



## EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal General.
Palabras Claves: Causas de Justificación, Ejercicio Legítimo de un Derecho, Cumplimiento de la Ley, Cumplimiento de la Ley.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 17/03/2014.

### Contenido

RESUMEN .....	2
NORMATIVA .....	2
Cumplimiento de la Ley .....	2
DOCTRINA .....	3
Legítimo Ejercicio de Derechos .....	3
Ejercicio Legítimo de un Derecho, Oficio o Rango .....	3
El Actuar en Cumplimiento de un deber o en el Ejercicio de Legítimo de un Derecho, Oficio o Cargo. Especial Consideración a la Obediencia Debida .....	5
JURISPRUDENCIA.....	6
1. El Cumplimiento de la Ley y el Ejercicio Legítimo de un Derecho como Causas de Justificación .....	6
2. Causas de Justificación: Numerus Apertus / Ejercicio Legítimo de un Derecho Basado en Autorizaciones Administrativas .....	11
3. Delito de Instigación Pública, El Ejercicio Legítimo de un Derecho, la Libertad de Expresión y el Resguardo de los Derechos Fundamentales.....	16

4. Comisión de Delitos, Ejercicio de un Derecho y sus Limites .....	18
5. Ejercicio Legítimo de un Derecho y Abuso del Derecho de Defensa .....	20
6. Ejercicio Legítimo de un Derecho como Causa de Justificación en la Apelación de un Acto de Adjudicación .....	24
7. Ejercicio Legítimo de un Derecho, Libertad de Expresión, Control Ciudadano de la Función Pública y Denuncia Falsa.....	27
8. Alcances del Ejercicio Legítimo de un Derecho y los Derechos de Exclusión y Defensa .....	29

## RESUMEN

El presente informe de investigación contiene información sobre el Ejercicio Legítimo de un Derecho como Causa de Justificación ante la Comisión de un Delito, siendo procedente adjuntar el artículo 25 del Código Penal, el cual indica la posibilidad de justificar la comisión de un delito amparado en el legítimo ejercicio de un derecho.

En este sentido la doctrina realiza un análisis de las circunstancias que permean la aplicación de tal instituto jurídico, circunstancias que pueden ser visibles tanto a nivel teórico como práctico y que eventualmente podrían lesionar otros derechos.

Mientras que la jurisprudencia por medio de la resolución de casos prácticos realiza un análisis teórico de tal instituto y lo aplica a los casos prácticos delimitando así su alcance y su relación con otros institutos de derecho procesal y de fondo, tales como: los Derechos de Defensa y Exclusión, la Libertad de Expresión, el Abuso del Derecho y los Derechos Fundamentales.

## NORMATIVA

### **Cumplimiento de la Ley**

[Código Penal]<sup>i</sup>

Artículo 25. **Cumplimiento de la ley.** No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

*(Corregido mediante Fe de Erratas publicada en La Gaceta N° 234 de 24 de noviembre de 1971).*

## DOCTRINA

### Legítimo Ejercicio de Derechos

[Zaffaroni, E.R., Alagia, A. y Slokar, A.]<sup>ii</sup>

[P. 501] Si bien es claro que cuando el funcionario actúa ilícitamente y con dolo, no hay más problemas que los que plantea la legítima defensa en general, existen límites controvertidos respecto de ciertos deberes de injerencia, cuya solución depende de *la amplitud que se le reconozca a derechos fundamentales*, como la integridad física, la libertad ambulatoria, la intimidad, la reserva, etc. Por ello, es preferible tratar estos supuestos como *ejercicios del respectivo derecho*, abarcando tanto los casos en que la agresión ilegítima proviene de un funcionario, como también otros que no presuponen ninguna actuación oficial contraria al deber, como por ejemplo el derecho al aborto terapéutico. Esta enunciación demuestra que su análisis particularizado corresponde a cada uno de los respectivos ámbitos del saber jurídico al que incumbe su análisis (derecho constitucional, procesal, administrativo, etc.), y que la pretensión de resolverlos en sede penal importaría un avance indebido sobre éstos. De allí que el CP se refiera en general al *legítimo ejercicio de su derecho* (art. 34 inc. 4<sup>o</sup>) como una re-

[P. 502] misión a todo el resto del orden jurídico. Si bien la naturaleza última de toda causa de justificación es el ejercicio de un derecho, la específica mención de este género cumple con la sana función de vincular la justificación a todo el orden jurídico.

### Ejercicio Legítimo de un Derecho, Oficio o Rango

[González Cussac, J.L., Matallín Evangelio Á., Orts Berenguer, E. y Roig Torres, M.]<sup>iii</sup>

<b>EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO OFICIO O CARGO</b>	<p>Según el art. 20,7°, está exento de responsabilidad criminal "el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Es una norma abierta, que mediante una remisión normativa abre la justificación a otras fuentes del Derecho distintas del Derecho penal.</li><li>- Como en otras ramas del Ordenamiento (Derecho Administrativo, Derecho civil, Derecho Tributario) se contienen derechos y obligaciones que, ejercitados legítimamente y dentro de ciertas circunstancias, autorizan a sus titulares a realizar conductas típicas, lesionando bienes de terceros, el art. 20,7° CP contiene una cláusula general de justificación.</li><li>- Esto supone que en nuestro ordenamiento jurídico las causas de justificación no conforman un sistema cerrado, sino abierto, puesto que permite acoger en</li></ul>
--	--

- su tenor a cualquier derecho o deber procedente de otras normas jurídicas.
- Las tres eximentes diferentes del art. 20.7, nacen del mismo principio general: quien obra conforme a Derecho nunca puede comportarse antijurídicamente.
  - Todas poseen en común la exigencia de que su ejercicio sea legítimo. Es decir, ha de discurrir por los cauces legales y los medios empleados han de ser jurídicamente idóneos.
- En el ejercicio legítimo de un derecho destaca el de derechos constitucionales (libertad de expresión e información, huelga, manifestación y reunión, asociación); el derecho de corrección de padres y educadores respecto a hijos y alumnos (castigos moderados), o los derechos nacidos del consentimiento del titular del bien jurídico.
  - También cobran importancia los supuestos de ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber nacido del ejercicio de un oficio, como los relativos a la profesión de abogado, médico o periodista (secreto profesional, intromisiones en el honor e intimidad de terceros, determinadas intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos). Así STS 26-10-1995.
  - El cumplimiento de un deber nacido del ejercicio de un cargo público comprende en especial los relativos a la actuación de los agentes de la autoridad.
    - ✓ Pensemos en el agente de policía que practica una detención, o entra en un domicilio, o registra a un sospechoso, y en general todos los casos donde se emplea violencia o coacción con la finalidad de preservar el orden público y en los que pueden producirse privaciones de libertad, de la intimidad, lesiones a la integridad o incluso la muerte de un ciudadano (vid. las SSTS 21-09-1999; 12-12-1996; 18-09-2001; 2-11-2004).
    - ✓ Requisitos respecto del uso de fuerza por parte de la autoridad (STS 27-10-2009):
      - a) que el sujeto activo sea autoridad, funcionario público o agente de la autoridad,
      - b) que tenga competencia para el uso de medios violentos en el ejercicio de sus funciones;
      - c) que la actuación se haya producido dentro del ejercicio de sus funciones,
      - d) ha de ponderarse el riesgo y el deber de intervención en todo tiempo y lugar;

	<p>e) que exista cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa de la víctima;</p> <p>f) que sea necesario el uso de la violencia (necesidad en abstracto), es decir, que sin el empleo de violencia no le hubiera sido posible cumplir con la obligación de su cargo (precisa de un juicio ex ante de ponderación);</p> <p>g) que la violencia o coacción concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad perseguida.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Puede apreciarse la eximente incompleta si falta alguno de los requisitos no esenciales antes descritos (STS 16-01-1998; 15-01-2003; 27-10-2009).</li> </ul>
--	--

### **El Actuar en Cumplimiento de un deber o en el Ejercicio de Legítimo de un Derecho, Oficio o Cargo. Especial Consideración a la Obediencia Debida**

[Muñoz Conde, F. y García Arán, M.]<sup>iv</sup>

[P. 337] La eximente del núm. 7º del art. 20 es quizá la que más claramente tiene el carácter de causa de justificación y, hasta cierto punto, es una declaración superflua, pues igualmente tendría valor justificante aunque no se mencionara expresamente en el catálogo de las eximentes. No cabe, desde luego, mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho, oficio o cargo. Lógicamente, el cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho que se justifica es el que se realiza dentro de los límites legales y conforme a Derecho. Este requisito de la «conformidad a Derecho» del que actúa al amparo de esta eximente, plantea dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del Ordenamiento jurídico. En efecto, para saber cuándo un médico, un funcionario, un policía, etc., actúan dentro de sus respectivas competencias o atribuciones jurídicas, es necesario conocer cuál es el contenido de la regulación jurídica (administrativa, laboral, etc.) que rige dicha actuación. La cuestión tiene trascendencia porque

[P. 338] no siempre esta regulación jurídica extrapenal es suficientemente clara o, incluso, puede ser contraria a los principios informadores de las causas de justificación. Una reglamentación administrativa no puede justificar abusos de poder o arbitrariedades de las autoridades. Sin embargo, sucede esto muchas veces cuando, por medio de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas que dejan amplio espacio a la discrecionalidad, se deja al arbitrio de la autoridad la decisión para valorar los presupuestos objetivos o los límites jurídicos de su actuación.

Ante esta situación conviene recordar que, por encima de cualquier regulación concreta, están los principios generales de las causas de justificación que, aunque en la configuración legal de esta eximente no se citan expresamente, siguen teniendo indudable vigencia...

