



Jurisprudencia sobre el concepto de Delito

El presente documento contiene variada jurisprudencia sobre el concepto de Delito para los Tribunales Penales y la Sala Constitucional. Sobre el delito explica: Los hechos notorios, La acreditación del dolo, La diferencia con las contravenciones, La antijuridicidad material, La previsión legal, La tipicidad y antijuridicidad, entre otros.

Contenido

JURISPRUDENCIA	2
1. Delito: Hecho notorio y noción de "valoración paralela en la esfera del profano" ...	2
2. Delito: Acreditación del dolo por medio de prueba indiciaria y reglas de la experiencia.....	3
3. Delito: Consideraciones sobre el dominio del hecho	4
4. Delito: Exigencia de que la conducta acusada afecte el bien jurídico tutelado.....	5
5. Delito: Diferencia con las contravenciones	6
6. Delito: Consideraciones acerca de la antijuridicidad material	11
7. Delito: Para que una conducta constituya delito debe estar prevista en una ley previa en donde se establezca en forma clara y precisa la conducta a sancionar ...	12
8. Delito: Elementos de la culpabilidad	14
9. Delito: Concepto de tipicidad y antijuridicidad.....	16
10. Delito: Distinción entre los comunes, los especiales y los de propia mano	31
11. Delito: Responsabilidad penal independiente al mediar entre los dos hechos acusados un año de prisión preventiva	39
12. Delito: Relevancia de la determinación del tiempo en que se comete	40

JURISPRUDENCIA

1. Delito: Hecho notorio y noción de "valoración paralela en la esfera del profano"

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]¹

Voto de mayoría:

“IX.- Sin embargo, como ya se adelantó, tanto la acusación como la sentencia agregan que el dolo del imputado (conocimiento y voluntad) abarcaba que el dinero provenía del narcotráfico. Como se ha dicho, el denominado indicio de la «ruta caliente» puede sustentar la afirmación de que el imputado A. conocía que su actuar era propio de la legitimación de capitales y que ser descubierto, tal como sucedió, se iba partir de dicha premisa. Pero no necesariamente, aún unido a los indicios arriba mencionados, ello implicaba que el dinero venía del ilícito tráfico de drogas. En cuanto al «positivo» que dio el perro cuando olfateó el dinero, sin duda ello nos lleva a que el papel moneda estuvo en contacto con droga. Resultando interesante la reflexión que hacen los señores jueces respecto a que existen diversos grados de contaminación, pues es conocido como hecho notorio que una gran cantidad de las personas que viajan al exterior portan consigo dólares y la experiencia nos dice que no tienen problemas por ello. De allí que el sentido común nos indica que lo anterior puede depender de la cantidad de papel moneda portado, pero también del grado de contacto que el mismo haya tenido con la droga. Más allá de lo dicho no se puede llegar, pues la doctrina de los hechos notorios no permiten inferencias que requieran conocimientos especializados no compartidos por la generalidad. Se trata de una cuestión, el dilucidar las anteriores dudas, que hubiere requerido del aporte de conocimientos técnicos, sin embargo el Ministerio Público no se preocupó por ello. De tal manera que si bien la prueba directa e indiciaria aportada al debate permite afirmar, conforme lo dicho atrás, que el imputado A. transportaba ocultos en su maletas doscientos cincuenta mil dólares ajenos, con la intención de insertarlos en nuestra economía, a lo que puede agregarse que por la elaborada forma en que los mismos fueron escondidos, los diversos viajes «relámpago» que había realizado a Panamá, Perú y Costa Rica, revela el conocimiento que el implicado tenía de que su actuar era propio del lavado de dinero. De todo ello puede válidamente inferirse, aunque se desconozcan los pormenores del hecho delictivo que originó los bienes, que el imputado conocía el carácter antijurídico de los mismos. Entendiéndose que su conocimiento satisface lo exigido por el tipo penal, conforme al cual debe saberse que los bienes «[...] se originan en un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más [...]”, lo que no necesariamente requiere abarcar el concepto de delito y la pena prevista para el mismo. Lo anterior en razón de que la doctrina ha señalado que en estos casos el dolo se satisface con lo que se ha denominado «valoración paralela en la esfera del profano», según la cual en aquellos casos de elementos normativos que exigen conocimientos técnicos de difícil comprensión, como lo es el concepto de delito y la penalidad concreta asignada al mismo, puede entenderse que el tipo es una función

de oración que puede ser cumplida múltiples veces y por ende el verdadero sentido del tipo penal resultan ser los hechos (en tal sentido PUPPE, Cuadernos de Política Criminal, 1992, p. 354), de allí que lo importante es que la manera en que el sujeto entiende el mismo sea reconducible al tipo penal, aunque no coincida exactamente con el concepto utilizado por éste. En otras palabras, no es necesario que el sujeto sepa exactamente que el hecho es delito y tiene pena privativa de libertad superior a cuatro años, pues también el conocimiento exigido por el tipo penal puede ser expresado en otros términos equivalentes, bastando que sepa que el dinero proviene de un hecho contrario a la ley y es castigado fuertemente por ésta. Desde tal perspectiva, es posible señalar que, aunque no es posible afirmar con certeza que el encartado sabía que el dinero provenía del narcotráfico, sí es posible inferir que en las circunstancias en que recibe el dinero y por la forma en que fue transportado el mismo, su origen derivaba de un hecho antijurídico y severamente castigado por la ley. Conocimiento equivalente al exigido por la conducta básica del artículo 69 de la Ley 8204. Aunque la acusación formulada por el Ministerio Público y admitida como objeto del debate, indicaba que el imputado conocía que los bienes provenían del narcotráfico, entiende esta Cámara que válidamente puede recalificarse su conducta como el tipo básico de legitimación de capitales. A tales efectos debe tomarse en cuenta que el narcotráfico constituye una agravante de la conducta básica, de manera tal que existe una relación de género a especie, pudiendo válidamente afirmarse que aunque no todo hecho grave es narcotráfico, éste sí es un hecho grave. Lo anterior implica que al atribuirse en la acusación al imputado el conocimiento de que los bienes derivaban del tráfico de drogas, ello a su vez implicaba que se trataba de un delito sancionado con pena privativa superior a cuatro años de prisión. Además, a mayor abundamiento, la recalificación beneficia al imputado. Por ello, partiendo de que la acusación atribuye al imputado también el tipo básico y por ende se respeta el marco fáctico establecido por ella, se recalifica la conducta por la cual es condenado el imputado A. al tipo básico de legitimación de capitales, el cual tiene prevista pena de prisión que va de 8 a 20 años, imponiéndose el tanto de 8 años de prisión. Deberá el Despacho de origen realizar las comunicaciones pertinentes.”

2. Delito: Acreditación del dolo por medio de prueba indiciaria y reglas de la experiencia

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“I.- [...] El dolo, como conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico, es un aspecto subjetivo del tipo penal. Aunque en principio puede considerarse que la demostración del dolo alude a la prueba de una realidad interna del sujeto activo, o sea acreditar lo que efectivamente conocía y quería éste, lo cierto es que ello no es posible. Lo que sí es posible es atribuir (imputar) una conducta como dolosa en virtud de los elementos externos que permiten deducir que el encartado conocía y quería la realización de un hecho típico. Tal forma de demostración del dolo alude a la prueba indiciaria como mecanismo, lo cual implica en primer término que los datos de los

cuales parte el razonamiento deben cumplir una serie de condiciones, en tal sentido se ha dicho: "*deben ser observables; si no lo son, no pueden allanar las dificultades que plantean estos conceptos. Deben ser completos; si falta en el ámbito de los indicadores un elemento importante (como, por ejemplo, la proximidad emocional al suceso), los restantes factores serán necesariamente sesgados y falsos. Deben revelar la disposición; si no lo hacen (incluyen, por ej., indicadores que nada tienen que ver con la buena fe: el color del pelo), podrán revelar cualquier otra cosa, pero no lo que se quiere saber de ellos*" (HASSEMER, *Fundamentos*, 1984, p. 228). De igual manera, la regla de la experiencia utilizada para derivar el dolo también debe reunir condiciones que la hagan confiable, pues según nuestra normativa constitucional y procesal penal únicamente la certeza puede amparar la imposición de una sentencia condenatoria. Ello es lo que sucede en el presente asunto, en el cual tanto los hechos indiciarios (indicadores), como las reglas de la experiencia no permiten afirmar, con la seguridad necesaria para condenar, que el imputado realizó los actos con el dolo necesario para la existencia del delito de Usurpación [...]."

3. Delito: Consideraciones sobre el dominio del hecho

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

"I.- [...] La jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado este tema (sobre todo en casos de delitos contra la propiedad, lo que no impide aplicar los principios en el sub-judice), la cual siguen estos juzgadores, para lo cual se ha indicado que el hecho de que uno de los sujetos intervinientes en el ilícito no sea quien directamente ajustó su conducta a la acción que se describe en el núcleo del tipo, no hace desaparecer su responsabilidad penal en el mismo, siempre que pueda establecerse que tuvo un co-dominio funcional del hecho conforme a la teoría material- objetiva: "... No obstante que la inconformidad del impugnante se centra en que en el fallo no se logró establecer que el imputado fue quien directa y personalmente propinó el golpe que le fracturó al ofendido su diente, es claro que por la misma dinámica del hecho que describe la sentencia ese dato preciso no resulta esencial, pues lo que interesa es que la acción ilícita que produjo la lesión fue desplegada en conjunto por todos los policías agresores, actuando con pleno dominio funcional del hecho. Siendo entonces que al golpear (todos por igual) al ofendido, aceptando las consecuencias que se pudieran derivar de ello, y al estar plenamente acreditada la efectiva intervención del encartado, es claro que él también es responsable del hecho. En casos semejantes al que se discute ya se ha insistido en que, conforme a la teoría material objetiva, lo que se requiere para sustentar el juicio de culpabilidad en contra del agente es la acreditación de que el mismo tuvo codominio funcional del hecho ...", Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 1136-98, de las 10:45 horas del 20 de noviembre de 1998. En este mismo sentido, se indicó: "... si bien es cierto la conducta que los tres imputados ejecutaron en algunos de los robos sólo consistió en viajar en el automóvil en el que llegan los asaltantes, el que de previo había sido robado, permaneciendo allí no sólo mientras

algunos de sus compañeros ejecutan directamente el despojo mediante el empleo de una arma de fuego, sino también cuando ambos vehículos se alejan del lugar, es claro que ello no los exime de responsabilidad penal, todo lo contrario. De estos hechos a los que se hace referencia se desprende con absoluta claridad que tanto ... como sus otros compañeros ... en algunos de los robos se mantuvieron a la expectativa en el otro vehículo durante los atracos, con lo que tuvieron también en sus manos el dominio del hecho, pues con su sola presencia se reforzó el efecto intimidatorio en contra de los ofendidos, a parte de que para los ejecutores directos e inmediatos de los robos resultaba mucho más segura su actuación al saber que en el otro vehículo quedaban sus compañeros en pleno control de la situación, en espera de cualquier eventualidad. De lo anterior se concluye que todos los imputados, incluso los que únicamente permanecieron en el vehículo, tuvieron el dominio funcional del hecho, al brindar un aporte esencial y determinante en la consecución del fin propuesto. En este sentido es conveniente recordar que la teoría del dominio del hecho, que parte de un concepto material de acción, estima como autor a aquel sujeto que tenga en sus manos las riendas del acontecimiento, de tal modo que con su conducta contribuya de forma esencial y determinante a la consumación del acto ilícito: "... como puede observarse en la relación fáctica que el a-quo tuvo por acreditada, claramente se establece cuáles fueron las conductas de los dos imputados -aquí recurrentes- realizadas en perjuicio del ofendido, apreciándose entre ellos un trabajo intimidatorio conjunto y con dominio total del hecho ... A este respecto debe indicarse que el dominio del hecho lo tiene quien dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado; no solo basta la conducción de los actos hacia el fin propuesto (que todo partícipe tiene en relación con el hecho) sino que además debe haber una posición relativa del sujeto que actúa con este dominio de los hechos con relación a otros partícipes. Esto es que si el sujeto puede "sobre-dirigir" el suceso total tendrá dominio del hecho. Este último concepto (dominio del hecho) es un concepto abierto que requiere una valoración del juez en relación con el tipo penal que se está interpretando ..." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 491-F-92, de las 9:10 hrs. del 23 de octubre de 1992. ...", Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 911-98, de las 14:40 horas del 29 de setiembre de 1999. [sic] En relación a tema del dominio del hecho y de la teoría material objetiva, también puede consultarse -entre otros- el voto de la Sala Tercera N° 911-98, de las 14:40 horas del 29 de setiembre de 1998."

4. Delito: Exigencia de que la conducta acusada afecte el bien jurídico tutelado

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]^{iv}

Voto de mayoría

"I. [...] En cuanto al segundo aspecto discutido: **la exigencia de que la conducta afecte el bien jurídico tutelado**. Aunque la doctrina discute la pertinencia de tal aspecto, pues para cierto sector minoritario ello no es necesario, lo cierto es que nuestra Sala Constitucional, ha indicado: "Al disponerse constitucionalmente que «las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a

tercero, están fuera de la acción de la ley» - artículo 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión «encaje» abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañen la moral o el orden público o a que no perjudiquen a tercero». (V 525-93 de las 14:24 hrs. del 3 de febrero de 1993). De manera tal que efectivamente la antijuridicidad material es, conjuntamente con la formal, un elemento necesario para la configuración del delito. Sin embargo, entendiendo antijuridicidad material como afectación al bien jurídico, es posible entender que esta sí concurre en el presente asunto.”

5. Delito: Diferencia con las contravenciones

[Tribunal de Casación Penal]’

Voto de mayoría

"II.- Sobre el fondo del recurso.- El Lic. Gonzalo Alberto Garzona Meseguer, defensor del imputado Miguel Ruiz Herrero, ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito judicial de San José, a las 14:20 horas del 10 de noviembre de 2005, que lo declaró autor del delito de Lesiones culposas cometido en perjuicio de Danilo porras Araya. El recurso está dividido en dos motivos, en los cuales se acusa la inobservancia de los artículos 42 y 166 de la Constitución Política; 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.7 del Protocolo (sic) Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, 42 inciso b), 361 inciso a), 363 inciso b), 366, 367 y 369 incisos c) y g) del Código Procesal Penal, alegando que él opuso la defensa de cosa juzgada material, que en su criterio operó en este asunto, porque su defendido había sido absuelto por los mismos hechos por los cuales se le juzgo en este proceso, concretamente en la sentencia que dictó el Juzgado de Tránsito de Pavas y Escazú, N° 01-602400-500-TC de las 13:00 horas del 10 de setiembre de 2001 (cfr. folios 11 a 12) que, con motivo de haber sido apelada, confirmó el Juzgado Penal de Pavas, mediante voto N° 69-00-333 de las 9:15 horas del 9 de noviembre de 2001 (cfr. folios 18 a 20). Considera el Lic. Garzona que en este caso se a verificado un doble juzgamiento, violatorio de lo dispuesto por las normas constitucionales y legales citadas anteriormente, en el tanto que se dictó sentencia condenatoria contra su patrocinado por el delito de Lesiones culposas, cuando ya había sido absuelto por la colisión ocurrida el 17 de agosto de 2001 entre los vehículos placas AGV 17-156 (que conducía el imputado) y 286319 (que conducía Danilo Porras Araya), de la que ahora se dice derivaron lesiones y daños en la persona y vehículo del ofendido. Sostiene que *"el criterio jurisprudencial que ha sostenido el Tribunal de Casación Penal reiteradamente que contiene en el voto 303-F-08, resolución 2002-0776 dictada en el expediente 99-000651-175-PE que es sentencia de las 16:20 horas del 27 de setiembre de 2002, mediante el cual se dispone que los casos juzgados como materia de tránsito no producen cosa juzgada material pues se trata de un procedimiento diferente al proceso penal ordinario y que es un proceso administrativo, es en mi criterio inconstitucional, y así lo alegaré en la sede que corresponde, y contrario a las normas legales y constitucionales citadas, pues lo que se está dando en este caso es un doble juzgamiento por los mismos hechos. La sentencia dictada por el Juzgado de Transito es una sentencia dictada por*

un juzgado penal, sin importar que sea de menor cuantía o que mediante ese proceso se impongan solo multas. pero olvidan quienes han sostenido ese criterio que mientras no se despenalice la figura de penal tránsito, mientras no se envíe por disposición legislativa para ser conocido en sede estrictamente administrativa, seguirá siendo un tema de materia penal, cuyo conocimiento en apelación corresponde a los Juzgados Penales. En este caso particular ya un Juzgado Penal dictó sentencia confirmando la sentencia absolutoria que cobija a mi defendido y no podemos decir por ningún motivo que se trata de otra materia, dado que en la sentencia de tránsito es penal, mediante la cual se imponen sanciones penales de multa que conforme a la legislación vigente se pueden convertir en pena de prisión" (recurso, folios 278 a 279) Por lo anterior es que solicita que se case la sentencia impugnada y se declare con lugar la defensa de cosa juzgada material y se absuelva a su defendido de toda pena y responsabilidad, declarando sin lugar los reclamos civiles que contra él se interpusieron en este proceso.-

