



REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y PROCESAL PENAL DE LA FACULTAD DE ABSTENERSE A DECLARAR

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.	Descriptor: Medios Probatorios en Materia Penal.
Palabras Claves: Abstención de Declarar, Sala Tercera Sentencia 992-13, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial San José Sentencias 695-13, 785-13, III Circuito Judicial en San Ramón Sentencia 155-14 y II Circuito Judicial Santa Cruz Sentencia 335-13..	
Fuentes de Información: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha: 25/09/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
1. Derecho de No Declarar en el Proceso Penal	2
2. Facultad de Declarar en el Proceso Penal	2
DOCTRINA	3
1. El Derecho a No Declarar Contra Sí Mismo Ni Contra sus Parientes Más Cercanos	3
2. Facultad de Abstenerse de Declarar en el Proceso Penal.....	4
JURISPRUDENCIA.....	8
1. Facultad de Abstenerse de Declarar y Perdida del Parentesco por Adopción.....	8
2. Aplicación del Artículo 36 de la Constitución Política en Autoincriminación	14
3. Finalidad del Artículo 36 de la Constitución Política.....	14

4. Persistencia de la Facultad de Abstenerse a Declarar Durante la Tramitación del Proceso Penal	22
5. Artículos 36 Constitucional y 205 del Código Procesal Penal.....	26
6. Derecho de Abstención en el Proceso Penal.....	31

RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la **Regulación Constitucional Procesal Penal de la Facultad de Abstenerse a Declarar**, considerando los supuestos de los artículos 36 de la Constitución Política y 205 del Código Procesal Penal.

NORMATIVA

1. Derecho de No Declarar en el Proceso Penal [Constitución Política]ⁱ

Artículo 36. En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

2. Facultad de Declarar en el Proceso Penal [Código Procesal Penal]ⁱⁱ

Artículo 205. Facultad de abstención Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad. Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas.

DOCTRINA

1. El Derecho a No Declarar Contra Sí Mismo Ni Contra sus Parientes Más Cercanos

[Hernández Valle, R]ⁱⁱⁱ

[P. 128] La garantía en cuestión constituye la respuesta a la costumbre, entronizada en algunos países y aceptada en sistemas inquisitivos de organización no democrática, de obtener la confesión

[P. 129] del imputado mediante tortura, lo que impedía que el acusado fuera juzgado con imparcialidad como lo requiere la ley. Modernamente se acepta también que una persona tiene derecho no coadyuvar con quienes pretenden quitarle su libertad, noraue se entiende que éste es uno de sus bienes máspreciados del ser humano, de allí que sea lógico que un acusado, no esté obligado a procurarse un daño a sí mismo (S.C.V. 5977-94).

Por consiguiente, las confesiones obtenidas contra esta prohibición, son absolutamente nulas y no surten ningún efecto jurídico.

La jurisprudencia de la Sala ha precisado que "Las garantías procesales otorgadas a los familiares por el artículo 36 de la Constitución, para un caso penal, se extienden a la concubina o compañera del acusado, precisamente por el vínculo familiar establecido, vínculo que el juez deberá valorar en cada caso según criterios de razonabilidad que permitan definir la existencia de un vínculo afectivo" (S.C.V. 1155-94).

Por otra parte, de esta garantía no se puede deducir que exista un derecho fundamental del imputado a mentir en el proceso, pues esta garantía sólo lo protege de no declarar contra sí mismo y sus parientes más cercanos, de no ser obligado a ello y de no confesarse culpable.

Como un corolario de esta garantía se encuentra el derecho del imputado a ser intimado, de manera que sepa cuáles son los hechos delictuosos que se le imputan.⁴ Dentro de este orden de ideas, la Sala Constitucional ha señalado que el principio de intimación "Es el que da derecho a todo imputado a ser instruido de cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación, desde el primer momento -incluso antes de la iniciación del proceso contra él, por ejemplo por parte del Ministerio Público-. Es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de cargos y advertir de sus derechos constitucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales; y esto sólo puede lograrse plenamente en presencia personal del mismo reo, con su defensor"⁵ (S.C.V. 1739-92).

Por eso el juez tiene la obligación de informar detalladamente al imputado sobre cuál es el hecho que se le atribuye, así como acerca de las pruebas que existen en su contra. Además,

[P. 130] debe advertirle que tiene derecho a abstenerse de declarar, sin que su silencio permita presumir su culpabilidad.

La información sobre el hecho acusado se realiza en el debate por medio de la lectura del requerimiento de elevación a juicio, y, en su caso, del auto de remisión. De ahí que se exija que el requerimiento contenga una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho, así como de su calificación legal.

2. Facultad de Abstenerse de Declarar en el Proceso Penal

[Llobet Rodríguez, J]^{iv}

[P. 366] ARTÍCULO 205.- Facultad de abstención

Podrán abstenerse de declarar (1), el cónyuge (2) o conviviente, con más de dos años de vida en común (3), del imputado (4) y sus ascendientes (5), descendientes (6) o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad (7) o afinidad (8).

[P. 367] Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio (9). Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas (10).

Comentario

(1) Art. 36 Const. P. No se trata de una prohibición de declarar, sino de una facultad de no hacerlo. Por medio de la norma en comentario se persigue mantener la cohesión familiar, no poniendo al testigo en el dilema de perjudicar a su familiar o mentir. El hecho de que el testigo se abstenga de declarar no puede ser tomado en contra del imputado (Véase: Sala Tercera, voto 813-F-96 del 23- 12-1996. En: RCP No. 13, pp. 145-146). Si el testigo que tiene derecho de abstenerse de declarar ejerce dicho derecho en el juicio oral y público, no puede incorporarse a dicho juicio la denuncia que presentó con anterioridad, ello como consecuencia de la jurisprudencia de la Sala Constitucional al respecto. Tampoco debería ser posible incorporar el dictamen psicológico que se hubiera practicado a la ofendida, puesto que el mismo parte de las manifestaciones que la misma hace al psicólogo. Sin embargo, en contra de ello la Sala Tercera ha admitido que se tomen en cuenta las conclusiones del dictamen psicológico, aun cuando la víctima posteriormente se abstenga de declarar en el debate, argumentando que ello es admisible si solamente se toman en cuenta las conclusiones del dictamen, pero no las manifestaciones que hubiera hecho la víctima al

perito con respecto al hecho (voto 1080-06 de la Sala Tercera). Frente a ello debe afirmarse que esta desvinculación entre las conclusiones del dictamen y a las manifestaciones de la víctima, no parece que sea posible realizarla.