## JURISPRUDENCIA

### 1. El Cumplimiento de la Ley y el Ejercicio Legítimo de un Derecho como Causas de Justificación

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

Voto de mayoría:

“II. [...] Si bien el *ad quem* no resolvió todos los argumentos incoados por la parte querellante, contenidos en el primer motivo de su recurso de apelación, visible a folios del 164 al 188, esta falencia en la fundamentación no es de tal magnitud ni esencialidad como para anular el fallo impugnado. Aún si, mediante la inclusión hipotética se analizaran dichas inconformidades, ello no variaría la conclusión a la que arribó el Tribunal de Juicio en el sentido de que las conductas de los querellados se encontraban debidamente justificadas, pues cumplían con su deber como miembros de la Junta Directiva del Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas, de ahí que el reclamo carece de agravio. El *a quo* sí tuvo por acreditado que las acusaciones contra el querellante realmente existieron, inclusive los querellados reconocieron que difundieron los juicios de valor por medio de correos electrónicos. A ellos los encartados A, I y J, se les atribuyeron el delito de injurias, contemplado en el artículo 145 del Código Penal, que literalmente apunta: *“Será reprimido con diez a cincuenta días multa el que ofendiere de palabra o de hecho en su dignidad o decoro, a una persona, sea en su presencia, sea por medio de una comunicación dirigida a ella. La pena será de quince a setenta y cinco días multa si la ofensa fuere inferida en público.”*. El bien jurídico tutelado corresponde al *“honor”*, el cual se define por el diccionario de la Real Academia Española, en su página web, como: *“Dignidad. Calidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo.”* ( <http://lema.rae.es/drae/?val=honor> ). Mientras que en doctrina se ha dicho en sentido más amplio que: *“...honor subjetivo y honor objetivo. “El primero (...) es el sentimiento de la propia persona, en su consideración personal, la inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí mismo y el segundo es la trascendencia o exteriorización, representado por la estimativa que los demás hace de nuestra dignidad; ambos se deben complementar y ambos se concretan en la dignidad de las personas”. En otras palabras: autoestima, por una parte, y heteroestima, prestigio o reputación social, por otra...”*. Boix Reig, Javier y otros. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. Editorial Iustel, 2010. Madrid, España, pp. 498. Ahora bien, teniendo claro que el *“honor”*, refiere acerca de la dignidad de la persona, involucrando, tanto la autoestima como la imagen que tiene la sociedad del individuo; se puede determinar que los hechos acreditados en el juicio oral y público, no lograron demostrar que los denunciados hubiesen actuado con ánimo de ofender o con maledicencia en contra del honor del agraviado. En virtud de ello, el *a quo* absolvió a

los endilgados M, C y O, por el delito de injurias, en daño de Ó, que se les atribuyó en la presente causa. Para arribar a dicha decisión, el Tribunal de primera instancia se basó en lo dispuesto por los numerales 25 y 151 *ibídem*. El primero de ellos, expresa literalmente lo siguiente: **“Cumplimiento de la ley. No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.”**, mientras que la segunda norma apunta: **“Exclusión de delito. No son punibles como ofensas al honor los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva cuando debió hacerla, no demuestren un propósito ofensivo.”**. Adicionalmente, con la creación de ambos supuestos, la intención del legislador fue permitir que las acciones que infrinjan el ordenamiento jurídico, y se actúe, al mismo tiempo bajo el cumplimiento de una ley o un derecho, sea ausente de responsabilidad penal, toda vez que dicha circunstancia confiere una *“autorización especial”* o un permiso legal para ejecutar la acción típica. En ese sentido, se constituye en una causal de justificación que excluye totalmente la posibilidad de producir consecuencias jurídicas penales. En el caso en particular, las manifestaciones divulgadas por los querellados quedaron acreditadas en el contradictorio, las cuales fueron parte del derecho de denunciar que les asistió al formar parte de la Junta Directiva del Colegio Profesional de Ciencias Económicas. Estas fueron las expresiones que el querellante consideró lesivas en su honor: **i) “...últimamente las actuaciones de nuestro presidente no han sido las más inteligentes (...) nuestros colegiados están empezando a darse cuenta y no solo eso sino a palpar el desorden, irrespeto, prepotencia y la división que está prevaleciendo en las actuaciones de la junta Directiva de ese órgano colegiado...”; ii) “...lástima, el oro no es oro por su brillo sino por su contenido...”; iii) “...Insisto el oro no solo debe brillar como oro, sino al hacerle las pruebas químicas, resultar ORO. Si no es puro paquete...”; iv) “...Aquí Santiago usted y yo y todos conocemos la cabeza de este órgano colegiado y quien debería llamar a las partes a negociar pero carece de tantas características propias de un líder que no ha podido hacer nada por solucionar esto y más bien continúa cometiendo cada día más errores, pareciera que eso le alimenta su ego de persona y es feliz viendo semejante destrozo de un grupo...”; v) “... estamos ante una mafia de atropellos, se han alterado las actas, no respetan acuerdos de junta y está firmando el tesorero que se quitó con mayoría de votos, sacaron a las suplentes, se han contratado personas amigas del presidente en el colegio que su desempeño no es nada bueno o su transparencia ha estado en duda, irrespetos, gritos, machismos, uso de dineros del colegio, meterse con empleadas del colegio o sea la planilla, se perdonan dineros que se le adeudan al colegio a cambio de cualquier cosa...”; vi) “...YA ESTA BUENO DE TANTA BASURA POR PARTE DE O (...) O LO QUE USTED ESTAHACIENDO NO SE VALE, CUENTECON ESO, BASTA DE TANTA BASURA DE SU PARTE (...) DESGRACIADAMENTE YO ME EQUIVOQUE CON USTED PORQUE EL O QUE USTED SE ENCARGO DE DEMOSTRARME A MI DESDE LA PRIMERA VEZ QUE LO CONOCI EN**

COOPEBAMPO Y ESTOY SEGURA NO LO HA OLVIDADO NUNCA FUE EL QUE ES AHORA. PERO LO MAS TRISTE DE ESTA HISTORIA FUE DARME CUENTA DE QUE HABIA DEPOSITADO MI CONFIANZA EN UNA PERSONA TOTALMENTE FALSA..."; vii) "...Me preocupa-Como dijo ayer el "O" que la junta aprobó lo de la propuesta de compra de lotes, perdón pero no fue la junta fueron 4 personas, aprobaron algo que no saben o mejor dicho quizás si saben muy bien, jajaja, pero nosotros desconocemos como usted, todas las justificaciones y estudios realizados, más aun se ha pagado más de 13.5 millones a los señores abogados (...) Claro adicionalmente dentro de los 22.6 millones que se les ha pagado en dos meses plazos, pues así quien no! Es abogado y hace todo lo posible por complacer a sus "jefes" que le retribuyen tan bien su "lealtad". Señor fiscal como dirigente y colegiada, estas y muchas más cosas me preocupan altamente, sobre todo que se deje decir "que la junta aprobó x cosa, cuando no es así!..."; viii) "...Hola compañeras, si fui nombrada en las pasadas elecciones, estoy en el puesto de suplente pero vieras que decepción con algunos miembros de dicha junta, empezando por el presidente y otros directivos, eso fue un fraude. Están haciendo estragos en el colegio con el dinero nuestro, de hecho esta denunciado ante el tribunal de honor por mi persona y 3 miembros más de la junta, antes de las nuevas elecciones esperamos tener el informe (...) Así las cosas, más bien mis amigas la idea es rescatar el colegio de estos señores que están regalando la plata nuestra..."; ix) "... el actual Presidente se llegó a servir del colegio en vez de ser al contrario y ser él quien llegará a servir. (...) Necesitamos circular y evidenciar lo que está pasando, claro está con pruebas y las cuales las tenemos... Y en el Tribunal de honor y en Fiscalía están los expedientes con las pruebas de todo, a disposición de cualquier colegiado..."; x) "...La verdad yo como miembro Suplente de la Junta y Colegiada, me siento engañada y muy decepcionada de todo, estos señores solo han buscado (4) servirse a manos llenas del colegio (...) Además de ser miembro suplente de esta Junta Directiva del Colegio y en la que fui echada por el Presidente desde el pasado 05 de noviembre; debido a que, con tres miembros de Junta más empezamos una dura lucha dentro de la Junta Directiva y a desenmascarar irregularidades que estaban sucediendo con otros miembros, donde el Presidente y sus "ecuaces" tienen lastimosamente mayoría, y como colegiada y empleada pública, son cosas delicadas las que hemos visto y que no hemos podido callar, costándonos el puesto en Junta y el que nos hayan echado, de paso, potestad que no le compete al Presidente..."; xi) "...siendo que de alguna manera nos da pena y vergüenza, ya que somos parte del equipo de trabajo político que llevó a O a las posiciones que ostenta hoy, y la verdad como dicen las compañeras, nos sentimos engañadas y burladas de lo que esperamos de O, no solo como persona sino como "profesional", ya que las acciones que hoy aplica están muy lejos de las cosas que creíamos fuesen..."; xii) "...que ha sido testigo de los múltiples atropellos que han sufrido nuestras compañeras por el simple hecho de ser mujeres pensantes y que no se han dejado someter a un patriarca que simplemente las quería utilizar para dar una imagen pero cuando ellas se mostraron independientes de pensamiento, simplemente

han sido aplastadas por una maquinaria que busca silenciarlas, todo ha pasado de lo sutil a los hechos como gritarles, negarles la palabra, eliminarles los cargos en las comisiones en la cuales estaban desarrollando excelentes labores... He leído algunas de sus muestras de apoyo pero a la distancia se puede hacer mucho como revocar el cargo a un déspota, se puede hacer mucho como convocar a asamblea para la rendición de cuentas, se puede hacer mucho como desconocer un mandato de alguien que irrespeto los derechos humanos..."; **xiii)** "...por favor sea más serio usted es el presidente, aun así Ud. quiere ganar el respeto de los demás y por favor de la cara no sea tan cobarde enviando a funcionarios a excusarlo, eso es patético..." (cfr. folio 124 vto.)y, **xiv)** "...Aprovecho para enviar una humilde sugerencia retomando sus palabras de proyectar una imagen de equipo de trabajo es que los mensajes dirigidos a los colegiados sean firmados como: Atte. Junta Directiva CPCECR, ya por comentarios de muchos colegiados se está proyectando una imagen megalómana. La sugerencia anterior la hago sin ningún ánimo de ofender..." (lo que se subraya no pertenece al original) (cfr. folios 121 fte. y vto. a 125 fte.). De las anteriores manifestaciones destacadas y subrayadas, se desprende con total claridad que las mismas –contrario a lo que estima el agraviado- no se dirigían simplemente a lesionar su honor sino a denunciarlo públicamente ante los demás miembros de la Junta Directiva o advertir a la comunidad del ámbito profesional de las Ciencias Económicas, acerca de las situaciones anómalas en ocasión del cargo que ostentaba el querellante O como presidente de dicho Colegio profesional. Así lo plasmó en su análisis, el Tribunal de segunda instancia al decir: "...debe tomarse en cuenta que la conclusión esencial del Tribunal de mérito es que los imputados, como miembros de la Junta Directiva del Colegio de Profesionales de Ciencias Económicas, actuaron amparados al ejercicio legítimo de un derecho, conforme se regula en los artículos 25 y 151 del Código Penal (...) En el ejercicio de dicha función surgieron desavenencias entre los acusados y el actor penal, por la forma en que manejaba los asuntos de Junta Directiva, por el mal trato hacia los compañeros y algunos problemas de manejos indebidos de los bienes del Colegio. En este sentido I señala que pusieron en conocimiento del Tribunal de Honor del Colegio, las siguientes anomalías, atribuidas al señor O: a) la condonación de deudas de Fodesi, esto porque la Junta Directiva no tiene potestad de condonar deudas; b) la condonación de deuda al centro ejecutivo que alquilaba el restaurante; c) que el Presidente y otros integrantes de la Junta Directiva salieron de gatas de borrachos; d) el viaje a Puntarenas; e) que se facilitó el auditorio para fines políticos, concretamente para el proceso de elección del Alcalde de Montes de Oca; f) alteración de actas de Junta Directiva; g) un problema por una patente; h) la decisión de destruir, cinco días después las grabaciones de sesiones de Junta Directiva; i) que no respetaba los acuerdos de Junta Directiva; j) pagos excesivos para estudios registrales relativos a las compras de unos terrenos que no reunían los requerimientos propios del Colegio. Como se analiza en la sentencia, a través de una correcta valoración de la prueba, todas estas anomalías llevaron, finalmente, a la destitución del querellante como

