160 del Código Procesal Penal. La parte recurrente alega que se trata de un criterio sorpresivo, contrario a la seguridad jurídica, pero dicha argumentación no puede ser acogida. En primer lugar debido a que un principio de un Estado de Derecho y con ello de la garantía de la seguridad jurídica es el de actuación conforme a lo establecido en la ley, resultando que función de los tribunales es la interpretación de la ley, sin que les esté vedado la misma por el hecho de que con anterioridad se haya sostenido otro criterio en algunos fallos. Se agrega a ello que contrario a lo indicado por la parte recurrente lo sostenido por la mayoría del Tribunal no se trata de una posición que no haya sido sostenida con anterioridad. Así en el voto 1074-2003 del 24 de octubre de 2003 el Tribunal de Casación Penal dijo: “*Como lo alega el señor defensor, en escrito de folio 164, el plazo para interponer el recurso venció el 2 de setiembre de 2003, dado que, como lo indica la propia recurrente, la notificación de la resolución que impugna se le hizo a las partes el día 11 de agosto de 2003, tal y como se constata a folios 149 y 150, por lo que el plazo de quince días para recurrir empezó a correr el 12 de agosto de 2003 y venció el 2 de setiembre de este año, siendo*

que al día 3 de setiembre ya había vencido. La circunstancia de que la notificación de la sentencia fuese por un medio electrónico, no modifica la situación, puesto que el artículo 160 del Código Procesal Penal es claro al señalar que el plazo corre a partir del envío de la comunicación, así indica ese numeral: ‘Art. 160.- Forma especial de notificación. Cuando el interesado lo acepte expresamente, podrá notificársele por medio de carta certificada, facsímil o cualquier otro medio electrónico. En este caso, el plazo correrá a partir del envío de la comunicación, según lo acredite el correo o la oficina de transmisión. También podrá notificarse mediante otros sistemas autorizados por la Corte Suprema de Justicia, siempre que no causen indefensión.’, (el subrayado es nuestro). Por otra parte, la existencia de reglamentaciones en otro sentido no pueden prevalecer sobre esta disposición de la ley (...).” En este sentido véase además: votos 1037-2003 del 16 de octubre de 2003 y 316-2004 del 1 de abril de 2004 (con voto salvado)”.

Tribunal de Casación Penal. 2004-801, de las 9:41 horas, del 12 de agosto del 2004.

23. Revisión. Hechos o prueba nueva. Alcances.

“El reclamo así motivado deviene *manifiestamente improcedente* e inadmisibles, conforme a lo dispuesto en el artículo 411 del Código Procesal Penal, pues las pruebas ofrecidas no están orientadas a demostrar un hecho nuevo, ni tampoco constituyen nuevos elementos de prueba (pues eran conocidos y estaban a disposición del quejoso desde antes de que se dictara la sentencia impugnada y desde entonces pudieron plantearse en el proceso para contradecir la acusación), sino que están esencialmente orientadas a justificar porque el imputado se viene ahora a desdecir de lo que aceptó como cierto en la audiencia preliminar, con la asistencia letrada del Lic..., o a contradecir el fundamento probatorio del hecho acreditado en sentencia, para supuestamente demostrar que él no cometió el asalto realizado en perjuicio del señor Smith Valladares, pero lo cierto es que, como se dijo, ninguna de ellas tiene el carácter novedoso que exige el motivo de revisión invocado (art. 408 inc. e del CPP), no son posteriores a la condena, especialmente lo relativo al reconocimiento, que se reduciría de una mera repetición del acto aunque bajo otra modalidad. Es importante subrayar que la causal de revisión invocada supone, para justificar razonablemente la revisión de la autoridad de cosa juzgada de la sentencia impugnada, que los nuevos hechos o nuevos

elementos de prueba sobrevengan o sean descubiertos después de la condena: "*Cuando después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable.*" (art. 408 inc. e, Código Procesal Penal). La exigencia de novedad de los hechos o elementos de prueba a que se refiere esa causal tiene su razón de ser —señala nuestra doctrina— en la circunstancia de que una repetición de la valoración del material probatorio del juicio cerrado con autoridad de cosa juzgada destruiría toda seguridad jurídica (CASTILLO GONZALEZ, Francisco: «El recurso de revisión en materia penal», San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1980, pág. 137). Por todo lo dicho se debe declarar inadmisibile la demanda de Revisión”

Tribunal de Casación Penal. 2004-41, de las 9:37 horas, del 29 de enero del 2004.