Es polémico si lo dicho por el testigo al presentarse ante el Patronato Nacional de la Infancia a denunciar, o bien lo indicado frente a los psicólogos o los trabajadores sociales del Patronato Nacional de la Infancia, puede ser considerado. Al respecto es importante el voto 122-2000 de la Sala Tercera, que supuso un cambio jurisprudencial, haciéndose en el mismo un repaso de diversas posiciones que ha sostenido la Sala. Se dijo: *"Se hace necesario hacer una distinción entre las personas que pueden declarar de referencia aquello que han sabido porque se los ha narrado otra persona. Cuando se trata de educadores, trabajadores sociales y psicólogos que conocen del hecho en virtud de laborar en una escuela o en un hospital al que acude una víctima de un delito sexual, por ejemplo, ellos pueden válidamente declarar en juicio aquello que en forma espontánea y voluntaria les haya narrado la víctima y sus familiares, con la posibilidad de que se tome en consideración para sustentar una sentencia, incluso condenatoria; mientras que lo narrado ante los peritos oficiales, tales como el médico, psiquiatra o psicólogo, no puede introducirse al debate ni ser tomado en cuenta para la decisión, porque el relato de la víctima y sus familiares no se ha producido en forma espontánea y voluntaria, sino como una condición para el curso mismo del proceso judicial"*. Véase también el voto 750-2002 del 29-7-2002, ordenado por la mencionada Sala, en el que se señaló que no podía considerarse lo indicado por los peritos designados en el caso sobre lo que les narró un testigo que podía abstenerse de declarar.

En general la Sala Constitucional ha dicho que el derecho de abstenerse de declarar contra parientes forma parte del debido proceso (Votos 4424-97 del 29-7-1997, 6708-99 del 31-8-1999 y 7647-2001 del 8-8-2001). Sin embargo, en algunos votos de la Sala Constitucional se ha dicho que el derecho de abstenerse de declarar contra el imputado, es un derecho que corresponde ser alegado por su titular y no por el imputado, porque se trata de un derecho del pariente, y no del imputado (votos 1782-97, 4424-97 del 29-7-1997 y 4964-99 del 25-6-1999). Con todo, ese no es el criterio dominante en votos posteriores de la Sala Constitucional, la que en forma expresa rectificó el criterio anterior, estableciendo el derecho del imputado de reclamar la ausencia de advertencia al familiar de su derecho de abstención de declarar (Cf. Sala Constitucional, votos 8738-97 del 23-12-1997, 3475-99 del 11-5-1999 y 8187-99 del 27-10-1999, 7647-2001 del 8-8-2001).

No constituye violación al derecho de abstención del pariente, según lo ha dicho la Sala Tercera, si un testigo, ajeno a la investigación, declara sobre lo que éste le dijo sobre los hechos. Por ejemplo se ha dicho que no se viola si se consideran las manifestaciones espontáneas hechas a vecinas y a la exmaestra de la ofendida, motivadas por sentimientos de confianza y amistad (Sala Tercera, voto 455-98 del 15-

5-1998. Cf. Llobet Rodríguez. Proceso penal en la jurisprudencia, T. I, p. 430). Se ha sostenido que son admisibles las declaraciones de trabajadores sociales (o bien maestros), que hubieran llegado a conocimiento del asunto a través de manifestaciones que les hubieran hecho personas con derecho de abstenerse de declarar, cuando ello fuera realizado de una manera extraprocesal. (Véase: Sala Tercera, voto 705-2005 del 24-6-2005). Se diferencia dicho supuesto de aquel en que el trabajador social, médico o psicólogo hayan tenido participación en el asunto como consecuencia de la investigación judicial del asunto. Por otro lado, se dijo por la Sala Tercera en el voto 2011-1486 del 12-12-2011 que “lo dicho por la víctima a la policía durante la atención de la emergencia, sí puede ser valorado válidamente. Véase que ambos policías obtuvieron esa información en el ejercicio de sus funciones, al atender a la víctima durante la agresión que sufría, y por lo tanto, antes de que iniciara el proceso y el derecho de abstención de la agraviada”. Se ha dicho por la Sala Tercera, que no debe decretarse la nulidad de la sentencia cuando la absolución se basa en una declaración favorable para el imputado, pero vio-

[P. 368] latoria del derecho de abstención del pariente del imputado (Voto 82-F-94. En. RCP No. 9, p. 107). No es un quebranto al derecho de abstención de declarar que se utilicen las conversaciones telefónicas sostenidas por el testigo, cuando la interceptación telefónica fue ordenada conforme a derecho (Cf. Chaia. La prueba..., p. 531). Se admite que el testigo que se ha abstenido inicialmente de declarar en el debate cambie de opinión y decida declarar (Así: Sala Tercera, voto 80-2003 del 14-2-2003).

(2) Esposo o esposa. En este supuesto carece de relevancia que exista una separación de hecho, ello cuando el vínculo familiar se mantiene al momento de la declaración (Así: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1358-2000 del 24-11-2000).