El reclamo no es atendible. La pretensión del Lic. Garzona no tiene asidero en ninguna de las normas que ha citado. En primer lugar se descarta la inobservancia del artículo 42 de la Constitución Política, porque este asunto no se trata de la reapertura de una causa penal fenecida: el imputado Miguel Ruiz Herrero no fue condenado ni absuelto de delito alguno por el Juzgado de Tránsito, sino solamente absuelto de una infracción de tránsito (por una mera colisión de vehículos), y el hecho de que lo haya sido por vía judicial no le da carácter penal a la materia de tránsito. Por la misma razón es que tampoco se infringen el artículo 8 inciso 4º (no el 5º, erróneamente citado por el quejoso) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice: "*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*", ni el artículo 14 inciso 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone: "*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*", porque -se repite- Ruiz Herrero no fue condenado ni absuelto por un delito. El delito de Lesiones culposas es de acción pública perseguible sólo a instancia privada y el referente fáctico que supone no se incluyó ni se agotó en el hecho que fue objeto del proceso de tránsito, del mismo modo que el contenido injusto o disvalor de la acción de lesionar o poner en peligro la integridad física o salud de una persona no se puede considerar incluido ni agotado en una mera colisión de tránsito, y esto es así porque no existe identidad de acciones entre el proceso de tránsito y el proceso penal, siendo requisitos de la cosa juzgada: a) la identidad de la persona perseguida; b) la identidad del objeto de la persecución; y c) la identidad de acciones, por lo que en este asunto no produce la excepción de cosa juzgada la sentencia recaída en el juicio de tránsito. El tema que plantea el Lic. Garzona Meseguer no es novedoso en esta sede, el propio quejoso trae a colación un criterio de este Tribunal de Casación, la sentencia N° 776 de las 16:20 horas del 27 de setiembre de 2002, en el cual la mayoría resolvió que las transgresiones a la Ley de tránsito por las vías públicas terrestres, así como las correspondientes sanciones, no tienen naturaleza penal sino administrativa, por lo que las sentencias emitidas en los procesos de tránsito, no producen cosa juzgada material con relación a los delitos cometidos en el mismo hecho, de modo que no originan la excepción de non bis in ídem en los procesos penales: "I.- Los recursos de casación planteados por la Fiscalía Katia Fernández González y por el defensor civil de la víctima José Alberto Rojas Chacón, cumplen con los requisitos de entrada, por lo que de conformidad con lo preceptuado por los §§ 445 y 447 del C.p.p., se admite para su substanciación.

Únicamente se señala al margen que la resolución recurrida tiene la naturaleza de una sentencia absolutoria, con lo que se reafirma lo dicho en Garita Sánchez vs. Zúñiga Loría [1]: «... 4) Excepciones formales-perentorias: Las excepciones cuyo objeto es la extinción de la acción penal y sus efectos se traducen en una resolución con autoridad de cosa juzgada, son las que enumera el artículo 30 [se refiere al C.p.p.]. Todas se resuelven por sobreseimiento definitivo con autoridad de cosa juzgada (artículo 313), en la fase intermedia (artículos 44 y 311.d) o antes de iniciarse el debate (artículos 44 y 340), o en sentencia absolutoria durante la fase de juicio del procedimiento ordinario...» II.- La Fiscala Fernández, en el primer motivo del recurso, argumenta que la sentencia de mérito quebranta el § 42 de la Const.Pol. Al deducir el reclamo señala que al momento del dictado de la sentencia de tránsito - productora de cosa juzgada según la resolución recurrida- ya se había rendido un dictamen médico acerca de las lesiones de la parte ofendida, por lo que la Jueza de Tránsito perdió a partir de ese momento la competencia para conocer de la causa, pues dejó de ser contravencional y se trocó en un proceso penal. En su criterio se violaron las reglas de competencia, por lo que la resolución dictada no puede producir cosa juzgada material. Se declara con lugar el reclamo, por razones distintas a las apuntada por la representante del Ministerio Público. Por las razones que se dirán, es criterio de este Tribunal de Casación Penal que las transgresiones a la Ley de tránsito por las vías públicas terrestres (L.t.v.p.t.), así como las correspondientes sanciones, no tienen naturaleza penal sino administrativa, por lo que las sentencias emitidas en los procesos de tránsito, no producen cosa juzgada material con relación a los delitos cometidos en el mismo hecho, de modo que no originan la excepción de non bis in idem en los procesos penales. El tema de la distinción entre delitos y contravenciones no es pacífico, de tal manera que pueden distinguirse tres criterios [2] en el desarrollo de la doctrina: (i) distinción cualitativa, por la vinculación psicológica entre el agente y la acción, en punto a la mayor o menor culpabilidad, por la forma de la agresión, o por el interés jurídico tutelado; (ii) distinción cuantitativa, por la mayor o menor gravedad, según sea la extensión del daño causado, tanto en calidad como en cantidad; y (iii) distinción mixta, que concibe la separación por la calidad de las penas asignadas a la transgresión (aspecto cualitativo), y por sancionar, las contravenciones, los daños menos graves a intereses administrativos menos importantes que los tutelados por los delitos. De acuerdo a lo anterior, el C.p. diferencia cualitativamente los delitos de las contravenciones, pues recoge entre estas últimas una serie de acciones lesivas a bienes jurídicos tutelados por el Libro II (De los delitos), que no llegan a ser delitos - y son simples contravenciones- por la escasa entidad de los daños producidos; ejemplos de lo anterior son las contravenciones de golpes que causen daño (§ 378.1, con relación a los delitos de lesiones, §§ 123, 124, 125 y 126, C.p.), de participación en riña y provocación a riña (§§ 378.3 y 379.1, con relación al delito de homicidio o lesiones en riña, § 139, C.p.), de reto a duelo (§ 379.2, con relación al delito de provocación con fines inmorales, § 135, C.p.), y así se podría concordar todo el Libro III (De las contravenciones) con el citado Libro II. Esto es, las contravenciones del C.p. son delitos menores. Entre tanto, en lo que hace a las faltas sancionadas por la Ley de tránsito por vías públicas terrestres (L.t.v.p.t.), el ordenamiento jurídico sigue el sistema de distinción mixta, por dos razones básicas: (i) las sanciones asignadas a los hechos contrarios a la normativa de tránsito, son de multas fijas, a excepción de lo previsto por el § 128 de la L.t.v.p.t.; y (ii) todos los hechos de tránsito afectan la gestión administrativa como bien menor tutelado por el ordenamiento jurídico, no los bienes

jurídicos de superior estima como la vida, la propiedad y otros que gozan de protección penal. De conformidad con lo dicho por esta corte de casación en muchos fallos, entre ellos en C.R. vs. Cerdas Araya [3], reiterado en C.R. vs. Segura Rodríguez [4], según deriva de los §§ 7 de la Const.Pol., 5.3 y 5.6 de la Convención americana sobre derechos humanos, 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y 51 del C.p., la finalidad política de la pena asignada a los delitos es la necesidad particular del condenado para la reinserción social, de donde se trata de prevención especial positiva. Por otra parte la reacción estatal, al fijar la pena, está delimitada por la proporcionalidad del § 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...» (C.R. vs. Cerdas Araya). Esto implica que las penas asignadas a los delitos deben ser adaptables o ajustables al caso concreto; si fuesen fijas, las penas previstas para los delitos, serían inconstitucionales pues no se podrían individualizar en correspondencia proporcional al daño o peligro causados, ni a la necesidad individual de reinserción social. He aquí la primera razón para afirmar que las sanciones establecidas para las transgresiones a la L.t.v.p.t., no tienen naturaleza penal: a excepción de la establecida por el § 128 de este cuerpo legal, se trata de multas fijas y no están proporcionadas a un daño o a un peligro para un bien jurídico tutelado penalmente. Para continuar con el orden de ideas antes establecido, debe señalarse que todas las figuras sancionatorias de la L.t.v.p.t. tutelan la gestión administrativa de ordenamiento vial, y la violación de normas de tránsito generan una sanción por afectar ese único bien jurídico menor. Por más esfuerzo estatal en ordenar el tránsito de vehículos, la gestión administrativa en si no es un bien jurídico superior como la vida, el patrimonio o la buena fe de los negocios, etc., como para llevar su protección al plano penal. Distinto es el caso de los delitos previstos en los §§ 256 y 257 del C.p., que tutelan el transporte cuando es suspendido o impedido, por llevar en sí mismos la libertad de tránsito consagrada el § 22 de la Const.Pol.; se trata de acciones lesivas a las personas y no tanto a la gestión administrativa, por lo que la protección se ha elevado a lo penal como ultima ratio. Aquí la segunda razón para afirmar que las transgresiones a la L.t.v.p.t. no tienen naturaleza penal sino administrativa: no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos elevados a la tutela penal, y sólo implican inobservancia a la gestión administrativa. Y a estas dos, puede agregarse una tercera razón, esta vez de orden procesal: en la mayoría de los casos es el inspector de tránsito (funcionario administrativo) quien impone la sanción, sin guardar el ritual del debido proceso, necesario para defender la presunción de inocencia reinante ante todo hecho delictivo; de este modo, la comparecencia ante el Juzgado de Tránsito por la inconformidad del sancionado, es la impugnación de la sanción administrativa impuesta. Por todo ello, se tiene como conclusión que las transgresiones a la L.t.v.p.t., tienen naturaleza administrativa y no penal; y consecuencia de esto es que la sentencia emitida en el proceso de tránsito, no produce cosa juzgada material con relación a los delitos cometidos en el mismo hecho. Es decir, puede fallarse un caso en la jurisdicción de tránsito y en la jurisdicción penal, sin que la decisión en una haga cosa juzgada para la otra. Es así porque los hechos pueden tener distintos perfiles jurídicos, como son los siguientes casos: (i) Del empleado que da muerte a su

empleador, lo que genera un despido y un proceso laboral así como un proceso penal por el homicidio, sin que la sentencia del Juzgado de Trabajo haga cosa juzgada ni permita la excepción de non bis in idem en lo penal. (ii) Otro ejemplo podría ser el del notario público que falsifica una escritura: las consecuencias de orden administrativo son los castigos del Colegio de Abogados de Costa Rica y de la Dirección de Notariado, así como el proceso penal por el delito de falsedad ideológica; ninguna de las resoluciones administrativas disciplinarias hace cosa juzgada ante la jurisdicción penal. (iii) La acción del maestro que abusa deshonestamente de alumno, dando origen a una acción administrativa disciplinaria cuyo resultado es el despido, a la vez de generar un proceso penal por delito; ninguno de los asuntos produce cosa juzgada en el otro. Así, si alguien por exceso de velocidad en la conducción de su vehículo causa una muerte, el hecho puede ser objeto de proceso en la jurisdicción de tránsito y en la jurisdicción penal, sin que la sentencia de una haga cosa juzgada en la otra; el Juzgado de Tránsito resuelve acerca de una sanción administrativa, mientras los tribunales penales imponen una sanción por delito. En consecuencia, la resolución impugnada en casación no se ajusta a derecho en cuanto acogió la excepción de cosa juzgada, al determinar que los hechos habían sido resueltos en la jurisdicción de tránsito antes de su conocimiento y resolución en la jurisdicción penal, pues, como se indicó, la sentencia del Juzgado de Tránsito no produce cosa juzgada de naturaleza penal, con lo que no se genera la excepción de non bis in idem. No se trata de un problema de incompetencia del Juzgado de Tránsito, sino de jurisdicciones paralelas. Así, por razones distintas a las expuestas por la recurrente, se declara con lugar el motivo del recurso, se decreta la nulidad de la resolución venida en alzada y se ordena el reenvío. Por la forma como se resuelve este asunto, pierden interés los otros motivos del recurso de la Fiscalía Fernández, así como el recurso del Defensor Civil de la Víctima, por lo que se omite cualquier pronunciamiento respecto de ellos. De no ser así, se indica para mayor abundamiento, que no resiste un examen apagógico la situación por la cual un hecho de tránsito simple, sin lesiones culposas, trae como consecuencia la intervención de oficio de las autoridades estatales y la sanción correspondiente; sin embargo, si con la acción se causan lesiones culposas, mientras la víctima no denuncie (§ 18.c, C.p.p.) no hay proceso y no interviene el Estado. Sería más grave no lesionar culposamente en hechos de tránsito, lo que resulta absurdo e inaceptable para el ordenamiento jurídico. El asunto se salva porque la jurisdicción de tránsito es paralela a la penal y lo que suceda en una no afecta a la otra. Finalmente, la graduabilidad de la pena establecida en el § 128 de la L.t.v.p.t., no convierte a la figura en un delito menor, toda vez que no tutela un bien jurídico superior; ello a pesar de establecer como parámetros de incremento del castigo, la gravedad del hecho y la mayor culpabilidad, aspectos difíciles de determinar ante una simple ingesta ética."

6. Delito: Consideraciones acerca de la antijuridicidad material

[Tribunal de Casación Penal]^{vi}

Voto de mayoría

"III. En el único motivo de la acción de revisión, se alega que los sentenciados fueron condenados porque al intentar salir del país el 5 de julio de 1998, fue detectado en sus pasaportes un sello falso de ingreso a Costa Rica. Se refiere que estos sellos de ingreso no tienen ninguna función importante para el egreso del país, porque por su nacionalidad costarricense no pueden ser compelidos a abandonar el territorio nacional. Se indica que el Tribunal no debió cifrar su atención únicamente en el antijuridicidad formal, sino que debió atender el contenido de la antijuridicidad material, según la cual la acción realizada debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico, lo cual no sucede en el presente caso, pues el hecho no constituye delito. **El reclamo resulta procedente.** Cuando estamos ante el análisis de una conducta que podría tener consecuencias jurídicas en el ámbito penal, se debe proceder a realizar un estudio detenido de los elementos que permitirían llegar a establecer, en último momento, la culpabilidad del sujeto. En este camino, debemos atender la existencia de la tipicidad, desde la perspectiva del tipo penal compuesto, donde encontramos elementos objetivos y subjetivos; dentro de los primeros se encuentran los descriptivos y normativos y, dentro de los segundos, el dolo y la culpa. En el presente caso, podemos decir, formalmente, que no se analizaron en forma correcta los elementos descriptivos del tipo penal, pues no se entró a exponer en qué momento se hizo uso de los sellos "falsificados" de entrada al país, sino que ellos se descubren -en su falsedad- al momento de pretender salir del país. Por otra parte, cuando llegamos a los elementos subjetivos, propiamente al elemento dolo, pues el delito de uso de documento falso requiere de un actuar doloso, no se expone en la sentencia el conocimiento y voluntad de los imputados de la acción delictiva que realizaban, para poder configurar -adecuadamente- este elemento subjetivo. Aunado a lo anterior, tenemos que en el campo del injusto penal no se logra colegir la existencia de esa potencialidad de la acción para provocar o causar un perjuicio; situación que no se analiza de ninguna manera en la sentencia y, pareciera deducirse de ésta, que estamos ante un simple y peligroso delito formal, donde la simple subsunción de la acción en la norma penal -sin mayor análisis de otros elementos-, brindarían la posibilidad de hablar de una conducta delictiva. Esta no es la finalidad del Derecho penal, ni de las normas penales y, muchos menos, de la misma pena o sanción penal; por el contrario, se requiere de acciones jurídicamente relevantes. La resolución es ausente de una adecuada fundamentación intelectual, la cual no es posible vulnerar por tratarse de una sentencia donde se admitió la aplicación del procedimiento abreviado, en este caso específico, debió el a quo preocuparse por exponer una fundamentación, al menos, sucinta, conforme se establece en el artículo 375 in fine del Código Procesal Penal. Por ello, se anula la sentencia y se ordena el reenvío del expediente para su nueva sustanciación conforme a derecho. A su vez, se le previene al tribunal de instancia proceda a ordenar la cancelación del asiento del Registro Judicial donde se hace constar la condenatoria de la sentencia que ahora se anula."

