



Informe de Investigación

Título: Resoluciones No.1438-92 y No. 2008-010016 de la Sala Constitucional

Subtítulo: -

Rama del Derecho: Colegios Profesionales	Descriptor: General
Tipo de investigación: simple	Palabras clave: -
Fuentes: Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 02-2010

1 Jurisprudencia

No.1438-92

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y dos.

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Cristina Rojas Rodríguez, mayor, divorciada, vecina de San José, cédula de identidad número 1-517-933, en su condición de Defensora Pública de Luis Guillermo Ramírez Préndigas y contra los artículos 39, 40, 41, 71 incisos e y f, 72, 78 y 98 incisos 3 y 4 del Código Penal y los artículos 277 y 298 incisos 2 y 3 del Código de Procedimientos Penales, por estimarlos contrarios a los artículos 33, 40, 42 y 39 de la Constitución Política; 7 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 14 inciso 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Resultandos:

I.-La accionante estima que los artículos 71 incisos e y f y 78 del Código Penal, son contrarios a los numerales 33, 40 y 42 de la Constitución Política, en cuanto posibilitan una doble sanción para el reincidente, con claro menoscabo del principio de igualdad, pues se autoriza la imposición de sanciones totalmente diferentes, en cuanto al tanto de pena a cumplir, para los autores de un mismo hecho delictivo. A su criterio la argumentación también es válida en relación con los artículos 40 y 41 del Código Penal que se refieren a la profesionalidad y habitualidad, como circunstancia calificativa de los autores de un ilícito. Estima la licenciada Rojas Rodríguez, que el permitir el aumento de la pena para el reincidente conlleva el abandono del derecho penal de garantía y de acto, sustentado por la Constitución Política en sus artículos 39, 40 y 42, a un derecho penal de autor, en el que se reprime al sujeto, no en razón de la acción imputada, sino por su conducta pasada. Argumenta también que el permitir esa agravación de la sanción, produce un serio menoscabo al principio "nom bis in idem", pues por medio de éste no sólo se prohíbe conocer



en juicio de un hecho ya juzgado con autoridad de cosa juzgada, con identidad de sujeto, objeto y causa, sino también que ese hecho ya juzgado, vuelva a tener consecuencias más allá de la pena impuesta por única vez. Señala además que el considerar los antecedentes penales para fijar la pena a descontar, contraviene los principios de igualdad e imparcialidad del juzgador, sometiendo al individuo a tratamientos crueles, pues cuando una persona es llevada a juicio, resulta necesario que no existan elementos objetivos o subjetivos que puedan condicionar la voluntad del juzgador, produciendo un estado de desigualdad en relación con quien tiene antecedentes conocidos por el Juez. El que ha cumplido la pena que se le impuso, tiene derecho a presentarse ante el Juez que conocerá del nuevo hecho que se le imputa, sin mácula alguna. Con sólo el hecho de que el juzgador conozca mediante certificación los antecedentes del procesado, psicológicamente se condiciona al momento de dictar sentencia, condicionamiento que el propio legislador acepta en los inconstitucionales artículos 71 y 72 del Código Penal. Todo lo anterior conlleva también, según la tesis de la accionante, violación flagrante al artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que se exige que las personas sometidas a juicio, sean presentadas al debate en condiciones de plena igualdad. Como último argumento se señala que la existencia de antecedentes penales viola el principio de legalidad, el de tipicidad, así como el de inocencia, pues se sanciona doblemente una conducta que ya fue juzgada, pudiendo durante el proceso negarse la excarcelación del encausado al considerar que es reincidente (artículo 298 inciso 3o. del Código de Procedimientos Penales) y en sentencia imponérsele una medida de seguridad (artículo 98 inciso 3 del Código Penal) o agravarle la pena (artículo 78 ibídem). Cuando se procede de esa manera, se trae a colación de nuevo, para ser nuevamente sancionada, la conducta que sirvió de base a la condena anterior -se castiga de nuevo el mismo hecho-. En conclusión, la accionante estima que todas las normas -procesales y de fondo- que tienen su fundamento en la condición de lo que al individuo le fue probado en el sumario mediante la certificación de juzgamientos, en la reincidencia, la habitualidad o la profesionalidad, son violatorios de normas y preceptos de orden constitucional, por lo que la desaparición de los antecedentes penales se torna en imperativo categórico en cumplimiento de normas de mayor jerarquía que así lo exigen. Todo lo anterior le motiva a solicitar la inconstitucionalidad de los artículos 39, 40, 41, 71 incisos e y f, 72, 78 y 98 incisos 3 y 4 del Código Penal, así como de los artículos 277 y 298 inciso 3 del Código de Procedimientos Penales.

II.- A criterio de la Procuraduría General de la República la acción debe ser declarada sin lugar. Considera para ello que si bien es indiscutible que es preciso tener siempre como punto de partida la concepción del ser humano dentro del derecho natural, según la cual no es dable sustraerle al individuo ninguna de las condiciones esenciales que dignifican su existencia, no es dable desconocer o ignorar situaciones especiales -y casi excepcionales- en las cuales se justifica plenamente el establecimiento de ciertas limitaciones, en aras de proteger intereses igualmente importantes. Tal es el caso de aquellos que nos conciernen a todos, sea a toda la sociedad, razón por lo que resulta inequívoco concluir que si es constitucional y legalmente posible, establecer limitaciones al ejercicio de la libertad, siempre y cuando las mismas se sustenten en sólidos motivos de razonabilidad, así los reparos de constitucionalidad que se le hacen a los incisos 2 y 3 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, no resultan valederos, pues las limitaciones a la posibilidad de que un individuo pueda tener acceso a la excarcelación, no pueden ser catalogados de inconstitucionales, dado que los parámetros de razonabilidad en que se sustentan, guardan armonía con los principios constitucionales que se refieren a la detención del sometido a juicio. En cuanto a la inconstitucionalidad que se le atribuye a los artículos 39, 71 incisos e y f del Código Penal y 277 del de sus procedimientos, estima la Procuraduría que al convergir en el proceso penal, intereses de la persona sometida a juicio y de la colectividad, estos deben ser armonizados, permitiéndose entonces que la persona cuestionada pueda ser sometida a

limitaciones en relación con algunos de sus derechos, como la libertad, situación que autoriza la propia constitución en su numeral 37. La tutela al principio de igualdad no puede tener las connotaciones irrestrictas e ilimitadas que le otorga la accionante. Evidentemente, el trato igual es de esperarse e incluso exigirse para situaciones iguales; por ello la persona que reiteradamente ha delinquirido no puede razonablemente exigir un trato idéntico que el que se acuerda para aquella que es juzgada por primera vez, sin que ello conlleve mengua alguna a su derecho a un juicio justo, con todas las formalidades y garantías. La representación de la Procuraduría General de la República es del criterio de que la determinación de agravar la pena, o bien aplicar una medida de seguridad, en virtud de constatarse la reincidencia de la persona sometida al nuevo juicio, conforme a las normas que así lo autorizan (artículos 39, 40, 41 del Código Penal), no violentan los preceptos constitucionales establecidos en los artículos 39, 40 y 42 de la Carta Magna, pues los hechos que se juzgan son los relativos al último delito cometido, tomando en consideración para ello, únicamente para los propósitos de la declaratoria de reincidencia, habitualidad o profesionalidad, la sentencia condenatoria dictada con antelación por otros tribunales penales, con lo que evidentemente no se está investigando nuevamente el primer hecho, ni mucho menos sancionándolo nuevamente. Tampoco atenta, según la tesis de la Procuraduría, contra la dignidad humana, el tomar en consideración los antecedentes criminales de una persona, a efecto de determinar su peligrosidad delictiva y proclividad a cometer delitos.

