



# SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal General.
Palabras Claves: Medidas de Seguridad.	
Fuentes de Información: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha: 19/11/2013.

## Contenido

RESUMEN.....	1
NORMATIVA.....	2
Obligatoriedad de las Medidas de Seguridad.....	2
JURISPRUDENCIA .....	3
1. Interpretación del Inciso 1 del Artículo 98 del Código Penal .....	3
2. Sentencia que Anulo los Incisos 3 y 4 del Artículo 98 del Código Penal.....	5
3. Sentencia que Anulo el Inciso 5 del Artículo 98 del Código Penal .....	23
4. Comunicado de Prensa de la Sala Constitucional sobre el Inciso 6 del Artículo 98 del Código Penal.....	35

## RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la Constitucionalidad de la Medidas de Seguridad, considerando los supuestos del artículo 98 del Código Penal.

## NORMATIVA

### Obligatoriedad de las Medidas de Seguridad

[Código Penal]<sup>i</sup>

**ARTÍCULO 98.** Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:

1) Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad;

*(Interpretado este inciso por resolución de la Sala Constitucional N° 322 de las 15:45 hrs. del 11 de febrero de 1992, en el sentido de que la imposición de una medida de seguridad por un Alcalde, fundamentándose en este inciso, resulta inconstitucional conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política.)*

2) Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpe la ejecución de la pena que le fue impuesta;

*3) (Anulado este inciso mediante resolución de la Sala Constitucional N° 88-92 de las 11 horas del 17 de enero de 1992.)*

*4) (Anulado este inciso mediante resolución de la Sala Constitucional N° 88-92 de las 11 horas del 17 de enero de 1992.)*

*5) (Anulado este inciso mediante resolución de la Sala Constitucional N° 1588-98 de las 16:27 horas del 10 de marzo de 1998.)*

6) Cuando *(la prostitución, el homosexualismo)\**, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo; y

*\*(La Sala Constitucional mediante resolución N° 010404 del 31 de julio de 2013 anuló este inciso "únicamente en cuanto incorporan como supuestos para la imposición de medidas de seguridad, la prostitución y el homosexualismo.")*

7) En los demás casos expresamente señalados en este Código.

## JURISPRUDENCIA

### 1. Interpretación del Inciso 1 del Artículo 98 del Código Penal

[Sala Constitucional]<sup>ii</sup>

Voto de mayoría

Consulta judicial de constitucionalidad presentada por la licenciada Doris María Arias Madrigal, en su condición de Juez de Ejecución de la Pena, a efecto de que se establezca si resulta constitucionalmente posible que un Alcalde imponga una medida de seguridad curativa, conforme a lo reglado en los artículos 98 inciso 1 y 102 inciso a), ambos del Código Penal. Interviene también la Procuraduría General de la República.

#### RESULTANDOS:

**Io.** La consultante duda sobre la constitucionalidad de la actuación de Alcalde al imponer como respuesta penal por la comisión de una contravención, una medida de seguridad de acuerdo a lo reglado en los artículos 98 inciso 1 y 102 inciso a), ambos del Código Penal, dado que estima que el procedimiento establecido para el conocimiento de faltas y contravenciones no está plenamente diseñado para garantizar una efectiva defensa y en el caso de imposición de una medida de seguridad de internamiento en un centro de salud, dicha medida puede tener una duración hasta de veinticinco años. Además estima que no resulta claro de lo dispuesto en los artículos 1 y 97 del Código Penal, que una contravención de base para la imposición de una medida de seguridad de la naturaleza que se ha indicado.

**Ilo.** Por su parte la Procuraduría General de la República, fundamentada en una amplia exposición sobre el por qué de la existencia de un sistema dual de respuesta penal - penas y medidas- resulta necesario en nuestro medio; los criterios seguidos por el legislador al poner en vigencia el Código Penal que actualmente nos rige, sobre la adopción de las medidas de seguridad y la diferencia entre éstas y las penas, concluye en que la actuación de un Alcalde conociendo de una contravención para la que impone una medida de seguridad, no resulta contraria al marco constitucional. Pero de seguido, y: "En estricta concordancia con lo expuesto..., considera oportuno... hacer llegar una serie de comentarios respecto al régimen normativo contenido en nuestro Código Penal, lo anterior por considerar que es el ser humano el destinatario último de los propósitos tutelares que persigue el ordenamiento jurídico. Por ello, siendo la "Seguridad Jurídica" una de las metas o razones de ser de todo orden legal, es que cree oportuno elevar a conocimiento de la Sala Constitucional -una serie de-... acotaciones respecto de las medidas de seguridad", acotaciones en la que la Procuraduría pone en tela de juicio de que se cumpla con principios constitucionales que protegen el derecho de defensa y el debido proceso, en el conocimiento de contravenciones en las

que pueda tenerse validamente como posible la imposición de una medida de seguridad de internamiento, de duración indeterminada.

III. En los procedimientos se cumplió con las formalidades señaladas por la ley, no se celebró la audiencia oral en el presente asunto, por estimarse que en el caso se está ante la situación a que se refiere el párrafo último del artículo 9o. de la Ley que rige esta jurisdicción y la presente resolución se dicta fuera del término señalado al efecto en el artículo 105 de la citada ley, pero de conformidad a la posibilidad conferida en su transitorio II.

Redacta el Magistrado Mora Mora; y

#### **CONSIDERANDO:**

Io. Dispone el artículo 98 del Código Penal en su inciso 1): "Artículo 98.-

Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:

1) Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad;..."

A su vez el numeral 39 de la Constitución establece, en lo que interesa: "Artículo 39.-

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior...".

Al disponer el constituyente que no se hará sufrir pena sino por delito sancionado por ley anterior, no puede estimarse que el término pena lo utilice en sentido restrictivo, sea para referirse únicamente a las que aparecen en el artículo 50 del Código Penal. El término se utiliza como sinónimo de sanción y dentro de esta institución es indudable que encontramos a las medidas de seguridad, así lo desarrolló el legislador en el artículo 1o. del Código Penal.

En el ya transcrito inciso 1) del artículo 98 del Código Penal se señala expresamente que la medida en él establecida lo es con respecto a delitos y en este caso el término se utiliza en contraposición de falta o contravención, pues el legislador penal cuando quiso incluir a ambos en una norma, utilizó el término conglovente de: "hechos punibles" (artículos 3o., 4o., 6o., 7o., 11), y en el caso en comentario se refirió expresamente a delito, no obstante que en el artículo 97 inmediato anterior, utiliza el término "hecho punible", indudablemente que para referirse también a la medida posible de imposición según lo reglado en el artículo 378 ejúsdem.

Ilo. De lo analizado se concluye fácilmente que si resulta inconstitucional que un Alcalde imponga una medida de seguridad fundamentándose en lo reglado en el

artículo 98 inciso 1) del Código Penal, pues ello lesiona gravemente lo reglado en el artículo 39 de la Constitución Política, dado que en el señalado inciso sólo se posibilita la imposición de la medida ahí establecida cuando se trate de delitos, por exclusión, no de contravenciones.

**POR TANTO:**

Se responde a la consulta formulada por la señora Juez de Ejecución de la Pena, señalando que la imposición de una medida de seguridad por un Alcalde, fundamentándose en lo dispuesto en el artículo 98 inciso 1) del Código Penal resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política.

R. E. Piza E.

Jorge Baudrit G.

Luis Paulino Mora M.

Jorge E. Castro B.

Eduardo Sancho G.

Luis Fernando Solano C.

Bernal Aragón B.

**2. Sentencia que Anulo los Incisos 3 y 4 del Artículo 98 del Código Penal**

[Sala Constitucional]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría:

Acción de inconstitucionalidad planteada por Omar Vargas Rojas, casado, abogado, cédula de indentidad número 1-592-986, en su condición de Defensor Público de José A. Castro Mejía, contra los artículos 40 párrafo 2o., 41 párrafo 2o., 78, 98 inciso 3o, todos del Código Penal, por considerarlos contrarios a los artículos 33 y 39 de la Constitución Política; contra los artículos 98 párrafo primero y 100 del citado código, por estimarlos contrarios a los artículos 33 y 40 de la Carta Magna y contra el artículo 98 inciso 4o. del código represivo antes citado, por estimarlo contrario a los artículos 39 y 40 de la Constitución. Interviene la Procuraduría General de la República y como co-adyuvantes la señora Juez de Ejecución de la Pena y el Instituto Nacional de Criminología.

**RESULTANDO:**

**lo.** A criterio del recurrente los artículos 40 párrafo primero, 41 párrafo segundo, 78 y 98 inciso 3o. del Código Penal, son inconstitucionales por rozar con lo dispuesto en los numerales 33 y 39 de la Constitución Política, al vulnerar el principio de igualdad en razón de que los señalados artículos permiten que se impongan sanciones desiguales a hechos iguales. También quebrantan, según la tesis del recurrente, el principio de

culpabilidad por cuanto en la Constitución la responsabilidad está fundamentada en la culpabilidad, mientras que en los señalados artículos la responsabilidad se fundamenta en la peligrosidad del sujeto activo. Igualmente, a su criterio, resultan inconstitucionales los artículos 98 párrafo primero y 100 párrafo primero, por ser contrarios a lo dispuesto en los artículos 33 y 40 de la Constitución, en tanto atentan contra la dignidad humana y permiten que se produzcan tratamientos crueles y degradantes, que en la práctica funcionan como penas perpetuas. Finalmente estima que el artículo 98 inciso 4 del señalado código represivo, es contrario a los artículos 33, 39, 40 y 42 de la Carta Magna, pues el imponer una medida de seguridad cuando a juicio del juez, no se ha cumplido con el tratamiento básico prescrito, constituye un atentado al principio de legalidad y a la dignidad humana.