*Presidente de la Junta Directiva. En síntesis, contrario a lo que se afirma en el recurso, no es que los imputados pretendieran ofender el honor del querellante, sino denunciar una serie de aspectos contrarios a los deberes de un Presidente de Junta directiva de una institución tan importante para el país...*" (cfr. folios 227 a 228). Y para arribar a dicha conclusión fue relevante la prueba de descargo, la cual le permitió concluir *a quo* que las supuestas injurias no eran afirmaciones falsas, sino por el contrario; verdaderas, las cuales involucraban un interés público al ser el Colegio Profesional un ente menor de la Administración (artículo 1 y 3 de la Ley General de la Administración Pública). [...] En razón de lo anterior, las informaciones difundidas fueron veraces y emitidas por los encartados sin que sus intenciones fueran exclusivamente con *animus injuriandi* en daño del afectado, por lo que no podrían valorarse como elementos negativos que permitan establecer un simple deseo de ofender el honor de la víctima. El análisis de la imputación injuriosa no debe limitarse al aspecto lingüístico, sino al contextual y a los propósitos y tendencias que la inspiran (elemento especial subjetivo). Así las cosas, el fundamento de la sentencia que absuelve a los justiciables resulta consecuente con las razones expresadas por el *a quo* en torno a la falta de responsabilidad penal en los querellados, por la ilicitud acusada. Es por lo anteriormente expuesto que, a pesar de que el Tribunal de Apelación omitió referirse a lo que resolvió el *a quo* en relación a la "prueba de la verdad" –por resultar innecesario–, la cual se encuentra contemplada en el ordinal 149 del Código Penal, y cuyo texto afirma: "El autor de injuria o de difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y ésta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia. Sin embargo, el acusado sólo podrá probar la verdad de la imputación: 1) Si la imputación se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual; y 2) Si el querellante pidiere la prueba de la imputación contra él dirigida, siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas. El autor de calumnia y de difamación calumniosa podrá probar la verdad del hecho imputado, salvo que se trate de delitos de acción o de instancia privada y que éstas no hayan sido promovidas por su titular.". De donde se colige que dicha norma se encuentra íntimamente relacionada con lo dispuesto por los numerales 25 y 151 de la misma ley, al contener en común, el deseo de emitir manifestaciones por un deber o bajo un interés público actual. La carga de la prueba le corresponde aportarla a los acusados y ésta debe demostrar de manera indubitable tres extremos, claramente definidos: **i)** la existencia de un interés público que amerite su propalación; **ii)** las afirmaciones deben ser verdaderas, **iii)** no deben ser dichas por un puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia. En este asunto efectivamente, era admisible aplicar la figura de la prueba de la verdad por las razones que motivaron a los querellados a realizar sus denuncias. Con respecto a ello, esta sede casacional ha indicado: "En principio, debe partirse de la premisa de que la verdad de las afirmaciones injuriosas o difamatorias carece de relevancia a los fines de descartar la configuración de tales ilícitos, con la excepción de la prueba de la verdad cuando existe

*un interés público actual que movió a realizar las afirmaciones y se demuestra que éstas no fueron hechas “por puro espíritu de maledicencia”. Las excepciones que cobija la prueba de la verdad, llevan a considerar conforme al ordenamiento jurídico aquellas manifestaciones objetivamente lesivas del honor, pero verdaderas y hechas por la defensa de un interés público actual y sin “espíritu de maledicencia” o deseo de ofender, lo que no ocurre con la calumnia, en que la falsedad de la atribución es un requisito objetivo del tipo y, en consecuencia, debe demostrarse o, a la inversa, puede probarse su verdad y la acción sería, en consecuencia, atípica. Así, nadie está autorizado a ofender o difamar a otro, por más verdaderas que sean las atribuciones que en el insulto o en la propalación de conceptos idóneos para afectar la reputación se hagan. La excepción a ello se presenta cuando media un interés público actual, que justifica –es decir, elimina la antijuridicidad de la conducta- la conducta injuriente o difamatoria si se prueba además, que las afirmaciones hechas y lesivas del honor, son verdaderas. Entonces, en primer lugar hay que establecer la existencia de un interés público actual y luego, permitir la prueba de la verdad de las afirmaciones, como segundo paso para, por último, descartar que aún a pesar de la verdad de las afirmaciones, éstas no hayan sido hechas “por puro espíritu de maledicencia”. Si se prueba la verdad pero se acredita el espíritu de ofender, la conducta sería típica, antijurídica y culpable.” (Sentencia No. 2007-0662, de las 09:20 horas, del 22 de junio de 2007). En razón de la causal de justificación contemplada en el numeral 25 del Código Penal, el cual justifica el actuar de los querellados por el ejercicio legal de un derecho como lo es, el de denunciar, y subsidiariamente, al alegarse la prueba de la verdad, la imputación injuriosa pierde todo sustento jurídico y procedencia, ya que su núcleo central, lejos de alcanzarse se desvirtuó por completo; es que se declara sin lugar el reproche.”*

## **2. Causas de Justificación: Numerus Apertus / Ejercicio Legítimo de un Derecho Basado en Autorizaciones Administrativas**

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]<sup>vi</sup>

Voto de mayoría

“I. La licenciada Marybeth Chinchilla Céspedes, fiscal del Ministerio Público, en su recurso de apelación, cuestiona el sobreseimiento definitivo que se dictó en este caso, porque considera que hubo una errónea interpretación del contenido del delito que sanciona el artículo 88 de la Ley de Armas y Explosivos. En tal sentido, explica que el acusado llevaba consigo un arma de fuego y en el debate explicó que esto lo hizo porque iba a tomarse las huellas dactilares, a fin de completar los trámites para obtener el permiso de portación de armas. Según considera la recurrente, el hecho de que al acusado le hubieran dicho que debía traer el arma de fuego, no podía considerarse como un error de tipo vencible que, por tal razón, excluyera el dolo. Por

lo anterior, solicita se declare con lugar el recurso y se anule la resolución respectiva ordenándose el reenvío para nueva sustanciación. Ofrece como pruebas las constancias del proceso y los documentos que se aportaron con la acusación. No hubo pronunciamiento de la defensa.

**II. Por las razones que se dirán, se declara sin lugar el recurso.** Llama la atención de esta Cámara de Apelación que, en otra oportunidad, pero con igual recurrente, este Tribunal tuvo ocasión de referirse a un caso similar al actual, en el que se discutía si un sujeto que lleva consigo un arma de fuego, porque está haciendo los trámites para obtener los permisos puede ser sancionado penalmente y si, es un caso en que estén presentes o no, todos los estratos de la Teoría del Delito. Fue así como, en el pronunciamiento N° 2013-857 de las 11:15 horas del 26 de abril de 2013, ampliamente se explicó cuál debía ser la consecuencia jurídica de que se demuestre que la persona porta un arma de fuego porque estaba presentándose a las oficinas respectivas para iniciar los trámites de inscripción del bien y del permiso para portar el arma. Concretamente, para lo que interesa en este caso, en ese voto se indicó lo siguiente: *"En este caso, de los hechos acusados, referidos por el encartado y hasta acreditados por el mismo juez de instancia, se infiere que **el encartado sabía que portaba un arma y que no tenía permiso para hacerlo y, sea cual fuera la razón de esa portación, que para estos efectos no interesa, quería portarla.** Portar un arma sin permiso es lo que está descrito en la Ley de Armas, por lo que, además de la subjetiva se da la tipicidad objetiva. Ergo hay dolo y no hay ningún error de tipo. También se da la antijuridicidad formal porque no hay causas de justificación y la material (o, para quienes siguen esa tesis, la tipicidad conglobante..). porque se está ante un arma que funciona, aunque en ese momento no fuera cargada y el encartado tuviera la habilidad para manipularla, pues esto no autoriza a que se porten sin permiso. Estamos ante un delito de peligro abstracto y no se ha discutido que el arma no funcionara, único supuesto en que sería absolutamente imposible aún una puesta en peligro "abstracta" ... Aunque el encartado tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de sus actos y determinarse conforme a esa comprensión (imputabilidad), lo que ha alegado (de que él llevó el arma, sabiendo que no tenía permiso ... pues así se le pidió que lo hiciera como parte del trámite a seguir...) se enmarca, más bien, **en un error de prohibición directo** creía que no estaba cometiendo delito al proceder de esa forma. Hay que agregar que el mismo es **invencible** pues, como ha indicado, había consultado antes y había efectuado llamadas telefónicas a la entidad reguladora en donde se le indicaron los requisitos a seguir."*