III.- La representación del Ministerio Público coincide con la accionante en cuanto alega que los artículos 39, 40, 41, 78 y 98 inciso 3) del Código Penal resultan violatorios de los artículos 39 y 42 de la Constitución Política, no así en lo relacionado con los numerales 71 incisos e y f y 72 del citado ordenamiento represivo, pues no se refieren necesariamente a la reincidencia. Tampoco comparte la tesis de la licenciada Rojas Rodríguez en lo que respecta a los artículos 277 y 298 incisos 2 y 3 del Código de Procedimientos Penales, porque la información que el juez pida sobre antecedentes del imputado y el tomar éstos en cuenta como elemento por considerar en punto a la excarcelación, responde a la más elemental cautela. No se puede olvidar que la prisión preventiva es una medida cautelar y que como tal está basada en presunciones, en el caso en análisis, en las de que el reo tratará de eludir la acción de la justicia o continuará la actividad delictiva.

IV.- Por resolución de las ocho horas del veintisiete de agosto del año pasado se dispuso dejar en suspenso esta acción en cuanto se discute en ella la inconstitucionalidad de los artículos 40, párrafo primero, 41 párrafo primero, 78 y 98 párrafo primero e inciso tercero del Código Penal, dado que esas normas fueron también argüidas de inconstitucionalidad en la acción que bajo expediente número 248-90, se tramitó ante esta Sala.

V.-En los procedimientos se cumplió con las formalidades señaladas por la ley, la vista se celebró a las ocho horas quince minutos del veinte de febrero pasado y esta resolución se dicta dentro del término señalado al efecto en el artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Redacta el Magistrado Mora Mora; y Considerando:

I.- Al resolver la acción de inconstitucionalidad que se tramitó en expediente 248-M-90 de esta Sala, en sentencia número 88-92 de las once horas del diecisiete de enero del año en curso, se



señaló: "Las medidas de seguridad pueden clasificarse en dos grandes grupos, según se refieran a imputables o a inimputables. El presente asunto hace relación a las medidas de seguridad posibles de aplicación a imputables, en razón de calificárseles como delincuentes profesionales o habituales, o ser sujetos en los que el cumplimiento de una pena no logró ejercer su función readaptadora; a estas medidas se les conoce doctrinariamente como "medidas de seguridad en sentido estricto". En el considerando anterior se señaló el por qué el recurrente no tiene legitimación para impugnar la inconstitucionalidad de las medidas posibles de aplicación a los inimputables o con imputabilidad disminuida. Todo lo anterior motiva que el pronunciamiento, si no se indica expresamente lo contrario, sólo tenga relación con las medidas de seguridad en sentido estricto; no tendrá entonces efectos respecto a las medidas posibles de aplicación a inimputables, las que obedecen a principios diferentes, no relacionados con la culpabilidad, ni necesariamente con los que informan a las medidas posibles de aplicación a imputables. Al obedecer estas medidas a principios diferentes, las garantías constitucionales que serán analizadas al resolver esta acción, no pueden aplicársele a aquéllas, de manera tal que la posibilidad de ampliación de la declaratoria de inconstitucionalidad que permite el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para con otras normas relacionadas con las declaradas inconstitucionales, por tratarse también de medidas de seguridad, pero de posible aplicación a inimputables o con imputabilidad disminuida, no podrá ser acordada, a menos que resulte evidente el enfrentamiento de la ley con la Constitución y se fundamenten en los mismos principios, lo que no se da en el caso presente.

III.- La tesis del accionante en relación con las medidas de seguridad imponibles a delincuentes profesionales y habituales, conforme a lo reglado en los artículos 40, 41 y 98 inciso 3o. del Código Penal, así como la agravación de la pena que faculta el numeral 78 de ese ordenamiento penal en relación con los reincidentes, puede resumirse indicando que resultan contrarios al artículo 33 de la Constitución Política, pues permiten un trato desigual para situaciones objetivamente iguales -a mismo hecho delictivo respuesta penal desigual (pena, o medida de seguridad o agravación de la pena a un máximo único para toda clase de delito)- y contrarios a lo reglado en el artículo 39 constitucional pues se fundamentan en la peligrosidad del sujeto cuando dicho canon lo hace en relación con la culpabilidad.

IV.- Según ya quedó expuesto en el resultando III, la Procuraduría General de la República estima que las medidas de seguridad resultan necesarias en relación a una serie de individuos para los que las penas han demostrado ser ineficaces, pues aquéllas dan una nueva posibilidad al fundamentarse en criterios diferentes y tomar en consideración especial la peligrosidad del sujeto para fijar su duración y el régimen en que serán cumplidas. Esta tesis sobre la sanción, en la que las medidas de seguridad coexisten junto a las penas, parte de la base de que se da una clara diferenciación entre unas y otras. La doctrina desarrollada al respecto se preocupa por señalar nítidamente los motivos diferenciadores que llevan a la aceptación de esa coexistencia, pero al menos en nuestro medio, en la práctica, se borra toda diferenciación, según lo reconoce expresamente el Instituto Nacional de Criminología, dado que las medidas se descuentan en los mismos lugares en que se aplican las penas; a los sujetos sometidos a ellas no se les da un tratamiento especial, ni se tiene a disposición elementos suficientes para establecer el grado de peligrosidad de la persona sometida a una medida de esa índole. En realidad, en nuestro medio, las medidas de seguridad sólo se diferencian de las penas, en que su duración es indeterminada. El propio Código Penal en su artículo 51 al señalar la finalidad de penas y medidas de seguridad, posibilita la señalada confusión al establecer para ambas un fin "rehabilitador", olvidando que las



primeras tienen un claro contenido retributivo y garantista, mientras que las segundas se fundamentan en una discutible prevención especial, razón por la que la finalidad de ambas no puede unificarse; además el legislador no se preocupa por indicar los medios diferentes que deben emplearse -para mantener la separación entre unas y otras- en procura de lograr el fin propuesto, no obstante que en el artículo 102, para orientar un poco sobre dichos medios, se dispone que las medidas de seguridad de internamiento en colonias agrícolas o establecimientos de trabajo en los que se someterá a los internos a un régimen especial, se destinarán los delincuentes habituales o profesionales, pero, sobre esto último, nuevamente la realidad nos lleva a reconocer la inexistencia de las señaladas colonias y establecimientos de trabajo y el régimen especial, propios para las personas sometidas a medidas de seguridad. Pero es de aceptar que la inexistencia de lugares aptos para el cumplimiento de medidas de seguridad de internamiento, por sí sola, no conlleva quebranto alguno a la Constitución, con sólo crear esos lugares el problema estaría resuelto. Todo lo señalado en este aparte nos lleva a concluir que en Costa Rica las penas privativas de libertad y medidas de seguridad de internamiento no tienen efectivamente diferencia alguna, se descuentan en los mismos centros de reclusión y bajo los mismos programas, aunque a los sometidos a medidas se les desconoce una serie de beneficios que como la suspensión condicional de la pena, la amnistía y el indulto, si proceden en relación a los condenados a pena de prisión y el término en que deberán estar sometidos a restricción de su libertad es indeterminado, ésto no demerita la anterior conclusión, sobre la no diferenciación en la práctica de las medidas y las penas, conclusión que deberá tomarse en consideración luego al hacer pronunciamiento específico sobre las pretensiones del recurrente. Es de señalar además, -pues de seguro será un criterio que incidirá en lo que deba resolverse en el caso presente- que existe marcada aceptación en la doctrina para tener como fundamento de la pena a la culpabilidad, mientras que las medidas lo hacen en la peligrosidad. La culpabilidad permite una función garantista a la pena, pues limita al Estado en cuanto a la reacción por la comisión de un hecho delictivo, al tanto de culpabilidad, mientras que la peligrosidad no puede cumplir ese cometido, dado que para "superarla" se necesita someter al sujeto a un "tratamiento" o intervención por tiempo indeterminado; la gravedad del hecho, la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpabilidad demostrado en la comisión del hecho, pierden importancia como circunstancias a tomar en consideración para fijar el tanto de la reacción penal, así bien puede ser posible que por la participación en un mismo hecho delictivo, la duración de la intervención o reacción estatal en relación con los sujetos activos, sea marcadamente diferente, pues se "comprueba" en ellos, diversos grados de peligrosidad. Al contrario, la comisión de múltiples hurtos simples amerita una mayor intervención institucional en relación a la que corresponde a un homicidio pasional, no obstante que éste afecta un bien jurídico superior, en relación con aquél, pero el grado de peligrosidad, por la reiteración en infracciones, deja ver un mayor desprecio o inadecuación de la conducta a los cánones de convivencia que toma en consideración el legislador para establecer los tipos penales.