**Ilo.** La licenciada Doris María Arias Madrigal en su condición de Juez de Ejecución de la Pena, estimó que no podía externar criterio en relación con las inconstitucionalidades alegadas por el recurrente, en razón de que en el Despacho a su cargo se encuentran los expedientes número 21-84 y 217-88, que son causas acumuladas contra José Ángel Castro Mejía, en las que se le impusieron sendas medidas de seguridad, las que le permitieron formular una consulta de constitucionalidad y a la defensa de Castro Mejía el presente recurso, ambas relacionadas con las normas a aplicar en el caso concreto.

**IIlo.** Al contestar la audiencia que se le confirió, la Procuraduría General de la República considera que las argumentaciones del recurrente no tienen aplicación alguna y que en consecuencia las normas argüidas de inconstitucionalidad, no lo son. A criterio de esa Representación las medidas de seguridad obedecen a principios diferentes a los que legitiman la pena, pues surgieron para buscar una aplicación más lógica y eficaz de la reacción jurisdiccional ante el fenómeno de la criminalidad, tomando en consideración el concepto de la peligrosidad, y el desarrollo de una serie de ideas complementarias que aceptan que, transcurrido el término de la pena y evidenciándose que ésta ha sido insuficiente, la sociedad se encuentra justificada para prolongar la limitación a la libertad ambulatoria hasta que el estado peligroso desaparezca. No existe violación a lo reglado en el artículo 42 de la Constitución, según la tesis de la Procuraduría, pues técnica y jurídicamente no se está reabriendo una nueva causa o proceso, y tampoco existe quebranto alguno a los numerales 33 y 39 constitucionales, pues no puede alegarse igualdad de trato para individuos que resultan diferentes, como lo es un delincuente habitual o profesional, en relación con aquél que no tiene las mismas condiciones de peligrosidad para la sociedad en que convive, ameritando el primero un tratamiento especial y científico, en aras de lograr, con el tiempo su adecuada resocialización y readaptación al medio social. Tampoco encuentra la Procuraduría violación alguna al numeral 39 de la Constitución Política, pues en el ordenamiento procesal penal se le garantiza y legitima la participación de un profesional en derecho, en salvaguarda de todos los derechos que le asisten a toda persona sometida a juicio. La medida de seguridad es la consecuencia jurídica de la

imposición al sujeto de una condenatoria, donde ha tenido todas las oportunidades procesales que llevan a aceptar que ha sido oído y convencido en juicio, con lo que no se violenta el "Principio de Defensa Previa" contenido en el numeral 39 de la Constitución Política, visto en relación con los artículos 100 y 98 inciso 1 del Código Penal.

**Ivo.** Por su parte el Instituto Nacional de Criminología, ente al que se le confirió audiencia para que se pronunciara en relación al recurso interpuesto, estimó que las alegaciones planteadas por el recurrente son de recibo, pues las medidas de seguridad en nuestro medio han funcionado como verdaderas penas y los sometidos a ellas no cuentan a su favor con una serie de beneficios y posibilidades que sí tienen las personas a las que se les impone la pena de prisión.

**Vo.** En los procedimientos se cumplió con las formalidades señaladas por la ley. La audiencia oral se celebró el veintiséis de junio de mil novecientos noventa, con la comparecencia de la señora Juez de Ejecución de la Pena, de la representación del Instituto Nacional de Criminología y de la Procuraduría General de la República y esta resolución se dicta fuera del término señalado al efecto en el artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pero de conformidad a la posibilidad conferida en el transitorio II de esa ley.

Redacta el Magistrado Mora Mora; y

#### **CONSIDERANDO:**

**Io.** El recurso debe ser declarado mal admitido en cuanto se solicita la inconstitucionalidad del inciso 1) del artículo 98 del Código Penal, pues el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como circunstancia de legitimación para la interposición de una acción de inconstitucionalidad, establece que quien interpone el recurso debe tener un asunto pendiente ante los tribunales, en el que se invoque la inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que considere lesionado. Al representado por el recurrente no se le ha tenido en el fallo condenatorio dictado en su contra como inimputable o con imputabilidad disminuida, ni puede llegar a calificársele como tal, la imposición de la medida de seguridad a que está sometido, se debió a su reinteración en la comisión de hechos delictivos, circunstancia que permite calificarlo como delincuente habitual o profesional e imponerle una sanción como la que se acordó en su contra, razón por la que su legitimación para impugnar de inconstitucional del señalado inciso del artículo 98 no ha sido acordada por el legislador.

**Ilo.** Las medidas de seguridad pueden clasificarse en dos grandes grupos, según se refieran a imputables o a inimputables. El presente asunto hace relación a las medidas de seguridad posibles de aplicación a imputables, en razón de calificárseles como

delinquentes profesionales o habituales, o ser sujetos en los que el cumplimiento de una pena no logró ejercer su función readaptadora; a estas medidas se les conoce doctrinariamente como "medidas de seguridad en sentido estricto". En el considerando anterior se señaló el por qué el recurrente no tiene legitimación para impugnar la inconstitucionalidad de las medidas posibles de aplicación a los inimputables o con imputabilidad disminuida. Todo lo anterior motiva que el pronunciamiento, si no se indica expresamente lo contrario, sólo tenga relación con las medidas de seguridad en sentido estricto; no tendrá entonces efectos respecto a las medidas posibles de aplicación a inimputables, las que obedecen a principios diferentes, no relacionados con la culpabilidad, ni necesariamente con los que informan a las medidas posibles de aplicación a imputables. Al obedecer estas medidas a principios diferentes, las garantías constitucionales que serán analizadas al resolver esta acción, no pueden aplicársele a aquéllas, de manera tal que la posibilidad de ampliación de la declaratoria de inconstitucionalidad que permite el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para con otras normas relacionadas con las declaradas inconstitucionales, por tratarse también de medidas de seguridad, pero de posible aplicación a inimputables o con imputabilidad disminuida, no podrá ser acordada, a menos que resulte evidente el enfrentamiento de la ley con la Constitución y se fundamenten en los mismos principios, lo que no se da en el caso presente. **IIo.**- La tesis del accionante en relación con las medidas de seguridad imponibles a delinquentes profesionales y habituales, conforme a lo reglado en los artículos 40, 41 y 98 inciso 3o. del Código Penal, así como la agravación de la pena que faculta el numeral 78 de ese ordenamiento penal en relación con los reincidentes, puede resumirse indicando que resultan contrarios al artículo 33 de la Constitución Política, pues permiten un trato desigual para situaciones objetivamente iguales -a mismo hecho delictivo respuesta penal desigual (pena, o medida de seguridad o agravación de la pena a un máximo único para toda clase de delito)- y contrarios a lo reglado en el artículo 39 constitucional pues se fundamentan en la peligrosidad del sujeto cuando dicho canon lo hace en relación con la culpabilidad.

**IVo.** Según ya quedó expuesto en el resultando III, la Procuraduría General de la República estima que las medidas de seguridad resultan necesarias en relación a una serie de individuos para los que las penas han demostrado ser ineficaces, pues aquéllas dan una nueva posibilidad al fundamentarse en criterios diferentes y tomar en consideración especial la peligrosidad del sujeto para fijar su duración y el régimen en que serán cumplidas. Esta tesis sobre la sanción, en la que las medidas de seguridad coexisten junto a las penas, parte de la base de que se da una clara diferenciación entre unas y otras. La doctrina desarrollada al respecto se preocupa por señalar nítidamente los motivos diferenciadores que llevan a la aceptación de esa coexistencia, pero al menos en nuestro medio, en la práctica, se borra toda diferenciación, según lo reconoce expresamente el Instituto Nacional de Criminología,