7. Delito: Para que una conducta constituya delito debe estar prevista en una ley previa en donde se establezca en forma clara y precisa la conducta a sancionar

[Sala Constitucional]^{vii}

Voto de mayoría

Para los consultantes, si se analizan las conductas del sujeto activo, se puede apreciar un alto contenido subjetivo y de valoración. Bastaría la simple afirmación de una mujer de que ha sido insultada o ridiculizada; para que inmediatamente al sujeto se le imponga una restricción en su libertad personal a través de la prisión.

El artículo 46 dispone:

“Adiciónase al artículo 239 del Código Procesal Penal el inciso d), cuyo texto dirá:
“Artículo 239: Procedencia de la prisión preventiva: d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de poder o de confianza.”

El artículo 46 del proyecto se consulta en el sentido de si su aplicación afecta directamente la libertad personal, por cuanto extiende indebidamente la utilización de la prisión preventiva como medida cautelar en delitos cuyo perfil es “la peligrosidad” del supuesto agresor. En relación con el artículo 26, porque como ya se analizó, lo inconstitucional de la norma es la infracción a la función de garantía del tipo penal, por la vaguedad de los conceptos utilizados para la fijación de la conducta típica, pero no por constituir un exceso el penalizarla, si se tipifica debidamente. Respecto de lo alegado en relación con el artículo 46, el reproche tampoco es procedente, si bien es cierto que en el caso no es un peligro procesal el que faculta la imposición de la medida restrictiva de la libertad, sino la peligrosidad del sujeto activo del hecho, esa posibilidad ya fue utilizada por el legislador en el artículo 239 del Código Penal, que posibilita la imposición de una prisión preventiva por otra razón de peligrosidad personal, la continuación de la actividad delictiva, sin que ello se haya estimado inconstitucional. El capítulo correspondiente a las medidas cautelares del Código Procesal Penal (artículos 235 y siguientes) contiene suficientes normas para concluir que la prisión preventiva “sólo podrá ser acordada conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley” (artículo 238) y “siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar”, otra medida cautelar de las señaladas en el artículo 244; disposiciones que racionalizan la imposición de la prisión preventiva, para los casos absolutamente indispensables, razón por la que su utilización en la forma en que se autoriza en el artículo 46 del proyecto que modifica el 239 del Código Procesal Penal, no es inconstitucional.

Sobre la irrazonabilidad y desproporcionalidad de la pena de inhabilitación. Artículo 18 del proyecto.

Se alega que el fijar en doce años el extremo mayor de la pena de inhabilitación en doce años se violenta el principio de razonabilidad y proporcionalidad de las sanciones. La alegación no es procedente. El propio Código Penal fija en el artículo 57 en ese extremo mayor el tanto de la inhabilitación y la Sala ha dado por bueno ese tanto cuando se trata de la inhabilitación para el ejercicio de una profesión. En la sentencia número 3484-94, de las doce horas del ocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro, respecto de la pena de inhabilitación en el ejercicio del notariado, se dijo:

“VIII.- En cuanto a la indeterminación de la sanción de suspensión; los artículos 22, 23, 27 y 28 de la Ley Orgánica de Notariado, hacen referencia a la suspensión, como la sanción a imponer al notario que cometiere alguna falta grave. Sin embargo, ninguna de dichas normas define los límites temporales de dicha sanción. Resulta evidente que al prohibirse la imposición de penas perpetuas y considerarse inconstitucionales, dentro de esta misma acción, todas aquellas sanciones que impliquen la cancelación definitiva de la licencia para ejercer el notariado, debe entenderse que cuando se impongan deben tener, necesariamente, una duración determinada. Ahora es la Corte Plena, a través de la Sala Segunda, quien decide en cada caso la duración de la sanción a imponer. Debemos analizar si tal circunstancia resulta o no violatoria del debido proceso. Por tratarse de materia disciplinaria y no de sanciones de índole penal, no es necesario que la duración de la suspensión esté predeterminada en cada caso, pues es garantía suficiente del respeto al debido proceso el que sea impuesta por un tribunal colegiado, cual es la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y en pronunciamiento debidamente fundamentado en cuanto a todos sus extremos. Sin embargo debe interpretarse que para que no existan roces de constitucionalidad, las suspensiones que se le impongan a los notarios han de tener una duración razonable y proporcional a la falta cometida, y que por su excesiva duración no se convierta en una sanción perpetua. Refuerza esta tesis el hecho de que en materia penal, en donde existe una mayor afectación de los derechos del ciudadano al imponérsele sanciones de mayor gravedad en relación con las administrativas, la inhabilitación no está determinada como sanción en cada caso concreto, sino que se tipifica como una pena accesoria, contemplada en los artículos 50 inciso segundo y 57 del Código Penal, con una duración de hasta doce años. Con mayor razón se debe admitir que la inhabilitación como sanción administrativa se determine de manera genérica y no en forma concreta para cada caso, pues se trata, como se dijo, de sanciones de menor gravedad y su imposición requiere de menos garantías que las exigidas en el proceso penal. En todo caso, debe haber un límite máximo establecido para este tipo de sanción. El legislador, en el artículo 25 de la ley cuestionada, estableció un límite de diez años para poder rehabilitar al notario suspendido en forma indefinida, término que bien puede tenerse como límite máximo para la duración de la pena de suspensión, por considerar esta Sala que se trata de un límite razonable e impuesto por el legislador.

Y en la número 3133-92, de las diez horas del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y dos, se consideró:

“4. Tampoco procede acoger la tesis de la derogatoria constitucional, en virtud de la cual las normas impugnadas habrían sido anuladas con la entrada en vigencia de la actual Constitución Política, por ser legislación opuesta a ella. El desarrollo del argumento de la parte accionante, nos conduciría a expresar a manera de silogismo lo siguiente: Premisa Mayor, las normas cuestionadas se promulgaron cuando

jurídicamente era permitida la inhabilitación perpetua, todo ello conforme al Código Penal de 1924; Premisa Menor, el Código Penal de 1941 al derogar el anterior, dispuso en su artículo 435 inciso d) que la inhabilitación perpetua equivalía a la inhabilitación absoluta de diez a doce años y el Código Penal actual, la limita al máximo de doce años; Conclusión, la Constitución Política al entrar en vigencia, no derogó las normas, sino que las modificó, por lo que no resultan inconstitucionales, a reserva que se interprete que el máximo de la pena de inhabilitación o suspensión temporal en el ejercicio de la profesión, es de doce años por disponerlo así el Código Penal, que sería la norma jurídica aplicable como norma de referencia. La Sala no considera que esta interpretación obligada a la que conduce el argumento de la parte accionante, sea de recibo y por ello, en cuanto a este otro extremo, procede declarar sin lugar la acción.”

Si el parámetro que se debe utilizar para establecer la razonabilidad o proporcionalidad del tanto de la pena de inhabilitación, es lo dispuesto en el Código Penal –pues los consultantes no señalan otro–, con vista de los transcritos antecedentes es indudable que la alegación no es procedente.

8. Delito: Elementos de la culpabilidad

[Sala Tercera]^{viii}

Voto de mayoría

"IV. En el primer y único motivo por el fondo se alega errónea aplicación de la ley sustantiva por indebida aplicación del artículo 127 del Código Penal, y a la vez por inaplicación del artículo 42 del mismo cuerpo legal. Argumenta el recurrente que en la sentencia se tuvo por probado que el imputado actuó bajo una *“situación de emoción violenta total, que le bloqueó el contexto y que por ello se le ubica como inimputable en ese momento”* (folio226). Agrega en sustento de su tesis que el tribunal confundió los términos “obnubilación” y “violencia corporal o física” y que ello los llevó a considerar un delito donde no lo hay. **El reclamo no puede ser atendido:** En cuanto al concepto de imputabilidad debe indicarse que este es un componente más de la culpabilidad. Como ya se sabe, el concepto técnico jurídico de delito se encuentra formado básicamente por la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. En la actualidad existe un amplio acuerdo doctrinal en el sentido de que este último componente, la culpabilidad, se encuentra integrada a su vez por 3 elementos: a. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad; b. El conocimiento actual o la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, o sea de que esta se encuentra prohibida y penada y; c. La exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho, de acuerdo a que la voluntad o ámbito de autodeterminación del autor esté o no condicionada por factores externos (Así, TORÍO LOPEZ, El concepto individual de culpabilidad, en: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, volumen 38, fascículo II, mayo-agosto, 1985, p.285; CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), El error de prohibición, San José, Editorial Juritexto, 1ª edición, 2001, p.67; ROXIN(Claus), Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Traducción de LUZÓN PEÑA (Diego) y otros, Madrid, Editorial Civitas, 1ª edición, 1997 pp.819-850, 859-893, 895-922.;JESCHECK (Hans Heinrich),

Tratado de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 1ª edición, editorial BOSCH, 1981, Op.Cit., 593-664). En lo que respecta a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, con ella se designa y se analiza la posibilidad psíquica- biológica del sujeto de determinarse por el cumplimiento de lo ordenado por el derecho. En el análisis de imputabilidad se sigue un método y criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos. A este nivel, se analiza la existencia de estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves (**enfermedad mental**) de carácter orgánico, o de base biológica; pero también se determina la existencia de trastornos cuya causa no es orgánica, corporal o biológica. Estos trastornos cuya causa no es orgánica, cuya base no es biológica, se denominan como **trastornos de la conciencia**. Este análisis se realiza en el entendido de que para que exista culpabilidad, para que pueda reprocharse una conducta ilícita a una persona, es necesario que el autor de la misma haya tenido una capacidad psíquica que le permita disponer de un cierto grado o ámbito de autodeterminación, o sea, es necesario que sea imputable. La determinación de si existe o no una enfermedad mental o un grave trastorno de la conciencia, es relevante en el tanto que esos fenómenos inciden en la capacidad de comprensión y en la capacidad de voluntad del sujeto en relación a un ilícito penal. Sin capacidad mental no existe autodeterminación, y por tanto no puede haber juicio de desaprobación por realizar un ilícito penal. Por eso puede decirse que la imputabilidad en el derecho penal posee dos niveles de análisis: 1. El primero de ellos en el cual se requiere el diagnóstico o determinación psicológica o psiquiátrica sobre la existencia de enfermedades mentales o de graves trastornos de conciencia; 2. El segundo se refiere a la incidencia o no de estos fenómenos en la capacidad de comprensión y voluntad respecto de lo prohibido y penado por el derecho. Es decir que el sujeto pueda desde sus facultades psíquicas comprender el carácter ilícito del hecho, y pueda dirigir su comportamiento de acuerdo con esa comprensión (Así BACIGALUPO (Enrique), Manual de Derecho Penal, Bogotá, Editorial Temis, 1ª edición, 1994, pp.156-157; ROXIN, Derecho Penal..., Op.Cit. pp.823 y 848). El código penal vigente se adhiere a este concepto mediante su artículo 42, con el cual se sigue un método y criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos para la fijación de la imputabilidad, o de su ausencia, en cuyo caso se presenta un estado de inimputabilidad. De esta manera, una cosa es padecer de una enfermedad mental o de un grave trastorno de la conciencia, diagnosticado mediante pericia psicológica o psiquiátrica, y que con base en ello, y de conformidad con los artículos 42 y 43 del Código Penal se concluya por un tribunal que existe una anulación (inimputabilidad) o una disminución (imputabilidad disminuida) de la capacidad de comprensión de que la conducta está prohibida y penada o una anulación o disminución de la capacidad de voluntad para dirigir dicha conducta, aspectos que deben ser analizados a nivel de la culpabilidad y que de ser verificados la excluyen; y otra cosa muy distinta es que se concluya la existencia de un factor o circunstancia objetiva, excusable, que provoca un estado de emoción violenta con el que disminuyen los frenos inhibitorios del autor, situación para la cual nuestra legislación prevé únicamente una atenuación de la pena, como se aprecia claramente en el artículo 127 del Código Penal aplicado por el Tribunal. En el caso actual se tuvo por probada esta segunda situación, el estado de emoción violenta, generándose como consecuencia una atenuación de la pena. Nunca, ni por asomo, se mencionó, ni se tuvo por probada la existencia de una inimputabilidad provocada por enfermedad mental o grave trastorno de la conciencia. Ambos conceptos, el de emoción violenta y el de inimputabilidad, y sus consecuencias, no deben ser confundidos como parece

hacerlo el recurrente. Finalmente, no ignora esta Sala la existencia de trastornos mentales transitorios provocados por gravísimas alteraciones emocionales; sin embargo, los mismos deben ser al menos probados, diagnosticados mediante pericia idónea, para que luego el juez con base en la valoración de la prueba y de acuerdo a los criterios de sana crítica racional, analice su incidencia a nivel de la capacidad de comprensión y voluntad sobre un injusto penal. Esas pruebas periciales nunca fueron realizadas en el caso que se conoce, y mucho menos fueron sugeridas por la defensa, con lo que cualquier suposición sobre la existencia de una enfermedad mental o un grave trastorno de la conciencia en el imputado, es mera especulación y además excede el elenco de hechos probados en la sentencia. Por lo dicho, se declara sin lugar el motivo."

9. Delito: Concepto de tipicidad y antijuridicidad

[Sala Constitucional]^{ix}

Voto de mayoría

Principio de igualdad: Los consultantes consideran que lo dispuesto en los artículos 1 y 2, situación que también aprecian en la totalidad del proyecto, infringe el principio de igualdad, reconocido en el artículo 33 de la Constitución Política, porque con las normas ahí contenidas se pretende penalizar la violencia únicamente cuando la víctima es una mujer adulta, condición que estiman discrimina groseramente, no sólo en contra de los hombres, sino también de otras personas que no están exentas de convertirse en víctimas de violencia, como: discapacitados, niños, adultos mayores. Al respecto, señalan también que resulta discriminatorio el hecho de que se haya excluido de la tutela que se pretende con este proyecto a mujeres menores de edad, argumentando únicamente la existencia de relaciones fundadas en el ejercicio de la autoridad parental, cuando existen otros supuestos para los que no resulta aceptable negar dicha cobertura. En cuanto a este aspecto, las disposiciones sobre las que en concreto los consultantes expresan dudas u objeciones de constitucionalidad, señalan:

“ARTÍCULO 1.- Fines

La presente ley tiene como fin proteger los derechos de las víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual y patrimonial contra las mujeres mayores de edad, como práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en las relaciones de poder o confianza, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Ley N° 6968, de 2 de octubre de 1984, así como en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995.”

“ARTÍCULO 2.- Ámbito de aplicación

Esta ley se aplicará cuando las conductas tipificadas en ella como delitos penales se dirijan contra una mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de poder o de confianza.

Además, se aplicará cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de la autoridad parental.”