Vo.- En las actas de la Asamblea Constituyente no existe referencia alguna sobre el por qué, al escoger la fórmula que luego sería el artículo 39 de la Constitución, se optó por hacer expresa referencia a la culpabilidad, circunstancia ésta que llama la atención, si se toma en consideración que el Código Penal vigente a esa época fundamentaba la responsabilidad (así titula el Capítulo II, del Título II, sobre el delito, artículos 21 a 24) principalmente en la peligrosidad. Esto último se concluye de la sola lectura del artículo 88 del Código Penal de 1941, que disponía: "Los jueces al dictar sentencia determinarán a su arbitrio, dentro de los límites pre-establecidos por este Código, la cantidad de pena aplicable tomando en cuenta la mayor o menor peligrosidad del delincuente..." Si la normativa vigente no daba trato especial a la culpabilidad (en el artículo 19 del Código Penal vigente a la fecha se disponía: "El dolo o intención de delinquir se presume en todas las acciones u

omisiones punibles") y sí hacía referencia a la peligrosidad, al menos para ser tomada en consideración al fijar la sanción a imponer, la inclusión del término "culpabilidad" en la Constitución conlleva un notable cambio de criterio, que debe ser analizado en cuanto a sus repercusiones, en relación a las circunstancias que deben ser tomadas como parámetro a considerar para establecer la responsabilidad penal de las personas y para la fijación de la pena. La cita de la culpabilidad en la norma constitucional proviene del proyecto presentado a la Asamblea Constituyente por la Junta Fundadora de la Segunda República, cuyo artículo 45 decía: "ARTICULO 45.-

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa demostración de culpabilidad. El indiciado tendrá siempre oportunidad de ejercitar el derecho de defensa." No se cuenta al momento con los antecedentes históricos relacionados con la redacción de la transcrita norma, ni del por qué se incluyó la cita a la culpabilidad en ella, aunque algunos Diputados Constituyentes se pronunciaron por -sin dar un contenido claro a la culpabilidad- exigir la demostración de culpabilidad a efecto de aceptar la responsabilidad del encausado con el hecho.

VI.-La cita en relación con la culpabilidad en el artículo 39, como ya se dijo, conlleva un cambio de criterio en cuanto a la responsabilidad del sujeto, debe establecerse ahora, sin con ello el constituyente pretendió receptar un derecho penal fundamentado en la culpabilidad en el que sólo se es responsable si se es culpable y se es tal en el tanto de culpa con que se haya actuado, siendo ésta la medida correspondiente para la reacción penal, o por el contrario, la exigencia de la demostración de culpabilidad sólo incide en la posibilidad de acordar la responsabilidad del sujeto en el hecho atribuido. Para resolver este punto es conveniente señalar que el marco constitucional, en relación con las garantías ciudadanas -el artículo 39 se ubica en ellas- debe ser tenido como básico -en esas garantías se establecen mínimos-, pues sirve de límite y control al poder del Estado -en el caso concreto al poder penal-, que por esencia debe ser limitado.

VII.- El derecho penal de culpabilidad, como ya se adelantó, pretende que la responsabilidad penal -como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo (por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. El desconocerle el derecho a cada ser humano de elegir como ser -atendiéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que no pueden elegir, el ser como son, es ignorar la realidad social y humana y principios básicos de libertad. Si la sanción penal, se relaciona con el grado de culpa con que el sujeto actuó, esos principios básicos se reconocen, pues la pena resulta consecuencia del hecho cometido y se relaciona directamente con él para la fijación del tanto de pena a cumplir, funciona en el caso la culpabilidad como un condicionante de la pena, pero al mismo tiempo sirve para hacerla proporcional al hecho cometido, a la afectación del bien jurídico que se dió con la acción atribuida al sujeto activo del ilícito. Nuestro Código Penal en relación a la fijación de la pena parece seguir los principios de un derecho penal de autor (responsabilidad por lo que se es), al respecto dice su artículo 71, en lo que interesa: "El Juez en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse ... atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe." Señala además que debe tomar en cuenta las condiciones personales del sujeto activo y la conducta posterior al delito y pedir al Instituto Nacional de Criminología las características psicológicas, psiquiátricas y sociales del reo, así como las referencias a educación y antecedentes, sin tomar en consideración plenamente la función limitadora que en relación a aquél extremo debe cumplir la culpabilidad. Si al disponer el señalado artículo 39 constitucional que "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en



virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad" el constituyente optó por un derecho penal de culpabilidad, la pena debe necesariamente estar limitada, entre otras circunstancias, por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo y en tal razón cualquier principio que pretenda desconocer ese límite deviene en inconstitucional, pero lo anterior no conlleva a estimar que el señalado artículo 71 sea inconstitucional, pues como luego se verá, el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tome en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar.

VIII.- Puede también negarse que el constituyente optara por un derecho penal puro, total, de culpabilidad. La fórmula empleada en el artículo 39 en comentario, permite también concluir que constitucionalmente hablando la culpabilidad sólo debe exigirse al realizar el juicio de reproche para fijar si se es responsable penalmente por un hecho cometido, "A nadie se le hará sufrir pena sino" ..."mediante la necesaria demostración de culpabilidad", dice la norma. El error conceptual que en este caso habría cometido el constituyente, al confundir culpabilidad con responsabilidad y con ello reducir el marco de exigencia de la culpabilidad -esto no lleva a concluir que la exigencia de tomar en consideración el mayor o menor grado de culpabilidad en la acción, para fijar la pena a descontar es inconstitucional- resulta excusable si se toma en consideración que autores de mucha categoría en el campo penal también han caído en esa confusión, pero de aceptarse esa tesis ello conllevaría a un resultado diferente al señalado en el considerando anterior en relación al problema planteado, pues el marco constitucional entonces sólo exigiría la demostración de culpabilidad para imponer una sanción penal, pero el monto de ésta puede no estar relacionado con el grado de culpa con que se actuó. El principio sería, se es responsable porque se es culpable, pero la reacción penal no se encuentra limitada por el grado de culpabilidad con que se actuó en el hecho atribuido. Si esta conclusión es válida, penas y medidas podrían coexistir sin lesionar lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, dado que en éste no se exigiría proporcionalidad entre el monto de la pena y el grado de culpabilidad, pero ésta -la culpabilidad- perdería un amplio marco de influencia y su función garantista, dado que sólo sería tomada en consideración al fijarse la responsabilidad del sujeto en los hechos que le fueren imputados, no así en relación con la respuesta penal correspondiente a la acción que se le atribuye. Este criterio, muy en boga en América Latina, no ha podido ser plenamente llevado a la práctica, en primer lugar porque el procedimiento penal de nuestro medio, en cuenta el costarricense, no está diseñado para hacer un juicio sobre la personalidad del sujeto activo, los criterios que aplican los jueces a este respecto, resultan empíricos, subjetivos y en tal razón en sí mismos peligrosos. No es extraño encontrar en los pronunciamientos de nuestros tribunales, al momento de fundamentar el fallo en cuanto a la pena se refiere, que lo hacen señalando que toman en consideración el criterio que sobre la personalidad del condenado se han formado en la audiencia, criterio, que como ya se dijo, es pobre, empírico y posiblemente no ajustado a la realidad, dado que el comportamiento propio del sujeto, jamás podrá ser el que representa en una audiencia judicial, la que por su misma forma conlleva a una imposición de conductas que imposibilitan que la propia del sujeto pueda manifestarse libre, espontánea y plenamente. Tampoco resulta extraño que al fundamentar el tanto de pena a imponer, los juzgadores señalen que lo hacen tomando en consideración las circunstancias de modo, tiempo y lugar con que se cometió el hecho, sin que se aclare cuál es el contenido que a cada uno de esos conceptos se le da para el caso concreto. Estos dos ejemplos aclaran el por qué se estima que nuestro procedimiento no se encuentra diseñado para hacer un estudio confiable sobre la personalidad del sujeto activo y el tanto en que ella ha influido en la comisión del hecho. Si el procedimiento no ayuda a llenar esos vacíos, pero la peligrosidad del sujeto se toma en consideración para fijar la pena, se puede con ello producir graves injusticias al