dado que las medidas se descuentan en los mismos lugares en que se aplican las penas; a los sujetos sometidos a ellas no se les da un tratamiento especial, ni se tiene a disposición elementos suficientes para establecer el grado de peligrosidad de la persona sometida a una medida de esa índole. En realidad, en nuestro medio, las medidas de seguridad sólo se diferencian de las penas, en que su duración es indeterminada. El propio Código Penal en su artículo 51 al señalar la finalidad de penas y medidas de seguridad, posibilita la señalada confusión al establecer para ambas un fin "rehabilitador", olvidando que las primeras tienen un claro contenido retributivo y garantista, mientras que las segundas se fundamentan en una discutible prevención especial, razón por la que la finalidad de ambas no puede unificarse; además el legislador no se preocupa por indicar los medios diferentes que deben emplearse -para mantener la separación entre unas y otras- en procura de lograr el fin propuesto, no obstante que en el artículo 102, para orientar un poco sobre dichos medios, se dispone que las medidas de seguridad de internamiento en colonias agrícolas o establecimientos de trabajo en los que se someterá a los internos a un régimen especial, se destinarán los delincuentes habituales o profesionales, pero, sobre esto último, nuevamente la realidad nos lleva a reconocer la inexistencia de las señaladas colonias y establecimientos de trabajo y el régimen especial, propios para las personas sometidas a medidas de seguridad. Pero es de aceptar que la inexistencia de lugares aptos para el cumplimiento de medidas de seguridad de internamiento, por sí sola, no conlleva quebranto alguno a la Constitución, con sólo crear esos lugares el problema estaría resuelto. Todo lo señalado en este aparte nos lleva a concluir que en Costa Rica las penas privativas de libertad y medidas de seguridad de internamiento no tienen efectivamente diferencia alguna, se descuentan en los mismos centros de reclusión y bajo los mismos programas, aunque a los sometidos a medidas se les desconoce una serie de beneficios que como la suspensión condicional de la pena, la amnistía y el indulto, si proceden en relación a los condenados a pena de prisión y el término en que deberán estar sometidos a restricción de su libertad es indeterminado, ésto no demerita la anterior conclusión, sobre la no diferenciación en la práctica de las medidas y las penas, conclusión que deberá tomarse en consideración luego al hacer pronunciamiento específico sobre las pretensiones del recurrente. Es de señalar además, -pues de seguro será un criterio que incidirá en lo que deba resolverse en el caso presente- que existe marcada aceptación en la doctrina para tener como fundamento de la pena a la culpabilidad, mientras que las medidas lo hacen en la peligrosidad. La culpabilidad permite una función garantista a la pena, pues limita al Estado en cuanto a la reacción por la comisión de un hecho delictivo, al tanto de culpabilidad, mientras que la peligrosidad no puede cumplir ese cometido, dado que para "superarla" se necesita someter al sujeto a un "tratamiento" o intervención por tiempo indeterminado; la gravedad del hecho, la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpabilidad demostrado en la comisión del hecho, pierden importancia como circunstancias a tomar en consideración para fijar el tanto de la

reacción penal, así bien puede ser posible que por la participación en un mismo hecho delictivo, la duración de la intervención o reacción estatal en relación con los sujetos activos, sea marcadamente diferente, pues se "comprueba" en ellos, diversos grados de peligrosidad. Al contrario, la comisión de múltiples hurtos simples amerita una mayor intervención institucional en relación a la que corresponde a un homicidio pasional, no obstante que éste afecta un bien jurídico superior, pero el grado de peligrosidad, por la reiteración en infracciones, deja ver un mayor desprecio o inadecuación de la conducta a los cánones de convivencia que toma en consideración el legislador para establecer los tipos penales.

**Vo.** En las actas de la Asamblea Constituyente no existe referencia alguna sobre el por qué, al escoger la fórmula que luego sería el artículo 39 de la Constitución, se optó por hacer expresa referencia a la culpabilidad, circunstancia ésta que llama la atención, si se toma en consideración que el Código Penal vigente a esa época fundamentaba la responsabilidad (así titula el Capítulo II, del Título II, sobre el delito, artículos 21 a 24) principalmente en la peligrosidad. Esto último se concluye de la sola lectura del artículo 88 del Código Penal de 1941, que disponía: "Los jueces al dictar sentencia determinarán a su arbitrio, dentro de los límites pre-establecidos por este Código, la cantidad de pena aplicable tomando en cuenta la mayor o menor peligrosidad del delincuente..." Si la normativa vigente no daba trato especial a la culpabilidad (en el artículo 19 del Código Penal vigente a la fecha se disponía: "El dolo o intención de delinquir se presume en todas las acciones u omisiones punibles") y sí hacía referencia a la peligrosidad, al menos para ser tomada en consideración al fijar la sanción a imponer, la inclusión del término "culpabilidad" en la Constitución conlleva un notable cambio de criterio, que debe ser analizado en cuanto a sus repercusiones, en relación a las circunstancias que deben ser tomadas como parámetro a considerar para establecer la responsabilidad penal de las personas y para la fijación de la pena. La cita de la culpabilidad en la norma constitucional proviene del proyecto presentado a la Asamblea Constituyente por la Junta Fundadora de la Segunda República, cuyo artículo 45 decía:

"ARTICULO 45. A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa demostración de culpabilidad. El indiciado tendrá siempre oportunidad de ejercitar el derecho de defensa." No se cuenta al momento con los antecedentes históricos relacionados con la redacción de la transcrita norma, ni del por qué se incluyó la cita a la culpabilidad en ella, aunque algunos Diputados Constituyentes se pronunciaron por -sin dar un contenido claro a la culpabilidad- exigir la demostración de culpabilidad a efecto de aceptar la responsabilidad del encausado con el hecho.

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

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

entre otras circunstancias, por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo y en tal razón cualquier principio que pretenda desconocer ese límite deviene en inconstitucional, pero lo anterior no conlleva a estimar que el señalado artículo 71 sea inconstitucional, pues como luego se verá, el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tome en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar.

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

representa en una audiencia judicial, la que por su misma forma conlleva a una imposición de conductas que imposibilitan que la conducta del sujeto pueda manifestarse libre, espontánea y plenamente. Tampoco resulta extraño que al fundamentar el tanto de pena a imponer, los juzgadores señalen que lo hacen tomando en consideración las circunstancias de modo, tiempo y lugar con que se cometió el hecho, sin que se aclare cuál es el contenido que a cada uno de esos conceptos se le da para el caso concreto. Estos dos ejemplos aclaran el por qué se estima que nuestro procedimiento no se encuentra diseñado para hacer un estudio confiable sobre la personalidad del sujeto activo y el tanto en que ella ha influido en la comisión del hecho. Si el procedimiento no ayuda a llenar esos vacíos, pero la peligrosidad del sujeto se toma en consideración para fijar la pena, se puede con ello producir graves injusticias al comprometer la seguridad jurídica de los ciudadanos -fin propio del derecho-, alterando el principio de proporcionalidad que debe informar la reacción estatal en relación con los hechos delictivos (la reacción penal -pena- no resulta proporcional al delito cometido, pues no se toma en consideración la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpa del autor del hecho). La pretendida fijación de la respuesta penal con base a la peligrosidad del sujeto también encuentra otro obstáculo constituido esta vez por la ineficacia de los medios empleados para superar ese estado peligroso del sujeto manifestado con su acción delictiva, pues está suficientemente demostrado el carácter criminógeno del medio carcelario, en el que mal puede el Estado pretender hacer desaparecer el grado de peligrosidad del sujeto. Los lugares que se tienen destinados para el cumplimiento de penas y medidas de seguridad, en la mayoría de los casos, tienen un ambiente criminógeno aún mayor que el medio social en que se encontraba el sujeto cuando cometió el delito, razón que lo deslegitima para constituirse en medio de resocialización.

**IXo.** A efecto de establecer el marco constitucional en relación con la fijación de la pena, es dable tomar en consideración que al ubicarse el artículo 39 dentro del capítulo correspondiente a los derechos y garantías individuales, con ello -según ya se apuntó- el constituyente ya señala un norte, sea el que los principios contenidos en ese capítulo se constituyen en contención a la intervención del Estado en la esfera particular. Por ello en relación con las dos opciones desarrolladas en los considerandos inmediatos anteriores, debe tomarse la que logre constituirse en una mayor garantía para el ciudadano, por lo que debe concluirse que al establecerse la culpabilidad como una circunstancia a tomar en consideración para fijar la responsabilidad penal, también ella incide en el tanto de pena a imponer, dentro de los extremos fijados previamente por el legislador para cada acción delictiva en concreto. Esta conclusión tiene a su favor un argumento más, si la legislación vigente a la época en Costa Rica, tomaba como parámetro para la fijación de la pena la peligrosidad del sujeto (relación pena-peligrosidad) y el constituyente optó por señalar que la culpabilidad debía ser

demostrada para que se diera responsabilidad penal, sin hacer referencia alguna a la peligrosidad, lo que pretendió fue que la culpabilidad cubriera toda la relación creada entre el sujeto, su acción y la responsabilidad que esta genera, pues lo contrario, sea tenerla sólo como motivo para fundamentar luego un juicio sobre la personalidad del autor, le resta -como ya quedó apuntado- su capacidad garantista en un campo de amplia influencia del Estado, cual es la fijación, el descuento o cumplimiento de las penas restrictivas de la libertad y en menor escala de otros derechos. De aceptarse a tesis reduccionista, se lleva la exigencia de culpabilidad a ser únicamente una exclusión de la responsabilidad objetiva. El artículo 71 del Código Penal contiene aspectos relacionados con la personalidad del autor, los que no son contrarios al concepto de culpabilidad y su marco de influencia aceptado en el presente pronunciamiento por la Sala, razón por la que deben mantenerse vigentes y en consecuencia ser tomados en consideración por los jueces al momento de fijar las penas, pues además esas circunstancias sirven también para fijar el grado de culpa con que se actuó.