(3) El conviviente con menos de dos años de vida en común no tiene derecho a abstenerse de declarar, lo que debe ser criticado. Ello no se exige cuando lo que existe es un vínculo matrimonial, mientras no sea disuelto (Véase: Sala Tercera, voto 1358-2000 del 24-11-2000). El término conviviente abarca también las relaciones homosexuales. Una interpretación en otro sentido iría en contra de lo establecido en el Art. 2 C.P.P., que ordena la interpretación restrictiva de las normas que conceden un derecho. En sentido contrario indica Mauren Solís Madrigal en sentido crítico: “En principio las parejas del mismo sexo parecen no estar cubiertas por el derecho de abstención previsto en el artículo 36 de la Constitución Política puesto que ese derecho sólo ha sido reconocido entre parientes por afinidad o consanguinidad hasta el tercer grado e incluso en situaciones convivencias de hecho heterosexuales” (Solís Madrigal. Relaciones..., p. 203).

La convivencia debe ser actual (Véase: Sala Tercera, voto 170-2005 del 11-3-2005). La Sala Constitucional en el voto 3056-11 declaró sin lugar una acción de constitucionalidad en contra de la jurisprudencia de la Sala Tercera que ha establecido que el derecho de abstención de declarar de la persona que ha convivido con el imputado, cesa cuando termina esa convivencia.

En lo relativo al derecho del conviviente de abstenerse de declarar es importante mencionar diversas resoluciones de la Sala Constitucional. Por ejemplo la 1151-94 dijo que la garantía de abstenerse de declarar en contra del "cónyuge" cobija a la compañera o compañero en unión de hecho. En el voto 1155-94 señaló que las familias de hecho estaban protegidas por el derecho a abstenerse de declarar al igual que se protege a las familias constituidas por vínculo legal. Por voto 6798-94 se dispuso que el derecho de abstenerse de declarar comprende también a los integrantes de una familia de hecho, siempre que reúna las características de estabilidad, publicidad, cohabitación y singularidad. Los fallos de la Sala Constitucional durante la vigencia del código de 1973 tuvieron importancia fundamentalmente en relación con asuntos de agresión doméstica o de delitos sexuales en contra de menores de edad que forman parte del núcleo familiar del agresor, lo que motivó las críticas de un sector de la doctrina (Cf. Villanueva/Bogantes. Principio..., pp. 342-344). Sobre ello ha dicho la Sala Tercera en el voto 512-2002 del 7-6-2002 con respecto a la relación de hecho que: "el deber de informar al testigo sobre el derecho de abstenerse de declarar contra su padrastro existe mientras el declarante conviva con él, o bien, si no convive con él, cuando subsista el vínculo entre su madre y el imputado".

(4) Pueden abstenerse de declarar también los familiares del coimputado que no está siendo juzgado en ese momento por encontrarse rebelde (Así: Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, voto 21-2003 del 23-1-2003).

(5) El padre, abuelo, bisabuelo.

(6) El hijo, nieto, bisnieto.

(7) Tíos, sobrinos. No están comprendidos los primos (Así: Sala Tercera, voto 803-2007 del 10-8-2007. Sobre la forma en que se cuentan los grados de consanguinidad y afinidad véase: Sala Tercera, voto 775-99 del 25-6-1999).

(8) Abarca también los parientes del esposo(a) o conviviente, ello en el grado indicado. Sobre ello véase: Sala Tercera, votos 1358-2000 del 24-11-2000; 512-2002 del 7-6-2002. La hijastra se encuentra en primer grado de afinidad y por ello tiene derecho de abstenerse de declarar (Véase: Sala Tercera, voto 1358-2000 del 24-11-2000). Un principio es que la afinidad no crea afinidad. Como bien lo indica Manuel

Osorio con base en el Código Civil argentino: "El parentesco por afinidad no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges de la relación con los parientes consanguíneos del otro cónyuge" (Osorio. Diccionario..., p. 68). Así el padre del imputado no es pariente por afinidad del suegro de él.

(9) La Sala Constitucional ha dicho que la falta de cumplimiento de las prevenciones relativas a la posibilidad de abstención de declarar a que tienen derecho ciertas personas, es parte de las formalidades esenciales establecidas que deben respetarse para la existencia de un proceso válido y por ende integra el derecho al debido proceso (Voto 5429-96). Con respecto a la explicación en forma sencilla del derecho de abstención de declarar a una niña de corta edad (8 años) véase: Sala Tercera, voto 986-2001 del 12-10-2001.

(10) Durante la declaración la persona que manifestó que deseaba declarar podría cambiar de opinión y' decidir abstenerse. En tal caso las manifestaciones que hubiera dado en su declaración antes de ello, podrían ser consideradas. Ello se deduce del texto del artículo comenta-

[P. 369] do en cuanto autoriza que el testigo pueda abstenerse de contestar determinadas preguntas, por lo que podría también abstenerse de continuar con su declaración y el sometimiento al interrogatorio.

JURISPRUDENCIA

1. Facultad de Abstenerse de Declarar y Perdida del Parentesco por Adopción

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]^v

Voto de mayoría:

"III. El reclamo se declara con lugar. Estima esta Cámara de Apelaciones, que el examen integral del fallo de conformidad con los parámetros normativos del artículo 459 del Código Procesal Penal permite establecer que los reclamos planteados por la licenciada Mahoney Crawford deben declararse con lugar. Lo anterior, con fundamento en los siguientes aspectos:

i. El estudio de la documentación digital del debate permite establecer que si bien la representación fiscal solicitó la absolución a favor del encartado M, dicha profesional fue clara en establecer en el momento de rendir sus conclusiones, que tal pretensión se sustentaba de manera formal en la aplicación del principio de objetividad y la

ausencia de prueba suficiente producida en el contradictorio para acreditar los hechos requeridos en contra del justiciable J. No obstante lo anterior, en la exposición de sus alegatos finales la Fiscalía impugnante dejó claro que mantenía su posición en cuanto a la actividad procesal defectuosa que interpuso en el juicio con respecto a la forma en que se apercibió el derecho de abstención que le asistía a la menor agraviada en virtud de su vínculo consanguíneo con el aquí encartado, así como incluso indicó que ejercería los recursos correspondientes conforme a las reservas que llevó a cabo para tales efectos (En este sentido ver el archivo digital del juicio c0002121105110207vgz del 5 de noviembre de 2012, en la secuencia que inicia a las 10:28:00 horas). Con base en lo anterior, estima este Tribunal de Apelación de Sentencia Penal que no existe limitación alguna en la legitimación de la representación fiscal para plantear las inconformidades que son objeto de discusión y resolución en el presente pronunciamiento.