comprometer la seguridad jurídica de los ciudadanos -fin propio del derecho-, alterando el principio de proporcionalidad que debe informar la reacción estatal en relación con los hechos delictivos (la reacción penal -pena- no resulta proporcional al delito cometido, pues no se toma en consideración la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpa del autor del hecho). La pretendida fijación de la respuesta penal con base a la peligrosidad del sujeto también encuentra otro obstáculo constituido esta vez por la ineficacia de los medios empleados para superar ese estado peligroso del sujeto manifestado con su acción delictiva, pues está suficientemente demostrado el carácter criminógeno del medio carcelario, en el que mal puede el Estado pretender hacer desaparecer el grado de peligrosidad del sujeto. Los lugares que se tienen destinados para el cumplimiento de penas y medidas de seguridad, en la mayoría de los casos, tienen un ambiente criminógeno aún mayor que el medio social en que se encontraba el sujeto cuando cometió el delito, razón que lo deslegitima para constituirse en medio de resocialización.

IX.- A efecto de establecer el marco constitucional en relación con la fijación de la pena, es dable tomar en consideración que al ubicarse el artículo 39 dentro del capítulo correspondiente a los derechos y garantías individuales, con ello -según ya se apuntó- el constituyente ya señala un norte, sea el que los principios contenidos en ese capítulo se constituyen en contención a la intervención del Estado en la esfera particular. Por ello en relación con las dos opciones desarrolladas en los considerandos inmediatos anteriores, debe tomarse la que logre constituirse en una mayor garantía para el ciudadano, por lo que debe concluirse que al establecerse la culpabilidad como una circunstancia a tomar en consideración para fijar la responsabilidad penal, también ella incide en el tanto de pena a imponer, dentro de los extremos fijados previamente por el legislador para cada acción delictiva en concreto. Esta conclusión tiene a su favor un argumento más, si la legislación vigente a la época en Costa Rica, tomaba como parámetro para la fijación de la pena la peligrosidad del sujeto (relación pena-peligrosidad) y el constituyente optó por señalar que la culpabilidad debía ser demostrada para que se diera responsabilidad penal, sin hacer referencia alguna a la peligrosidad, lo que pretendió fue que la culpabilidad cubriera toda la relación creada entre el sujeto, su acción y la responsabilidad que esta genera, pues lo contrario, sea tenerla sólo como motivo para fundamentar luego un juicio sobre la personalidad del autor, le resta -como ya quedó apuntado- su capacidad garantista en un campo de amplia influencia del Estado, cual es la fijación, el descuento o cumplimiento de las penas restrictivas de la libertad y en menor escala de otros derechos. De aceptarse a tesis reduccionista, se lleva la exigencia de culpabilidad a ser únicamente una exclusión de la responsabilidad objetiva. El artículo 71 del Código Penal contiene aspectos relacionados con la personalidad del autor, los que no son contrarios al concepto de culpabilidad y su marco de influencia aceptado en el presente pronunciamiento por la Sala, razón por la que deben mantenerse vigentes y en consecuencia ser tomados en consideración por los jueces al momento de fijar las penas, pues además esas circunstancias sirven también para fijar el grado de culpa con que se actuó.

X.-En la primera argumentación el recurrente señala que las normas argüidas de inconstitucionales también lesionan el artículo 33 de la Constitución Política en el que se garantiza el principio de igualdad. En forma reiterada tanto la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía su competencia en materia de constitucionalidad, como esta Sala ahora, señalaron que la igualdad establecida en la norma constitucional, conlleva igualdad de trato en idénticas condiciones, ello permite concluir, de aplicarse la garantía en esos términos, que cuando se presentan situaciones diferentes (por ejemplo de un reincidente en relación con un primario en la comisión de hechos delictivos), el trato desigual no produce lesión constitucional alguna. Al contrario también debe concluirse que

situaciones diferentes conllevan, efectos diferentes, dado que no podría aceptarse que un mismo resultado se logre ante situaciones que son del todo diferentes, pues ello contraviene la garantía de comentario. Desde luego que a efecto de establecer si se está objetivamente en una situación de igualdad, sólo es dable tomar en consideración las circunstancias relevantes del caso, las que conlleven un motivo racional, que incidan en lo medular del asunto a resolver.

XI.- Al plantear su acción el recurrente señala como inconstitucionales, según el primer motivo, a los artículos 40 párrafo segundo y 41 párrafo segundo, 78 y 98 inciso 3o., todos del Código Penal, por estimarlos contrarios a lo constitucionalmente dispuesto en los artículos 33 y 39 de la Carta Magna. Los señalados artículos del Código Penal, disponen: "ARTICULO 40.-

Será declarado delincuente habitual quien después de haber sido condenado en el país o en el extranjero por dos o más delitos dolosos, cometiere otro y se demostrare su inclinación a delinquir. No se tomarán en cuenta para la declaración de habitualidad los delitos políticos o fiscales.

Al delincuente habitual se le aplicará la respectiva medida de seguridad." "ARTICULO 41.-

Será declarado delincuente profesional quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir.

Al delincuente profesional se le aplicará la respectiva medida de seguridad o se agravará la pena, a juicio del Juez" "ARTICULO 78.-

Al reincidente se le aplicará la sanción correspondiente al último hecho cometido, aumentándola, a juicio del juez, sin que pueda pasar de máximo fijado por este Código a la pena de que se trate" "ARTICULO 98.-

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;
- 2) Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpe la ejecución de la pena que le fue impuesta;
- 3) Cuando se trate de un delincuente habitual o profesional;
- 4) Cuando cumplida la pena, el Juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo;
- 5) Cuando quien cometa un delito imposible fuere declarado autor del hecho;
- 6) Cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo; y

7) En los demás casos expresamente señalados en este Código." De lo analizado con anterioridad en relación con la culpabilidad y el trato igual para situaciones jurídicas iguales, debe concluirse que las apreciaciones del recurrente son correctas y en tal razón aceptar que las transcritas normas resultan inconstitucionales, en los párrafos señalados en el recurso, por permitir que se fije una respuesta penal en relación con una persona capaz de ser sujeto de responsabilidad penal, sin tomar en consideración el grado de culpabilidad con que actuó, y por permitir se pueda acordar una pena igual a situaciones absolutamente diferentes. En el párrafo segundo del artículo 41 y en el artículo 78, ambos del Código Penal, se permite un aumento de la pena, por ser calificado el condenado como delincuente profesional o por la reincidencia en la comisión de hechos delictivos, luego se darán las razones del por qué se acepta que esa posibilidad resulta inconstitucional.