Al igual que en el precedente de cita, sucede que en este proceso, la Jueza de instancia, dictó el sobreseimiento definitivo que aquí se impugna (sentencia oral del 08 de enero de 2013, cámara 14 contador horario de las 10:07:25 a las 11:00:00) porque consideró que con la prueba que se incorporó al proceso (cual fue el parte policial, la denuncia y el Oficio del Departamento de Armas y Explosivos, en que se decía que el

acusado no tenía permiso de portación de arma), no se podía desvirtuar la declaración que rindió el acusado y en la que explicaba que su pretensión era legalizar la tenencia del arma y, para ello, hasta aportó más prueba documental, entre esta la escritura pública en la que había adquirido ese bien, más todos los papeles que llevaba cuando se le detuvo y con los que avalaba su versión de que, ese día, llevaba consigo el arma de fuego porque era parte de todos los trámites necesarios, no solo para inscribirla a su nombre, sino también, para obtener el permiso respectivo de portación. Sin embargo, la razón por la que se dictó dicha resolución (secuencia de las 10:51:38) fue porque la Juzgadora consideró que los hechos, tal y como fueron acusados, resultaban atípicos. Según se relató en la sentencia, no hubo dolo en la actuación del acusado porque, aunque él aceptó portar un arma, no era porque tuviera la intención de hacerlo, aunque sabía que no contaba con el respectivo permiso y, más bien, su intención era para inscribir el arma. Entonces, según se dijo en la resolución oral (secuencia 10:54:46) para cumplir con la tipicidad subjetiva se tenía que tener una intención específica y que, por esto, el acusado no tuvo el dolo requerido para que se configurara el delito de portación ilícita de arma permitida, sino que la llevaba porque le dijeron que debía hacerlo para cumplir con todos los trámites. Es importante, de previo al análisis jurídico, indicar que, probatoriamente, no había ninguna razón para dudar de que los hechos hubieran ocurrido bajo estas circunstancias y no, porque S., portara el arma de fuego con otros fines y hubiera mentido al respecto. Incluso, éste aportó todos los documentos que llevaba el día de su detención, cuando se presentó a las oficinas centrales del Ministerio de Seguridad Pública, y que eran necesarios, tanto para lograr obtener un permiso de portación de armas, como para inscribirla a su nombre. Al igual que como se le dijo a la aquí recurrente en el voto antes reseñado, se llama la atención que, pese a todo el panorama probatorio, la representante del Ministerio Público no solo hubiera llevado a juicio este asunto, sino que insistiera en "invertir" los recursos estatales trayendo su reclamo ante esta sede. Sin embargo, se debe realizar un análisis más profundo respecto a cuáles son las razones jurídicas por las que, en este caso, no hubo un injusto penal. En ese sentido, es necesario hacer una diferencia entre estos hechos y los que se analizaron en el precedente de cita porque, para este caso, el imputado llevaba el arma, sin municiones y empacada, precisamente porque no solo iba a tramitar el permiso de portación de arma, sino que también la llevaba para **inscribirla**. Este último hecho es distinto al que se ha referido en aquel otro caso, en que solo se trataba del permiso de **portación** de arma trámite para el que, hasta donde este Tribunal tiene conocimiento, no existe un respaldo jurídico o alguna disposición legal que obligue a llevar consigo el arma o, al menos, no se indica la normativa (dentro de la gran cantidad de leyes, decretos y directrices que diariamente se emiten en el país) que permita ubicar la norma que le dé soporte a tal práctica. Al no haber norma, entonces, los casos de portación para la obtención de ese permiso se resuelven bajo la existencia de un error de prohibición directo invencible (desde que las autoridades administrativas obligan a esa portación) que excluye la

punibilidad (artículo 35 párrafo primero del Código Penal) por supuesto sin demérito de otros posicionamientos teóricos. Mientras que, para la inscripción del arma de fuego, existe el Reglamento del Ministerio de Seguridad Pública del 26 de julio de 2012, que regula los requisitos para la venta, inscripción, permiso, renovación, portación de armas y explosivos que, expresamente, obliga a que las personas, para inscribir una arma de fuego, la deben presentar descargada y con sus cargadores sin munición. Además, tratándose de una persona física, también se deben tener registradas las huellas dactilares. Fue este último requisito el que no había cumplido el aquí encartado y por el que tuvo que dirigirse a las oficinas respectivas, lugar en que se le detuvo porque llevaba un arma. Ahora bien, la consecuencia jurídica de que exista este reglamento debe analizarse bajo la Teoría del Delito y permite varias consideraciones que generan el cuidadoso análisis de los distintos estratos de dicha teoría. En el presente caso, la Jueza de instancia optó por decir que no hubo tipicidad subjetiva porque, según su criterio, el imputado no actuó con dolo, es decir, no sabía ni quería los elementos objetivos del tipo. Sin embargo, para esta opción habría que analizar cuál fue el delito que se le venía atribuyendo al acusado y que era la figura penal prevista en el numeral 88 de la Ley de Armas y Explosivos vigente que refiere: "*Tenencia y portación ilegal de armas permitidas. Se le impondrá pena de uno a tres meses de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimientos de bien público o utilidad comunitaria, bajo control de sus autoridades, a **quien tenga en su poder armas permitidas por la presente ley que no se encuentren inscritas en el Departamento.** Se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, a **quien porte armas permitidas por esta ley y no cuente con el respectivo permiso.** A quien porte armas permitidas por la presente ley y, habiendo contado con el respectivo permiso en el período anterior, no lo haya renovado dentro de los nueve meses posteriores al vencimiento, se le impondrá pena de uno a tres meses de prestación de trabajo de utilidad pública, en favor de establecimientos de bien público o utilidad comunitaria, bajo control de sus autoridades.*" (el destacado es suplido).

A partir de esa descripción típica, el encartado poseía un arma de fuego en su poder que no estaba inscrita y respecto de la que no contaba con permiso de portación. El agravio de la recurrente pareciera partir de que considera esta figura como un tipo penal formal, que no puede serlo, ya que la transgresión de la norma y del bien jurídico, que necesariamente el tipo objetivo debe llevar aparejado implica que debe existir también antijuridicidad. El tema es, que desde el punto de vista subjetivo, este delito es doloso. El dolo, partiendo de la Teoría del Tipo Complejo, debe ser natural: es un simple saber y querer los elementos objetivos del tipo. En este caso ¿el sujeto sabía que portaba un arma? ¿el sujeto sabía que no estaba inscrita? ¿sabía que carecía de permiso de portación? ¿quería portar el arma pese a no estar inscrita ni tener permiso? Todas estas interrogantes tienen una respuesta positiva para el caso. Entonces, no es un problema de que el imputado no supiera y quisiera llevar un arma

de fuego. Sin embargo, el que lo hiciera para cumplir con los requisitos para obtener los permisos respectivos (de modo que su intención no resulta irrelevante) se debe analizar, pero en otras fases de la Teoría del Delito y no en el nivel de la tipicidad. Ahora bien, en cuanto a la antijuridicidad formal, la doctrina es conteste al señalar que las causas de justificación son extralegales y de *numerus apertus*, es decir, pueden estar en cualquier parte del Ordenamiento Jurídico y no solo en la normativa penal. Entonces, no se agotan en los artículos 25 a 28 del Código Penal. Esto porque privilegian el estado de libertad (numeral 28 constitucional) y parten de que, en virtud del Principio de Plenitud Hermética del Ordenamiento Jurídico (numeral 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) la normativa de un país no puede ser contradictoria y, si lo es, es decir, si se penaliza una conducta que otra parte permite, fomenta u obliga, no hay antijuridicidad formal, es decir, no hay verdadera contradicción con el orden jurídico sino que se da una causa de justificación. Bajo esta tesis, la conducta del encartado estaba amparada en una causa de justificación prevista por el numeral 25 del Código Penal que señala que *"No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho."*

Señala al respecto la doctrina nacional: *"El funcionario que da autorizaciones administrativas no es el titular del bien jurídico, el cual pertenece al Estado o a la comunidad. Pero él tiene la competencia para dar autorizaciones administrativas en casos muy específicos en nombre del Estado (...) La autorización administrativa es causa de justificación cuando una conducta, en sí dañina e indeseada, se justifica en razón de otros intereses preponderantes. En tal caso se habla de una prohibición represiva con reserva de permiso (...) Se fundamentan en el principio justificativo del interés preponderante los permisos de la autoridad que se extienden a acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos pertenecientes a la comunidad, pero que están subordinados a interés mayores. Por ejemplo, en la protección de la seguridad pública se establece la prohibición general de portar armas permitidas, pero esta prohibición se levanta cuando hay autorización legal o hay un permiso extendido..."*(Castillo, Francisco. *Derecho Penal, parte general, tomo II*. Editorial Jurídica-Continental, San José, 2010, págs. 388-391).

Adicionalmente, es claro que no hay violación al bien jurídico (no hay antijuridicidad material) pues su portación, en tales condiciones, no tendía a poner en peligro abstracto la seguridad común sino, por el contrario, buscaba cumplir con la ley al regularizar su situación para estar a Derecho. Entonces, al existir una norma que obliga a que el encartado actúe como lo hizo, no hay contrariedad del Ordenamiento Jurídico a diferencia de casos en que tal disposición no existe y, por error, los funcionarios administrativos exigen ese requisito de forma empírica. Es conveniente resaltar que un caso como el presente (que permitió que la Juzgadora hablara de ausencia de tipicidad subjetiva, en el que este Tribunal resolvió, con anterioridad y bajo un supuesto distinto, que no había culpabilidad por un error de prohibición directo y que ahora se

decide por falta de antijuridicidad) si bien revela una discusión dogmática que, en la práctica, conduce a la misma conclusión (absolutoria), ello no implica que la diferencia del sitio en que se haga el análisis sea irrelevante si, por ejemplo, hay bienes de los que haya que hacer pronunciamiento para comisar (ver los requisitos del numeral 110 del Código Penal para el comiso); si hay partícipes en sentido estricto, etc. que requerirán que haya, o no, injusto penal. Es decir, casos como estos permiten afinar la aplicación de la teoría del delito y sus consecuencias, para hacer algo más que el simple análisis probatorio que es lo propuesto por la Fiscalía. En criterio de esta Cámara sería conveniente que el Ministerio Público analice cuándo y qué perseguir para evitar que asuntos como el presente continúen hasta las últimas fases del proceso. Por todo lo expuesto, lo que procede es declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público.”