Del contenido de las disposiciones transcritas se desprende claramente que lo que se pretende con el proyecto es reprimir y sancionar conductas que discriminan por razones de género en perjuicio de la mujer y que se manifiestan como violencia física, psicológica, sexual y patrimonial que afecta exclusivamente a mujeres mayores de edad y a mujeres entre 15 y 18 años, siempre que no se produzcan en el marco de una relación derivada del ejercicio de la autoridad parental. De previo a entrar de lleno en el análisis de la acusada infracción del principio de igualdad, la Sala observa que existe un aspecto anterior que debe analizar por su directa relación con el cuestionamiento que se hace del principio de igualdad. Este aspecto atiende al carácter especial de la ley que se pretende aprobar. En ese sentido, la pregunta que cabe hacerse es si resulta constitucionalmente factible la promulgación de una ley penal especial que desde esta rama del derecho, sea, la penal, regule el problema de la discriminación en contra de la mujer, manifestado a través de la violencia física, sexual, emocional y patrimonial, protegiendo bienes jurídicos y, en consecuencia, sancionando su puesta en peligro concreto o lesión. De ahí que se hable de la posibilidad de dictar reglas penales separadas o –si se quiere- excluidas, por razón de la especialidad de la materia que regulan, de lo que podría denominarse como régimen general de derecho penal que en nuestro ordenamiento lo constituye el Código Penal. Para dar respuesta a esta interrogante, cabe señalar que el artículo 39 de la Constitución Política –entre otras cosas- dispone que a nadie se le hará sufrir pena por conducta que no haya sido previamente definida como delictiva por una ley. Esto significa –en términos generales- que el principio de reserva de ley constituye un límite a la potestad de ius puniendi del Estado, reconocido en la Constitución. Ahora bien, la existencia de esa reserva de ley en materia de delitos y penas, no se traduce - en nuestro ordenamiento- en lo que la doctrina ha denominado “una reserva de Código” o de unidad de Código. Es decir, no se exige que las disposiciones normativas que crean delitos e imponen o agravan penas deban estar necesariamente contenidas, inscritas en un mismo cuerpo normativo estructurado como una unidad, situación representada en nuestro sistema penal sustantivo por el Código Penal. De lo hasta aquí expuesto se observa que existe una íntima relación entre la posibilidad que tiene el legislador de dictar una ley penal especial –separada del régimen general- y la garantía del principio de igualdad, entendido en este caso como igualdad en la ley, en el marco de ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Al respecto, se observa que no solo la simple especialidad de la materia que regula el proyecto y que justifica a criterio de esta Sala la adopción de una ley penal especial, sino ya la especificidad que dicha materia involucra, permite afirmar, por las razones que a continuación se detallan, que este proyecto no infringe el principio de igualdad en la ley, ni discrimina por razón del género en perjuicio del hombre o de las mujeres menores de 15 años. En ese sentido, se reitera que del contenido de los artículos 1 y 2 del proyecto claramente se desprende que con el proyecto se pretende reprimir y sancionar penalmente conductas constitutivas de discriminación en contra de la mujer mayor de edad, manifestadas por medio de la violencia, en sus distintas formas. Del contenido de los indicados artículos también se desprende que el legislador, en atención a la especificidad de la materia que regula por medio de este proyecto, pretende cumplir compromisos adquiridos por el Estado costarricense al haber aprobado instrumentos internacionales protectores de derechos fundamentales, concretamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Ley No.6968 de 2 de octubre de 1984 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada por la Ley No.7499 de 2 de mayo de 1995. En el marco de dichos instrumentos internacionales, el Estado costarricense condena la discriminación contra

la mujer y la reconoce como una gravísima situación de desventaja generalizada y arraigada en la estructura cultural. En consecuencia, conviene en adoptar medidas concretas para su erradicación, entre ellas, medidas legislativas adecuadas para su sanción, así como otras de carácter especial y temporal encaminadas a acelerar el proceso de obtención de la igualdad de facto entre el hombre y la mujer (artículos 2 inciso b) y 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). En sentido similar, el Estado costarricense reconoce que la violencia contra la mujer es una manifestación de la discriminación por razón del género que constituye una gravísima ofensa a la dignidad humana y que impide o anula el ejercicio de la mayoría de sus derechos fundamentales. Bajo este estado de cosas, condena toda forma de violencia contra la mujer y conviene en adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia (artículos 1 a 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer). Dentro de esas medidas destaca la aprobación de normas penales necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (artículo 7 incisos c), d) y e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer). Así mismo, se obliga a establecer dichas medidas, tomando en cuenta especialmente la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir una mujer en razón de una serie de factores como: raza o condición étnica, situación de refugiada, emigrante o desplazada, embarazo, discapacidad, situación económica desfavorable, afectación por conflictos armados o privación de libertad (artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer). Queda claro entonces, que con el proyecto de ley que se consulta y su condición de ley penal especial que sanciona la violencia contra la mujer como manifestación de discriminación en su perjuicio, el legislador, no solo cumple compromisos adquiridos por el Estado costarricense al aprobar las anteriores Convenciones, sino que actúa movido por el reconocimiento que ha hecho (al aprobar las Convenciones) de la especificidad en que se encuentra un determinado sector de la población, sea, la mujer, victimizado por la discriminación manifestada por medio de la violencia. De ahí que atendiendo a las obligaciones contraídas a nivel internacional en el sentido de adoptar medidas concretas, incluidas las legislativas y, específicamente, las penales, para erradicar la discriminación por razón de género en perjuicio de las mujeres, manifestada por medio de la violencia, resulte constitucionalmente irreprochable el empleo de una ley penal especial y específica como alternativa para sancionar una de las ofensas más graves a la dignidad humana que se conocen y que la propia Sala ha calificado como “grosera” y “un mal estructural”, para cuya erradicación se requiere de la adopción de medidas específicas (véase por todas, la sentencia 3419-2001 de las 15:29 horas del 2 de mayo de 2001). En realidad, lo que el legislador ha hecho en este proyecto es un ejercicio legítimo de la denominada acción afirmativa manifestada penalmente dada la especificidad y la gravedad de la materia regulada. En relación con la acción afirmativa, entendida como el uso necesario de regulaciones específicas para abolir la discriminación en contra de la mujer, la Sala ha dicho que es una forma legítima de reacción del Estado que no infringe el principio de igualdad, a pesar de que imperativamente intente abolir una situación de discriminación que considera se superará únicamente si se le otorga a la mujer una protección o participación reforzadas, mediante regulaciones especiales (véase por todas, la sentencia 3419-2001 de las 15:29 horas del 2 de mayo de 2001). De ese trato especial y calificado o protección particularmente acentuada, no es posible excluir razonablemente la promulgación de una norma penal especial y específica. Por el contrario, una ley propuesta en esos términos coincide con la naturaleza de las medidas (especiales y específicas) que el Estado puede adoptar por medio de la acción afirmativa y a las que en este caso específico se comprometió al suscribir las indicadas Convenciones. Esto permite analizar también desde la perspectiva que proporciona el ejercicio de la acción afirmativa, entendida como medidas especiales y específicas de protección reforzada,

la situación de las mujeres menores de 15 años y entre 15 y 18 años cuando está de por medio el ejercicio de derechos y obligaciones propios de la relación parental. Aquí, cabe traer a colación también el argumento de la especificidad, porque el legislador lo que está valorando es la particularidad que plantea la discriminación manifestada por medio de la violencia en perjuicio de la mujer y que le permite diferenciar la situación de sectores determinados de mujeres, por razón de la vulnerabilidad a la violencia que sufran o puedan sufrir. Este criterio diferenciador se hace patente con lo dispuesto en el indicado artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que compromete al Estado parte a considerar esa especial situación de vulnerabilidad a la violencia que puedan sufrir determinados sectores de mujeres por razón de distintos factores como: raza, estatus o condición migratoria, condición de discapacidad, estado de embarazo, edad, etc. Como se observa en la especie el legislador valora que un sector determinado de mujeres por razón de la edad son victimizadas por conductas discriminatorias manifestadas por medio de la violencia. Es a dicho sector al que, en ejercicio de la acción afirmativa, protege de manera reforzada con esta legislación penal especial y específica, situación con la que no se puede entender que desprotege a otros sectores, sean de hombres o mujeres, en tanto existan o puedan existir normas penales que provean a su protección. De ahí que el proyecto bajo consulta y, concretamente, los artículos 1 y 2, no configuren infracción al principio de igualdad en la ley, reprochable constitucionalmente, por no estarse configurando una ley penal discriminatoria en perjuicio del hombre o de las mujeres menores de edad.

Principio de legalidad penal. Los promoventes consideran que la mayoría de los artículos que les suscitan dudas u objeciones de constitucionalidad son infractores del principio de legalidad penal. El primero de esos artículos que cuestionan es el 3 que dispone:

“ARTÍCULO 3.- Relaciones de poder o confianza

Las relaciones de poder a las que se refiere esta ley son las caracterizadas por la asimetría, el dominio y el control de una persona sobre otra.

Las relaciones de confianza se basan en los supuestos de lealtad, credibilidad, honestidad y seguridad que se establecen entre dos personas.

Ambos tipos de relaciones pueden derivarse de vínculos de pareja, trabajo, estudio, familia, afectivos, de jerarquía o de autoridad formal o moral. Las relaciones de poder o confianza pueden subsistir aun cuando haya finalizado el vínculo que las originó, y determinan diferencias en las responsabilidades y en el acceso a la información, el conocimiento, la justicia y los recursos sociales de las personas involucradas. La permanencia e intensidad de la relación de poder o confianza deberán ser apreciadas en cada caso por el juzgador.”

En relación con este artículo, los legisladores consideran que infringe el principio de legalidad penal porque adolece de una serie de ambigüedades y contradicciones insalvables desde la perspectiva del reconocimiento de ese principio constitucional. En concreto, manifiestan que debido a que el agresor siempre detenta una posición de poder con respecto a la víctima, la única diferencia real que el proyecto plantea con respecto a los delitos del Código Penal es la determinación de la víctima, a saber, mujer mayor de edad. Consideran que el contenido del artículo 3 del proyecto revela que se está partiendo de una visión estática de las relaciones humanas, cuando desde el punto de vista psicológico o sociológico, se sabe que la relación de poder que se produce en determinado contexto, se puede invertir en otros. Asimismo, alegan que

los conceptos que se utilizan para intentar definir las relaciones de poder y confianza están plagados de indeterminaciones como dominio, control, lealtad, honestidad, etc. Manifiestan que al indicarse que las relaciones de poder o confianza subsisten aún después de haber finalizado el vínculo que las originó, se está prolongando artificialmente dichas relaciones. Finalmente, argumentan que no logran comprender la frase “determinan diferencias en las responsabilidades y límites en el acceso a la información, el conocimiento, la justicia y los recursos sociales de las personas involucradas”. Al respecto, expresan concretas dudas acerca de si esas diferencias vienen determinadas por las relaciones de poder o confianza o por los vínculos. También señalan que desconocen a qué tipo de responsabilidades, información, conocimiento, justicia y recursos sociales se está haciendo referencia. En este punto, resulta fundamental señalar, acorde con la doctrina más calificada, que el derecho penal tiene una base fundamentalmente empírica. Es decir, para la imputación que se hace por medio del derecho penal, generalmente, se toma como base la realidad. Sin embargo, en el proceso de establecer normativamente la existencia de una relación entre un sujeto y el acaecimiento de un suceso, de modo tal que sea posible aplicar a una persona una sanción penal por la comisión de ese suceso, el legislador no “calca” dicha relación tal y como sucede en la realidad, sino que la pasa por un “tamiz” normativo que, entre otras cosas, impone la necesidad de cumplimiento de una serie de reglas que deben respetarse para que una persona pueda ser sometida al ius puniendi del Estado. Esta idea de que la imputación que se hace por medio del derecho penal se estructura a partir de la realidad, pero requiere necesariamente que a ella se le aplique el rigor que impone el sistema normativo, es importante retenerla, porque resulta fundamental para el análisis que más adelante se hará en relación con el artículo 3 del Proyecto. Ahora bien, dentro de estas reglas del sistema normativo, destaca el principio de legalidad penal. En relación con el principio de legalidad penal, que en términos generales supone la necesaria existencia de una ley previa aprobada por la Asamblea Legislativa para la definición de las conductas delictivas y el establecimiento de las penas, la Sala ha manifestado que constituye una de las principales exigencias del Estado Democrático de Derecho (véase por todas, sentencia 6304-2000 de las 15:56 horas del 19 de julio del 2000) por su doble condición de elemento legitimador y límite del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, traducido en una garantía de seguridad jurídica para las personas que conviven en una sociedad democrática, pues será una ley con carácter general y precisión la que defina el delito y prevea las penas, con el propósito fundamental de que todas las personas puedan tener conocimiento cabal acerca de si sus acciones constituyen o no delitos (sentencia 1876-1990 de las 16:00 horas del 19 de diciembre de 1990), situación que excluye la posibilidad de una definición casuística de materia tan grave. A tenor de lo expuesto, es evidente que dicho principio cuenta con fundamento expreso en la Constitución. Al respecto, el artículo 39 de la Constitución Política dispone: *“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 oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores”*. De la disposición constitucional transcrita se desprenden varios aspectos que es importante destacar. En primer término, la referencia que hace el constituyente al “sufrimiento” que la pena implica. La pena se sufre, porque a pesar de que se impone por la comisión de hechos valorados como de la mayor gravedad por una determinada sociedad, en razón de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que constituyen verdaderas condiciones esenciales para la vida en sociedad, lo cierto es que no puede dejarse de apreciar que es la reacción más severa de que dispone el ordenamiento jurídico, porque implica la privación o restricción grave de los derechos fundamentales del infractor. Otro elemento que debe destacarse es que para sufrir la

pena, en los términos planteados por la norma constitucional, debe haberse cometido un delito sancionado por ley anterior. Aquí se alude no solo al principio de reserva de ley que referido al derecho penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas (sentencia 1876-1990 de las 16:00 horas del 19 de diciembre de 1990), sino también al hecho de que la pena es siempre resultado de la comisión de un delito, sancionado así por la ley, lo que revela esa especial configuración de la norma penal que se articula como relación, planteada en términos de proposición hipotética, entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. De la disposición constitucional también se desprende algo que la Sala advirtió desde hace bastante tiempo cuando indicó que el principio de legalidad penal forma parte de la garantía del debido proceso (sentencia 1739-1992 de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992). Aunque en realidad la relación entre ambos principios viene dada por el hecho de que la garantía en que consiste el principio de legalidad se completa con la exigencia, presente en la citada norma constitucional, de que la responsabilidad penal sólo se puede acreditar en sentencia firme, al cabo de un proceso tramitado con todas las garantías para las partes. De las ideas expuestas resulta, a modo de común denominador, que la regla que impone el principio de legalidad penal tiene como fines principales la clarificación, precisión y previsibilidad de las conductas consideradas delito y de las consecuencias que estas tienen atribuidas. En ese, sentido la Sala ha afirmado que el principio de legalidad penal tutela el valor certeza del derecho penal (sentencia 7036-1996 de las 9:39 horas del 24 de diciembre de 1996). En atención a todo lo expuesto, resulta evidente que el principio de legalidad penal tiene repercusiones materiales de la mayor importancia que se traducen en exigencias concretas de técnica legislativa en materia de estructura de los tipos penales. Dichas exigencias se refieren a la necesaria claridad y precisión de la norma penal que permita la previsibilidad (sentencia 1876-1990 de las 16:00 horas del 19 de diciembre de 1990). Estas exigencias obedecen a la idea de que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales se traslada al juez la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, pues será el criterio del juez el que dará los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito (sentencia 1877-90 de las 16:02 del 19 de diciembre de 1990). El valor que tienen la claridad y precisión de las normas penales ha sido puesto de manifiesto por la Sala, singularmente, en su jurisprudencia relacionada con el principio de tipicidad penal. Al respecto, dadas las mencionadas exigencias que a nivel material impone el principio de legalidad penal existe una necesaria relación entre éste y el principio tipicidad penal. En cuanto a la relación entre ambos principios y a las exigencias que a nivel constitucional impone el principio de tipicidad, la Sala ha indicado:

“El principio de legalidad es un componente fundamental del debido proceso. En sentido amplio, tanto en su dimensión política como técnica se constituye en una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Se expresa en cuatro principios básicos: no hay delito sin una ley previa -legalidad criminal- no hay pena sin ley -legalidad penal- la pena debe ser impuesta en virtud de un juicio justo y de acuerdo a lo dispuesto en la ley -legalidad procesal- y la ejecución de la pena debe ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos -legalidad de ejecución-. De manera que para que una conducta constituya delito necesariamente debe estar prevista en una ley previa en donde se establezca en forma clara y precisa la conducta a sancionar. (Sentencia 01738-99 de las dieciséis horas doce minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve)

V.- Estructuración de los tipos penales.