XII.- Al aceptar la inconstitucionalidad de las señaladas normas se acepta que al disponer el constituyente en el artículo 39 de la Constitución Política que "A nadie se le hará sufrir pena sino..."..."mediante la necesaria demostración de culpabilidad", dió a ésta, -a la culpabilidad- un marco de influencia relacionado no sólo con la responsabilidad del sujeto activo, sino en cuanto al tanto de pena que debe descontar por el hecho atribuido, la culpabilidad se constituye así en el límite de la pena, dentro de los extremos señalados por el legislador para cada delito en particular. Si el artículo 78 del Código Penal permite la imposición de penas iguales para casos absolutamente diferentes, pues permite llevar el extremo mayor de la pena al correspondiente de la pena de que se trate, su inconstitucionalidad resulta obvia. En el artículo 111 del código represivo se fija la pena de prisión correspondiente al homicidio simple en prisión de ocho a quince años y en el 120 ejúsdem, la del aborto en prisión de tres meses a dos años, pero en virtud de lo reglado en el numeral 78 ibídem, ambos extremos superiores se pueden tener -y así lo han estimado numerosos tribunales de la República- como unificados en veinticinco años de prisión, de donde teóricamente hablando se faculta para que en el caso de que dos reincidentes cometan, cada uno de ellos uno de los delitos señalados, se les pueda imponer igual número de años de prisión a descontar, pasando entonces a segundo lugar el grado de culpabilidad con que se actuó y la importancia del bien jurídico lesionado por el hecho. Lo propio ocurre en relación con el artículo 41 en su párrafo segundo, al permitirse la agravación de la pena, a juicio del Juez. Al resultar inconstitucional el párrafo segundo del artículo 41, en cuanto permite la imposición de una medida de seguridad a un imputable o el aumento de la pena, "a juicio del Juez" y el artículo 78, ello no conlleva a que calificándose al encausado como reincidente o delincuente profesional, esa circunstancia no tenga relevancia alguna al fijar la pena, pues el artículo 71 del Código en comentario permite tomar en consideración al hacer tal fijación, "Las demás condiciones personales del sujeto activo ... en la medida en que hayan influido en la comisión del delito", pero esa calificación no faculta para que al hacerse la fijación pueda traspasarse el máximo de la pena a imponer, según fijación hecha por el legislador para el tipo penal de que se trate, pues la pena debe ser fijada "de acuerdo con los límites señalados para cada delito", según se dispone en el reiteradamente citado artículo 71.



XIII.-El segundo argumento queda reducido, en razón de lo apuntado en el considerando lo. del presente pronunciamiento, a establecer si el artículo 100 del Código Penal es contrario a lo dispuesto en los artículos 33 y 40 de la Constitución Política. En cuanto se señala en el citado artículo 100 la duración de las medidas de seguridad posibles de imposición a imputables, es incuestionable que resulta inconstitucional, pues según ha quedado ya señalado en los considerandos anteriores, esas medidas son contrarias a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución en relación a la culpabilidad y su marco de influencia, así la norma que se refiere a la duración de esas medidas es también inconstitucional y así debe declararse.

XIV.- Si la pena debe, necesariamente, estar relacionada en su "cuantun", con el grado de culpabilidad con que actuó el sujeto, la posibilidad de extender su duración mediante la imposición de una medida de seguridad en los términos del artículo 98 inciso 4o. del Código Penal, también deviene en inconstitucional, independientemente de si para acordar esa medida resulta necesario realizar "un nuevo juzgamiento" del sujeto al que se le impuso la pena que resultó ineficaz para lograr su "readaptación". La autorización para imponer una medida de seguridad en los casos a que se refiere el señalado artículo 98 en su inciso 4o, resulta incompatible con la idea del Estado de Derecho, pues una vez que a la persona se le ha realizado el juicio de reproche, respecto de los hechos a él atribuidos, lo que permite tenerlo como autor de un hecho y aplicarle en consecuencia una pena, se le vuelve a someter a "juicio", en el que no se juzgarán los hechos, sino que se valorará el posible efecto que en él surtió la pena que le correspondió de conformidad a los principios de legalidad y culpabilidad que las informan y se opta por someterlo a una medida indeterminada en cuanto a su duración, negándosele también como consecuencia y en relación a la medida, la posibilidad de que le sean concedidos una serie de beneficios que proceden respecto de las penas pero no de las medidas, con lo que se contraviene lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 42 constitucional. La norma que se analiza hace derivar una consecuencia jurídica más grave a la pena impuesta a una persona condenada con anterioridad, de tal forma que añade un plus de gravedad a la pena inicialmente impuesta, lo que amerita una nueva valoración sobre la respuesta penal para un mismo hecho, y por ello se contraviene el principio "non bis in idem" contenido en el artículo constitucional citado y en el 8.4. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, dicha norma también irrespeta lo dispuesto en el artículo 28 constitucional al pretender obligar al ciudadano a modificar su pensamiento o modo de vida, hasta adoptar los principios que el legislador toma en cuenta para fijar los tipos penales. Con la imposición de una pena se le llama la atención al destinatario principal de la norma para que modifique su conducta, pero si ello no se logra, el Estado no se encuentra legitimado para extender el tanto de la sanción hasta que la pretensión se logre, ello conllevaría un nuevo juicio de reproche, esta vez por no haberse reformado como se pretendía, exigiéndosele modificar su pensamiento y mientras ello no ocurra, la reacción penal del Estado se mantiene. Este pensamiento no resulta propio de un sistema democrático pero si de un régimen autoritario que no se aviene a los principios de libertad en que se fundó el sistema constitucional constarricense.

XV.-El artículo 89 de la Ley que rige esta jurisdicción señala como obligación de la Sala declarar la inconstitucionalidad de los demás preceptos de la ley o de cualquier otra, cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia. Al fijar las clases de medidas, el artículo 101 del Código Penal, señala que: "Son medidas de internación: El ingreso en una colonia agrícola y el ingreso en establecimientos de trabajo." y en el 102, se dispone cómo se aplicarán las medidas, señalándose en relación con los delinquentes habituales o profesionales que serán destinados a colonias agrícolas o establecimientos de trabajo (inciso b), que la libertad vigilada se



dispondrá en los casos en que se termine otra medida o una pena y el Juez ordene aplicarla por un tiempo prudencial (inciso c), y que cuando el juez lo considere oportuno, podrá imponer al sujeto que cumplió una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinado lugar, por el tiempo que estime conveniente (inciso d). Todas estas normas, resultan inconstitucionales, y así debe declararse, pues ellas aplican los mismos principios de las que se han señalado como contrarias al marco constitucional según las apreciaciones formuladas con anterioridad.", disponiéndose declarar inconstitucionales y en consecuencia nulos, los artículos 40, 41, 78, 98 incisos 3o. y 4o., así como las frases: "las de internación no podrán exceder de 25 años y las de vigilancia no serán superiores a 10 años; estas dos últimas medidas prescribirán en 25 años" contenida en el artículo 100, "Son medidas de internación: El ingreso en una colonia agrícola y el ingreso en establecimientos de trabajo", contenida en el artículo 101, "se destinarán los delincuentes habituales o profesionales" ..."y los que, cumplan la pena, cuando el Juez estime que su eficacia readaptadora ha sido nula", contenidas en el inciso b) del artículo 102, así como los términos "o termine" y "o una pena" contenidos en el inciso c) del citado artículo 102, al igual que el inciso d) del artículo 102, todos los artículos citados corresponden al Código Penal, ley número 4573 de cuatro de mayo de mil novecientos setenta, que entró a regir el quince de noviembre de mil novecientos setenta y uno, por lo que los incisos b) y c) del citado artículo 102 se deben leer, así: "b) A colonias agrícolas, o establecimientos de trabajo en donde estarán sometidos a un régimen especial, se destinarán los autores de delito imposible." y "c) La libertad vigilada se ordenará en los casos de condena de ejecución condicional, así como en los casos en que se suspende otra medida de seguridad y el Juez ordene aplicarla por un tiempo prudencial." Luego en voto número 796-92 de las catorce horas y treinta minutos del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos, considerando para ello que en el fallo número 88-92, dictado por esta Sala a las once horas del diecisiete de enero del año en curso, se consignó, con evidente error material, que la declaratoria de inconstitucionalidad, al contrario de lo que se indica en la parte considerativa, lo es de los artículos 40, 41 y 78 del Código Penal, cuando en realidad lo debe ser de los párrafos segundos de los artículos 40 y 41, que dicen, por su orden: "Al delincuente habitual se le aplicará la respectiva medida de seguridad" y "Al delincuente profesional se le aplicará la respectiva medida de seguridad o se agravará la pena, a juicio del juez", y el 78 en la frase en que se dispone: "aumentándola, a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena de que se trate.", procede enmendarlo y corregirlo de tal manera que se lea correctamente, en lo que interesa, así: "Se declaran inconstitucionales y en consecuencia se anulan, los párrafos segundos de los artículos 40 y 41 y la frase del 78 que dice: "aumentándola, a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena de que se trate." Lo anterior conlleva a que reconozca la inconstitucionalidad de los artículos 40 párrafo segundo, 41 párrafo segundo, 78, en la frase que dice "aumentándola, a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena de que se trate" y 98 incisos 3o. y 4o., del Código Penal deba estarse ahora a lo ya resuelto en relación con los reproches que se formulan en este recurso contra dichas normas; en consecuencia, este pronunciamiento sólo se ocupará de las alegaciones de inconstitucionalidad formuladas contra los artículos 39, 71 incisos e y f y 72 del Código Penal, y de los numerales 277 y 298 inciso 3o. del Código de Procedimientos Penales.