### **3. Delito de Instigación Pública, El Ejercicio Legítimo de un Derecho, la Libertad de Expresión y el Resguardo de los Derechos Fundamentales**

[Sala Tercera]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

“I. El Fiscal General de la República formula solicitud de desestimación a favor del denunciado J, por considerar que los hechos que relata el denunciante no configuran una conducta delictiva. Para sustentar su dicho, indica que **“... de la lectura simple del tipo penal de Instigación Pública se denota que cuenta con una serie de requisitos objetivos para su configuración, los cuales no se cumplen en el presente asunto. Así, este injusto exige que el sujeto activo determine la voluntad de un tercero para cometer un delito en específico, lo cual no ocurrió en lo particular con el diputado J (sic). Si bien éste indicó públicamente que los estudiantes debían manifestarse en vía pública para poder contar con el servicio de fotocopiado de obras literarias y contar con una ley que lo respalde, esa manifestación en sí misma que finalmente sí realizaron los estudiantes no es constitutiva de un hecho criminoso, sino una variante de la libertad de expresión con la que cuenta todo costarricense. El encausado nunca incitó ni propició que una o más personas cometieran ilícito alguno que afectara la tranquilidad pública, sino que promovió protestas civiles para admitir el fotocopiado de libros y otros materiales didácticos, lo cual tampoco es sancionado penalmente en nuestro medio. Aunque dichas manifestaciones estudiantiles aparentemente finalizaron en actos de violencia contra terceros y contra la propiedad, lo cierto del caso es que el requerido J (sic) nunca instigó a que se cometiera uno u otro delito en particular, determinando la voluntad de alguno de ellos al respecto. Es de resaltar que este delito contempla un supuesto específico de comisión por instigación que el artículo 46 del Código Penal prevé para cualquier ilícito en general y que, como tal, debe cumplir con los requisitos de ese numeral, sea, que el imputado determine**

*dolosamente a otro a cometer un delito en concreto...el instigador debe determinar la voluntad de un tercero para que ejecute un delito determinado, que en el caso in examine, conforme lo requiere el artículo 273 del Código Penal, sería un delito en perjuicio de la tranquilidad pública, lo cual no ocurrió durante la conducta investigada del diputado J (sic). Se reitera que éste invitó públicamente a los jóvenes costarricenses a defender sus derechos al considerar que la prohibición de fotocopiar les afecta sus estudios. Ello formaría parte más bien del ejercicio del libre derecho de expresión con el que cuenta todo ciudadano, en consonancia por lo tutelado por el ordinal 28 de la Constitución Política: Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley...De lo anterior se colige que no basta la disconformidad de una persona con lo manifestado por otra para que la última haya cometido Instigación Pública, que pareciera ser lo que sucede en la denuncia revisada, sino que forzosamente deben concurrir los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal indicado para que sea una conducta penalmente relevante. El encausado J (sic) únicamente ejerció su derecho de libre expresión, cuyo contenido obviamente no es compartido por el denunciante V, mas su sentido no puede tomarse como violatorio de norma penal alguna..." (cfr. Folios 11 y 12). II. Se dicta desestimación: Una vez examinada la solicitud hecha por el licenciado Jorge Chavarría en su carácter de Fiscal General de la República, esta Sala decide avalar el criterio sostenido en ella. Véase que el denunciante, se siente inconforme con manifestaciones que emitió el diputado J, a través de las cuales llamaba a manifestarse a los jóvenes para que se lograra aprobar una ley que permitiera el fotocopiado con fines educativos. Sin embargo, lleva razón el representante del Ministerio Público, ya que la descripción de la conducta no se ajusta a ningún tipo penal. En primera instancia, como bien lo establece la solicitud hecha ante esta Cámara, el delito de instigación pública contenido en el artículo 280 del Código Penal –antiguo 273-, señala: “Será reprimido con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, el que instigare a otro a cometer un delito determinado que afecte la tranquilidad pública, sin que sea necesario que el hecho se produzca.”. Con la denuncia del licenciado V, no se puede tener por demostrado que el discurso del señor J haya tenido tal fuerza sobre una persona o personas, que provocara una determinación en la realización de un hecho ilícito. Debe agregarse que, aún en el supuesto que existiera tal instigación sobre los manifestantes, no puede obviarse lo indicado por el artículo 25 del Código Penal, en el tanto señala: “No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho”. En el presente asunto, la denuncia reclama que el diputado J llama a los estudiantes a manifestarse sobre el tema del fotocopiado y a exigir la protección del derecho a la educación. Esto no es otra cosa más que el ejercicio de un derecho, lo que debe examinarse con base en lo dispuesto por el Título VII de la Constitución Política y el numeral 28 de la Carta Magna, en el entendido que el llamado que se hace es parte del derecho de expresión que tiene todo ciudadano en este país, máxime que lo*

pedido tiene que ver con un derecho fundamental: la educación. Es por ello que, esta Cámara avala la petición fiscal, considerando que el señor J se encontraba en el pleno ejercicio de su libertad de expresión, el cual iba dirigido a salvaguardar el derecho a la educación. A partir de esta interpretación, no podría configurarse el delito acusado, pues aunque la conducta imputada estuviera comprendida en un tipo penal, la existencia de una causa de justificación eliminaría la antijuridicidad de dichos actos, y, por consiguiente, tampoco se tendría por delictivo tal despliegue. En este tipo de casos, el artículo 282 del Código Procesal Penal señala que *“cuando el hecho denunciado no constituya delito o sea imposible proceder, el Ministerio Público solicitará al tribunal de procedimiento preparatorio, mediante requerimiento fundado, la desestimación de la denuncia...”*. Habiéndose constatado que los hechos denunciados por el licenciado V no configuran delito alguno, se acoge la solicitud formulada por el Fiscal General de la República, decretándose la desestimación de la causa seguida contra el diputado J.”

#### 4. Comisión de Delitos, Ejercicio de un Derecho y sus Limites

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]<sup>viii</sup>  
Voto de mayoría

“II. Se alega la inobservancia del artículo 267 del Código Procesal Penal, en tanto estima el impugnante, que esa norma autoriza a eximir del pago de costas cuando exista razón plausible para litigar, sin embargo, el Tribunal le condena en costas, al estimar que no hubo razón plausible para litigar, en tanto el actor y querellante estaba consciente de las irregularidades que se habían detectado en la administración del cementerio municipal y estaba claro de las investigaciones que se estaban realizando al respecto. Sin embargo, disiente del criterio del juzgador, en tanto al momento en que la querellada hace sus manifestaciones, no se habían concluido las investigaciones, por lo que eran infundadas las aseveraciones hechas. Estima que sí tenía razón plausible para litigar y pide revocar lo resuelto. En el motivo de casación por el fondo, alega la errónea interpretación y aplicación de los artículos 145 y 146 del Código Penal, en tanto se demostró en juicio que la querellada dijo ante el Consejo Municipal frases propias para lesionar su honor y decoro como funcionario público, que constituyen sin duda injurias y difamación conforme fue acusado. El fallo considera erróneamente, que en el actuar de la encartada no había *animus injuriandi* y que se trata de un derecho que tiene todo ciudadano de criticar la actividad de los funcionarios públicos por lo que aplica la causa de justificación prevista en el artículo 151 del Código Penal. La parte recurrente discrepa de la posición del fallo, en tanto si bien todo ciudadano tiene derecho a criticar, en realidad en este caso no está facultado para ofender a los funcionarios, y la tesis sobre el *ánimus* ya ha quedado relegada de la doctrina, como lo sustenta con jurisprudencia de este mismo Tribunal. Considera que no es correcto

considerar que las declaraciones dadas en el Concejo Municipal no tuvieran ánimo ofensivo y por ello se apreció erróneamente la prueba y la normativa. Se declara sin lugar el recurso de casación. A la imputada A, se le atribuye el haber hecho manifestaciones ante el Concejo Municipal de Heredia, con el fin de denunciar la negligencia en el manejo del Cementerio Municipal de esa provincia, que está a cargo del querellante. Este último consideró que los términos utilizados llevaban clara intención de afectar su honor y pidió se condenara por injurias y difamación. Luego de examinar el caso en forma amplia, esta Cámara concuerda con el criterio externado por el Tribunal de Juicio de Heredia, en que los hechos no constituyen delito, por mediar una causa de justificación. Una de las características del sistema democrático es, que el gobierno es "*popular, representativo, participativo, alternativo y responsable*", como lo señala el artículo 9 de la Constitución Política en su última reforma, de manera que los ciudadanos tienen el derecho de participar en la actividad pública en muy diversas formas, entre ellas ejerciendo un control directo sobre la función pública, denunciando los actos que consideren contrarios a la ley y que vulneren el derecho a un servicio público de calidad. Está demostrado en el caso, que la querellante como ciudadana se presentó ante el Concejo Municipal a denunciar los supuestos actos indebidos del querellante, quien era administrador del Cementerio Municipal de Heredia. No hay duda alguna, que los términos utilizados para calificar su función lesionan el honor y dignidad de la persona, en tanto le atribuyen actos negligentes e indebidos, y no otra cosa puede esperarse de quien se queja de un funcionario público, pues esa acción nunca se dirige a alabar el buen trabajo, de manera que tiene razón el querellante cuando indica que esas palabras en sí mismas contienen una dimensión semántica que le daña su imagen y decoro como funcionario público. Igualmente, es evidente que quien denuncia, conoce plenamente que los términos que utiliza tienen una carga negativa que afecta a la persona, pero no hay otra forma de quejarse, que no sea indicando los aspectos negativos que se le recriminan a un funcionario, de manera que sí existió dolo en ese acto. Por ello se ha descalificado el concepto de "*ánimus*" que se utiliza en algunos fallos y en la doctrina. Pero el tema fundamental es, que todo ciudadano tiene el derecho a denunciar y ejercer un control directo sobre la actividad pública, de manera que el artículo 25 del Código Penal señala que "*No delinque quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho*", de manera que eso excluye la comisión del delito que la parte le atribuye a la acusada. El otro aspecto de importancia es, que todo derecho tiene sus límites, de manera que so pretexto de denunciar un hecho no se puede atacar pura y llanamente a una persona, porque ello excede el derecho conferido, y entonces la justicia debe velar por fijar límites adecuados al ejercicio del derecho, sobre todo, para generar un balance, entre el ejercicio del derecho y la dignidad de la persona. Por otro lado, los funcionarios públicos siempre están expuestos al escrutinio de los ciudadanos por sus funciones y deben soportar esa crítica, incluso fuerte o a veces inadecuada, para permitir ese control ciudadano, tal como lo establece la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, en el fallo Herrera Ulloa contra Costa Rica, de julio de 2004. En este tema, este Tribunal ha sido amplio al valorar el ejercicio del derecho, en tanto restringir a la persona que denuncia a decir sólo aquello de que tenga prueba, o privarse de poner en conocimiento algunas cosas de interés público, inhibiría a los ciudadanos a ejercer el control sobre la transparencia en la función pública, tan importante en estos tiempos, y a la postre la amenaza de una demanda podría menguar el derecho constitucional. En ese orden de ideas, la denuncia que la acusada presenta, entra dentro de la categoría del ejercicio del derecho, en tanto se hace ante el órgano municipal de mayor jerarquía y que tiene el deber de velar por la función municipal, y los hechos que atribuye se refieren a situaciones sobre la administración del cementerio y la deficiente función del querellante. Se demostró en juicio que el querellante, desde que formula la querrela conocía plenamente que se estaba investigando su función por supuestas deficiencias o anomalías, de manera que no puede hablarse de que la queja planteada ante el Concejo Municipal era del todo infundada y maledicente como se indica en la demanda, por ello el juzgador estimó que era parte del ejercicio del derecho y no existió delito, al mediar una causa de justificación. Resulta que ante la denuncia planteada, el querellante opta por acusar penalmente a quien le atribuye cargos de negligencia en su actividad, lo cual resulta temerario, si de antemano conocía de las investigaciones en su contra, tal como lo señala el fallo, de ahí que no puede considerarse que haya razón plausible para litigar como se reclama, y por ello, la condena en costas se encuentra ajustada a derecho.”