ii. En otro orden de ideas, es importante establecer que es claro que en el *subjudice* el tema del derecho de abstención de la menor ofendida es de carácter esencial. Esto por cuanto si bien es cierto, del contenido de la sentencia y de las actuaciones realizadas en el debate que le precedió, se colige que la ofendida fue adoptada y perdió su filiación original de carácter civil con el imputado M, su vínculo consanguíneo con dicho endilgado persiste, ya que este ostenta su condición de “ascendiente” de la agraviada, situación particular que se engloba como uno de los supuestos normativos del artículo 36 de la Constitución Política y del artículo 205 del Código Procesal Penal que generan la facultad de abstenerse de declarar a un testigo o persona ofendida en un proceso penal. Así las cosas, es evidente que el tema objeto de discusión es de carácter esencial para la solución del presente recurso de apelación de sentencia penal, así como para la resolución de fondo del caso.

iii. A partir de la consideración de los aspectos antes apuntados, este Tribunal de alzada se avocó a examinar los registros de la audiencia en que se recibió el testimonio de la menor ofendida E (En este sentido ver los archivos digitales c0001121105100000vgz. y c0000121105093706vgz. en la secuencia que inicia a las 9:18:00 horas del 5 de noviembre de 2012), a efecto de resolver los argumentos planteados por la representación fiscal. Del estudio en cuestión, se determina que el presidente del Tribunal Penal le indicó a la agraviada “*(...) como estás jovencita y cuál es tu nombre (...)*”, siendo que la niña responde “*(...) Dariana (...)*”. De igual forma el Tribunal le preguntó la edad y el grado de escuela en que se encontraba la niña, a lo cual esta respondió “*(...) tengo 9 años y estoy en primer grado de escuela (...)*”. Luego de este abordaje inicial, el Juzgador que presidió el debate se presentó, así como a los otros miembros del Tribunal de Juicio, a la Fiscalía, a la Defensora Pública y a la técnica judicial, manifestando la agraviada en ese momento que “*(...) se encontraba bien (...)*”. De seguido, el Juez Presidente le pregunta a la niña si sabe cómo se llama la silla en la que está sentada y la menor contesta “*(...) es la silla de la verdad (...)*”, lo cual le

confirma el Juzgador, y a la vez le pregunta si sabe la diferencia entre mentir y decir verdad, a lo cual la menor ofendida responde “*(...) que sí (...)*”. En ese instante, se le pregunta que si ella anda con una blusa amarilla y la menor dice “*(...) que no es cierto (...)*” momento en el que el Juez le señala que exactamente eso es decir la verdad. En la secuencia que inicia a las 9:20:49 horas del 5 de noviembre de 2012, el Tribunal Penal le dice a la menor agraviada que “*(...) ella es la que manda (...)*” y le consulta que “*(...) si quiere que su madre esté presente (...)*”, a lo que la menor ofendida dice “*(...) quiero que se quede (...)*”. Luego se le consulta a la agraviada si conoce a M, así como si el imputado es familia de ella, a lo que la niña responde “*(...) no (...)*”. Ante esta situación, el Tribunal Penal le solicita a la menor que aclare si M en algún momento fue su padre y ella indica que “*(...) no (...)*”. En razón de lo anterior, el Juzgador le reitera a la menor ofendida que “*(...) ella es la que manda (...)*”, que esté tranquila y le dice que por su edad hay cosas que ella no entiende. En ese momento el Juez le dice que “*(...) hay unos libros que se llaman leyes y que traen números y letras (...)*”. Luego de esto, el Juez Presidente le indica a la niña si entiende que en algún momento M fue su padre, siendo que la niña asiente con su cabeza indicando que sí. Posterior a esto, el Tribunal le dice a la agraviada que como el encartado fue su padre biológico, los libros dicen que ella tiene el derecho de declarar o quedarse callada, si quiere hablar o si no quiere, entonces ella no habla, y que nadie la puede regañar ni decir nada por tal situación, que es su decisión. Se le indica por parte del Tribunal Penal que es muy importante su manifestación en tal sentido y le pregunta si quiere hablar o quedarse calladita. En la secuencia que da inicio a las 9:26:04 horas del 5 de noviembre de 2012, la menor dice que “*(...) quiere quedarse calladita (...)*”. En ese momento, la representación fiscal manifiesta que la madre de la menor le hizo una indicación, por lo que le solicita permiso al Tribunal Penal para poder conversar con la madre de la ofendida, lo cual acoge el *a quo* y suspende el debate para tal efecto. Al reanudarse el debate y ser las 9:38:00 horas del 5 de noviembre de 2012, la Fiscalía presenta una gestión en el juicio, siendo que le explica al Tribunal Penal que la madre de la menor en el momento en que esta indicó querer quedarse “callada”, aquella la volvió a ver sorprendida. Asimismo, en su gestión la representación fiscal indica que al hablar con la madre de la ofendida, ésta le hizo ver que su hija tenía un retardo mental moderado y le presentó documentación de la Caja Costarricense del Seguro Social y del Ministerio de Educación Pública, señalando además que tal documentación se emitió precisamente en el mes en que se confeccionó la pieza acusatoria, de modo que al hacer el estudio del expediente no constaba ningún documento que hiciera referencia a la situación de retardo mental moderado de la agraviada. En su argumentación, la representante del Ministerio Público indicó que la niña fue matriculada en aula integrada, propia de niños y niñas con desarrollo cognitivo un poco más lento que el de los demás. Por lo anterior, y de acuerdo con la ley 7600 y el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Fiscalía argumentó que estaba consciente de que en su momento se le apercibió adecuadamente a la menor, pues no se sabía que tenía alguna circunstancia especial.