II.- Los artículos del Código Penal señalados como inconstitucionales por la accionante Rojas Rodríguez disponen: "Artículo 39: Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición." "Artículo 71: 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: Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) ...
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito;y
- f) La conducta del agente posterior al delito.

Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez." "Artículo 72: Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el Juez las apreciará por su número e importancia, de acuerdo con el artículo anterior." Illo.-

El transcrito artículo 39 del Código Penal se limita a establecer las circunstancias a tomar en consideración para que una persona pueda ser considerada como reincidente. A criterio de la recurrente el citado numeral resulta inconstitucional porque contraviene las garantías establecidas en los artículos 33 (principio de igualdad), 39 y 41 (debido proceso) y 42 (nom bis in idem), de la Carta Magna, pues al ser estigmatizado el sujeto sometido a juicio con el calificativo de reincidente, se permite sancionarlo doblemente "a criterio del juez", por el hecho de presentar sentencias condenatorias inscritas en su contra. La argumentación se encuentra entonces dirigida a la posibilidad de una doble sanción, para el reincidente, sea a la relación del artículo 39 con el 78 ibídem, pues es en el último en el que permite que la sanción pueda ser aumentada "a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado" por el Código a la pena de que se trate, cuando se condena a un reincidente. Reconocida la inconstitucionalidad de la citada frase del artículo 78, según la transcrita sentencia número 88-92 de esta Sala, de las once horas del diecisiete de enero del año en curso, se debe ahora establecer si por sí misma o en su relación con el artículo 71 inciso e, ejúsdem, la definición de reincidencia contenida en el numeral 39 es inconstitucional.

IV.-No puede resultar contrario al principio de igualdad, el permitir que un sujeto, ya condenado en sentencia firme, pueda ser calificado como reincidente, al comparársele con un primario, pues no se puede alegar que ambas personas merezcan un trato paritario, dado que no se encuentran en situación de igualdad, el uno ya fue reconocido como culpable con anterioridad, mientras que el otro no ha sido condenado por delito. El principio de igualdad no sólo evita el trato diferente para iguales, sino que reconoce el trato desigual para diferentes. Si objetivamente ambas situaciones -primario y reincidente- son diferentes y con la reincidencia no se faculta una discriminación contraria a la dignidad humana, pues el trato que en definitiva puede dársele al reincidente, es el mismo que eventualmente se le dará al primario, dado que la pena en ambos casos debe fijarse dentro de los límites de la ordinaria señalados para el delito de que se trate, se debe concluir que por sí solo el artículo 39 del Código Penal no es contrario al 33 de la Constitución. En el analizado artículo 39 del Código Penal no se crea discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

V.-En el nuevo juicio al reincidente no se le juzgará por el hecho anterior, sobre esos hechos pesa ya el carácter de cosa juzgada. Pero al momento de fijar la sanción correspondiente al nuevo hecho, se tomará en consideración su calidad de reiterante, ¿contraviene ello lo reglado en los numerales 39, 41 y 42 de la Constitución Política?. Si los hechos definitivamente juzgados, no pueden ser válidamente valorados de nuevo, la inconstitucionalidad alegada debe analizarse sólo en relación con la posibilidad de que los antecedentes sean tomados como una circunstancia más, conforme a lo reglado en el artículo 71 inciso e) del ordenamiento represivo de repetida cita, como condición personal del encausado, que eventualmente permita un aumento en la pena. Ya en el pronunciamiento número 88-92 transcrito, la Sala señaló la marcada importancia que la culpabilidad tiene en relación con la responsabilidad penal, e indicó que por la exigencia de la demostración de culpabilidad contenida en el artículo 39 constitucional, sólo en los casos en que se demuestre existe dicha relación, puede acordarse la existencia de un delito y su consiguiente sanción, pero también reconoció que "el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tomen en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar". En esta tesis, la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituyen en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, pero no en el único, reconociendo con ello que al legislador le resulta imposible señalar -dada la casuística en que se desarrolla el problema delictivo- toda la gama de circunstancias que deben ser analizadas, para individualizar la sanción. La pena tiene asignado un fin rehabilitador (artículo 51 del Código Penal), por ello, su cuantificación no debe excluir la posibilidad de tomar en consideración, además del grado de culpa con que actuó el responsable del hecho y de la gravedad del hecho cometido -importancia del bien jurídico afectado-, las condiciones personales del sujeto directamente relacionadas con su acción, pues ello puede facilitar se encuentre un equilibrio entre el valor concedido al bien jurídico afectado por el delito, en relación con el afectado por el tanto de pena que le corresponde a quien lo realizó. Resulta así indudable que las condiciones personales del sujeto activo, "en la medida en que hayan influido en la comisión del delito", merecen ser tomadas en consideración al fijarse la pena y ello no atenta contra el principio de culpabilidad aceptado constitucionalmente en el artículo 39.

VI.-Resta establecer si la reincidencia debe ser excluida de esa ponderación por resultar contraria a los artículos 33, 39, 41 y 42 de la Constitución. Si como ya se apuntó la calificación de reincidencia no conlleva menoscabo a la garantía de igualdad del artículo 33 de la Constitución y por medio de ella no se faculta un irrespeto a la cosa juzgada, pues el hecho no es sometido nuevamente a la discusión jurisdiccional, tampoco la posibilidad de ser tomada en consideración, al fijar la pena a cumplir en el caso concreto, resulta contraria a esas normas constitucionales, ni a las convencionales en las que se garantizan, con igual contenido, los comentados principios. La peligrosidad, en este caso representada por la reincidencia, es una circunstancia de corrección, a tomar en cuenta al individualizar la pena. La gravedad del hecho y el tanto de culpa con que se actúe, son los principales parámetros a considerar, según ya quedó señalado, pero la reincidencia, como una condición personal del sujeto activo, también desempeña un importante papel correctivo, en la necesaria adecuación de la pena al caso efectivamente ocurrido. Analizado así el planteamiento de la recurrente, el artículo 39 del Código Penal tampoco resulta inconstitucional, ni el inciso e) del 71 ibídem. VII.- El principal medio para establecer la reincidencia en nuestro medio lo constituye las inscripciones en el Registro Judicial de Delincuentes, según ley número 6723 de diez de marzo de mil novecientos ochenta y dos, la que en su artículo 11, al disponer sobre la cancelación de los asientos de los convictos, señala que ello procede cuando transcurrieren diez años desde el cumplimiento de la condena sin efectuarse nueva inscripción, pero indica de seguido