## **5. Ejercicio Legítimo de un Derecho y Abuso del Derecho de Defensa**

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]<sup>ix</sup>

Voto Salvado

**“5. MOTIVO DE CASACIÓN POR EL FONDO: ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 146 E INOBSERVANCIA DE LOS ARTÍCULOS 25 Y 151 DEL CÓDIGO PENAL.** Considera el querellado que en la sentencia impugnada, el a quo ha tenido por demostrada la existencia de la acción típica antijurídica y culpable descrita en el artículo 146 del Código Penal, así como que a él le fue interpuesta una denuncia ante la Fiscalía del Colegio de Abogados, de la cual fue notificado y emplazado para que se refiriera a la misma, además de tenerse por demostrado el hecho de que el memorial o escrito en el cual constan las manifestaciones desfavorables para el querellante, consiste en la contestación de dicha denuncia, contestación que fue dada en uso de su derecho de defensa, sin tomar en cuenta lo establecido en los artículos 25 y 151 del Código Penal, referidos al de que no delinque quien obra en el ejercicio de un derecho legítimo, y por tanto no es punible el concepto desfavorable expresado en ejerciendo un derecho. **EL RECLAMO NO RESULTA ATENDIBLE:** El artículo 25 del Código Penal regula la causal de justificación de *"Cumplimiento de la Ley"*, estableciendo que: *"No delinque quien*

*obrar en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho".* De ahí, que concurre esta justificación cuando se dan los elementos establecidos en la norma citada, siendo aplicable para este caso el segundo supuesto relativo a quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho. Si bien es cierto, el querellado al consignar las ofensas contra el querellante, lo hizo al contestar la queja que se había presentado en su contra ante la Fiscalía del Colegio de Abogados, por parte de una clienta del querellante y que en uso de su derecho de defensa, en sede administrativa, esas manifestaciones que incluyó en ese escrito que lesionaron el honor del querellante, no eran necesarias para que éste hiciera uso de su derecho de defensa, ya que no tenían nada que ver con la acusación que en esa sede, se había presentado en su contra. (cfr. folios 8 a 19 del principal). La acusación presentada por la clienta del querellante señora X tenía que ver con un dinero que le había pagado ésta al querellado para que fuera su abogado en otro proceso, y luego esta reclamaba la devolución de del mismo, por lo que presentó la queja de la cual se le dio traslado al querellado, quien al contestar no solo se refirió al caso sino también al abogado de ésta, que es el aquí querellante, manifestando que era un mentiroso y falso, que inducía a error a su clienta y que ya en Cartago se sabía quien era él., lo cual permite apreciar que esas manifestaciones no eran necesarias en el uso de la defensa del querellado para que ejerciera ese derecho. La circunstancia de que el querellado se encontraba afrontando una queja ante el Colegio de Abogados, y que podía defenderse de la misma como en efecto lo hizo no lo autorizaba a insultar y desacreditar el honor y reputación de otra persona. El Derecho de Defensa no es absoluto ni puede justificar cualquier actuación del imputado o querellado, por lo que la circunstancia de insultar y ofender como lo hizo el querellado, con esa clara intención, no permite aplicar la eximente que éste alega, pues consignar esos calificativos del querellante no eran necesarios para ejercer su derecho de defensa, y constituyen un exceso en el ejercicio de ese derecho. De ahí, que tampoco sea aplicable al caso que nos ocupa el artículo 151 que señala el impugnante, y que se refiere a la "*exclusion de delito*", con respecto a los delitos contra el honor estableciendo que: "*No son punibles como ofensa al honor los juicios desfavorables de la critica literaria, artística, histórica, científica o profesional, el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva cuando debió hacerla, no demuestren un propósito ofensivo*". En este artículo, es todavía más claro que dicha eximente no es procedente, ya que si del juicio desfavorable realizado que en este caso sería profesional, se establece que se dio un propósito ofensivo, como sucede en este proceso y así se acreditó en la sentencia, criterio que esta juzgadora comparte, no puede alegarse justificación alguna en su proceder, ya que no es el ejercicio de ese derecho lo que requirió de la expresión de ese concepto desfavorable, que resulta ofensivo y que excede el derecho de defensa que aduce el querellado. De conformidad con lo expuesto y normativa citada, se declara sin lugar este motivo de casación presentado por el querellado J. De esta manera por minoría, se resuelve declarar

parcialmente con lugar el **Recurso de Casación** presentado por el Querellado J. Se ordena la nulidad de la Sentencia No. 289-2010 únicamente en cuanto a la condena civil en relación con el daño material, impuesta al querellado y se reenvía al Tribunal de Origen para nueva sustanciación. En los demás aspectos el fallo se mantiene incólume.”

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]x

Voto de mayoría

“**V-** En su cuarto motivo del recurso, se alega ausencia de fundamentación intelectual de la sentencia condenatoria y de la calificación jurídica. Esgrime el recurrente que la sentencia no indica de qué forma tuvo por demostrados los hechos acusados. Agrega que no advierte el juzgador por qué concurren los elementos de los tipos penales, pese a que condena por injurias y difamación, siendo que ambas figuras podrían estar en concurso aparente. Argumenta que el Tribunal dijo que el documento donde se estampan las manifestaciones es público porque a él tienen acceso jueces, fiscales, amanuenses (sic) y todo tipo de burócratas, ignorando que el sumario es secreto en materia penal, por lo que no existe difamación. Solicita la nulidad del fallo y se ordene el reenvío para su nueva sustanciación. **El reclamo se declara con lugar parcialmente.** El Tribunal en su sentencia oral realiza una profunda fundamentación sobre las razones que lo llevaron a tener por demostrados los hechos acusados, así como el por qué tales hechos constituyen los delitos de injurias, calumnias y difamación. En ese sentido, el juzgador parte del contenido del escrito presentado por el querellado ante la Inspección Fiscal visible a folios 8 a 11, el cual es un hecho no controvertido, pues en momento alguno el querellado ha negado haber presentado el mismo. Ahora bien, el Tribunal valora cada uno de los testigos que declararon en el debate, indicando que con la deposición de los testigos R y RR se puede tener por cierto que el querellante en su calidad de Fiscal le preguntó al señor R, defendido del querellado, que cuánto le cobraba su abogado, que por qué razón no lo acompañó a la diligencia de allanamiento, y que debería cambiar de abogado por un defensor público, lo que el juzgador considera impropio de parte del Fiscal querellante. Posteriormente, el juzgador analiza el escrito en donde se profirieron las manifestaciones en contra del querellante, las cuales resume el juzgador como *"corrupto"*, *"inefiscal"*, *"interfecto"* *"que no vale nada"* concluyendo que si bien el querellado tenía derecho a interponer la denuncia ante la Inspección Fiscal por la actuación del querellante, no era necesario ni procedente realizar ese tipo de manifestaciones que no son proporcionales ni guardan relación con la acción ejecutada por el Fiscal M. El Tribunal agregó que nunca se demostró ni por asomo que el Fiscal querellante fuera corrupto, que le hubieran pagado como se afirma en el escrito, o que fuera inefiscal que se interpreta según el juzgador como ineficiente en sus labores. Teniendo por demostrado lo anterior, el Tribunal califica los hechos como injurias, calumnias y difamación exponiendo las