Ya concretamente, en cuanto a la debida estructuración de los tipos penales, esta Sala resolvió en la sentencia 00102-98 de las diez horas tres minutos del nueve de enero de mil novecientos noventa y ocho, lo siguiente:

“...cabe mencionar que todos los actos gravosos para los ciudadanos, provenientes de autoridades públicas, deben estar acordados en una ley formal. Dicho principio adquiere marcada importancia en materia penal, pues tratándose de delitos y penas, la ley es la única fuente creadora. En esta materia es de común aceptación el contenido del aforismo latino "nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege". Ya esta Sala en sus sentencias 1876 y 1877 ambas del año noventa, se refirió con amplitud a este tema al indicar: “Al hacer referencia el constituyente en el citado artículo 39 al término "delito", se está refiriendo a una acción típica, antijurídica y culpable, a la que se le ha señalado como consecuencia una pena. De esos predicados de la acción para que sea constitutiva de delito, interesa ahora la tipicidad y su función de garantía ciudadana. Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica -contraria a derecho-, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, "será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres", ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido, así, por ejemplo, el homicidio simple se encuentra cabalmente descrito en el artículo 111 del Código Penal: "Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de ocho a quince años". La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. Ya en sentencia número 1876-90 de las dieciséis horas de hoy, esta Sala indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal. III.- Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal.” De lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, que como ya se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador. La necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, no por ello puede

estimarse que la descripción presente problemas constitucionales en relación con la tipicidad, el establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad, debe hacerse en cada caso particular. III.- Problemas de técnica legislativa hacen que en algunas oportunidades el legislador se vea obligado además de utilizar términos no del todo precisos (tranquilidad pública en el artículo 271 del Código Penal), o con gran capacidad de absorción (artificios o engaños en el artículo 216 del Código Penal), a relacionar la norma con otras, tema este que ya fue tratado por la Sala en el voto 1876-90 antes citado. Ambas prácticas pueden conllevar oscuridad a la norma y dificultar su comprensión, causando en algunos casos roces con las exigencias que conlleva la tipicidad como garantía.” (sentencia 10140-2001 de las 14:31 horas del 10 de octubre de 2001).

De la sentencia transcrita se extraen algunas ideas que constituyen el fundamento teórico sobre el que se analizará el artículo 3 del proyecto. En ese sentido, la Sala destaca que la garantía de la tipicidad penal impone exigencias constitucionales a la técnica legislativa en materia de construcción de normas penales. Dentro de esas exigencias resulta fundamental que se dé una plena descripción de la conducta que se considera constitutiva de delito, con el objeto de que la definición de sus verdaderos contornos no se traslade al juez que en cada caso requiera aplicar la norma. Para que no se produzca esa traslación al juez, infractora del principio de tipicidad y del principio de legalidad penal, es necesario que las conductas típicas y las penas se describan, en la norma penal, con la mayor claridad posible para que su contenido y límites puedan deducirse del texto de la norma, lo más exactamente posible. De ahí que como demuestra la jurisprudencia antes citada, la Sala, por regla de principio, rechace el uso de términos muy amplios, ambiguos o generales en la descripción de las normas penales por considerarla una técnica defectuosa que en muchos casos configura un vicio invalidante de naturaleza constitucional, por infracción del principio de tipicidad penal, fundamentalmente, cuando la norma se presenta como oscura y de difícil comprensión. Ahora bien, en cuanto al artículo 3 del proyecto, de la simple lectura de su contenido se desprende claramente que pertenece a las denominadas normas de la Parte General, es decir, disposiciones que sin dejar de ser consideradas normas penales, lo cierto es que no se estructuran como tipos penales, con presupuesto de hecho y sanción. Estas normas tienen como fin complementar, limitar o aclarar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica previstos en normas distintas. Dentro de esos fines interesa fundamentalmente el de limitación de las circunstancias, sobre todo de modo, en que debe producirse necesariamente la conducta tipificada en otras normas para resultar punible con base en el proyecto. Un rasgo muy importante de toda norma de la Parte General es el hecho de que cobra sentido únicamente en relación con las figuras delictivas particulares. En este particular caso, el artículo 3 del proyecto lo que pretende es la delimitación de las circunstancias de modo en que debe producirse la conducta típica, a saber, en el marco de una relación de poder o confianza entre infractor y víctima. En este punto, cabe aclarar que con fundamento en lo expuesto en relación con la especialidad y especificidad del proyecto que ahora se consulta, no toda relación de poder o confianza es útil para que en su marco se produzcan las conductas delictivas que concretamente pretende reprimir y sancionar este proyecto. Es decir, hay que remitirse a lo que disponen los artículos 1 y 2 del proyecto que establecen como rasgo determinante para la aplicación de las normas penales ahí establecidas, la existencia de una situación de discriminación en que la mujer mayor de edad se encuentre por razones de género, rasgo que como se ha reiterado define la especialidad y especificidad de esta ley penal. Esta especialidad y especificidad hace comprensible la necesidad que ha tenido el legislador de procurar delimitar que lo que se debe entender por relación de poder o confianza dentro de la situación estructural de discriminación que vive la mujer sometida a violencia. Es decir, en este caso en concreto por las características tan particulares que tiene el proyecto que se consulta

(especialidad-especificidad), el legislador se encuentra en la imperiosa necesidad de lograr una delimitación, para efectos de aplicación de los tipos penales ahí contemplados, de lo que normativamente debe entenderse por relación de poder o confianza en el contexto de una situación de discriminación en perjuicio de la mujer por razones de género. También por las características propias de este proyecto, la delimitación que se proponga en la norma de la Parte General, de lo que debe entenderse por relaciones de poder o confianza en un contexto de discriminación en perjuicio de la mujer por razón de género, no es un simple complemento de los tipos penales de lo que podría denominarse la Parte Especial de la ley, sino una determinación insoslayable de las específicas condiciones de modo en que deben producirse las conductas ahí tipificadas. De ahí que no sólo la norma general adquiera sentido únicamente en relación con los tipos penales específicos, sino que estos últimos reciben su razón de ser, de existir, de esa específica norma general. Una tercera exigencia creada por las características especiales de este proyecto es el especial esfuerzo que debe invertir el legislador en tratar de precisar y clarificar acabadamente lo que se va a entender por dichas relaciones porque, como se indicó, estas delimitan las particulares y únicas circunstancias de hecho en que pueden producirse las conductas típicas contempladas en el proyecto. Bajo estas condiciones, se observa que el artículo 3 del proyecto, por una parte, utiliza términos dotados de un muy importante grado de ambigüedad que permiten, de acuerdo con quien los valore o considere, interpretaciones no unívocas como las requiere la norma penal y, por otra parte, la cantidad de términos de esa naturaleza que emplea, hacen que se presente una situación de imprecisión tan grave que provoca el vicio invalidante por infracción del principio de tipicidad penal. La Sala observa concretamente problemas en relación con los términos como asimetría, dominio, control, lealtad, honestidad, credibilidad, seguridad, vínculos afectivos, autoridad moral, recursos sociales que no, para los efectos concretos de aplicación de las normas penales de este proyecto, pueden ser aprehendidos por medio del “común saber empírico y lógico de los hombres”, o fácilmente conceptualizados a través de normas de uso común, situación que traslada al juez esta básica y esencial definición de la situación de hecho en que necesariamente se debe producir la conducta típica para que quepa aplicar esta ley penal especial y no el régimen general del Código Penal. Esto se ve confirmado con la expresa traslación que el mismo artículo, en su frase final, se hace al criterio del juez, para que, en cada caso, defina la permanencia e intensidad de la relación de poder o confianza. Lo que la Sala observa en este caso es que dadas las condiciones descritas, singularmente, el uso abundante de términos que tienen conceptos tan amplios, no solo la permanencia o intensidad de la relación de poder o confianza se ha trasladado al juez, sino los propios contornos o alcances de esas relaciones en la situación de discriminación por razón de género en perjuicio de la mujer. Ahora bien, dada la especial relación existente entre el artículo 3 y las restantes normas del proyecto, particularmente, las que se estructuran como tipos penales en su Parte Especial, y en cuyo texto se hace expresa remisión a esa norma general, la inconstitucionalidad constatada en dicho artículo, por infracción del principio de tipicidad penal, afecta de tal forma a los tipos penales de la ley que provoca también su inconstitucionalidad, por no estar debidamente delimitadas las relaciones de poder o confianza en el marco de una situación de discriminación en perjuicio de la mujer mayor de edad, mismas que son la expresión concreta del carácter especial y específico de este proyecto. De ahí que, atendiendo a las razones arriba expuesta, sean inconstitucionales también los artículos 22, 23, 24, 26, 27, 28, 30, 32, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 (que corresponde a los artículos 23, 24, 25, 28, 29, 30, 32, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 43 del documento que acompaña la consulta). Especial mención, requiere el artículo 9 que a pesar de no contener la referencia expresa a la relación de poder o confianza, establece una serie de circunstancias agravantes generales del delito. Al respecto, se observa que debido a que se está ante la regulación de supuestos de hecho que califican las conductas punibles reguladas en la Parte Especial del proyecto

y dichas conductas punibles no pueden concebirse fuera del marco que constituyen las relaciones de poder o confianza que otorgan especialidad y especificidad a estos tipos penales, mismas cuya necesaria delimitación no se logró en el proyecto por falta de una adecuada técnica legislativa infractora del principio de tipicidad, procede también declarar inconstitucional el artículo 9 del proyecto por infracción al principio de tipicidad penal.

En cuanto al artículo 21 del proyecto (22 del documento que acompaña la consulta):

Dicho artículo dispone:

“Artículo 21.- Responsabilidades institucionales en la ejecución de las penas alterantivas.

La Caja Costarricense de Seguro Social y el Ministerio de Justicia y Gracia coadyuvarán en la formulación y operacionalización de un sistema de ejecución de las penas alternativas contempladas en esta ley. Estas instituciones destinarán recursos humanos y presupuesto suficiente para tal fin.”

Los diputados consultantes cuestionan la constitucionalidad de dicha norma en virtud de que apareja una violación al principio de autonomía administrativa de la Caja, porque de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución Política, esta Institución tiene encomendadas competencias específicas que no pueden ser modificadas por el legislador ordinario, ni sus recursos destinados para otros fines. El artículo 10 del Proyecto es el que prevé el sistema de penas alternativas, las cuales consisten en: a) Detención de fin de semana; b) prestación de servicios de utilidad pública; c) cumplimiento de instrucciones y d) extrañamiento. La pena de detención de fin de semana consiste en una limitación de la libertad ambulatoria, que se cumplirá en un centro penitenciario o en un centro de rehabilitación, en períodos correspondientes a los fines de semana (artículo 13); la de prestación de servicios de utilidad pública lo que prevé es que la persona condenada preste servicio en los lugares y horarios que el juez determine a favor de establecimientos de bien público, utilidad comunitaria u organizaciones sociales (artículo 14); el cumplimiento de instrucciones consistirá en el sometimiento a un plan de conducta en libertad que es acordado por el juez y que puede tratarse de someter a la persona a un programa de tratamiento de adicciones, a un programa de control de conductas violentas, prohibición de residencia en un lugar determinado, limitación de uso de armas (artículo 17) y la sanción de extrañamiento, que tiene que ver con la obligación de abandonar el país, cuando se trate de un condenado extranjero (artículo 20). Constatándose lo anterior, considera esta Sala que efectivamente dicha propuesta resulta inconstitucional por violentar el contenido de lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución, que señala en su párrafo segundo: *“La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.”* Se pretende obligar a la Caja Costarricense de Seguro Social a destinar recursos humanos y presupuesto para cumplir con una finalidad totalmente distinta a su cometido, a saber, la formulación y operacionalización de un sistema de ejecución de penas alternativas, competencia que desnaturaliza los fines constitucionalmente previstos a dicha Institución, sin que medie ninguna reforma constitucional. Mediante sentencia número 06256-1994 de las 9:00 horas del 25 de octubre de 1994, este Tribunal desarrolló el tema de la autonomía constitucional de la Caja Costarricense Costarricense de Seguro Social con argumentos que se retoman al resolver esta consulta. En lo que interesa, se adujo:

"II).- LA GENESIS DE LA INSTITUCION JURIDICA DE LA DESCENTRALIZACION.- El tema de la consulta, así planteado, nos conduce a analizar, necesariamente y en lo que corresponde, la descentralización en la Constitución Política. Existe descentralización, cuando la propia Constitución Política o la ley, atribuyen una competencia determinada a una persona jurídica que se crea (artículo 189 constitucional). En la Asamblea Nacional Constituyente, sesión No. 166, celebrada a las quince horas del trece de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, la fracción del Partido Social Demócrata, presentó una moción para crear un nuevo Título con el nombre de "Instituciones Autónomas". El Constituyente Facio Brenes se encargó de hacer la presentación de la moción, explicando cómo las Instituciones Autónomas venían funcionando en el país bajo determinado esquema, desde el Decreto Ley No. 16 de nueve de octubre de mil novecientos catorce, con motivo de la fundación del Banco Internacional de Costa Rica; luego, con el Banco Nacional de Seguros en mil novecientos veinticuatro; con el Banco Nacional de Costa Rica en mil novecientos treinta y seis; y finalmente, en mil novecientos cuarenta y dos y mil novecientos cuarenta y tres, al establecerse la Caja Costarricense de Seguro Social. Entre otras cosas dijo el ilustre constituyente : "...Las características de todos estos nuevos organismos han sido : personalidad jurídica propia; dirección pluripersonal; presupuesto propio; poderes reglamentarios y disciplinarios; fines limitados; aptitud para autodeterminar su política."- Y más adelante citó al Doctor Jiménez de Aréchaga, fuente doctrinaria de la propuesta, para decir que : "No habría autonomías si los actos de los Entes Autónomos pudieran ser reformados por alguien, por cualquier autoridad pública, simplemente por razón de mérito. Es de la esencia de nuestro régimen autonómico que el mérito, la conveniencia, la oportunidad de las decisiones, solamente puede ser apreciada por los gestores del servicio". Esa es también, concluyó el Licenciado Facio, según se desprende de las leyes y de la experiencia vivida, la esencia del régimen autonómico costarricense, y no debe haber entonces reparos para consagrarlo así en la Constitución". La iniciativa, como se sabe, fue aprobada y así también el Título correspondiente de la Constitución Política con los artículos 188, 189 y 190.

III.- LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL.- La Asamblea Nacional Constituyente, como consta en las Actas Nos. 125 y 126, aprobó la inclusión de la Caja Costarricense de Seguro Social, siguiendo, básicamente, el texto original de la Constitución de 1871; esto es, se trasplantó la institución de la Constitución de 1871, según las modificaciones de 1943 a la Constitución de 1949. Sin embargo, a los efectos de la consulta, resultan sugestivas las participaciones del Constituyente Volio Jiménez sobre el tema. De la página 34 del Tomo III de la Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, se transcribe lo siguiente : "Además, la Caja, tarde o temprano, tendría que asumir el riesgo de desocupación, que vendrá a resolver el grave problema planteado por la cesantía. Insistió en que no le parecía adecuado debilitar la Caja. Lo prudente es fortalecerla. De ahí que lo más aconsejable es dejar las cosas como están, dándole a la Caja plena autonomía para independizarla así del Poder Ejecutivo"; y en la página 36 idem se agrega : "En ese sentido, lo más adecuado es mantener la redacción del artículo 63, que es buena por lo menos para el tiempo de ensayo. Todo lo que signifique limitar los recursos del Seguro Social, indudablemente será un retroceso inexplicable". Al ser aprobado el artículo, se incluyó un segundo párrafo que literalmente decía : "La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma", texto que luego fue reformado por Ley No. 2737 de 12 de mayo de 1961, quedando hoy día de la siguiente manera : "La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social". En conclusión, el constituyente atribuyó la administración y gobierno de los seguros sociales a la Caja Costarricense de Seguro Social, como institución autónoma creada por la misma Constitución Política, con las especiales características que ella misma le

ha otorgado y compartiendo los principios generales derivados de su condición de ente descentralizado.”

En consecuencia, no resulta congruente al Derecho de la Constitución asignarle a la Caja fines que contrarían su naturaleza, en este caso la formulación y operacionalización de un sistema de ejecución de penas alternativas.

En cuanto al artículo 31 del Proyecto (33 del documento que acompaña la consulta).

Su texto dice:

“Artículo 31.- Conductas sexuales abusivas.

Se le impondrá sanción de pena de prisión a quien obligue a una mujer con la cual mantenga una relación de poder o confianza, a soportar durante la relación sexual actos que le causen dolor o humillación, a realizar o ver actos de exhibicionismo, a ver o escuchar material pornográfico o ver o escuchar actos con contenido sexual.”