**Xo.** En la primera argumentación el recurrente señala que las normas argüidas de inconstitucionales también lesionan el artículo 33 de la Constitución Política en el que se garantiza el principio de igualdad. En forma reiterada tanto la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía su competencia en materia de constitucionalidad, como esta Sala ahora, señalaron que la igualdad establecida en la norma constitucional, conlleva igualdad de trato en idénticas condiciones, ello permite concluir, de aplicarse la garantía en esos términos, que cuando se presentan situaciones diferentes (por ejemplo de un reincidente en relación con un primario en la comisión de hechos delictivos), el trato desigual no produce lesión constitucional alguna. Al contrario también debe concluirse que situaciones diferentes conllevan, efectos diferentes, dado que no podría aceptarse que un mismo resultado se logre ante situaciones que son del todo diferentes, pues ello contraviene la garantía de comentario. Desde luego que a efecto de establecer si se está objetivamente en una situación de igualdad, sólo es dable tomar en consideración las circunstancias relevantes del caso, las que conlleven un motivo racional, que incidan en lo medular del asunto a resolver.

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

"ARTICULO 40. Será declarado delincuente habitual quien después de haber sido condenado en el país o en el extranjero por dos o más delitos dolosos, cometiere otro y se demostrare su inclinación a delinquir. No se tomarán en cuenta para la declaración de habitualidad los delitos políticos o fiscales.

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

"ARTICULO 41. Será declarado delincuente profesional quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir.

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

"ARTICULO 78. Al reincidente se le aplicará la sanción correspondiente al último hecho cometido, aumentándola, a juicio del juez, sin que pueda pasar de máximo fijado por este Código a la pena de que se trate"

"ARTICULO 98. Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:

1) Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad;

2) Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpa la ejecución de la pena que le fue impuesta;

3) Cuando se trate de un delincuente habitual o profesional;

4) Cuando cumplida la pena, el Juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo;

5) Cuando quien cometa un delito imposible fuere declarado autor del hecho;

6) Cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo; y

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

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

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

relación a la culpabilidad y su marco de influencia, así la norma que se refiere a la duración de esas medidas es también inconstitucional y así debe declararse.

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

**XVvo.** El artículo 89 de la Ley que rige esta jurisdicción señala como obligación de la Sala declarar la inconstitucionalidad de los demás preceptos de la ley o de cualquier otra, cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia. Al fijar

las clases de medidas, el artículo 101 del Código Penal, señala que: "Son medidas de internación: El ingreso en una colonia agrícola y el ingreso en establecimientos de trabajo." y en el 102, se dispone cómo se aplicarán las medidas, señalándose en relación con los delincuentes habituales o profesionales que serán destinados a colonias agrícolas o establecimientos de trabajo (inciso b), que la libertad vigilada se dispondrá en los casos en que se termine otra medida o una pena y el Juez ordene aplicarla por un tiempo prudencial (inciso c), y que cuando el juez lo considere oportuno, podrá imponer al sujeto que cumplió una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinado lugar, por el tiempo que estime conveniente (inciso d). Todas estas normas, resultan inconstitucionales, y así debe declararse, pues ellas aplican los mismos principios de las que se han señalado como contrarias al marco constitucional según las apreciaciones formuladas con anterioridad.

**XVlo.** A los efectos de lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, todas aquellas personas que hubieren descontado una medida de seguridad, de las posibles de aplicación por haber sido declarados delincuentes habituales o profesionales, según lo reglado en las normas que ahora se acuerda su inconstitucionalidad, pueden plantear recurso de revisión, en los términos del artículo 490 inciso 5o. del Código de Procedimientos Penales. Quienes actualmente descuentan una medida, en esos términos y aquéllos a quienes se les haya impuesto una pena, superior al extremo mayor de la pena de que se trate según lo dispuesto en el Código Penal en el tipo correspondiente, haciendo uso de la facultad conferida al sentenciador en el 78 del señalado código, por ser calificados como reincidentes, podrán también pedir revisión de su caso.

#### **POR TANTO:**

Se declara mal admitido el recurso en relación a la alegada inconstitucionalidad del artículo 98 inciso 1) del Código Penal, que se refiere a la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables o de imputabilidad disminuida. Se declaran inconstitucionales y en consecuencia se anulan, los artículos 40, 41, 78, 98 incisos 3o. y 4o., así como las frases: "las de internación no podrán exceder de 25 años y las de vigilancia no serán superiores a 10 años; estas dos últimas medidas prescribirán en 25 años" contenida en el artículo 100, "Son medidas de internación: El ingreso en una colonia agrícola y el ingreso en establecimientos de trabajo", contenida en el artículo 101, "se destinarán los delincuentes habituales o profesionales" ..."y los que, cumplan la pena, cuando el Juez estime que su eficacia readaptadora ha sido nula", contenidas en el inciso b) del artículo 102, así como los términos "o termine" y "o una pena" contenidos en el inciso c) del citado artículo 102, al igual que el inciso d) del artículo 102, todos los artículos citados corresponden al Código Penal, ley número 4573 de cuatro de mayo de mil novecientos setenta, que entró a regir el quince de noviembre de mil novecientos setenta y uno. En consecuencia los incisos b) y c) del citado artículo

102 se deben leer, así: "b) A colonias agrícolas, o establecimientos de trabajo en donde estarán sometidos a un régimen especial, se destinarán los autores de delito imposible." y "c) La libertad vigilada se ordenará en los casos de condena de ejecución condicional, así como en los casos en que se suspende otra medida de seguridad y el Juez ordene aplicarla por un tiempo prudencial.". Se confiere a esta declaratoria efectos retroactivos a la fecha en que entraron a regir las normas ahora declaradas inconstitucionales, salvo en cuanto a las multas que ya hubieren sido canceladas, en que dicho efecto se limita a cuatro años contados a partir de la publicación de este pronunciamiento en el Boletín Judicial. Los efectos civiles de los pronunciamientos que se hubieren hecho, en los que se aplicaren las normas ahora declaradas inconstitucionales, se mantienen vigentes y en consecuencia pueden ejecutarse aún después del presente pronunciamiento. Todas aquellas personas que hubieren descontado una medida de seguridad, de las posibles de aplicación por haber sido declarados delincuentes habituales o profesionales, según lo reglado en las normas que ahora se acuerda su inconstitucionalidad, pueden plantear recurso de revisión, en los términos del artículo 490 inciso 5o. del Código de Procedimientos Penales y dentro de los quince días hábiles siguientes a la publicación del presente pronunciamiento en el diario oficial La Gaceta. Quienes hayan sido declarados delincuentes habituales o profesionales y en consecuencia se encuentren sometidos a una medida, tienen derecho al recurso de revisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 490 inciso 6o. del Código de Procedimientos Penales. Todas las medidas que se estuvieren cumpliendo y que hayan sido impuestas con fundamento a lo reglado en el artículo 98 inciso 4o. del Código Penal, el Juzgado de Ejecución de la Pena deberá darlas por concluidas. Los tribunales que hubieren impuesto una pena, fuera de los extremos señalados para cada tipo penal en el Código Penal, haciendo uso de la facultad conferida en el artículo 78 de ese ordenamiento, deben hacer nuevamente la fijación de la pena, a pedido del interesado, fijando la correspondiente dentro de extremos señalados en el citado código Penal, dicha solicitud deberá hacerse dentro del mes siguiente a la publicación de este pronunciamiento en el diario oficial La Gaceta. Comuníquese por nota este fallo al despacho judicial que conoce de la causa que sirvió de base para el planteamiento de la presente acción; reséñese esta sentencia en el Diario Oficial "La Gaceta" y publíquese íntegramente en el "Boletín Judicial". Comuníquese esta declaratoria de inconstitucionalidad a los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Notifíquese.

R. E. Piza E.

Jorge Baudrit G.

Luis Paulino Mora M.

Jorge E. Castro B.

Eduardo Sancho G.

Luis Fernando Solano C.

Bernal Aragón B.

No. 796-92 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y treinta minutos del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos.

**CONSIDERANDO:**

UNICO: Que en el fallo número 88-92, dictado por esta Sala a las once horas del diecisiete de enero del año en curso, se consignó, con evidente error material, que la declaratoria de inconstitucionalidad, al contrario de lo que se indica en la parte considerativa, lo es de los artículos 40, 41 y 78 del Código Penal, cuando en realidad lo debe ser de los párrafos segundos de los artículos 40 y 41, que dicen, por su orden: "Al delincuente habitual se le aplicará la respectiva medida de seguridad" y "Al delincuente profesional se le aplicará la respectiva medida de seguridad o se agravará la pena, a juicio del juez", y el 78 en la frase en que se dispone: "aumentándola, a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena de que se trate.", procede enmendarlo y corregirlo de tal manera que se lea correctamente, en lo que interesa, así: "Se declaran inconstitucionales y en consecuencia se anulan, los párrafos segundos de los artículos 40 y 41 y la frase del 78 que dice: "aumentándola, a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena de que se trate." Por tanto: En lugar de la frase: "Se declaran inconstitucionales y en consecuencia se anulan, los artículos 40, 41, 78," contenida en el Por Tanto de la sentencia dictada por esta Sala a las once horas del diecisiete de enero del año en curso, debe leerse:"Se declaran inconstitucionales y en consecuencia se anulan, el párrafo segundo del artículo 40 y el párrafo segundo del 41, así como la frase que dice: "aumentándola, a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena de que se trate", contenida en el artículo 78," fallo que queda valedero en todo lo demás.