razones por las que concurren idealmente estos tres delitos. De manera que la fundamentación resulta suficiente y es conforme a la prueba recibida en el debate. Es importante agregar, que ésta Cámara concuerda con el razonamiento del Tribunal en cuanto al hecho de que si bien podía existir el derecho de denunciar de parte del querellado ante la Inspección Fiscal, por las manifestaciones hechas por el querellante a su cliente, la denuncia se excedió en realizar manifestaciones innecesarias y sin relación alguna con los hechos acaecidos que lesionaron gravemente la reputación y el honor del querellante. Nótese que si el hecho denunciado era que el querellante le había externado a su cliente que cambiara de abogado, que mejor él le asignaba un defensor público para que se arreglara el asunto, no era necesario ni atinente, indicar que el señor Fiscal M. era "inefiscal", que "no valía nada" y lo peor expresar que el ofendido le había pagado dinero, afirmando que el querellante solo con dinero acusa al decir "platita en mano y acuso". Ello como lo ha interpretado la jurisprudencia nacional, constituye un abuso del derecho de denunciar que extralimita el ejercicio legítimo de un derecho previsto en el artículo 25 del Código Penal. En ese sentido se ha indicado: *"Es importante agregar, que el abuso del derecho no está cubierto por esta exigencia del numeral 25 del Código Penal, pues no existe un derecho a denunciar falsamente a otra persona, ni es válido encubrir falsedades bajo esa excusa, pues ello es un delito que se llama denuncia falsa o calumniosa, que no es aplicable en este caso, pues no se ha demostrado el conocimiento de la falsedad por parte del denunciante"* (Res 2010-621 Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José). En igual forma ésta Cámara ha manifestado: *"De las anteriores citas es posible entender que para determinar si las ofensas vertidas son concernientes al objeto del juicio, es necesario establecer en primer término el contexto en que se profirieron, la controversia sometida a litigio, para luego dilucidar la pertinencia y necesidad de las mismas con relación a lo que se está discutiendo"* (Res 2010-124 Tribunal de Casación Penal de Cartago). En el presente caso, indica el Tribunal, que el querellado aceptó en el debate que ni siquiera conocía al querellante, sino hasta que se inicia el proceso ante la Inspección Fiscal, por lo que los epítetos esgrimidos no solo no guardaban relación con lo denunciado y por ende eran innecesarios para sustentar la queja, sino que tampoco tenían fundamento alguno, lo cual conocía el querellado máxime en su condición de abogado. Ahora bien, en cuanto a la calificación legal de los hechos, estima ésta Cámara que en lo único que lleva razón el recurrente es en cuanto al hecho de que la acción constituye sólo el delito de difamación en concurso ideal con el delito de calumnias. El artículo 145 del Código Penal que tipifica el delito de Injurias establece: *"Será reprimido con diez a cincuenta días multa el que ofendiere de palabra o de hecho en su dignidad o decoro a una persona, sea en su presencia, sea por medio de una comunicación dirigida a ella. La pena será de quince a setenta y cinco días multa si la ofensa fuere inferida en público"*. Conforme se ha interpretado, la diferencia entre el delito de injurias y difamación, lo es que en el primero las ofensas al honor deben ser hechas en presencia del ofendido, o bien por medio de una

comunicación dirigida hacia su persona, lo que en el presente caso no ocurrió toda vez que el escrito ofensivo fue presentado ante la Inspección Fiscal para que las autoridades administrativas del Ministerio Público abrieran una investigación contra el querellante. De allí que en realidad se configura en primer término, el delito de difamación en tanto se propalaron especies idóneas para afectar la reputación del querellante que no eran necesarias ni relacionadas con los hechos que allí se denunciaban. Dicho escrito fue presentado ante un órgano instructor disciplinario dentro del cual actuó hasta el máximo jerarca del Ministerio Público, por lo que resultó idóneo para afectar la reputación del ofendido. Por otra parte, la acción constituye el delito de calumnias, que sanciona el artículo 147 del Código Penal *con cincuenta a ciento cincuenta días multa el que atribuya falsamente a una persona la comisión de un hecho delictivo*, en tanto el querellado le achaca falsamente sin fundamento alguno, un hecho delictivo determinable, como lo es recibir dineros para ejecutar su función, no solo del ofendido en la causa que se tramitaba y en la que era abogado defensor el querellado, sino en otros procesos en general al indicar que se imagina que el Fiscal querellante *"platita en mano y acuso"*, lo que equivale a atribuirle los delitos de Cohecho impropio o Cohecho propio según sea el caso. Por ello, se recalifican los hechos a los delitos de Difamación y Calumnias en Concurso ideal. Tal y como se expuso en el considerando tercero de ésta resolución, deberá el Tribunal de reenvío fijar nuevamente el monto de la pena a imponer, ahora con base en esta nueva calificación de los hechos."

## **6. Ejercicio Legítimo de un Derecho como Causa de Justificación en la Apelación de un Acto de Adjudicación**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>xi</sup>  
Voto de mayoría

**"II. [...] Se acoge el reclamo.** Esta Cámara, en diversas oportunidades, se ha pronunciado sobre el tema que invoca la recurrente. Entre otros, en la sentencia 35-F-99, del 2 de febrero de 1999, se indicó al respecto: *"...Dentro de todo este análisis el A quo invoca un antecedente de este Tribunal, el voto 239-F-98, cuya doctrina efectivamente resulta aplicable al caso en estudio. Se estableció en ese fallo "...Es claro que toda investigación de irregularidades que se hayan presentado produce roces que alteran la tranquilidad en el ámbito laboral, de modo que el no presentar ninguna denuncia es más tranquilizante. Pero ello no implica que no existe el deber de denunciar para que se investiguen las irregularidades, tratándose de la Administración Pública, aunque con ello se produzcan problemas en las relaciones con el personal denunciado. Por ello el hecho de que el querellado haya presentado la nota en contra de la querellada y que haya seguido investigaciones en contra de otros funcionarios, no quiere decir que de ello tenga que deducirse conforme a las reglas de la experiencia*

que en la nota en contra de la querellante actuó para ofenderla...". Este criterio ha sido reiterado en diversos fallos de este Tribunal, por ejemplo los votos 437-F-98; 293-F-98 y 13-F-99. Se ha dicho en los mismos que es incluso conveniente que dentro de la Administración Pública se presenten denuncias cuando razonablemente se pueda considerar que se ha incurrido en irregularidades, resultando que el que actúe dentro de esarazonabilidad no actúa antijurídicamente por estar amparado por una causa de justificación de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, prevista en general en el Art. 25 del Código Penal y en particular con respecto a los delitos en contra del honor por el Art. 151 del mismo Código. Nótese, además, que de acuerdo con lo establecido por el artículo 111 de la Ley General de Administración Pública, por el cargo que desempeñaba en la Junta Directiva de INCOPECA, el imputado ... era un funcionario público. Consecuentemente tenía la obligación de denunciar las anomalías por así exigirlo el artículo 156 del Código de Procedimientos Penales. Con lo anterior queda claro que la conducta del querellado se encontraba justificada, en el tanto que simplemente se limitó a cumplir con sus obligaciones legales. Ya en el considerando primero se hizo referencia a las irregularidades que se daban dentro de INCOPECA, que conllevaron incluso a un informe de la Contraloría puntualizándolas y a investigaciones penales, todo lo cual no fue sino producto de las denuncias presentadas por el querellado y que motivaron la presente causa. En definitiva el querellado... actuó en forma justificada y por ello su conducta no es antijurídica. Los excesos a que hace referencia el recurrente, a saber, "argumentos totalmente falsos y malintencionados"; "...Está violentando como es su costumbre..."; la información ha sido manejada en forma antojadiza y manipulada maliciosamente y lo peor todo ha sido ocultada...". "...Descaro más grande.. y "...supuesto censo...", "solapadamente", "pretende cercenar de una vez", "intención impropia de un funcionario público", etc., no tienen la magnitud para alcanzar el rango delictivo, tomando como referencia la totalidad del contexto en que se hicieron esas expresiones, puesto que estaban relacionadas con irregularidades en la Institución que se llegaron a comprobar, lo que se analizó en el considerando primero. Por ello carece de interés referirse a la supuesta existencia de "animus injuriandi" que, con apoyo en el testimonio de..., ha pretendido acreditar el impugnante. Simplemente ..., con vehemencia procuró que se investigaran todas y cada una de las anomalías de la institución mencionada, lo cual es muy sano para una correcta administración pública..." (Voto 35-F-99, del 2 de febrero de 1999). En este caso, como se tuvo por acreditado en el fallo que se impugna, la imputada presentó un documento, que constituía un recurso de apelación ante el Consejo de Técnico de Aviación Civil (folios 24 a 31), contra la decisión de Alterra Partners Costa Rica, en el Concurso DN-07-03, que adjudicó la explotación del servicio de venta de regalos, libros, revistas, joyería y souvenirs en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. Ella, como representante de la empresa Grupo Café Britt S.A., que participó en el concurso, cuestionó la integración del grupo que se encargó de decidir quién se adjudica dicho derecho de explotación. Para este Tribunal, la imputada se limitó al

ejercicio legítimo de un derecho, pues simplemente debía indicar las razones que la llevaban a formular el recurso de apelación, es decir, debía justificar porqué no se encontraban conformes con la adjudicación, lo que implicaba demostrar el interés para impugnar, o el agravio. De lo contrario dicho recurso ni siquiera hubiese resultado admisible. Atendiendo a lo anterior la querellada cuestionó las relaciones de parentesco entre una de las personas que integraba el tribunal que debía escoger la empresa que se adjudicaba el contrato, y los personeros de la favorecida. Contrario a lo que afirma el Tribunal de mérito, no se aprecia que exista un propósito ofensivo en el contenido del documento. Resulta absolutamente razonable que se desconfíe de la imparcialidad del Tribunal encargado de decidir cuál era la empresa ganadora del concurso, si existía una relación de parentesco que fue acreditada en el juicio con las certificaciones registrales aportadas. En este sentido el cuestionar que el querellante U. había favorecido con su voto y opinión a Inmobiliaria Bertero Inc S.A., adjudicataria en dicho concurso, a pesar de que su hermano M. era el agente residente de esa compañía, y que el era agente residente de una sociedad de F, apoderado de la empresa adjudicataria, no puede entenderse como manifestaciones que tendían a mancillar el honor del querellante U. Aunque en la realidad no se haya presentado un problema de tráfico de influencias en la asignación de la empresa ganadora del concurso, las particulares circunstancias de la integración del tribunal encargado de decidir y la relación de uno de ellos con representantes o abogados de la empresa ganadora, llevaría a cualquier persona a desconfiar. Por supuesto que ello no excluye a los representantes de Grupo Café Britt S.A. y a su abogada la querellada R. De tal forma que al presentar la imputada el recurso de apelación no hizo más que ejercer el derecho a cuestionar la designación de la empresa que resultó adjudicataria y los cuestionamientos se encontraban debidamente sustentados, sin que se logre extraer del documento de apelación o de la prueba recibida en el juicio la intención simple de perturbar el honor del querellante. Por estas razones, estima esta Cámara que la acusada se limitó al ejercicio legítimo de un derecho, que le brinda el ordenamiento jurídico costarricense a cualquier ciudadano de cuestionar los actos que resultan lesivos a sus intereses. En particular, la presentación de un recurso que se encontraba debidamente sustentado en la documentación registral que fue aportada. Resultaría contrario que por un lado nuestro sistema jurídico permita el ejercicio de los recursos contra decisiones que se estiman arbitrarias, y que al hacer uso de dichos derechos se castigue a la persona. Por supuesto que existen casos en los cuales podría ocultarse un propósito ofensivo en el ejercicio de un derecho, lo cual no excluiría la ilicitud de la conducta, pero para este Tribunal no era esa la intención de la imputada. Ella, en representación de la empresa perjudicada con la asignación de la ganadora del contrato, formuló un recurso en el que cuestionaba la imparcialidad de la integración del Tribunal. Los reproches que se planteaban estaban justificados en prueba registral que se aportó, sin que dicha conducta denote que se buscaba denigrar el buen nombre del querellante U. En síntesis, la acusada ejerció los derechos que le

permitían cuestionar la decisión, con lo cual su conducta se encuentra adecuada a derecho, razón por la cual, en aplicación de los artículos 25 y 151 del Código Penal, su conducta estaba justificada. Simplemente habían razones objetivas para desconfiar de la integración del Tribunal y de su imparcialidad, cuestión sobre lo cual hasta las simples apariencias hay que guardar, según lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Mauricio Herrera contra Costa Rica. Consecuentemente, procede acoger el motivo, revocar el fallo y absolver a la querellada R, por los delitos de difamación y calumnias, en perjuicio de U.”