Los legisladores refieren que la conducta descrita en esta norma ya está contenida en el artículo 162 del Código Penal, que esa previsión otorga una mayor protección a la víctima, porque no se requiere demostrar la existencia de una relación de poder o de confianza ni se limita a determinado género y en todo caso, si se quiere demostrar que ha mediado una relación de confianza, la figura prevista en el Código Penal, establece una pena más alta que la que pretende el Proyecto. Al analizar el tipo penal consultado se observa cómo el mismo contiene un problema básico en su estructura que por su evidencia hace que este Tribunal ni siquiera entre a analizar los aspectos cuestionados. Dicho vicio radica en que al indicarse en la norma que se impondrá “pena de prisión”, en ningún momento se señala el monto de la pena, lo cual hace que se infrinja abiertamente el principio de tipicidad penal que a su vez forma parte del principio genérico de legalidad criminal. Y es que el legislador debe establecer no sólo la conducta en forma clara y determinada, sino también la sanción o consecuencia punitiva de dicha conducta, otorgándole al juez o aplicador de la norma la posibilidad de individualizar la pena al infractor, pero dentro de un mínimo y un máximo preestablecido. En un caso similar, esta Sala señaló:

“Una vez examinado el principio constitucional de tipicidad, procede ahora revisar si la norma consultada violenta ese principio y por ende el artículo 39 constitucional. El texto de la norma establece como sanción al delito de abusos sexuales contra personas mayores de edad una pena de dos a cuatro años y para la circunstancia de agravación de tres a seis años. El tipo penal no establece que tipo de pena se debe imponer, lo que provoca que no cumpla con los requisitos mencionados en el considerando precedente. Esta ausencia lesiona el artículo 39 de la Constitución Política, al no determinar en forma clara y precisa el tipo de sanción prevista para la conducta reprochable. El destinatario queda en una situación de que no puede reconocer la consecuencia de su acción y se deja al arbitrio del juzgador la interpretación del tipo de sanción aplicable al caso, siendo éste quien realiza la labor legislativa. Es importante señalar, de los argumentos de la Procuraduría General de la República en su informe a esta Sala, que en el expediente legislativo en que se consignó el procedimiento para reformar la ley que contiene el artículo consultado, se constató que la omisión contenida en el texto surgió desde el momento en que se hizo la propuesta de adición al numeral de cita y se mantuvo hasta la publicación en el diario oficial La Gaceta, lo que demuestra que la voluntad del legislador fue ésta y no un error en la fase de publicación. Por último, el Tribunal consultante refiere la posibilidad de integrar la norma con el artículo 161 precedente, que sí establece pena

de prisión, en el sentido de que si está en términos de prisión tiene que aplicarse para el artículo consultado en forma similar. Sin embargo, la jurisprudencia de esa Sala ha señalado que no resulta constitucionalmente posible integrar un tipo penal mediante interpretación sistemática, pues de lo contrario se lesiona el principio de tipicidad criminal consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política (véase en ese sentido la sentencia número 6408-96 de las quince horas tres minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis). En suma, el principio de tipicidad exige que la pena prevista en los tipos penales se encuentre establecida en forma clara y precisa, para que los destinatarios tengan conocimiento cuál es la sanción aplicable a la conducta aplicable al caso concreto. La omisión del legislador de indicar el tipo de sanción implica una transgresión a los principios constitucionales citados y propiamente al numeral 39 de la Constitución Política.”(Sentencia 06304-2000 de las 15:56 horas del 19 de julio del 2000).

En consecuencia, en virtud de los razonamientos expuestos, se declara la inconstitucionalidad de la norma consultada por violentar el principio de tipicidad penal.

En cuanto al artículo 5 del proyecto.

Este precepto indica:

“ Artículo 5.- Delitos de acción pública:

Todos los delitos contemplados en esta ley serán de acción pública.”

A juicio de los legisladores consultantes, el contenido de este artículo crea una duplicación normativa porque el Código Procesal Penal ya establece en su articulado lo concerniente a la clasificación entre delitos de acción pública, acción pública perseguibles a instancia privada y de instancia privada. Considera este Tribunal que el hecho de que por una ley especial se pretenda regular de modo distinto lo que tiene que ver con el resorte de la acción penal, no tiene ningún problema de constitucionalidad. Tiene que ver con una decisión eminentemente legislativa en cuanto a si determinadas acciones humanas tipificadas como delitos requieren de la voluntad de la víctima o no para ser perseguibles por el Estado. Ya este Tribunal, en un caso donde se cuestionaba precisamente el tratamiento dado por el legislador a diversas conductas, enmarcándolas como de acción pública o no, estableció que:

“La decisión de cuáles delitos son objeto de acción pública y cuáles de acción privada es de competencia exclusiva del legislador quien dentro del marco del diseño de la política criminal crea y define las conductas delictivas con sus correlativas consecuencias jurídicas así como las normas procesales.” (Sentencia 1999-00993 de las dieciséis horas veintiún minutos del cinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve).

Conforme se indicó, no es inconstitucional que el legislador opte por otorgar un trato distinto a determinadas formas delictivas, tomando en cuenta las circunstancias y naturaleza también distintas y especiales que se pretenden regular; en este caso particular, para abordar el problema de la violencia contra la mujer, fenómeno ante el cual, se consideró necesario privilegiar el principio de oficialidad y legalidad en el ejercicio de la acción penal.

En cuanto al artículo 7 del proyecto.

Se consulta acerca de la constitucionalidad del artículo 7 del Proyecto, el cual señala que:

“Artículo 7.- Garantía de cumplimiento de un deber

No incurrirá en delitos la persona que, en el ejercicio de una función pública, plantee la denuncia formal de alguno de los delitos de acción pública contenidos en esta ley, aún si el denunciado no resulta condenado, excepto cuando se configuren los delitos de calumnia y denuncia calumniosa.”

Señalan los diputados consultantes que se produce una violación del derecho general a la justicia y consecuente principio de responsabilidad reconocido en el artículo 41 de la Constitución Política, por la imposibilidad legal de poder exigir responsabilidad a los funcionarios por los daños y perjuicios ocasionados en virtud de denuncias que puedan resultar infundadas o calumniosas. Considera este Tribunal que no llevan razón los consultantes. El artículo 41 de la Constitución Política lo que garantiza es el acceso a la justicia, al establecer que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Sin embargo, de esta obligación del Estado, no deriva la necesidad de que en todos los supuestos se otorgue una tutela en el ámbito del derecho penal; esto tiene que ver con una decisión eminentemente de política criminal que determine cuáles bienes jurídicos han de ser objeto de una protección de esa naturaleza o cuáles deben reservarse a otros ámbitos. Si en un caso determinado no existe una tutela de índole penal, pues siempre queda la opción de obtener una reparación en la esfera del derecho civil o administrativo, según corresponda, lo cual es consecuente con el contenido del artículo 41 constitucional. Por otra parte, debe aclararse que el proceso penal no está diseñado para obtener una indemnización por daños y perjuicios, sino para ejercer la acción punitiva del Estado: para plantear una pretensión de esa naturaleza dentro del mismo proceso penal, debe necesariamente interponerse una acción civil resarcitoria. Ahora bien, de la redacción de la norma se observa cómo en realidad la responsabilidad penal de quien plantea una denuncia formal calumniosa subsiste al indicarse *“excepto cuando se configuren los delitos de calumnia y denuncia calumniosa”*. Estos tipos penales se encuentran establecidos en los artículos 147 y 319 del Código Penal, que por su orden señalan:

“Artículo 147.- Calumnia. Será sancionado con cincuenta a ciento cincuenta días multa el que atribuya falsamente a una persona la comisión de un hecho delictivo.”

“Artículo 319.- Denuncias y querrela calumniosa y calumnia real. Será reprimido con prisión de uno a seis años el que denunciare o acusare ante la autoridad como autor o partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente o simularse contra ella la existencia de pruebas materiales. La pena será de tres a ocho años de prisión si resultare la condena de la persona inocente.”

El funcionario público que considera que existe un hecho punible que debe denunciar, obviamente, si no incurre en ninguno de los presupuestos previstos en estas normas - que podrían resumirse, en la atribución de hechos falsos a una persona con conocimiento y voluntad de ello- lo que hace es más bien cumplir con su deber de observancia de las leyes de la República, resultando irrelevante para esos efectos que posteriormente resulte el dictado de una sentencia absolutoria. Así las cosas, se infiere entonces que la norma no ocasionaría ninguna desprotección para quienes resulten afectados por denuncias falsas, y en ese sentido, la objeción planteada no es de recibo.

En cuanto al artículo 33 del proyecto (35 del documento que acompaña la consulta).

Dicho precepto dispone:

“Artículo 33.- Formas agravadas de violencia sexual.

La pena por los delitos referidos en los tres artículos anteriores, (violación, conductas sexuales abusivas y explotación sexual de la mujer) se incrementará en un tercio, si de la comisión del hecho resulta alguna de las siguientes consecuencias:

- a) Embarazo de la ofendida.
- b) Contagio de una enfermedad de transmisión sexual a la ofendida.
- c) Daño psicológico permanente.”

Las objeciones que hacen los legisladores a esa propuesta son dos: 1) que se da una antinomia en cuanto a la pena con las agravantes genéricas del artículo 9 del Proyecto y 2) que se da una desproporcionalidad de la pena. En cuanto al primer aspecto, debe decirse que no existe entre el artículo 9 que establece agravantes genéricas para todos los tipos penales, y el artículo 33 que se refiere específicamente a determinados tipos penales (referidos a la vulneración de la libertad e integridad sexual) una contradicción o antinomia. En el hipotético caso de que concurren dos circunstancias de agravación –por ejemplo: que el delito se realice en perjuicio de una mujer con discapacidad sensorial y que como producto de ello ésta contraiga una enfermedad de transmisión sexual- el juzgador deberá tomar en consideración ambas circunstancias para efectos de la fijación de la pena. Lo que el legislador hace es reforzar la punibilidad cuando median circunstancias o consecuencias calificadas en la comisión del hecho punible. En relación con el segundo aspecto, referente a lo que se aduce como “*desproporcionalidad de la pena*”, ya este Tribunal en oportunidades anteriores ha expresado que el tema del quantum de la pena escapa de la competencia que constitucionalmente se le ha atribuido a esta Jurisdicción, siempre y cuando no se contraríen las normas constitucionales o de derecho internacional vigentes. En ese sentido, la única limitación que existe es que no es posible establecer una sanción ad perpetuam. Cuando se resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 51 del Código Penal, en cuanto a la elevación del máximo de la pena de prisión a cincuenta años, se consideró: “*...como lo argumenta el Fiscal General de la República, la determinación de los montos de las penas privativas de libertad constituye un asunto de política criminal, que por la propia definición del sistema político y de organización del Estado costarricense (artículos 1, 2, 9 y 121 de la Constitución Política) corresponde en exclusiva definir a los legisladores. Es en virtud del principio de legalidad en materia penal, definido en los artículos 28 y 39 constitucionales y 11 de la Ley General de Administración Pública, que se reserva a la ley la definición del Derecho Penal, que constituye el marco normativo y procedimental del poder punitivo del Estado, de manera que tratándose de la determinación de los delitos, cuasidelitos y faltas, así como de las sanciones o penas, la ley es la única fuente creadora.*”(Sentencia 10543-2001 de las 14:56 horas del 17 de octubre del 2001).

En este caso, la agravación de la sanción es hasta un tercio de las sanciones previstas en los artículos 30, 31 y 32, razón por la cual, en ningún caso se está ante penas perpetuas y en ese sentido, no existe ningún problema de desproporcionalidad.

En cuanto al artículo 42 del proyecto (44 del documento que acompaña la consulta).

Dice dicha norma:

“Artículo 42.- Obstaculización del acceso a la justicia.

La persona que, en ejercicio de una función pública propicie, por un medio ilícito, la impunidad u obstaculice la investigación policial, judicial o administrativa por acciones de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial, cometidas en perjuicio de una mujer, será sancionada con pena de prisión de tres meses a tres años e inhabilitación por el plazo de un año a cuatro años para el ejercicio de la función pública.”

Lo planteado por los consultantes en relación con esta norma radica en que a su juicio se da una duplicidad en relación con el Código Penal que ya regula en su normativa la conducta denominada “Incumplimiento de Deberes” y además refieren que este último cuerpo de leyes es más proteccionista porque no interesa demostrar si el incumplimiento es a sabiendas de la situación de riesgo de la mujer. En cuanto al tema de la duplicación cabe recordar que existe reserva legal para la creación de delitos, pero no lo que podría llamarse “reserva de Código”. Es decir, no se exige constitucionalmente que todas las normas penales se encuentren contenidas en un mismo cuerpo normativo. De ahí que se acepte, como se ha venido señalando, la existencia de leyes especiales en materia penal, para regular ámbitos específicos de la realidad. De manera que, decidir entre si determinada conducta debe regularse en el contexto del Código Penal o no, corresponde en forma exclusiva al legislador y no a esta Jurisdicción.

10. Delito: Distinción entre los comunes, los especiales y los de propia mano

[Sala Tercera]^x

Voto de mayoría

"VI. ÚNICO MOTIVO DE FONDO: **Errónea aplicación de los artículos 45 y 354, y falta de aplicación del 216, todos del Código Penal.** En el único reparo de fondo se denuncia la violación de las normas sustantivas arriba citadas, ello con base en lo siguiente: **a)** El peculado se considera modernamente no sólo como un delito *especial* (para ser autor se requiere la condición de funcionario público), sino que se le ubica dentro de los denominados “*de propia mano*”, es decir, aquellos en los que el autor debe por sí mismo realizar la acción descrita en el tipo, y en los que no se admite la coautoría. Así las cosas, siendo que quien cambió en el banco los cheques cuestionados fue el coimputado Cabalceta Castillo, los argumentos del tribunal en cuanto a la calificación jurídica son incompatibles con la actuación que se le atribuye a Nelson Rodríguez Gonzalo, esto es, haber firmado dichos títulos a sabiendas de que no correspondían a trabajos realizados en Aviación Civil, lo que podría haberse considerado como una complicidad, pero no como una coautoría: **b)** A éste tampoco se le podría considerar como autor mediato, pues nunca se tuvo por demostrado que Cabalceta Castillo fuese un instrumento impune; **c)** Tampoco podría estimarse que, a la inversa, Cabalceta Castillo fuese el autor y Rodríguez Gonzalo el cómplice, pues el primero no tenía bajo su administración, percepción o custodia, los cheques que endosó y cambió. En realidad, los dineros depositados (ya el depositante perdió la

disponibilidad sobre los mismos, y sólo se convierte en un acreedor) son administrados y custodiados por los funcionarios del banco, por lo que resulta contradictorio e incompatible sostener que, al mismo tiempo, el ente cuentacorrentista (en este caso Aviación Civil) sigue conservando esa responsabilidad; **d)** La mera “*facultad*” de firmar cheques no podría otorgar al funcionario el carácter de administrador o custodio de los dineros depositados en el banco; **e)** Ateniéndonos a los hechos que afirma la acusación, y que se tuvieron por demostrados (según los cuales la firma endosante de los representantes de los talleres fue falsificada), se puede sostener que la calificación correcta sería el delito de estafa, cuyo autor sería el imputado Cabalceta Castillo, y Nelson Rodríguez Gonzalo un cómplice. Por último, el recurrente solicita que durante la audiencia de vista se escuchen las grabaciones del juicio donde consten las declaraciones testimoniales y las conclusiones del Licenciado Jaime Garro Canessa. Los presentes alegatos no son de recibo. El planteamiento del defensor parte de varios postulados que esta Sala no comparte, por considerarlos erróneos, lo que desmerece por completo las conclusiones de fondo que presenta. En este sentido, y contrario al criterio de quien recurre, los suscritos consideramos que el peculado no entra en la clasificación de los “*delitos de propia mano*”; que tal figura sí admite la coautoría; que Cabalceta Castillo no fue el único imputado que ajustó su conducta a la descripción del tipo previsto por el artículo 354 del Código Penal; que la acción desarrollada por Nelson Rodríguez no podría calificarse como una simple “*complicidad*”; que el depositante sigue manteniendo la disponibilidad sobre los dineros depositados en el banco; que, por esto, el cuentacorrentista (quien tiene la “*potestad*” de firmar los cheques) sigue manteniendo la administración y custodia de esos dineros; y, por último, que en la especie no nos encontramos ante un delito de estafa sino frente a un peculado. En primer término, la tan discutida clasificación de los delitos de propia mano es aceptada mayoritariamente por la doctrina sólo para aquellas figuras que revistan ciertas características especiales que no se encuentran presentes en el delito de peculado que nos ocupa, esto es, que de acuerdo a la descripción típica se trate de comportamientos en los cuales exista una única y predefinida forma de comisión, la que por lo general deberá consistir en el despliegue de una actividad física o corporal del sujeto, o requerirá una intervención personal y directa del sujeto. En tal sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha dicho: “... IX El segundo grupo de delitos en los que los criterios del dominio del hecho resultan insuficientes o su aplicación da lugar a efectos que vulneran el principio de legalidad criminal, según la doctrina mayoritaria, está constituido por los delitos especiales, los de omisión (*propia e impropia*) y los delitos de propia mano. También se incluyen los tipos que requieren especiales elementos subjetivos de lo injusto o de la autoría (v. gr.: los delitos intencionados). En los supuestos referidos, la sola circunstancia de que uno de los sujetos que intervienen posea la capacidad de decidir “el si y el cómo”, el “curso de la acción” o las demás nociones que normalmente se utilizan para describir el dominio del hecho, es insuficiente para que pueda considerárselo autor, pues la estructura propia de los tipos penales respectivos demanda la concurrencia de ciertos rasgos, elementos o caracteres específicos que definen y restringen la autoría, complementando el simple señalamiento de este concepto contenido en la parte general ... En los delitos especiales propios la autoría se define por una cualidad específica exigida por el tipo penal al agente, en virtud de la cual le incumbe una obligación que lesiona cuando realiza el delito. Esa cualidad especial (v. gr.: funcionario público, médico, deudor, juez, testigo, perito, intérprete, etc.) es una