R. E. Piza E.

Jorge Baudrit G.

Eduardo Sancho G.

Jorge E. Castro B.

José Luis Molina Q

Luis Paulino Mora M.

Fernando Del Castillo R.

No. 1521-92 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y cincuenta y siete minutos del diez de junio de mil novecientos noventa y dos.

Vista la solicitud de aclaración planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, según resolución V-184-A, de las catorce horas cuarenta minutos del veintidós de abril del año en curso.

Redacta el Magistrado Mora Mora; y

**CONSIDERANDO:**

UNICO: Que evidentemente existe un error de cita en la norma autorizante del recurso de revisión, para el caso en que quien lo presenta se encuentre aún cumpliendo una medida de seguridad, según se señaló en el voto número 88-92 de las once horas del diecisiete de enero del año en curso, de esta Sala, pues en lugar del inciso 6) del artículo 490 del Código de Procedimientos Penales, debió citarse el 5), del mismo artículo, lo que motiva que deba ahora corregirse, de manera tal que en la frase: "Quienes hayan sido declarados delincuentes habituales o profesionales y en consecuencia se encuentren sometidos a una medida, tienen derecho a recurrir al recurso de revisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 490 inciso 6o del Código de Procedimientos Penales.", donde dice "6o.", se lea "5o." Por tanto: Por tratarse de un error material, en la frase que dice: "Quienes hayan sido declarados delincuentes habituales o profesionales y en consecuencia se encuentren sometidos a una medida, tienen derecho al recurso de revisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 490 inciso 6o. del Código de Procedimientos Penales.", contenida en la parte resolutive de la sentencia número 88-92 de esta Sala, de las once horas del diecisiete de enero del año en curso, donde dice "6o.", debe leerse correctamente "5o."

Alejandro Rodríguez V.

Jorge Baudrit G.

José Luis Molina Q.

Luis Fernando Solano C.

Hernando Arias G.

Luis Paulino Mora M.

Fernando Del Castillo R.

No. 1910-92 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas y quince minutos del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y dos.

Vista la solicitud de aclaración formulada por la señora Juez de Ejecución de la Pena, a efecto de que se establezca si corresponde al Juzgado a su cargo pronunciarse sobre el mantenimiento, modificación o sustitución de las medidas de seguridad impuestas a imputables y del Licenciado Omar Vargas Rojas, a efecto de que se señale si el plazo de un "mes siguiente a la publicación de este pronunciamiento" que se fija en la sentencia número 88-92 de esta Sala de las once horas del diecisiete de enero del año en curso, corre a partir de la publicación integral del fallo o de su parte dispositiva; si las personas que no soliciten la revisión en el término dicho tendrán que cumplir la pena en su totalidad y si procede la revisión en los casos en que se aplicó la norma declarada inaplicable, ¿por qué causal?

Redacta el Magistrado Mora Mora; y

**CONSIDERANDO:**

**Io.** En el artículo 13 del Código Penal se establece que es al Tribunal competente a quien corresponde modificar una sentencia, cuando la promulgación de una nueva ley, conlleve a una posible aplicación más favorable, en relación con los intereses del condenado. Esta Sala ha estimado que, en casos como el presente, la declaratoria de inconstitucionalidad surte los mismos efectos de la sanción de una nueva legislación y siendo el Juzgado de Ejecución de la Pena al que corresponde mantener, sustituir, modificar o hacer cesar las medidas de seguridad, debe concluirse que es a él a quien corresponde pronunciarse, mediante el procedimiento señalado para la revisión, según lo reglado en los artículos 490 y 518 del Código de Procedimientos Penales en cuanto fueren aplicables, sobre las peticiones de adecuación de la sanción impuesta a la normativa aplicable al caso.

**Ilo.** El término conferido para presentar la solicitud de modificación de la pena impuesta, corre a partir de la publicación integral de la sentencia en el Boletín Judicial, sin que ello impida que el Tribunal que debe conocer del asunto pueda hacer pronunciamiento al respecto, si de la certificación de la parte resolutive del fallo, o de su reseña publicada en La Gaceta, se logran los datos necesarios para que el juzgador realice la señalada adecuación. La situación creada en relación con quienes no formulen solicitud de revisión dentro del plazo conferido deberá ser resuelta en cada caso, por la autoridad correspondiente, pues en ello no existe problema alguno de constitucionalidad sino de aplicación de la legislación común en relación con las reglas de competencia. En el inciso 5 del artículo 490 del Código de Procedimientos Penales se autoriza la procedencia del recurso de revisión cuando: "correspondiere aplicar retroactivamente una ley penal más benigna", situación que la Sala ha estimado se da cuando en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, debe aplicarse al caso otra que resulta más favorable a los intereses del condenado.

**POR TANTO.**

Se aclara el pronunciamiento que interesa en el sentido que: corresponde al Juzgado de Ejecución de la Pena, mediante el procedimiento señalado para la revisión, conocer de las solicitudes de cesación o modificación, de medidas de seguridad planteadas en razón de la declaratoria de inconstitucionalidad de su aplicación en relación con imputables; el término señalado para la solicitud de la revisión en relación con la agravación de la pena que permitía el artículo 78 del Código Penal, corre a partir de la publicación de la sentencia integral en el Boletín Judicial, sin que ello imposibilite que la autoridad a que corresponde conocer del asunto lo haga con base a certificación de la parte resolutive del pronunciamiento, o de la publicación de su reseña en La Gaceta (Diario Oficial), si de ellas se extraen los datos necesarios para resolver el asunto. Que

corresponde a la jurisdicción común resolver sobre la situación de las personas que no solicitaren dentro del plazo señalado la adecuación de la sanción y que la revisión en ese caso procedería en los supuestos del artículo 490 inciso 5. del Código de Procedimientos Penales.

Alejandro Rodríguez V.

R. E. Piza E.

Luis Fernando Solano C.

Jorge Baudrit G.

Luis Paulino Mora M.

Jorge E. Castro B.

Eduardo Sancho G.

### **3. Sentencia que Anulo el Inciso 5 del Artículo 98 del Código Penal**

[Sala Constitucional]<sup>iv</sup>

Voto de mayoría

Consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal de Casación Penal mediante resolución de las diez horas con diez minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y siete, dictada en el expediente 96-000463-365-PE, proceso seguido contra Miriam Soto Díaz, por el delito de tentativa de estafa, respecto del artículo 24 última frase del Código Penal.

#### **RESULTANDO:**

1. Con fundamento en los artículos 8, inciso 1), de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 2, inciso b); 3, 13, 102 y 104 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el despacho consultante solicita a esta Sala que se pronuncie sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 24 última frase del Código Penal en relación con el artículo 98 inciso 5) y 102 inciso b) del mismo, en cuanto establece que en caso de tentativa inidónea se ha de imponer una medida de seguridad. Estiman que podría vulnerar lo establecido en los artículos 28 y 39 de la Constitución Política. El primer aspecto que cuestiona el Tribunal surge con respecto a la compatibilidad con el artículo 39 de la Constitución Política que establece el principio de culpabilidad, fundamentalmente porque existe un antecedente constitucional en donde varias medidas de seguridad que se aplicaban a imputables fueron declaradas inconstitucionales mediante sentencia número 0088-92. Por otra parte, señala el Tribunal consultante que tiene dudas sobre si la reacción estatal frente a la tentativa inidónea o delito imposible quebranta el principio de lesividad, por cuanto no se produce ningún daño al bien jurídico tutelado por la norma y tampoco corre peligro alguno. Considera que podría existir violación al principio fundamental de un Estado de Derecho, que dice que el Derecho Penal está destinado a la protección de bienes jurídicos, siendo que para que el Estado pueda reaccionar a

través del Derecho Penal debe existir un bien jurídico a tutelar que tenga un substrato real y por otro lado debe existir una lesión o puesta en peligro de ese bien. Por último, el Tribunal consultante señala que tiene dudas sobre si la reacción estatal frente a la tentativa inidónea o delito imposible quebranta el principio de legalidad. Se ha dicho que no puede hablarse de que la conducta de autor de la tentativa inidónea corresponda a actos de ejecución del delito, puesto que por principio no puede empezar a ejecutarse algo que es imposible de ser llevado a cabo, desde esta perspectiva la sanción del delito imposible implicaría la sanción de una conducta atípica y con ello se violentaría el principio de legalidad que contempla el artículo 39 de la Constitución Política.