que "Sin embargo, estos asientos se certificarán en los casos en que la solicitud provenga de los tribunales o del Ministerio Público", sin señalar fecha alguna para que respecto a esas instancias judiciales, funcione efectivamente la cancelación acordada en el señalado artículo. La norma, en cuanto a la posibilidad de certificación, sin importar el tiempo transcurrido desde la condenatoria o desde el cumplimiento de la sanción, en los casos en que la solicitud provenga de las autoridades judiciales, es inconstitucional, pues la inscripción es una consecuencia propia del fallo condenatorio por delito (artículo 5 de la Ley número 6723), y al mantenerse vigente durante toda la vida del condenado, contraviene el artículo 40 de la Constitución en cuanto en el se proscriben las penas perpetuas. Si la inscripción no se cancela y surte su efecto durante toda la vida del convicto, una parte de la sanción que se le impuso por el hecho -la inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes-, resulta perpetua. Esta inconstitucionalidad debe ser ahora reconocida en ejercicio de la facultad que se le confiere a la Sala en el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues como ya se indicó, la reincidencia no es por sí inconstitucional, pero sus efectos pueden resultarlo, caso de ser lesivos a derechos fundamentales. Lo anterior conlleva a que deba reconocerse la inconstitucionalidad de la citada norma de la ley número 6723, en la que se posibilita tomar en consideración la reincidencia como un parámetro propio de la fijación de la pena, por siempre, por la no prescripción de la inscripción para fines jurisdiccionales y así debe declararse.

VIII.-

La alegada inconstitucionalidad del inciso f) del antes citado artículo 71, es manifiestamente improcedente, pues lo que autoriza esa norma es la consideración, al momento de fijar la pena, de la conducta del agente con posterioridad a la comisión del hecho por el que se le juzga. Indudablemente no se está ante el caso de agravación de pena por reincidencia, ni de consideración de antecedentes para fijar la sanción correspondiente al caso, las argumentaciones de la accionante no se avienen al contenido de la norma, por lo que resultan improcedentes al caso y procede declarar sin lugar el recurso en cuanto a este extremo se refiere.

IX.-

También se señala como inconstitucional el artículo 72 del ordenamiento penal en análisis. Fácilmente puede concluirse que en dicha norma no se autoriza, directamente, tomar en consideración los antecedentes del encartado para fijar la pena al momento de dictar sentencia condenatoria, siendo varias las circunstancias establecidas en el artículo 71 y correspondiendo al Juez darles el calificativo de agravante o atenuante en cada caso, la inconstitucionalidad podría ser de la interpretación del juez y de los parámetros que tome en consideración para dar contenido a cada una de las condiciones que le autoriza tomar el citado artículo 71, pero no de la norma en sí, que lo que hace es autorizar se valoren esas circunstancias, calificándolas como atenuante o agravante, para fijar la pena correspondiente al caso concreto. Las alegaciones en relación a los incisos e y f de este artículo ya fueron analizadas, concluyéndose en que dichas normas no contienen la falencia constitucional que se les apunta, el reproche resulta en consecuencia improcedente y así debe declararse.

X.-La accionante estima, además, que son inconstitucionales, los artículos 277 y 298 del Código de Procedimientos Penales, en cuanto en ellos se toma en consideración la reincidencia para negar la excarcelación o se permite al juez indagar sobre los antecedentes del encausado. Disponen, en lo



que interesa, dichas normas: "Artículo 277.-

Después de proceder conforme al artículo 189, el Juez pedirá al imputado que le dé su nombre, apellido, o apodo, edad, estado y si fuere casado indicará el nombre del cónyuge, profesión u oficio, nacionalidad, lugar de nacimiento; además indicará domicilio, principales lugares de residencia anteriores y condiciones de vida; nombre, estado, profesión u oficio de los padres; si ha sido procesado, y en su caso, por qué causa, por qué tribunal, que sentencia recayó y si ella fue cumplida. Le solicitará también su cédula de identidad y si no la mostrare, pedirá la certificación de la misma al Registro Electoral." "Artículo 298.-

No se concederá la excarcelación:

- 1) A quien esté declarado rebelde, mientras permanezca en ese estado.
- 2) Cuando, a juicio del Tribunal, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia; y
- 3) Cuando hubiere indicios -igualmente graves- en los antecedentes del imputado o en otros elementos de convicción, de que continuará la actividad delictiva." Xlo.-

La frase: "si ha sido procesado, y en su caso, por qué causa, por qué tribunal, qué sentencia recayó y si ella fue cumplida" es inconstitucional, pues contraviene abiertamente lo reglado en el artículo 36 de la Carta Magna. Según los terminos del Código de Procedimientos Penales, después de que se realiza el interrogatorio de identificación, al imputado se le advierte que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad, pero ya ha debido de indicar, al realizarse el interrogatorio de identificación, si ha sido procesado y en su caso, por qué causa, por qué tribunal, qué sentencia se le impuso y si ella fue descontada o no, con ello está declarando en su contra, pues la reincidencia, puede ser tomada en consideración para fijar su grado de responsabilidad penal, según ya quedó analizado, o negarle su derecho a la excarcelación. El artículo 36 es absolutamente claro, nadie está obligado a declarar en su contra y la señalada obligación establecida en el artículo 277, es una declaración en contra de intereses propios del encartado, lo que contraviene también lo dispuesto en el numeral 39 constitucional, dado que según sus términos, es al Estado a quien corresponde la demostración de los hechos atribuidos y todas las circunstancias que alrededor de ellos gravitan, por ello es obligación del instructor, del investigador policial y del Ministerio Público aportar prueba sobre los antecedentes del encausado, pero no corresponde a éste facilitar la investigación de los hechos que se atribuyen o su responsabilidad en ellos. Como ya se apuntó, la señalada frase es inconstitucional y así debe declararse.

XII.-

Resulta indudable que el inciso 2o. del transcrito artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, en nada se refiere a la peligrosidad personal, que sirve de base a la accionante para plantear sus alegaciones, sino a la peligrosidad procesal que puede presentar el encausado en relación con los fines de la instructiva, también tomados en consideración en el numeral 265, como norma general de protección a la libertad personal. Se acepta que existe peligrosidad procesal cuando el imputado con su libertad puede atentar contra los intereses del proceso, ya sea evadiéndose o pretendiendo alterar los elementos de convicción con que se cuenta, haciéndolos desaparecer o amenazando testigos, por ejemplo. En el inciso en análisis no se toma en consideración, para negar la excarcelación, la posible peligrosidad del encausado -atendiendo a sus antecedentes-, sino su peligrosidad procesal del momento, en relación con los intereses del proceso, en el caso concreto, sea su posibilidad de eludir la acción de la justicia o alterar los medios de prueba con que se cuenta, según ya queda dicho. Los parámetros a considerar -propios



de cada caso- no están directamente relacionados con los antecedentes del procesado, al menos cuando no se trate de un convicto por evasión, pero se justifican en aras de una sana administración de justicia, que de conformidad con el marco constitucional que la rige, debe ser pronta y cumplida (artículo 41 de la Constitución Política). El analizado inciso 2) del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales no resulta contrario a la Constitución o a las normas convencionales que le sirven de sustento a la accionante para plantear sus alegaciones. La excarcelación es un derecho del imputado, sólo posible de ser negada en los términos del artículo 265 del Código de Procedimientos Penales, en el que se establece el principio general de protección a la libertad del encausado al disponer: "Artículo 265.-

La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados" Al hacer pronunciamiento respecto de una solicitud de excarcelación, el juzgador debe tomar en consideración, además de la transcrita norma, lo dispuesto en los artículos 3 (interpretación restrictiva de las normas que permitan afectar la libertad individual) y 297 (que obliga al juez a no mantener una actitud pasiva en relación al encarcelado, disponiendo aún de oficio su excarcelación, cuando ya no resulte de interés para el proceso mantener el encarcelamiento), ambos del Código de Procedimientos Penales, teniendo en mira siempre la protección del derecho a la libertad -principio pro-libertatis- de quien goza de un estado de inocencia frente al proceso (artículo 39 constitucional).