circunstancia constitutiva del tipo –a diferencia de lo que ocurre en los delitos especiales impropios, donde resulta una causa de agravación que demanda, entonces, el examen de cada tipo específico para determinar quién puede ser su autor. En otros términos, según la doctrina mayoritaria, solo puede ser autor quien reúna la cualidad exigida y no otro que no la posea, aun cuando detente el dominio del hecho. Corresponden a estos supuestos los casos típicos que **ROXIN** engloba en la categoría de delitos de infracción de deber (*Op. cit.*, p. 417) y, en resumen, puede decirse que el criterio para definir al autor deriva de la específica obligación que le compete al agente en virtud de la cualidad típicamente considerada y no del eventual dominio del hecho que otro (*extraneus*) pueda tener, aunque por supuesto este último pueda ser cómplice o instigador. Carece de interés abordar aquí el problema de la comunicabilidad de las circunstancias que tanto *quehacer* ha dado a la doctrina y a la jurisprudencia; baste decir que incluso los propugnadores de la teoría del dominio del hecho reconocen que esta enfrenta ciertas limitaciones en virtud de las cuales no resulta aplicable en determinadas categorías de delitos, o bien el criterio es en tales casos insuficiente pues, además de él, se requiere la concurrencia de otros rasgos, caracteres o cualidades para lograr definir la autoría. X El primer tratadista en esbozar el concepto de “delitos de propia mano”, bajo esa nomenclatura, fue **BINDING**, quien se limitó a sostener que ciertos tipos penales solo pueden ser realizados a través de un comportamiento personal o movimiento corporal del autor, incluyendo en esa categoría, entre otros, al prevaricato, la desertión, el adulterio, el incesto y “las demás acciones deshonestas”, pero negándose a señalar un común denominador por estimar que se hacía necesaria una más profunda investigación (cfr. **ROXIN**, *Op. cit.*, p. 435, quien hace ver, no obstante, que la problemática de estos delitos se remonta a los juristas medievales italianos). En la actualidad, la doctrina es unánime en considerar que el criterio del dominio del hecho es insuficiente para determinar la autoría en los delitos de propia mano, así como en reconocer que esta categoría en realidad existe (ver: **CASTILLO**, *Op. cit.*, La autoría..., p. 147; **ROXIN**, *Op. cit.*, p. 433). El problema radica, sin embargo, en que no se ha logrado aún formular un concepto claro de lo que constituye un “delito de propia mano” que comprenda las particularidades de cada uno de los tipos que normalmente se encasillan en esa clasificación, ni existe tampoco unanimidad en torno a cuáles delitos concretos ameritan ese calificativo. **ROXIN**, al actualizar en 1994 su obra que aquí se ha venido citando, afirma que los delitos de propia mano siguen siendo “los hijastros” de la teoría de la participación (*Op. cit.*, p. 711) y es que, en efecto, el estudio de esta temática se encuentra en franco descuido y la mayoría de los juristas se limitan a dar por sentada la existencia de la categoría, cediendo tal vez ante lo difícil y escabroso del problema. ... Tradicionalmente se suele clasificar los delitos siguiendo diversos criterios. Así, por un lado y en atención al ámbito potencial de autores, se distingue entre delitos comunes, especiales y de propia mano. En los comunes el legislador no identifica al autor mediante ninguna característica específica, sino que recurre al anónimo “el que...”, dando a entender que cualquier persona puede ser autora. En los delitos especiales propios el tipo restringe el ámbito posible de la autoría, de manera que ya no cualquiera podrá ser considerado autor, sino solo ciertos sujetos que reúnen algunas características especiales (v. gr.: testigo, perito, médico, deudor, etc.), mientras que en los especiales impropios cualquier individuo puede ser autor, pero si ostenta además una condición especial expresamente prevista, la pena se agravará. Los delitos de propia mano, por su parte, como ya se ha examinado, se diferencian de los comunes en virtud de que el

ámbito potencial de autores se limita a aquellos que realicen la **acción corporal descrita en el tipo o deban intervenir en forma personal**, aunque no se requiera un acto meramente corporal. Asimismo, se distinguen de los especiales por cuanto en estos últimos, por lo general, al autor ciertamente le incumbe un deber jurídico que vulnera al ejecutar el hecho, aunque puede ocurrir que un delito especial propio sea, además, de propia mano (v. gr.: el prevaricato) ...”, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 142700, de las 10:00 hrs. del 15 de diciembre del 2000. Conforme se colige de lo transcrito, lo que puede ampliarse de la lectura integral y comprensiva del pronunciamiento, si bien es posible que un *delito especial propio* al mismo tiempo también sea de propia mano (dentro de esta doble condición la doctrina ubica sólo al prevaricato), no deben confundirse ambas categorías, es decir, no podría afirmarse sin más que todo delito especial propio, por esa sola circunstancia, también debe ser definido como de propia mano, pues, repetimos, dentro de este último grupo sólo entrarían aquellas conductas que, conforme a la estructura de la norma penal, requiera una actividad corporal determinada del sujeto o, al menos, una intervención personal suya. Estas últimas exigencias no se encuentran presentes en el delito de peculado que nos ocupa, pues los verbos definitorios de la acción punible (sustraer o distraer) no aluden a una única y concreta forma de comisión, no apelan a una actividad corporal específica, ni tampoco aluden a una intervención personal necesaria. Debido a ello, si bien nos encontramos en presencia de un delito especial propio, donde para ostentar el grado de autor se requieren dos elementos: i) ciertas calidades personales constitutivas de la infracción (no sólo la condición de funcionario público sino, además, que el mismo tenga la administración, custodia o percepción de los bienes o fondos públicos sobre los cuales recae la acción); y ii) de acuerdo a la teoría material objetiva, dominio funcional del hecho (pues en este tipo de delitos no se descarta que un intraneus pueda intervenir a título de partícipe), ello de ningún modo significa que se trate de un delito de propia mano, pues al no describir el tipo penal una forma de comisión específica, ni requerir una actividad corporal determinada por parte del sujeto, la sustracción o distracción podrían llevarse a cabo de muchas maneras diversas. Siendo ello así, es claro que en el caso que nos ocupa la acción de Nelson Rodríguez fue correctamente calificada como una coautoría en el delito de peculado, pues el mismo fue cometido a partir de una serie de conductas complejas, llevadas a cabo por varios sujetos, donde cada uno cumplió un determinado rol e hizo un aporte, siendo que todos actuaron con el fin común de sustraer los fondos públicos cuya administración y custodia le estaba encomendada claramente a los coimputados Rodríguez y Olmazo Serrano (e incluso, en criterio de esta Sala, al mismo Arguedas Medina, no obstante lo cual fue condenado como simple cómplice). Tal planteamiento resulta coherente con los principios que sobre el tema se esbozaron en el pronunciamiento de esta Sala que se citó, pues la figura del peculado (que no reviste las características de un delito de propia mano), admite la coautoría, siempre y cuando cada uno de los sujetos que conforme a la teoría material objetiva del dominio del hecho actúen a tal título, posean además las calidades personales constitutivas de la infracción. En otro orden de ideas, esta Sala cree advertir que en la base del planteamiento del aquí recurrente se asoma la teoría formal objetiva, desarrollada en doctrina a efecto de establecer cuándo se está frente a una autoría y cuándo frente a una participación. De acuerdo con la misma, sólo podría ser autor quien adecue su comportamiento al núcleo central de la acción descrita en el tipo. En este sentido, se indica que “... *La teoría formal objetiva afirma que es autor quien realiza un acto de*

ejecución, mientras que es cómplice (o instigador) quien realiza un acto preparatorio ...”, Castillo González (Francisco); “LA AUTORÍA MEDIATA”, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José. 1ª edición, 1987, página 30. Como vemos, esta teoría, seguida entre otros por el alemán HEGLER, parte de la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, lo que lleva GARRAUD a sostener, conforme al sistema francés, que “... *Resulta, en efecto, del artículo 60, que nuestro Código separa a los partícipes en el crimen o delito, solamente en dos clases: los autores y los cómplices. Considera como autor del delito a quien ha ejecutado físicamente, materialmente, los actos que lo constituyen ...*”, ibidem. Así las cosas, según esta posición doctrinaria, ya superada incluso por la teoría material objetiva del dominio funcional del hecho, sería autor sólo aquel sujeto cuya conducta se ajuste objetivamente a la que describe el tipo penal, siendo que en el caso que nos ocupa el alegato del defensor consiste en que sólo la acción desplegada Gregorio Cabalceta Castillo quien directamente cambió los cheques se ajustó a los verbos definitorios que incluye el texto del artículo 352 del Código Penal, es decir, que sólo él fue quien sustrajo los fondos públicos de Aviación Civil. Tal planteamiento no podría de ningún modo prosperar, por cuanto según se indicó en la especie la acción delictiva de sustracción se perpetró a través de una compleja serie de actos, llevados a cabo por los cuatro imputados, donde cada uno de ellos cumplió con un rol determinado, sin que pueda decirse (conforme a esta teoría formal subjetiva) que las aportes de Nelson Rodríguez, quien incluso intervino en el giro de los cheques, constituya un “*acto preparatorio*”. Lo anterior nos lleva a afirmar que, aún cuando siguiéramos esa tesis (ya superada incluso por la jurisprudencia de esta Sala, que más bien sigue la teoría del dominio funcional del hecho), no podríamos concluir que Nelson Rodríguez Gonzalo haya actuado a título de cómplice, pues resulta claro que lo hizo como coautor. Si, por otra parte, analizáramos el asunto a partir de la teoría material objetiva del dominio de hecho, que sigue la jurisprudencia de esta Sala, con mayor razón se reafirma la conclusión de que Nelson Rodríguez Gonzalo actuó a título de coautor, pues no sólo ostentaba las calidades personales constitutivas de la infracción (se trata de un funcionario público a quien correspondía la administración y custodia de los fondos públicos sobre los que recayó la acción ilícita, es decir, un “*intrañeus*”), sino que en toda esa compleja distribución de roles que se dio entre los imputados, él cumplió uno esencial y determinante (como Director General de Aviación Civil intervino, junto con Olmazo Serrano, en el giro de los cheques), de donde asumió las riendas del hecho, al que bien pudo ponerle término con una decisión propia. Por último, tampoco sería de recibo el planteamiento de que en el contrato de cuenta corriente el depositante pierda la disponibilidad sobre los bienes depositados, o que sólo sea el ente bancario el que mantiene la administración o custodia de éstos. Al respecto no podríamos perder de vista que en la actualidad, con el complicado desarrollo que han experimentado las relaciones comerciales de intercambio, prácticamente han desaparecido las transacciones en efectivo, pues por razones de seguridad, lo normal es que se opte por realizar los pagos a través de diferentes títulos, e incluso a través de transferencias electrónicas de fondos, de donde no resulta usual que el administrador de una empresa privada u órgano público, mantenga bajo su cuidado material y directo los caudales en dinero nominal y efectivo. Siendo ello así, es claro que conforme a las reglas de la experiencia, si bien se depositan en una cuenta bancaria dichos dineros, los que material y directamente quedan confiados al ente bancario, no por ello el depositante (o el sujeto que lo represente) pierde la

disponibilidad sobre los mismos, ello a pesar de que no se trate de bienes no fungibles sino de valores. Siendo ello así, es claro que el sujeto que ostenta la atribución de girar los cheques contra tal cuenta bancaria, tiene sobre la misma un deber de administración y custodia, no sólo porque con aquella ejerce un mecanismo de control sino porque, además, a través de su firma giradora puede determinar una erogación o menoscabo de la misma. Además, y conforme lo ha entendido la doctrina, la acción típica se perfecciona al separar el dinero o los bienes de la tenencia de la administración, o cuando se quiebre la tutela pública en que se hallaba (en este sentido véase Creus Carlos, “DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL”, editorial Astrea, Buenos Aires. 2ª edición actualizada, 1988. Tomo II, página 296. Siendo ello así, es claro que en el caso que nos ocupa, al haberse girado dos cheques por concepto de pago de dos obligaciones ficticias a cargo de Aviación Civil, se quebró la tutela pública en que se hallaban los dineros depositados en la respectiva cuenta bancaria, los que claramente eran administrados por los personeros de dicho órgano público, quienes tenían poder de decisión en cuanto a la forma en que se invertirían aquellos. El concepto de “*administración*” que utiliza la norma penal de comentario no debe ser tan restringido como lo parece entender el recurrente, quien lo identifica con la custodia directa, inmediata y material del dinero en efectivo. Es claro que ambos conceptos (tanto administración como custodia) no son tan restrictivos, pues perfectamente se podrían realizar dichas labores sin mantener un contacto físico e inmediato con los bienes o valores públicos de que se trate. En este sentido, el término “*administración*” debe interpretarse, según se acepción normal, como aquella función genérica de “... *ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes ... suministrar, proporcionar o distribuir alguna cosa ...*”, Real Academia Española, “DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA”, editorial EspasaCalpe, S.A., 20ª edición, 1984, página 29, la que efecto corría a cargo del Director General de Aviación Civil. Así las cosas, es claro que en la especie se dieron todos los elementos objetivos y subjetivos requeridos por el tipo penal del Peculado, por lo que ninguno de los reparos de fondo que expone la defensa particular del encartado Nelson Rodríguez Gonzalo resultan atendibles. [...]