2. Mediante resolución de las diez horas con veintiocho minutos del dos de diciembre de mil novecientos noventa y siete, la Sala dio curso a la consulta, confiriendo audiencia a la Procuraduría General de la República, quien al rendir su informe manifestó: Con relación al primer aspecto, considera que evidentemente la sanción contenida en el párrafo final del artículo 24 del Código Penal no se aviene a los lineamientos que el constituyente le otorgó al principio de culpabilidad prescrito en el artículo 39, que impide la circunstancia de castigar una conducta en que no se demuestre la culpabilidad, convirtiéndose en un límite a la reacción estatal e impidiendo su punibilidad a través de criterios de peligrosidad del autor. La aplicación de una medida de seguridad como sanción ante un delito imposible, tiene los mismos supuestos por los que la Sala Constitucional declaró inconstitucionales una serie de medidas de seguridad que se encontraban previstas para ser aplicadas a sujetos imputables, dejando a salvo sólo los casos en que dichas medidas se deben aplicar a autores catalogados como inimputables, por encontrarse cobijadas bajo otros principios; por tanto deviene igualmente contraria al principio de culpabilidad y por ende, inconstitucional. Con relación al segundo aspecto, señala que la lesividad se produce sólo cuando se afecta o se pone en peligro un bien jurídico de los tutelados penalmente por el ordenamiento jurídico y se constituye en un requisito sine qua non del poder sancionatorio del Estado en materia penal. En tal tesitura, tenemos que las conductas que no produzcan el efecto anteriormente señalado en relación al bien jurídico tutelado, estarían fuera del control jurisdiccional, y la aplicación de sanciones a estas situaciones, no tendría otro fundamento que la peligrosidad del autor de la misma, por lo que se caería en un derecho penal de autor. Al igual que sucedió con el dimensionamiento del significado del concepto de "culpabilidad" establecido en el artículo 39 constitucional, mediante la resolución 0088-92 de la Sala Constitucional, se podría decir de lo prescrito en el artículo 28 de la Carta Fundamental, en el sentido de que el constituyente, desde la misma promulgación de la Constitución Política de mil novecientos cuarenta y nueve, optó por dejar patente en dicho numeral tres valores fundamentales del Estado Democrático de Derecho, a saber, el principio de libertad, el principio de reserva de ley y el sistema de libertad. En esa tesitura, resulta válido

afirmar -para nuestros intereses- que el principio o sistema de libertad (conocido dentro de la dogmática penal como el principio de lesividad), se comporta como límite del poder sancionatorio estatal. En el caso del delito imposible, el bien jurídico tutelado no sufre ningún tipo de lesión y ni siquiera es puesto en peligro como consecuencia de la actividad del autor, debido a que desde el momento en que se da inicio a los primeros actos de ejecución, la inidoneidad -ya sea del medio o del objeto- hace que el resultado querido por el autor o consumación del delito resulten de imposible realización, por lo que no debe aplicarse sanción alguna a la conducta. Con relación al último aspecto planteado por el Tribunal consultante, la Procuraduría considera que el principio de legalidad se ve quebrantado en el momento en que se sancionan conductas que no encuadran en alguno de los tipos penales que se encuentren establecidos previamente en el ordenamiento jurídico, y para que se diga que se produce una adecuación de los hechos al tipo penal, deben de cumplirse con todos y cada uno de los elementos que constituyen el mismo. En el llamado "delito imposible", por la inidoneidad que se da en los medios utilizados o en el objeto en que recae la acción que lo caracteriza, el tipo penal que se considera transgredido queda incompleto y por tanto, la conducta deviene atípica. En este tanto, y desde la perspectiva del principio de legalidad, una conducta que se determine que constituye un delito imposible, no podría ser objeto de sanción penal, pues se lesionaría el principio de legalidad.

3. El artículo 106 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a la Sala para evacuar la consulta en cualquier momento, cuando considere que está suficientemente contestada mediante la simple remisión de su jurisprudencia y precedentes.

4. En los procedimientos se cumplieron las formalidades establecidas por ley.

Redacta el magistrado **Mora Mora**; y,

#### **CONSIDERANDO:**

**I. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA IMPOSICION DE UNA MEDIDA DE SEGURIDAD AL AUTOR DE UNA TENTATIVA INIDONEA O DELITO IMPOSIBLE:** En primer término, el Tribunal consultante refiere que tiene dudas en cuanto a la constitucionalidad del numeral 24 in fine en relación con los artículos 98 inciso 5) y 102 inciso b) del Código Penal, por cuanto el mismo prevé la imposición de una medida de seguridad para los casos en que fuere absolutamente imposible la consumación del delito, con lo cual se estaría violando el artículo 39 de la Constitución Política que establece el principio de culpabilidad.- Con relación a este aspecto ya esta Sala señaló en la resolución número 88 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos, que resulta inconstitucional la imposición de medidas de seguridad a imputables, por

vulnerar el principio de culpabilidad que constituye uno de los límites del Estado en la reacción punitiva. Así, se señaló:

*"...existe marcada aceptación en la doctrina para tener como fundamento de la pena a la culpabilidad, mientras que las medidas lo hacen en la peligrosidad. La culpabilidad permite una función garantista a la pena, pues limita al Estado en cuanto a la reacción por la comisión de un hecho delictivo, al tanto de culpabilidad, mientras que la peligrosidad no puede cumplir ese cometido, dado que para "superarla" se necesita someter al sujeto a un "tratamiento" o intervención por tiempo indeterminado; la gravedad del hecho, la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpabilidad demostrado en la comisión del hecho, pierden importancia como circunstancias a tomar en consideración para fijar el tanto de la reacción penal, así bien puede ser posible que por la participación en un mismo hecho delictivo, la duración de la intervención o reacción estatal en relación con los sujetos activos, sea marcadamente diferente, pues se "comprueba" en ellos, diversos grados de peligrosidad.... en relación con las garantías ciudadanas -el artículo 39 se ubica en ellas- debe ser tenido como básico -en esas garantías se establecen mínimos-, pues sirve de límite y control al poder del Estado -en el caso concreto al poder penal-, que por esencia debe ser limitado. El derecho penal de culpabilidad, como ya se adelantó, pretende que la responsabilidad penal -como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo (por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. El desconocerle el derecho a cada ser humano de elegir como ser -ateniéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que no pueden elegir, el ser como son, es ignorar la realidad social y humana y principios básicos de libertad. Si la sanción penal, se relaciona con el grado de culpa con que el sujeto actuó, esos principios básicos se reconocen, pues la pena resulta consecuencia del hecho cometido y se relaciona directamente con él para la fijación del tanto de pena a cumplir, funciona en el caso la culpabilidad como un condicionante de la pena, pero al mismo tiempo sirve para hacerla proporcional al hecho cometido, a la afectación del bien jurídico que se dió con la acción atribuida al sujeto activo del ilícito... Si al disponer el señalado artículo 39 constitucional que: "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad" el constituyente optó por un derecho penal de culpabilidad, la pena debe necesariamente estar limitada, entre otras circunstancias, por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo y en tal razón cualquier principio que pretenda desconocer ese límite deviene en inconstitucional... al establecerse la culpabilidad como una circunstancia a tomar en consideración para fijar la responsabilidad penal, también ella incide en el tanto de pena a imponer, dentro de los extremos fijados previamente por el*

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

*"ARTICULO 40. Será declarado delincuente habitual quien después de haber sido condenado en el país o en el extranjero por dos o más delitos dolosos, cometiere otro y se demostrare su inclinación a delinquir. No se tomarán en cuenta para la declaración de habitualidad los delitos políticos o fiscales.*

*Al delincuente habitual se le aplicará la respectiva medida de seguridad."*

*"ARTICULO 41. Será declarado delincuente profesional quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir.*

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

*"ARTICULO 78. Al reincidente se le aplicará la sanción correspondiente al último hecho cometido, aumentándola, a juicio del juez, sin que pueda pasar de máximo fijado por este Código a la pena de que se trate"*

*"ARTICULO 98. Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:*

- 1) Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad;*
- 2) Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpe la ejecución de la pena que le fue impuesta;*
- 3) Cuando se trate de un delincuente habitual o profesional;*
- 4) Cuando cumplida la pena, el Juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo;*
- 5) Cuando quien cometa un delito imposible fuere declarado autor del hecho;*
- 6) Cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo; y*
- 7) En los demás casos expresamente señalados en este Código."*

*De lo analizado con anterioridad en relación con la culpabilidad y el trato igual para situaciones jurídicas iguales, debe concluirse que las apreciaciones del recurrente son correctas y en tal razón aceptar que las transcritas normas resultan inconstitucionales, en los párrafos señalados en el recurso, por **permitir que se fije una respuesta penal en relación con una persona capaz de ser sujeto de responsabilidad penal, sin tomar en consideración el grado de culpabilidad con que actuó** (el resaltado no es del original) y por permitir se pueda acordar una pena igual a situaciones absolutamente diferentes... Al aceptar la inconstitucionalidad de las señaladas normas se acepta que al disponer el constituyente en el artículo 39 de la Constitución Política que: "A nadie se le hará sufrir pena sino..."..."mediante la necesaria demostración de culpabilidad", dió a ésta, -a la culpabilidad- un marco de influencia relacionado no sólo con la responsabilidad del sujeto activo, sino en cuanto al tanto de pena que debe descontar por el hecho atribuido, la culpabilidad se constituye así en el límite de la pena, dentro de los extremos señalados por el legislador para cada delito en particular..."*

En ese orden de ideas, los artículos 24 última frase, 98 inciso 5) y 102 inciso b) del Código Penal resultan inconstitucionales al prever la imposición de una medida de seguridad a un sujeto imputable, a quien lo que correspondería sería reprocharle la conducta de acuerdo a su culpabilidad en el hecho. Las medidas de seguridad están destinadas, no al tratamiento del delincuente como retribución de acuerdo con la gravedad y culpabilidad de su acción, sino a la peligrosidad social que represente. El surgimiento y razón de ser de las medidas de seguridad previstas para los imputables radica en el concepto de peligrosidad, atendiendo a un derecho penal de autor y tiene como fin la prevención de la comisión de delitos. No atienden a un criterio de culpabilidad por el hecho, sino a la calificación de una persona como "peligrosa", con probabilidad de cometer cualquier delito en el futuro. Históricamente el mayor impulso que se dio a las medidas de seguridad lo fue por la Escuela Positiva o Antropológica del Derecho Penal, que sustituyó la responsabilidad por la peligrosidad y consideró al delito como síntoma de patología psico-somática, que en cuanto tal debe ser tratado y prevenido, más que reprimido, con medidas pedagógicas y terapéuticas dirigidas a neutralizar su etiología.