El examen del registro digital del debate revela que ante la situación previamente apuntada, la Fiscalía solicitó que se repitiera el acto procesal de marras, de modo que se le explicara a la agraviada de una forma más sencilla y de esta forma se determinara con certeza si había comprendido los alcances de su derecho de abstención. Con base en lo anterior, la representación del Ministerio Público solicitó que se valoraran no solo los documentos que aportaba en calidad de prueba para mejor resolver, sino que además, se apreciaran circunstancias particulares que se dieron en el momento en que la menor fue entrevistada, tales como que esta dijo que no sabía quién era el imputado, lo cual calificó de muy extraño puesto que cualquier niño con su capacidad mental íntegra tendría claro si es una persona adoptada o si se trataba de su padre biológico. Además, la Fiscalía indicó que la niña tenía 9 años de edad y apenas se encontraba en primer grado de escuela. Así las cosas, y conforme al escrutinio de los registros del contradictorio, esta Cámara de Apelación de Sentencia establece que en la secuencia que da inicio a las 9:51:00 horas del 5 de noviembre de 2012, el Tribunal Penal resolvió la petición de marras, indicando que después de haber valorado las manifestaciones del Ministerio Público y que al tratarse de una menor de edad, se le trató de explicar de una manera clara y sencilla los aspectos de orden legal y no de manera complicada. Por lo anterior, el Tribunal Penal consideró que a la agraviada se le dijo de modo sencillo si quería hablar o quedarse callada y la menor manifestó de manera clara y espontánea que no quería decir nada, de modo que independientemente de las circunstancias que hace ver la Fiscalía, el Tribunal Penal consideró que desde el inicio apreció las dificultades de la niña y que por tal motivo fue más claro en su actuación. De esta forma, el *a quo* resolvió que los documentos aportados no cambiaban en nada la situación antes apuntada, a pesar de que tales medios probatorios se aceptaron en calidad de prueba para mejor resolver por el *a quo* y que hacen referencia a un retardo mental moderado de la ofendida, motivos por los que estimó que el apercibimiento realizado a la menor fue suficiente. Ante la decisión objeto de análisis, según la secuencia que da comienzo a las 9:55:00 horas del 5 de noviembre de 2012, se constata que la representante de la fiscalía alegó una actividad procesal defectuosa y solicitó su saneamiento, señalando que el agravio consistió en la lesión de derechos de la ofendida y en que se violentó la normativa de la Ley 7600 y del Código de la Niñez y la Adolescencia. En la argumentación mediante la que se justificó la actividad procesal defectuosa de marras, la fiscalía señaló que el Tribunal Penal no hizo nada fuera de lo normal para explicar el derecho de abstención de la menor ofendida respecto de lo que habitualmente se lleva a cabo para el caso de personas menores de edad, situación que considera que deja ver que el *a quo* no valoró oportunamente las especiales condiciones de la menor agraviada en cuanto a su retardo mental moderado, lo cual exigía un tratamiento adecuado, siendo insuficiente la mera percepción del Tribunal Penal de que la niña haya contestado, situación que no quiere decir que la misma no tenga limitaciones. Por lo anterior, la representación fiscal solicitó el saneamiento del acto procesal en cuestión y que se diera parte a la

Unidad Interdisciplinaria para que se diera el acompañamiento adecuado a la menor ofendida. El escrutinio del archivo digital en cuestión, permite establecer que al ser las 10:05:52 horas del 5 de noviembre de 2012, el Tribunal Penal resolvió rechazar la actividad procesal defectuosa y la petición incoada por la licenciada Mahoney Crawford, indicando que respetaba la Ley N° 7600, que el Tribunal Penal era consciente y que estaba de acuerdo en que se explicara a la menor ofendida de la forma sencilla los derechos que le asisten. No obstante lo anterior, el *a quo* consideró que en el caso concreto no había violentado “*ninguna normativa procesal, constitucional o de derecho sustantiva*”, ya que estimó que había explicado de modo sencillo el derecho de abstención que le asistía a la menor agraviada, indicando que apreció no solo el lenguaje verbal de la ofendida, sino también su comportamiento, lo cual tomó en cuenta para llevar a cabo las advertencias de manera sencilla. Aunado a lo anterior, el Tribunal Penal consideró que a folio 11 en el que consta la denuncia de la menor ofendida, a la misma se le hizo la advertencia de marras y ella indicó que sí decidía denunciar, por lo que concluye que en el juicio la agraviada también entendió su derecho, por lo que estimó que no existió nulidad absoluta y mantuvo su decisión de no entrevistar de nuevo a la agraviada en cuanto al punto objeto de reclamo. Luego de la verificación de las incidencias o la forma en que se realizó el acto procesal que se cuestiona en el presente recurso de apelación de sentencia penal, esta Cámara de Apelación de Sentencia considera que el Tribunal Penal no fundamentó adecuadamente su decisión de no repetir o complementar el apercibimiento que en virtud de la relación de ascendencia existente entre el encartado J y la menor ofendida en la presente causa, correspondía llevar a cabo en el contradictorio con el fin de establecer que la niña agraviada comprendía efectivamente la facultad de abstención que le otorgan el artículo 36 de la Constitución Política y el numeral 205 del Código Procesal Penal y con base en tal comprensión tomar su decisión en tal sentido. Esto por cuanto, en primer término, el Tribunal de mérito aceptó como prueba para mejor proveer la siguiente prueba:

- a.** boleta de autorización de matrícula emitida por el Ministerio de Educación Pública a E mediante la que se autoriza el ingreso de la menor ofendida como estudiante del “aula integrada” a efecto de brindarle una atención más individualizada e integral (cfr. folios 94 a 96);
- b.** Informe psicológico de la Caja Costarricense del Seguro Social emitido a la menor ofendida en el que se establece con respecto a la agraviada que “*(...) está muy disminuida su capacidad de análisis y síntesis, percepción y orientación espacial. Presenta serias dificultades en atención y concentración visual, destreza visomotora, capacidad de organización y planeamiento, aprendizaje asociativo, comprensión, organización y memoria visual (...) En síntesis, es una niña inmadura, con poca capacidad para el aprendizaje producto de su inhibición intelectual. Presenta un nivel de funcionamiento intelectual de “Retardo Mental Moderado” (...) Desde el punto de*

vista neuropsicológico, se encuentran problemas en: -Atención, -Relaciones viso-espaciales, -Abstracción y razonamiento, -Planeamiento y organización (...)" (cfr. folios 98 y 99).