XIII.- la alegada inconstitucionalidad del inciso 3o. del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, no puede ser resuelta, sin tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 37 y 41 de la Constitución Política en los que se protege la administración de justicia y se permite la detención de los que perturban la normal convivencia, al cometer acciones delictivas. Dentro del marco constitucional se garantiza que ocurriendo a las leyes todos deben encontrar reparación por los perjuicios que se les han inferido y se permite restringir la libertad de las personas, por existir en su contra un indicio comprobado que le sindicaba como autor de un hecho delictivo. La administración de justicia en materia penal y la prisión preventiva, entendiéndose de delitos, encuentra así autorización constitucional. Uno de los fines del derecho es posibilitar la normal convivencia en sociedad, pretendiendo que quienes habitan en una determinada circunscripción territorial, adecuen su conducta a las reglas legales que la norman, cuando el ciudadano no se comporta conforme lo pretende el ordenamiento jurídico, su conducta puede resultar reprimida, ello, cuando su acción se encuentre regulada por el derecho penal. El derecho penal tiende a asegurar la inquebrantabilidad de un importante círculo de influencia del ordenamiento jurídico. Visto así el problema, un fin del derecho penal será evitar la reiteración en hechos delictivos, de donde el señalado inciso 3) del artículo 298 en comentario, tampoco resulta inconstitucional, ni lesiona el marco convencional señalado por la recurrente. No obstante lo anterior, es dable indicar que los antecedentes del imputado -en los que no sólo se incluye su reiteración en la comisión de acciones constitutivas de delito-, sólo podrán ser tomados en consideración, para negar la excarcelación, cuando de ellos se infiera objetivamente -debe el juzgador señalar en cada caso, las circunstancias que le permitan llegar a esa conclusión- que el encausado, al lograr su libertad, continuará su actividad delictiva. El reproche a que se refiere este extremo tampoco es procedente y así debe declararse.

Por tanto: Estese a lo resuelto en sentencia número 88-92 de las once horas del diecisiete de enero del año en curso, aclarada en la número 796-92, de las catorce horas y treinta minutos del veinticuatro de marzo en curso, en cuanto se refiere a la alegada inconstitucionalidad de los

artículos 40, 41, 78 y 98 incisos 3 y 4, todos del Código Penal. Se declaran inconstitucionales y en consecuencia se anulan, las frases: "Sin embargo, estos asientos se certificarán en los casos en que la solicitud provenga de los tribunales o del Ministerio Público", contenida en el artículo 11 de la Ley de registro y archivos judiciales, número 6723 de diez de marzo de mil novecientos ochenta y dos y: "si ha sido procesado, y en su caso, por qué causa, por qué tribunal, que sentencia recayó y si ella fue cumplida" contenida en el artículo 277 del Código de Procedimientos Penales, ley número 5377 de diecinueve de octubre de mil novecientos setenta y tres. Se confiere a esta declaratoria efectos retroactivos a la fecha en que entraron a regir las normas ahora declaradas inconstitucionales. Las certificaciones en las que consten asientos del Registro Judicial de Delincuentes, en relación a condenatorias con más de diez años de cumplida la condena, sin efectuarse una nueva inscripción, no podrán ser tomadas en consideración por los tribunales, a ningún efecto. En lo restante se declara sin lugar el recurso. Comuníquese por nota este fallo al despacho judicial que conoce de la causa que sirvió de base para el planteamiento de esta acción; reséñese esta sentencia en el Diario Oficial "La Gaceta" y publíquese íntegramente en el "Boletín Judicial". Comuníquese el fallo a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Alejandro Rodríguez V.

Presidente Jorge Baudrit G. Luis Fernando Solano C.

Luis Paulino Mora M. Eduardo Sancho G.

José Luis Molina Q. Fernando Del Castillo R.

Vernor Perera L.

Secretario

Res: N° 2008-010016

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecisiete horas y cuarenta minutos del diecisiete de junio del dos mil ocho.

Recurso de amparo interpuesto por MARÍA ESTELA AGUILAR CORELLA, cédula de identidad número 9-0371-0013 contra EL DIRECTOR DEL REGISTRO Y ARCHIVO JUDICIAL.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 11:00 horas del 22 de mayo del 2008 (folio 1), la recurrente interpone recurso de amparo contra el Director del Registro Judicial y manifiesta que en el Registro recurrido aparece registrada en su contra una condenatoria penal impuesta desde hace más de diez años, lo cual estima violatorio de sus derechos y de la jurisprudencia que sobre este tema he emitido la Sala. Solicita a la Sala se declare con lugar el recurso, con las consecuencias legales que ello implique.

2.- Jimmy Vargas Durán, Director del Registro y Archivo Judicial, rindió el informe de ley y manifestó que adjunta certificación de antecedentes penales de María Estela Aguilar Corella en la que se anota el siguiente juzgamiento: El Juzgado Penal de Pérez Zeledón, el diecinueve de febrero de 1997, le impuso la pena de tres años de prisión por el delito de usurpación, en daño de Ministerio de Agricultura y Ganadería, otorgándole el beneficio de ejecución condicional por cinco años. En este caso la operación consiste en sumar los años de prisión a la fecha de la sentencia, es decir la fecha de sentencia fue el 19 de febrero de 1997, fecha a la que se le agregan tres años (pena de prisión), quedando como fecha de cumplimiento de condena 19 de febrero del 2000, a la cual deben sumársele los diez años que ordena el artículo 11 de la Ley de Archivo y Registro Judicial, por lo que el asiento de la recurrente se cancelará el 19 de febrero del 2010. Señala que la actuación del Registro Judicial tiene fundamento en el artículo 11 de la Ley 6723 del Registro y Archivo Judicial, por lo que solicita se declare sin lugar el recurso.

3.- En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada Salazar Cambrero; y,

Considerando:

I.- Objeto del recurso.- La recurrente considera violados sus derechos fundamentales porque en el Registro Judicial se mantiene un juzgamiento a su nombre, pese a que han transcurrido más de diez años, ya que en 1997 fue condenada a tres años de prisión y en el presente año se mantiene dicha reseña.

II.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos:

a) El Juzgado Penal de Pérez Zeledón, el diecinueve de febrero de 1997, le impuso a María Estela Aguilar Corella una pena de tres años de prisión por el delito de usurpación, en daño de Ministerio de Agricultura y Ganadería, otorgándole el beneficio de ejecución condicional por cinco años (folio 2,7).

III.- En garantía de los derechos fundamentales de las personas condenadas penalmente, en sentencia No.1438-92 de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y dos, este Tribunal anuló la frase del artículo 11 de la Ley de Registro y Archivo Judicial, que permitía certificar asientos de inscripción de penas, pasados los diez años de su cumplimiento, de modo que la información de esos antecedentes ya no puede llegar a los Tribunales del país. En el caso de estudio, tal y como indica el recurrido en su informe rendido bajo fe de juramento, a la fecha de interposición de este amparo, no han transcurrido los diez años que señala el ordenamiento, desde el momento en que la amparada cumplió la sentencia condenatoria que le había sido impuesta, por lo que el asiento a su nombre se cancelará el 19 de febrero del 2010, de conformidad con el numeral 11 de la Ley de Registro y Archivo Judicial, ley N.6723. Por lo anterior, estima esta Sala que no se ha producido lesión a sus derechos fundamentales a la intimidad y la honra, por cuanto la información contenida a su nombre en los archivos judiciales y que refiere aquí, no sólo obedece a lo establecido por la normativa vigente, sino a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que esta misma sede ha admitido como compatibles con la Constitución Política. En consecuencia, el recurso debe ser declarado sin lugar, como se dispone.

Por tanto:

Se declara sin lugar el recurso.

Teresita Rodríguez A.

Presidenta a.i.

Rosa María Abdelnour G.

Horacio González Q.

Marta María Vinocour F.

Roxana Salazar C.

Jorge Araya G.

Alexander Godínez V.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.