Esa es la doctrina que se encuentra en la base de la punibilidad de la tentativa inidónea, por cuanto, se considera que si bien la persona no llevó a cabo una conducta adecuada para producir el resultado, sí existió una intención de cometer el delito, con lo cual, el sujeto se torna "peligroso" para el ordenamiento jurídico; lo cual, a todas luces es impropio de un sistema penal que pretende ser respetuoso de las garantías y derechos básicos de las personas.

**II. REACCION ESTATAL ANTE LA TENTATIVA INIDONEA O DELITO IMPOSIBLE. PRINCIPIO DE LESIVIDAD.** Como segundo planteamiento de la consulta, el Tribunal refiere que tiene dudas en cuanto a la constitucionalidad de la punición de la tentativa

inidónea, al considerar que podría lesionar el principio de lesividad, por cuanto con la comisión de dicha conducta no se vulnera el bien jurídico tutelado ni se pone en peligro. Refiere el Tribunal consultante que es reconocido por la doctrina mayoritaria que el Derecho Penal está destinado a la protección de bienes jurídicos y no a la imposición de una determinada moral, por lo que al no lesionar el bien jurídico, la tentativa inidónea no debe penalizarse.- En el considerando anterior se señaló que la imposición de una medida de seguridad al autor de una tentativa inidónea resulta inconstitucional, por cuanto se trata de un imputable a quien el reproche debe formularse de acuerdo a su culpabilidad en el hecho y no de acuerdo a criterios de peligrosidad. El Tribunal consultante también plantea como argumento de la posible inconstitucionalidad de las normas, la vulneración del artículo 28 de la Constitución Política, por violación al principio de lesividad. Con relación a este aspecto, en primer término ha de decirse que es hoy comúnmente admitido que una teoría del delito sólo puede partir del interés de la protección del bien jurídico. Para poder declarar una conducta como delito, no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad. Ello encuentra fundamento en nuestro sistema jurídico en el artículo 28 de la Constitución Política, que establece 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". Ciertamente, la decisión de cuáles bienes jurídicos han de ser tutelados por el Derecho Penal, es una decisión de carácter político criminal; no obstante, dentro de un sistema democrático como el que consagra nuestra Constitución, en donde se pretende realizar el ideal de una sociedad libre e igualitaria, las intromisiones del Derecho Penal, han de ser las estrictamente necesarias y sobre todo, han de atender al principio de proporcionalidad. Lo anterior por cuanto, la existencia del derecho penal, actualmente, implica la existencia de la estructura carcelaria, que apareja la más grave restricción a la libertad humana; libertad, que el Estado debe paradójicamente, debe garantizar y proteger. Esto es, tal restricción, debería ser la mínima imprescindible para hacer efectivas las libertades de los demás ciudadanos. La intervención del Derecho Penal afecta siempre derechos fundamentales de la persona, priva de libertad de hacer o incluso física, y supone una muy grave ingerencia del Estado en la vida y el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Desde ese punto de vista, el bien jurídico tiene una función limitadora trascendental; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de la protección de un bien. En este sentido, esta Sala en la resolución número 6410 de las quince horas doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis señaló:

*"Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia*

tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el "para qué" del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición.

**IV. La necesidad del bien jurídico** como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1° constitucional, que reza: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente"; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho.

V. El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del *ius puniendi* estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525-93 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que:

"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" - Art. 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 dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero".

Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional."

No obstante, si bien es cierto, toda conducta penalizada ha de tener como objetivo la protección de un bien jurídico determinado, el legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales conforme considere se adaptan mejor a los fines que le ha asignado a la pena y al Derecho Penal en general, los cuales, pueden ser no sólo retributivos, sino también preventivos, -ya de prevención general positiva o negativa-, resocializadores, etc.-

Tanto en la tentativa idónea como en la inidónea existe un disvalor de la acción y un ánimo de cometer un hecho punible; el agente utiliza los medios que cree idóneos

para la consumación, cree que sus actos son adecuados para consumir el ilícito y que el objeto es idóneo para la realización del tipo del injusto. Esto es, si se realiza un análisis meramente subjetivo no existe diferencia alguna entre la tentativa idónea e inidónea; sin embargo, mientras en la tentativa idónea los medios utilizados para consumir el delito sí son adecuados, en la tentativa inidónea esos medios no lo son y eso es lo que genera la no producción del resultado querido; en la tentativa inidónea lo que se da es un error de tipo al revés, que recae sobre el elemento intelectual del dolo, en donde el agente cree que el medio empleado es eficiente para la consumación del hecho, pero en realidad no lo es.- Doctrinariamente, dentro del "iter criminis" se ha distinguido entre los actos preparatorios y los actos de ejecución. La tentativa, según lo contempla nuestra legislación en el párrafo primero del artículo 24 del Código Penal, se define a partir del comienzo de los actos de ejecución del delito, dejándose por fuera los actos preparatorios que son impunes. A partir del comienzo de los actos de ejecución del delito, que son aquellos comportamientos dirigidos a poner en práctica los actos preparatorios directamente sobre la persona o bien que se busca destruir o conculcar y que suponen un comienzo de ejecución de la conducta típica correspondiente; el ordenamiento interviene imponiendo una sanción, pese a la no existencia del disvalor del resultado. En criterio de esta Sala el límite de la punibilidad en el marco de un Estado democrático de Derecho se ha de fijar en el comienzo de ejecución del delito. Ello reside en la misma esencia del sistema, la libertad general de acción y la seguridad jurídica. De ahí, que no puedan castigarse ni la mera manifestación externa de la voluntad criminal, ni tampoco, en términos generales los actos preparatorios en los que se expresa la intención contraria a la norma. El límite general de la punibilidad ha de respetar a cada ciudadano la esfera de la libertad que le pertenece, y, por tanto, no puede colocarse hasta que no comienza a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Con relación al fundamento de la punibilidad de la tentativa, no existe una posición unánime en la doctrina. A través del tiempo se han dado diferentes teorías o posiciones, que le asignan un matiz diferente, de acuerdo con la concepción que del delito se posea. Así, en doctrina se habla de las teorías subjetivas, que atienden a la voluntad delictiva o la peligrosidad del autor, se apoyan en un derecho penal de autor, identificando el hecho tentado al consumado, restándole importancia a la amenaza o lesión del bien jurídico como criterio que haya de tenerse en cuenta para distinguir entre uno y otro. En el plano político, esta concepción corresponde a una estructura autoritaria del Estado y a las tesis preventivas de la pena. Dentro de esta corriente se castiga la tentativa inidónea y no se distinguen escalas de punición. Un segundo grupo de teorías, lo constituyen las teorías objetivas para las que cuenta el peligro o la lesión del bien jurídico, inspiradas en el Iluminismo, en donde se atiende a un derecho penal de acto. En éstas, la tentativa se sanciona solo en cuanto trasciende al mundo exterior, plasmándose en actos que encierran un comienzo de ejecución, independientemente de la voluntad criminal manifestada. De ahí surge la necesidad de distinguir los actos de ejecución y