A criterio de este Tribunal de alzada, los elementos de convicción que se derivan de los medios probatorios antes apuntados, evidencian que la menor ofendida no reúne o tiene la situación cognitiva o mental que se califica o considera como normal en una niña o niño de su edad. Así las cosas y siendo que la situación especial que presenta la menor agraviada fue constatada por el Tribunal Penal luego de que la misma había sido apercibida de su derecho de abstención con respecto al encartado J -por ser su padre biológico-, apercibimiento que realizó el *a quo* partiendo de la base que la ofendida tenía una condición especial, exclusivamente, en razón de su corta edad, que es criterio de esta Cámara que el *a quo* dejó de lado en el *subjudice* la aplicación del principio constitucional de "Tutela Judicial Efectiva", así como el contenido normativo del artículo 71 inciso b) del Código Procesal Penal, en el que se estipula que es un derecho de un víctima en un proceso de tal especie "(...) A que se consideren sus necesidades especiales, tales como limitaciones físicas, sensoriales o mentales, así como las diferencias sociales, culturales o étnicas (...)" . En tal sentido, se estima que la documentación que fue aceptada por el Tribunal de mérito -*supra* indicada- deja ver una condición especial de la víctima del ilícito de marras, la que evidentemente no fue apreciada en modo alguno en el momento en que se apercibió en el debate a la menor ofendida de su derecho de abstención, lo que revela que no se garantizó de manera adecuada que la situación de vulnerabilidad de la misma se abordara oportunamente y se tomaran mayores previsiones y un trato aún más especial que el que corresponde a la situación de minoridad de una persona víctima de un delito penal. Aunado a lo anterior, el examen del registro del debate con el fin de controlar aspectos de inmediación que fueron considerados por el *a quo* en la decisión que es objeto de análisis, con respecto a declaración de la agraviada, permite concluir que contrario a lo que estimó el Tribunal de mérito, la menor ofendida lució muy temerosa, cohibida y sumamente limitada en la expresión de sus ideas (En este sentido ver la secuencia que inicia a las 9:18:00 horas del 5 de noviembre de 2012 que se incluyen en los archivos digitales c0001121105100000vgz y c0000121105093706). Al respecto, debe sumarse que esta Cámara considera que el preguntarle a la menor ofendida que si "quería hablar o quedarse callada", no es una manera que genere certeza en cuanto a que la respuesta que dio la agraviada en tal sentido, sea esta "quedarse callada", derivare del entendimiento adecuado del derecho de abstención que le asiste a la ofendida en la presente causa, sobre todo atendiendo a sus limitaciones de comprensión, abstracción y razonamiento a los que se hace referencia en la prueba que fue aceptada por el *a quo* en el debate. En razón de lo expuesto y de la interpretación restrictiva que debe darse de las normas que limiten el ejercicio de un derecho conforme a lo establecido en el artículo 2 del Código Procesal Penal, de manera que se garantice la aplicación

adecuada del derecho que se trate –en este caso del derecho de tutela judicial efectiva de la víctima menor de edad en el presente proceso penal-, se estima que el Tribunal de mérito no llevó a cabo las actuaciones procesales necesarias para tener certeza que en la especie la menor ofendida comprendiese los alcances de su derecho de abstención reconocido en el artículo 36 de la Constitución Política y en el artículo 205 del Código Procesal Penal, lo que sin duda alguna genera una violación al debido proceso que es insubsanable y que a la vez conlleva a la ilegalidad del fallo recurrido. Lo anterior, por cuanto se estima que el vicio en cuestión es de carácter esencial, ya que es la situación procesal de marras la que propició que la ofendida no declarara en el debate, aspecto que constituye el pilar o fundamento principal con base en el que el Tribunal Penal decidió absolver al imputado M, sea la falta de la declaración de la menor agraviada en el debate. En virtud de lo anterior, se declara con lugar el recurso de apelación de sentencia penal incoado por la licenciada Alexandra Mahoney Crawford en calidad de representante del Ministerio Público. Se anula la sentencia recurrida y se ordena el juicio de reenvío para que el mismo Tribunal Penal con distinta integración resuelva lo que legalmente corresponde.”

2. Aplicación del Artículo 36 de la Constitución Política en Autoincriminación

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]^{vi}

Voto de mayoría

“**II. [...] No se acoge el motivo.** Cuando la Constitución Política en su artículo 36 indica que en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo y el artículo 204 del Código Procesal Penal establece que el testigo no está obligado a declarar sobre hechos que puedan depararle responsabilidad penal, se está refiriendo a un derecho que tiene el propio testigo de no autoincriminarse a través de su propia declaración si no es previamente advertido de su derecho de abstención, de tal manera que si al momento de rendir su declaración en el juicio, la señora S hubiera tenido la condición de testigo sospechosa, la titular de ese derecho habría sido doña S y no el aquí encartado.”