X. PRIMER MOTIVO (forma): Falta de una determinación circunstanciada del hecho que se tuvo por probado. Con sustento en los artículos 369 inciso a) del Código Procesal Penal de 1996, y 39 y 41 de la Constitución Política, se aduce que tomando en cuenta el principio de legalidad en la sentencia debió determinarse con base en las leyes, decretos y reglamentos, cuáles eran las funciones del coimputado Olmazo Serrano, quien ostentaba la condición de Director Financiero de la Dirección de Aviación Civil. Esto desacredita “*las afirmaciones*” del tribunal y, más que eso, demuestra que el hecho acreditado no está debidamente circunstanciado. La queja no es de recibo. En la base de esta argumentación pareciera advertirse la tesis de que para la configuración del delito de peculado (figura por la cual se condenó a los 4 imputados) el sujeto activo debe tener fijada por ley, decreto o reglamento, es decir, por una norma formal, la función de custodia o administración de los fondos públicos sobre los cuales recae la acción ilícita de sustracción o distracción, lo que en criterio de esta Sala no es admisible. En realidad, esa relación del sujeto (quien debe ostentar la condición de funcionario público) con los dineros en torno a los cuales dirige su conducta, si bien podría estar preestablecida en una norma como las mencionadas, siendo ese el caso más común, también podría surgir de manera circunstancial, es decir, como una cuestión espontánea, informal y de hecho, donde gracias al cargo público que aquel desempeña, logra tomar contacto y recibe el encargo de dichos

bienes, los que saca de la esfera de custodia del Estado. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha indicado: “... *El tipo contenido en el artículo 352 del Código Penal no exige que el sujeto tenga la competencia abstracta para custodiar o administrar los bienes; esto es, no exige que esté dentro de sus potestades usuales tal contacto con los bienes. Esta, si bien la hipótesis más frecuente que da lugar al peculado, no es la única. También puede configurarse cuando, sin estar dentro de sus facultades funcionales, los bienes le son confiados "en razón de su cargo" ...*” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 65900 de las 9:50 hrs. del 28 de mayo de 1999. Partiendo de lo anterior, en el caso que nos ocupa tenemos que conforme se indica en el fallo el propio coencartado Cristóbal Olmazo Serrano aceptó que se desempeñaba como titular del departamento financiero de Aviación Civil, siendo precisamente a éste a quien correspondía tramitar y emitir los cheques con los que se cubrían las obligaciones de pago del órgano. En cuanto a este extremo, el fallo señaló lo siguiente: “... *Según se demostró en el debate, los imputados Rodríguez y Olmazo, funcionarios públicos, realizaron acciones mediante las cuales sustrajeron dineros que les habían sido confiados en razón de sus cargos, dineros que les fueron confiados para ser administrados. Para realizar la sustracción de esos dineros, los imputados Rodríguez y Olmazo, en sendas ocasiones, contaron con la colaboración de los coimputados Cabalceta y Arguedas ... Ha quedado demostrado que Rodríguez y Olmazo actuaron dolosamente al sustraer dineros confiados a sus custodias en razón de sus cargos de funcionarios públicos para ser administrados. En ese sentido ambos conocían sus condiciones de funcionarios públicos, y sabían que sustraían dineros confiados a ellos en razón de sus cargos de funcionarios públicos para ser administrados, el primero como Director General de Aviación Civil, y el segundo como Jefe de su Departamento Financiero, puesto que conocían que administraban dineros que conformaban el presupuesto de dicha institución pública. Sus conocimientos en ese sentido se advierten cuando al declarar en el debate admitieron saber que se desempeñaban en esos cargos en ese órgano desconcentrado, y además que estaban dentro de sus funciones los giros de cheques de la cuenta corriente número 205 9242 8 del Consejo Técnico de Aviación Civil ... Además del mecanismo dicho, se acreditó que los imputados Rodríguez y Olmazo, en comunidad de acuerdo, violentaron groseramente el procedimiento administrativo existente en Aviación Civil y en cualquier institución pública referente a los controles y fiscalización que, en materia de giro de dineros públicos de esa institución patronal, les estaban encomendados en razón de sus cargos. En efecto, cada uno de ellos en razón de sus cargos tenía el deber legal de ejercer todos los controles suficientes para garantizar el “buen uso de los recursos públicos”; no obstante ello, según se acreditó, ambos imputados procedieron a girar esos cheques a sabiendas de que correspondían a contrataciones ficticias, y más aún, a trabajos que no había recibido ni recibiría Aviación Civil. Rodríguez y Olmazo giraron sendos cheques en pago de servicios no prestados a la administración, dineros que por las condiciones en que fueron girados, lo eran para ser sustraídos con la finalidad de apoderamiento, tal y como se evidencia del análisis global que hace el primer considerando del fallo de todas las conductas atribuidas a dichos imputados ...*” (cfr. folios 172, línea 30 en adelante; 173, línea 28 en adelante; 195, línea 18 en adelante). Conforme se colige de lo transcrito, de la prueba evacuada en juicio quedó plenamente acreditado que los coencartados Rodríguez Gonzalo y Olmazo Serrano no sólo ostentaban la condición de funcionarios públicos, pues prestaban sus servicios para Aviación Civil (órgano público desconcentrado, adscrito al

Ministerio de Obras Públicas y Transportes), sino que además de ello sus respectivos cargos como director general y jefe del Departamento Financiero, les imponían el deber de custodia de los dineros públicos sustraídos, a tal punto que ellos mismos eran (y de hecho lo hicieron) los encargados de girar los cheques de la institución, pues les correspondía firmarlos de forma mancomunada. Así las cosas, es claro que aún y cuando en el fallo no se puntualiza cuál norma jurídica concreta les imponía esta labor, la misma dinámica cotidiana de sus funciones así lo establecía, según lo determinó la prueba testimonial, por ejemplo María del Pilar Ugalde Herrera, quien como secretaria de la Dirección General señaló que Nelson Rodríguez Gonzalo era uno de los encargados de firmar los cheques que ya venían confeccionados y firmados por el Departamento Financiero (cfr. folio 122, líneas 20 a 31); y Mayid Torres Villegas, quien explicó que luego de confeccionada una orden de compra, se pasaba a la proveeduría para la revisión, firma y posteriormente dependiendo del monto habían dos caminos a seguir, si era de menos de un millón de colones pasaba a Presupuesto para contenido económico, si era superior al millón de colones (como sucedió en el caso que nos ocupa) pasaba a la Dirección General para la aprobación por parte del Director, siendo que ese procedimiento obligatorio de control lo implementó el mismo José Olmazo Serrano mediante memorando, como Jefe del Departamento Financiero (cfr. folio 113, línea 8 en adelante). De igual modo explicó que este mismo Departamento Financiero al que le era enviada toda la documentación era el responsable de determinar si la compra tenía contenido económico, o sea, que la partida que absorbería ese gasto tuviera dinero para pagarlo. Aunado a esto, los juzgadores razonaron que *"... es absurdo que Olmazo Serrano a lo largo de su indagatoria afirmar tan puntualmente que desconocía su deber legal de fiscalización, para acto seguido negar cualquier responsabilidad en el trámite de los giros de estos cheques o cualesquiera cheques que de allí salieren, cuando paralelamente afirmara que fue diligente en la implantación de controles internos en su Departamento ... Ha quedado demostrado que Rodríguez y Olmazo actuaron dolosamente al sustraer dineros confiados a sus custodias en razón de sus cargos de funcionarios públicos para ser administrados. En ese sentido ambos conocían sus condiciones de funcionarios públicos, y sabían que sustraían dineros confiados a ellos en razón de sus cargos de funcionarios públicos para ser administrados, el primero como Director General de Aviación Civil, y el segundo como Jefe de su Departamento Financiero, puesto que conocían que administraban dineros que conformaban el presupuesto de dicha institución pública. Sus conocimientos en ese sentido se advierten cuando al declarar en el debate admitieron saber que se desempeñaban en esos cargos en ese órgano desconcentrado, y además que estaban dentro de sus funciones los giros de cheques de la cuenta corriente número 205 9242 8 del Consejo Técnico de Aviación Civil ..."* (cfr. folio 170, líneas 24 a 28), de donde es claro que el mismo tenía muy presente su responsabilidad, como encargado del Departamento Financiero, de velar por la custodia y adecuado manejo de los fondos que administraba, a tal punto que conforme se indicó era, junto con Rodríguez Gonzalo, el encargado de firmar mancomunadamente los cheques que salían de la institución. Con base en lo anterior, se declara sin lugar la queja."

11. Delito: Responsabilidad penal independiente al mediar entre los dos hechos acusados un año de prisión preventiva

[Sala Tercera]^{xi}

Voto de mayoría

"I.- [...]. Si bien el impugnante circunscribe su reclamo a los dos últimos hechos por los cuales se le atribuyó responsabilidad penal independiente y pretende que ambos sean considerados un solo delito, pese a que entre ellos media más de un año de diferencia, precisamente porque durante ese tiempo guardó prisión preventiva, lo cierto es que el mismo argumento, planteado por la defensa de su compañera y coimputada Rosa María Madrigal Durán, fue conocido en sede de casación, oportunidad en la que se desestimó el alegato. Así, en sentencia 719-01 de las 9:10 horas del 20 de julio de 1997, esta Sala puntualizó: "(...)En su único alegato **por el fondo**, la Defensora Pública de Rosa María Madrigal Durán indica que no es posible condenar a su representada por tres delitos independientes de Venta de Drogas, pues todos ellos constituyen una sola acción desde el punto de vista jurídico, por lo que en realidad se está ante un solo ilícito. Además, señala que el hecho de que se detenga a un imputado por este tipo de delincuencia solamente implica una presunción de que mientras esté detenido no podrá continuar realizando su actividad. Estima que en el caso de su patrocinada no se logró acreditar que con la aprehensión hubiese cesado el desarrollo de la conducta sancionada por el legislador. Agrega que se violentaría el principio de inocencia si se presumiera que su defendida interrumpió la venta de droga mientras estuvo privada de su libertad. **El reclamo no es de recibo**: De conformidad con lo que tiene por demostrado el Tribunal sentenciador, la encartada y Carlos Luis Cedeño López se dedicaban a vender droga en su casa. Ellos fueron vigilados por la policía y mediante operativos independientes se les detuvo en 1997, en 1998 y en 1999. Con cada una de esas detenciones, lo que se da es una **ruptura** de la continuidad de la actividad ilícita, pues luego de la intervención estatal (tanto de la policía como del Ministerio Público) el agente activo debe volver a organizarse si es que pretende retomar el desarrollo de la conducta que ejecutaba antes de que el Estado lo detuviese. Es decir, el arresto no debe implicar un cese prolongado ni, menos aún, definitivo del trasiego de droga, para estimar que la continuidad de la conducta punible se ha roto. Para que desaparezca esa unidad de acción es suficiente que se interrumpa (aunque sea por un brevísimo período) la venta (que es el supuesto que interesa en este caso) de la sustancia prohibida. Así las cosas, el a-quo acreditó con buen criterio la existencia de tres hechos punibles independientes entre sí, pues entre cada uno de ellos media la detención de los justiciables, de forma tal que no puede decirse que su actividad delictiva fuese continua. Cabe agregar que con esa decisión no se afecta el principio de in dubio pro reo, pues si se acogiera la tesis de la Defensora Pública en el sentido de que no hay certeza de que durante la detención cesó la Venta de Droga, ello no beneficiaría a la justiciable, pues no sólo permitiría establecer cuando menos un hecho punible adicional, sino que éste conllevaría una pena aún más alta, pues se estaría cometiendo el ilícito dentro de un centro penitenciario(...)". Así las cosas, el planteamiento que se hace ahora es reiteración del

ya resuelto y los argumentos que se exponen no alcanzan a ser novedosos o a fundamentarse en nuevos elementos, de manera que pueda estimarse que el punto amerita ser revisado nuevamente, razón por la cual, según lo establece el artículo 411 del Código Procesal Penal, procede declarar inadmisibles este procedimiento."

12. Delito: Relevancia de la determinación del tiempo en que se comete

[Sala Tercera]^{xii}

Voto de mayoría

"[...] distinto lo que afirma en su impugnación, esta Sala no observa yerro al formularse la pieza acusatoria pues si bien en ésta no se precisa claramente la fecha en la que sucedieron los hechos, se debe recordar que no siempre es factible que este aspecto se pueda establecer con absoluta exactitud. Lo importante en este tipo de situaciones, es que se señale - de la forma más cercana o aproximada posible - la fecha o el período de cuándo se produjeron los hechos, para que así el justiciable y su defensor conozcan de esta situación, la cuestionen o bien, si así lo estiman pertinente, procedan a ofrecer la prueba de descargo necesaria. Sobre esta temática, ya esta Sala se ha pronunciado en varias oportunidades indicando que la falta de precisión de los hechos, en cuanto a la fecha o en torno a otros elementos periféricos, no genera por sí misma la nulidad del fallo, pues para ello es indispensable demostrar la esencialidad vicio en la integridad y validez de aquel, lo cual no logra demostrar el recurrente al interponer su reproche. Así, en relación con este punto se indicó, por ejemplo, que *"no le asiste razón al impugnante, pues si bien la fecha en la que se dieron las conductas ilícitas por las cuales se dictó sentencia condenatoria se ubican en el año de 1993, siendo esta la mayor precisión que se logró alcanzar a partir de la prueba evacuada en debate, es lo cierto que en el caso que nos ocupa ello resulta suficiente para cumplirse con la debida determinación de los hechos, siendo este un requisito que exige la normativa procesal en aras de respetar el derecho de imputación. Nótese que con lo actuado en la especie no se deduce la existencia de una lesión al derecho de defensa del impugnante, pues al formular su reclamo el mismo no concreta ningún planteamiento defensivo que se centre en la necesidad de conocer con absoluta precisión la ubicación temporal del acontecimiento investigado, es decir, su reproche no viene ligado a la utilidad de que se haya establecido con detalle ese dato a fin de ejercer su derecho de defensa en el proceso. Al evacuar la respectiva consulta preceptiva, la Sala Constitucional señala que **"... no siempre se requiere de una precisa e indubitable determinación del momento en que ocurrió la conducta punible para emitir una sentencia ajustada a los principios del debido proceso. Más bien, la necesidad de fijar con mayor o menor precisión cuándo sucedieron los hechos investigados, está en relación directa con la importancia y utilidad que ello tenga en cada caso, para demostrar la acreditación de la conducta acusada. De esa forma, la acreditación del día concreto o la hora exacta en que algo sucedió, no tiene en todos los casos la misma relevancia sino que dependerá de otras circunstancias que se planteen dentro del caso concreto, principalmente por parte de la defensa. Por ello lo***

correcto es afirmar que sólo existirá una violación del derecho al debido proceso del imputado si en su caso, la determinación del momento en que sucedió el hecho que se investiga, resulte importante para el ejercicio de su defensa, en el sentido de que sea determinante para atribuirle la conducta acusada ...”, voto N° 2812-98, de las 14:48 horas del 28 de abril de 1998, folio 229 vuelto, líneas 18 a 32. En todo caso, tal y como se explicó en el anterior considerando, si bien al establecer la fecha en que la madre de las ofendidas fue operada en el Hospital de Puntarenas (punto de referencia para ubicar temporalmente los hechos) los jueces de instancia incurrieron en una imprecisión, ello en nada ha afectado la validez del pronunciamiento, por cuanto aún incluyendo el nuevo dato que arroja la certificación de folio 234 que se evacuó en esta sede (según la cual la tantas veces analizada intervención quirúrgica se produjo entre el 26 y el 31 de julio de 1991), con excepción de la fecha las conclusiones del fallo permanecerían inalterables, al no verse afectada de ningún modo la situación procesal o sustancial del reo. Lo anterior significa que los argumentos del impugnante giran en torno a un aspecto no esencial de la decisión, por lo que no se justifica acoger sus pretensiones” (SALA TERCERA DE LA CORTE, Voto No. 15 de las 15:10 horas del 7 de enero de 1999, la cursiva y la negrita son suplidas)."

ⁱ Tribunal de Casación Penal de San Ramón.- Sentencia 222 de las 15:45 horas del 15 de junio de 2011. Expediente: 10-001287-0305-PE.

ⁱⁱ Tribunal de Casación Penal de San Ramón.- Sentencia 87 de las 14:30 horas del 6 de marzo de 2008. Expediente: 05-000357-0553-PE.

ⁱⁱⁱ Tribunal de Casación Penal de San Ramón.- Sentencia 57 de las 10:25 horas del 15 de febrero de 2008. Expediente: 05-200022-0331-PE.

^{iv} Tribunal de Casación Penal de San Ramón.- Sentencia 318 de las 9:25 horas del 11 de junio de 2007. Expediente: 06-000893-0412-PE.

^v Tribunal de Casación Penal.- Sentencia 660 de las 15:45 horas del 5 de julio de 2006. Expediente: 01-001286-0283-PE.

^{vi} Tribunal de Casación Penal.- Sentencia 1328 de las 15:55 horas del 19 de diciembre de 2005. Expediente: 05-000001-0008-PE.

^{vii} Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 1800 de las 16:20 horas del 23 de febrero de 2005. Expediente: 04-013029-0007-CO.

^{viii} Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 920 de las 10:55 horas del 30 de julio de 2004. Expediente: 99-201721-0431-PE.

^{ix} Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 3441 de las 16:47 horas del 31 de marzo de 2004. Expediente: 04-001884-0007-CO.

^x Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 776 de las 11:25 horas del 9 de setiembre de 2003. Expediente: 98-017767-0042-PE.

^{xi} Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 313 de las 8:52 horas del 16 de mayo de 2003. Expediente: 02-000377-0006-PE.

^{xii} Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia 1163 de las 12 horas del 23 de noviembre de 2001. Expediente: 97-200165-0288-PE.