## **7. Ejercicio Legítimo de un Derecho, Libertad de Expresión, Control Ciudadano de la Función Pública y Denuncia Falsa**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>xii</sup>

Voto de mayoría:

“VIII. En el primer motivo de casación por el fondo se reitera la indebida aplicación de los artículos 24 y 34 del Código Penal, reiterando en todo el octavo motivo que planteara por la forma, en el cual reclamó falta de fundamentación y desaplicación de los artículos 25 y 34 del Código Penal, pues el tribunal no explica por qué razón aplica el numeral 146 del Código Penal sin aplicar los artículos 25 y 34 del mismo cuerpo legal, pues a su criterio de los hechos demostrados no se logra inferir que encuadren dentro de la figura de la difamación. Con cita de fallos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, reafirma que el dolo debe probarse en forma indubitable y ello no ocurre en este caso y por el contrario al no existir lesión al bien jurídico debió aplicarse la eximente del artículo 25 del Código Penal o bien la existencia de un error de hecho. Estima que los funcionarios públicos tienen el deber de denunciar los hechos conforme el artículo 281 del Código Procesal Penal para el ejercicio correcto de la administración pública [...] Existe un derecho constitucional a criticar y denunciar hechos y actuaciones de los funcionarios públicos, pero no existe un derecho a denunciar falsamente, por lo que se declara sin lugar los motivos planteados [...] En relación al contenido del artículo 25 del Código Penal, que señala que *"No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho"*, argumentándose que la encartada por ser funcionaria pública estaba en la obligación de denunciar los actos que considere contrarios a la ley y a la probidad en la función pública. [...] Sobre este tema ha sido constante y reiterado el criterio de esta Cámara, que la transparencia en la función pública obliga a los funcionarios a soportar las críticas y quejas que se presenten sobre su actividad y las denuncias en su contra, sin que ello necesariamente genere responsabilidad penal para el denunciante; pues se ha dicho que no es necesario que quien denuncia tenga la carga de la prueba, ni que una queja declarada sin lugar sea motivo para admitir la existencia de una delincuencia. Cabe agregar, que se ha sido suficientemente amplio en este aspecto, a efecto de permitir el control ciudadano de la actividad pública y de garantizar la libertad de

expresión. En resumen, existe un derecho del ciudadano de denunciar a los funcionarios públicos por sus acciones, e igual si la denuncia es entre funcionarios como en este caso, porque ello no sólo propicia la transparencia de la función pública sino que sirve como mecanismo para la rendición de cuentas ante el administrado de la actividad pública. [...] Concretamente se ha señalado "Este Tribunal en reiterados fallos ha reconocido el deber y el derecho de denunciar todo tipo de actos que tengan visos de irregularidad, señalando que es un elemento esencial del control y transparencia en el ejercicio de la función pública (Sentencia 179-2002) y por otro lado, que no existe un derecho a denunciar hechos falsos (Sentencias 70-2000 y 488-1999), pero señalando, también, que quien denuncia no debe tener la carga de la prueba, porque si ello fuese de tal manera, se impediría a los ciudadanos ejercer su derecho y que en caso de que lo denunciado no se logre demostrar lo atribuido, la duda sobre si el hecho existió o no debe favorecer al denunciante. En este sentido se dijo *"Esta Cámara ha sostenido que la función pública debe estar sometida a control por los ciudadanos, quienes pueden denunciar cualquier actuación de un servidor público que estimen es inadecuada, sin que deban necesariamente afrontar la carga probatoria, pues ello impediría denunciar cualquier acto indebido. Además, debe decirse, que entre los funcionarios públicos existe un deber, de informar a los superiores acerca del desempeño de las funciones de los otros servidores, y denunciar cuando hay deficiencias, lo que constituye un deber ético y legal, que contribuye a un mejor control del servicio al usuario. Por supuesto que rebasa el contenido de la ley las denuncias infundadas o falsas que persiguen fines ilegítimos de dañar la imagen del servidor. Por tales razones la jurisprudencia de larga data, ha sido flexible en este sentido, a fin de permitir el control ciudadano y de los servidores mismos, acerca de la forma en que se prestan los servicios públicos, por ello en casos como el presente en que se demuestran las razones que llevaron a emitir la comunicación, no se estime punible el acto."* (Sentencia 2007-1359 y reiterado en sentencia 2008-0429).

Esta doctrina, creada a golpe de sentencias ha llevado a aplicar el artículo 25 del Código Penal que la parte invoca, de excluir el delito, cuando se demuestra que el acusado le asistía el derecho para denunciar o poner en conocimiento de las autoridades cualquier actuación anómala de la función pública. Al respecto también se ha contemplado el artículo 151 del Código Penal, que al efecto dispone: *"No son punibles como ofensa al honor los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que no demuestren un propósito ofensivo."*, de manera que eventualmente pudo ser aplicada la norma para excluir el delito a la encartada [...], si se demostrara que el comunicado fue una crítica a la función pública que encuadre dentro del ejercicio del derecho y que no tuvo efecto ofensivo directo. En el caso concreto no es posible la aplicación de la normativa invocada por la parte, porque está demostrado que la acción de la encartada no fue

una denuncia, ni utilizó los canales propios de la administración para ello, de los cuales era plenamente conocedora, sino que se trató de la divulgación de un hecho totalmente falso, lo cual conocía plenamente antes de enterar a todos los funcionarios de la entidad, de manera que aún cuando existe el derecho amplio de denunciar, ese derecho encuentra su límite natural, cuando se trata de una falsedad. No existe un derecho legal ni constitucional a denunciar falsamente y en el caso de [...] no existe elemento alguno que permita vislumbrar ni por asomo, que lo comunicado en contra de la ofendida, pueda llevar a pensar que se trata de un error, un vicio, o tenga alguna forma diversa de la de lesionar el honor de la perjudicada a través de la atribución de un hecho falso que compromete su dignidad. Por estas razones, es que se estima que el derecho no ampara ni protege a la encartada como para excluir la responsabilidad penal y por ello se rechaza el motivo.”

#### **8. Alcances del Ejercicio Legítimo de un Derecho y los Derechos de Exclusión y Defensa**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>xiii</sup>  
Voto de mayoría

"V. Como tercer motivo por el fondo se invoca como inobservado el artículo 25 del Código Penal, porque el imputado ejerció un derecho con su actuar. Era el medio razonable que podía utilizar, después de hechas varias reconvenciones al ofendido, para que no construyera el portón adhiriéndose en propiedad del acusado. EL MOTIVO SE RECHAZA. Los derechos de exclusión y defensa que contempla el ordenamiento civil no son irrestrictos. El repeler la fuerza con la fuerza de que habla el artículo 305 del Código Civil no significa que se olviden las instancias formales para dirimir los conflictos y se opte en todos los casos por las vías de hecho. Deben darse ciertas circunstancias, en el caso concreto, para que se obvien las vías formales. En primer término, la fuerza repelente debe ser simultánea a la fuerza que se emplea por quien perturba. Es una defensa, que por tanto se ejerce para impedir la perturbación, pero no se justifica una vez consumada la acción. Por otro lado, debe ser el medio idóneo en ese momento para impedir que se realicen actos cuyos efectos no sean reparables posteriormente. En el caso que nos ocupa, la fuerza ejercida por el imputado no lo fue para impedir que se perturbara su posesión, ni era el único medio de defensa en el momento de su actuación. El portón ya estaba debidamente instalado cuando el imputado lo arranca, y en nada variaba la condición de su propiedad si reclamaba por las vías de derecho el restablecimiento del goce de ella. No resultaba en consecuencia la fuerza, el medio idóneo para pretender el cese de la perturbación, por lo que no se acoge el reclamo."

**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> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. (2010). **Manual de Derecho Penal: Parte General**. Editorial EDIAR. Buenos Aires, Argentina. Pp 501-502.

<sup>iii</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela; ORTS BERENGUER, Enrique. Y ROIG TORRES, Margarita. (2010). **Esquemas de Derecho Penal: Parte General**. Editorial TIRANT LO BLANCH. Valencia, España. P 90.

<sup>iv</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2010). **Derecho Penal: Parte General**. Editorial TIRANT LO BLANCH. Valencia, España. Pp 337-338.

<sup>v</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 859 de las ocho horas con cincuenta minutos del doce de julio de dos mil trece. Expediente: 11-000015-0162-PE.

<sup>vi</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1123 de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del treinta de mayo de dos mil trece. Expediente: 12-000444-1283-PE.

<sup>vii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 495 de las quince horas con cuarenta y un minutos del nueve de mayo de dos mil trece. Expediente: 12-000022-0033-PE.

---

<sup>viii</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 101 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de enero de dos mil doce. Expediente: 10-000038-0361-PE.

<sup>ix</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO. Sentencia 147 de las quince horas con cuarenta minutos del dieciocho de mayo de dos mil once. Expediente: 08-000049-0335-PE.

<sup>x</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO. Sentencia 136 de las catorce horas con treinta y cinco minutos del nueve de mayo de dos mil once. Expediente: 10-000002-0538-PE.

<sup>xi</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1066 de las nueve horas con treinta minutos del trece de septiembre de dos mil diez. Expediente: 08-000144-0016-PE.

<sup>xii</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 627 de las catorce horas con treinta y cinco minutos del tres de julio de dos mil ocho. Expediente: 06-000160-0016-PE.

<sup>xiii</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 523 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del veintisiete de junio de mil novecientos noventa y siete. Expediente: 96-000772-0463-PE.