3. Finalidad del Artículo 36 de la Constitución Política

[Sala Tercera]^{vii}

Voto de mayoría

“**II. Como única protesta** el licenciado Chacón Chang reclama existencia de precedentes contradictorios entre lo resuelto por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José y los pronunciamientos de la Sala

Tercera de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la aplicación de los tipos penales previstos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, para situaciones de violencia en perjuicio de una mujer, tanto las acaecidas en el seno de una relación matrimonial, como las que suceden en el marco de uniones de hecho que cesaron o estaban interrumpidas, con quebranto de los principios de igualdad y tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 33 y 41 de la Constitución Política y según lo preceptuado por el artículo 2 inciso a), de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Ley Nº 7499, 2/05/1995). El Tribunal recurrido recalificó la conducta atribuida al justiciable, de un delito de daño patrimonial (artículo 35 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres, Nº 8589), a la contravención de daños menores (artículo 386 inciso 9, Código Penal), bajo el argumento de que si bien el imputado y la ofendida convivieron por varios años, para el momento del suceso acusado “ya no vivían en unión de hecho” es decir, no tenían relación de pareja pues dormían en habitaciones separadas, aunque mantenían un domicilio común. Este último aspecto, según el fallo recurrido, no resulta suficiente para conformar la unión, sino que se requiere de otros elementos a saber: una comunidad de vida, una conciencia de conformar una pareja, el respeto, la cooperación y mutuo auxilio, elementos que ya no estaban presentes en este grupo, al momento en que se produce el ataque a los bienes. En virtud de lo anterior, desaplicaron al caso concreto la Ley 8589. Para el quejoso, dicha interpretación resulta contradictoria con varios precedentes de esta Sala, dentro de los cuales cita las resoluciones número 214, de las 9:44 horas, del 4 de marzo de 2011 y 1393, de las 9:50 horas, del 17 de diciembre de 2010, en cuanto que la citada Ley no solo aplica a aquellas situaciones que suceden en el marco de una relación de matrimonio o en unión de hecho, declaradas o no declaradas, sino también a todas aquellas manifestaciones de agresión hacia la mujer por razones de género que tienen lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o también en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido en su pasado el mismo domicilio que la mujer (folio 143). Apreciándose que en el caso concreto existió una manifestación de violencia contra la ofendida por parte del imputado quien comparte el mismo domicilio de la víctima y que el daño ocasionado tuvo lugar dentro de una unidad doméstica, estima procedente la aplicación de los tipos penales contenidos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Aceptar la excusa que expone el *ad quem* en su resolución conllevaría “...la inaplicación ilegítima de un instrumento internacional de derechos humanos de mayor rango, conformado por la Convención de Belem do Pará, que protege en mayor medida los derechos y garantías de las mujeres víctimas de violencia por razones de género” (folio 143). Solicita se declare con lugar el recurso planteado, se enmiende el vicio confirmando la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio de Heredia número 166-2012. **El reclamo resulta de recibo.** Como bien lo señala el impugnante, el punto jurídico sometido a examen en esta sede de casación ya ha sido objeto de discusión y resolución por parte

de la jurisprudencia de esta Sala con relación a cuál es el ámbito de regulación y alcance de los preceptos que se contienen en la Ley de Penalización de la violencia contra las Mujeres (Ley Nº 8589), dictada en tutela de los derechos de las mujeres sometidas a violencia, acaecidas dentro del matrimonio o en uniones de hecho (declaradas o no), sea que ésta última se encuentre vigente o bien haya cesado o esté temporalmente interrumpida. Sobre el particular, el voto 2011-00214, de las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del cuatro de marzo del dos mil once señala lo siguiente: *"El tema de cuál es el ámbito de aplicación de los preceptos que protegen a las mujeres contra la violencia doméstica y su contraposición a algunas nociones que, erróneamente, se ha intentado traspolar a ese campo normativo especial desde otras áreas de regulación y otra índole de supuestos de hecho, fue discutido por este Despacho en la resolución 1416, dictada a las 9:25 horas, del 22 de diciembre del 2010.* En esta se indicó que: "...la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, establece en su artículo 3, como fuentes de interpretación de la misma, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley Nº 6968, del 2 de octubre de 1984, y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley Nº 7499, de 2 de mayo de 1995 (Convención De Belém do Pará), la cual dispone, en lo que interesa, en el artículo 2), que se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: "a). que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual". Pese a la inconformidad del impugnante, este Despacho avala el proceder del a quo, al haber considerado que la relación personal existente entre el imputado y la ofendida -quienes tenían algunos meses de convivir como pareja en el mismo domicilio- sí se encontraba amparada por la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, integrando para ello, la redacción del artículo 21 de dicha ley, con lo dispuesto en el artículo 2) de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención De Belém do Pará), al ser ésta última, una norma de mayor rango que protege en mayor medida los derechos y garantías de las mujeres víctimas de violencia, a la cual, además, la misma ley remite como fuente de interpretación, según se ha indicado. Debe recordarse, que el Estado costarricense se encuentra vinculado a los principios, derechos y garantías contenidos en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. De ahí que, las decisiones de los Juzgadores, en tanto operadores de la administración de justicia penal, y actuando en representación -parcial- del ejercicio del poder estatal, deban sujetar sus actuaciones, no solo a los principios y garantías establecidos en las leyes, sino también, a aquellos previstos en las normas constitucionales y en el Derecho Internacional y Comunitario a los que Costa Rica se ha adherido. Al respecto, ha indicado la Sala Constitucional: "...Las obligaciones del Estado costarricense como miembro de la Organización de los Estados Americanos, en materia de derechos humanos, derivan de distintas fuentes. En