los actos de preparación y castigar sólo los primeros. Para poder conciliar la punición de la tentativa inidónea, con la necesidad de que se produzca un peligro para el bien jurídico tutelado, las teorías objetivas elaboraron una distinción entre imposibilidad absoluta, que se da cuando recae en el objeto o el medio e imposibilidad relativa que se produce cuando son las condiciones en que se desarrolla la especie las que impiden el resultado. En el primero de los casos consideran que el hecho debe quedar impune y en el segundo que sí ha de sancionarse. Por su parte, las teorías mixtas pretenden una simbiosis entre las teorías subjetivas y las objetivas, critican a las primeras porque señalan que la voluntad criminal no brinda un criterio racional seguro, que permita defender y afianzar la seguridad jurídica, y ha conllevado a que históricamente se emplee la peligrosidad criminal como justificación para regímenes violadores de los derechos y libertades fundamentales, al pretender erigirse un derecho penal de la voluntad, que entendía el delito como la lesión insoportable de la moral de un pueblo. Asimismo, se oponen a las teorías objetivas porque consideran que el "peligro" para el bien jurídico es un concepto problemático. La teoría objetivo-subjetiva señala que el castigo de la tentativa se justifica en cuanto el agente realiza conductas socialmente relevantes que buscan el menoscabo de los bienes jurídicos protegidos atendiendo al plan concreto del autor. Por último, para la denominada "teoría de la impresión" lo decisivo para la punibilidad de la tentativa y por ende, el criterio distintivo con los actos de preparación es la voluntad del autor contraria al derecho, no como un fenómeno en sí, sino entendida en su objeto sobre la comunidad. Atiende esta teoría al desarrollo de las teorías de la prevención general de la pena, que legitima la punición de la tentativa inidónea. Se dice que la acción del autor de delito imposible es reprochable por la relevancia social que tiene al iniciar actos intencionalmente dirigidos a la consumación de un delito; y por otro lado, la demostración de la capacidad delictiva del agente, que no consumó el delito por un error (al revés) sobre los medios, objeto o actividad; lo cual, lleva a una afectación, no del bien jurídico, sino de la paz jurídica de la comunidad, que de quedar impune causaría conmoción social. Para saber si los actos son idóneos, el analista debe colocarse en la misma posición que el agente y determinar si en la situación concreta la acción ejecutada fue suficiente para el logro de la consumación de la conducta típica, acorde con el bien jurídico objeto de tutela, si ello no acontece, el juicio emitido tiene que ser negativo y la acción debe ser considerada como inidónea. La inidoneidad puede recaer en los medios, el objeto, el sujeto, ya por razones fácticas, ya por razones jurídicas. Tanto en la tentativa idónea como inidónea importan que el autor haya iniciado la ejecución y en ambos casos existe la particularidad de que el resultado no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad. La diferenciación que se da en algunas legislaciones, al castigar la tentativa idónea con una pena mayor a la tentativa inidónea radica en la consideración que se hace del menor disvalor del resultado que en él se comprueba. El máximo disvalor del resultado lo da la consumación o lesión del bien jurídico.- Nuestro Código Penal en el artículo 24 recepta la teoría objetiva al establecer que si fuere

absolutamente imposible la consumación del delito, no se aplicará la pena correspondiente a la tentativa. Ello, por cuanto la teoría objetiva distingue entre imposibilidad absoluta y relativa. En el primer caso, que es el delito imposible, y al que se refiere el artículo 24 citado, no se da ninguna puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Los casos de inidoneidad relativa, por su parte, no son más que casos de "tentativa" a los que se les aplica el párrafo primero de esa norma. Como en el delito imposible o tentativa absolutamente inidónea no existe ninguna puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sancionarlo, ya con una pena, o con una medida de seguridad, sería violar el principio de ofensividad. De manera que, constituye éste un argumento más para declarar la inconstitucionalidad de las normas consultadas.-

### **III. REACCION ESTATAL ANTE LA TENTATIVA INIDONEA O DELITO IMPOSIBLE.**

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD.** Con relación al tercer argumento formulado por el Tribunal consultante, en el que señala que tiene dudas sobre si la reacción estatal frente a la tentativa inidónea o delito imposible quebranta el principio de legalidad, por cuanto "no puede ejecutarse algo que es imposible de ser llevado a cabo"; considera esta Sala que en el caso del delito imposible, no se está ante un caso de atipicidad, por cuanto, el delito imposible o error de tipo al revés constituye, al igual que la tentativa idónea, un dispositivo amplificador del tipo que a juicio de este Tribunal no resulta inconstitucional. De hecho, figuras como la participación, la tentativa, la acción por omisión, son comportamientos que no están comprendidos en los tipos penales de la parte especial del Código; sino, que el legislador las prevé en la parte general, refiriéndolas a todas las hipótesis delictivas, introduciendo así un mecanismo o dispositivo que permite ampliar el radio de acción o el alcance de los diversos supuestos de hecho. De esa forma, los dispositivos amplificadores del tipo permiten cubrir o extender la punición a tales manifestaciones del quehacer humano, sin violentar el principio de tipicidad ni de legalidad, pues las conductas sí se encuentran descritas en la ley. Si bien es cierto, para una parte de la doctrina, la inexistencia o inidoneidad del objeto, medio, etc. determina la ausencia de tipicidad del comportamiento; tanto la tentativa idónea como inidónea constituyen formas imperfectas de ejecución a las que se les extiende la amenaza de la pena prevista para los tipos delictivos consumados. En ambos casos sí se da un comienzo en los actos de ejecución, pues, si sólo se dieran actos preparatorios, obviamente, se estaría ante supuestos de impunidad absoluta. La misma naturaleza y esencia del delito imposible implica que obviamente el tipo penal no se perfeccione por imposibilidad, de ahí que sería un contrasentido decir que no se puede ejecutar lo imposible. El problema de la reacción penal frente al delito imposible o tentativa absolutamente inidónea es de vulneración al principio de ofensividad -conforme se indicó- y no de violación al principio de legalidad.-

**IV. CONCLUSION:** En definitiva, se declaran inconstitucionales la frase "en tal caso se impondrá una medida de seguridad" contenida en el artículo 24 párrafo segundo del

Código Penal, y los artículos 98 inciso 5) y 102 inciso b) del Código Penal por violación a los artículos 28 y 39 de la Constitución Política. Tal declaratoria tiene efectos retroactivos a la fecha de vigencia de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. En consecuencia, las medidas de seguridad impuestas en aplicación de las normas declaradas inconstitucionales deben ser dadas por terminadas

**POR TANTO:**

Se evacua la consulta formulada en el sentido de que resulta inconstitucional la frase "...en tal caso se impondrá una medida de seguridad" contenida en el párrafo 2) del artículo 24, así como los artículos 98 inciso 5) y 102 inciso b), todos del Código Penal. En consecuencia las medidas de seguridad impuestas en aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, deben ser dadas por terminadas. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial la Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.

Luis Paulino Mora M.

Luis Fernando Solano C.

Ana Virginia Calzada M.

Eduardo Sancho G.

Adrián Vargas B.

Carlos Arguedas R.

Fernando Albertazzi H.

**4. Comunicado de Prensa de la Sala Constitucional sobre el Inciso 6 del Artículo 98 del Código Penal.**

[Sala Constitucional]<sup>v</sup>

Voto de mayoría

En sesión de votación celebrada por la Sala Constitucional el 31 de julio de 2013, se conoció y resolvió la Acción de Inconstitucionalidad tramitada bajo el número de expediente 13-003150-0007-CO, presentada por la Defensoría de los Habitantes contra los artículos 98 inciso 6) y 102 inciso e) del Código Penal.

En sentencia No. 2013-10404 de las 16:00 horas del 31 de julio de 2013, redactada por el Magistrado Rueda y votada de manera unánime (Magistrada Pacheco y Magistrados Armijo, Jinesta, Cruz, Castillo, Rueda y Hernández), la Sala declaró con lugar la acción y ordenó anular el inciso 6) del artículo 98 y el inciso e) del artículo 102 del Código Penal,

únicamente en cuanto incorporan como supuestos para la imposición de medidas de seguridad, la prostitución y el homosexualismo. Las medidas de seguridad se imponen a personas inimputables, por ejemplo quienes padecen algún tipo de enfermedad siquiátrica crónica e irreversible y esto solo según las circunstancias de cada caso en concreto. El hecho de dedicarse a la prostitución o de ser homosexual no implica que se padezca tal condición de inimputable, por lo que al no haber sustento alguno para tal tratamiento diferenciado, este carece de fundamento y deviene, en consecuencia, discriminatorio.

De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensionaron los efectos de este pronunciamiento, en el siguiente sentido:

1- Todas aquellas personas que hubieren descontado una medida de seguridad, por homosexualismo o prostitución, según lo reglado en las normas que ahora se acuerda su inconstitucionalidad, así como aquellos que se encuentren sometidos a una medida por los motivos señalados, pueden plantear el procedimiento de revisión, en los términos establecidos en el artículo 408 y siguientes del Código Procesal Penal.

2- Todas las medidas que se estuvieren cumpliendo y que hayan sido impuestas con fundamento a lo reglado en el artículo 98 inciso 6) y 102 inciso e) del Código Penal, por homosexualismo o prostitución, el Juzgado de Ejecución de la Pena deberá darlas por concluidas.

Los Magistrados Armijo, Jinesta y Hernández suscribieron razones adicionales. Los Magistrado Cruz y Castillo consignaron nota separada.

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

---

<sup>i</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 4573 del cuatro de mayo de 1970. **Código Penal**. Vigente desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 42 de 42 del 24/04/2013. Publicada en: Gaceta N° 257 del 15/11/1970. Alcance: 120 A.

<sup>ii</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 322 de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del once de febrero de mil novecientos noventa y dos. Expediente: 90-000289-0007-CO.

<sup>iii</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 88 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos. Expediente: 92-000088-0007-CO.

<sup>iv</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1588 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Expediente: 97-007418-0007-CO.

<sup>v</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Comunicado de Prensa SC-CP-29-13. San José, 31 de julio de 2013. La Sentencia 10404 del 2013, no se encuentra disponible a la fecha de elaboración del presente informe de investigación, dada su reciente data.