virtud de su ratificación de la Carta, todos los Estados miembros están obligados por las disposiciones sobre derechos humanos incorporadas a ese instrumento que los órganos políticos y de derechos humanos de la Organización han reconocido como contenido de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y definidos por ésta. Esta Declaración constituye una fuente de obligaciones jurídicas para todos los Estados miembros de la OEA. Además, los Estados como Costa Rica, que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos, explícitamente se comprometieron a respetar los derechos humanos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de sus derechos y libertades, sin discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, condición económica, nacimiento u otra condición social. Otros numerosos tratados han complementado y ampliado los derechos contenidos en estos dos instrumentos principales y constituyen obligaciones internacionales adicionales para los Estados miembros que han ratificado los instrumentos o adherido a sus términos. Estos acuerdos incluyen, entre otros... la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”)... Estas disposiciones de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, deben interpretarse en conjunto con otros tratados de derechos humanos y del derecho humanitario, que en su conjunto crean un régimen interrelacionado y que se refuerza mutuamente de protecciones de los derechos humanos...” (Sala Constitucional, resolución N° 17907-2010, de las 15:07 horas, del 27 de octubre de 2010).” Queda claro a partir de lo allí consignado que, ese ámbito de regulación de la legislación especial dictada en tutela de los derechos de las mujeres contra la violencia, abarca también situaciones como la que se discute en este asunto, sin que resulte válido argüir que, por no haber alcanzado la convivencia una cierta duración (o, podría añadirse, incluso por haberse interrumpido), ese tipo de situaciones pasan a ser normadas o dirimidas por la legislación general. De modo que, a partir de las citadas convenciones, que tienen valor supralegal en nuestro Ordenamiento Jurídico, debe entenderse que la violencia contra las mujeres contempla también a aquellas relaciones recién iniciadas (o bien, puede trascender el marco estricto de la convivencia actual, cobijando incluso las situaciones de convivencia pasada) que den pie a esas acciones contra los derechos de aquellas.” (en términos similares, ver resolución 2010-01393, 9:50 horas, 17/12/2010). Las anteriores consideraciones permiten comprender el criterio interpretativo a tomar en cuenta con relación al área de cobertura de una protección jurídica especial, relativa a la protección de las mujeres contra diversas formas de violencia -por parte del agresor- que han tenido lugar en el ámbito de una relación de pareja que ha cesado. Al respecto, dispone el artículo 3 de la Ley de Penalización lo siguiente: “Constituyen fuentes de interpretación de esta Ley todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, que tengan un valor similar a la Constitución Política, los cuales, en la medida en que otorguen mayores derechos y garantías a las

personas, privan sobre la Constitución Política. En particular, serán fuentes de interpretación de esta Ley: a) La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley N° 6968, de 2 de octubre de 1984. b) La Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995" (Convención Belém do Pará). Precisamente ésta última Convención en su artículo 2 define el concepto de violencia contra la mujer, indicando que dicha violencia incluye "*la que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende entre otros, violación, maltrato y abuso sexual*". Tomando en consideración la importancia de realizar una adecuada integración de la racionalidad interna de nuestro sistema normativo, en armonía con el respeto en la observancia de las obligaciones internacionales y acatamiento de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en nuestro país, cuando se discuten asuntos de violencia contra la mujer y su perseguidabilidad penal, se debe partir entonces de lo que preceptúa la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, Ley N° 7499, de 2 de mayo de 1995 (Convención de Belém do Pará). Según se infiere de la normativa anterior de carácter internacional reconocida por Costa Rica, se define de una manera más amplia lo que es la violencia contra la mujer aplicándose a aquellas situaciones que ocurran en el seno de una relación de pareja (matrimonial o de unión de hecho, declarada o no), en las que el agresor aún comparta o haya compartido en el pasado el mismo domicilio con la afectada. Del artículo 2 inciso a) de la Convención se extrae el interés por darle protección jurídica especial a la víctima frente al agresor, contra diversas formas de violencia que puedan suceder según los modos o formas de relación mencionados en el citado artículo de la convención. En su carácter de norma de mayor rango, la Convención protege en mayor medida los derechos y garantías de las mujeres víctimas de violencia, a la cual, además, la misma ley 8589 remite como fuente de interpretación. Sobre el particular, se ha indicado por parte de esta Cámara casacional lo siguiente: "*Si bien es cierto la Ley de Penalización sanciona las formas de violencia contra las mujeres ligadas a una relación de matrimonio, o en unión de hecho, declarada o no, resulta obligatorio interpretarla a la luz de los instrumentos internacionales que ella misma invoca, de modo que según lo estipulado en la citada Convención -la que aporta un concepto más amplio de las relaciones de hecho en el ámbito doméstico-, se entiende entonces que también resulta aplicable a las relaciones de pareja que hayan dejado de convivir bajo un mismo techo pero que aún mantienen ciertos ligámenes sentimentales, sin que sea de recibo alegar que no existió un tiempo mínimo de tres años de convivencia como lo alega el defensor.*

Véase que el citado Instrumento contiene un concepto más amplio que el artículo 242 del Código de Familia que exige entre otros aspectos que la unión de hecho tenga más de tres años de convivencia, de modo que al remitir el artículo 3 de la Ley de Penalización al cuerpo normativo de la Convención para su interpretación, resulta claro

que no puede aplicarse el concepto restrictivo de unión de hecho contenido en el numeral 242 citado al caso que se discute, como lo intenta hacer el defensor.” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 2011-01330, de las diecisésis horas y treinta y siete minutos, del tres de noviembre de dos mil once). No admite entonces discusión cuál es el ámbito de aplicación de los preceptos que protegen a las mujeres contra la violencia doméstica y su contraposición a aquellas nociones que, en forma errónea, se ha intentado aplicar a ese campo normativo desde otras áreas de regulación respecto a lo que es una “unión de hecho”. En el caso *sub-examine*, el Tribunal Penal de Heredia, mediante sentencia número 166-2012, de las 8:00 horas, del 13 de marzo de 2012 (folios 107 a 112), a modo de síntesis, tuvo por acreditado que la ofendida y el acusado José Francisco Córdoba Oviedo mantuvieron una relación de pareja aproximadamente por diecisiete años, misma que se caracterizó por los constantes insultos y agresiones, tanto físicas como psicológicas del acriminado hacia la víctima. También se tuvo por establecido que en fecha 22 de marzo del 2008, en horas de la tarde, el acusado Córdoba Oviedo llegó en estado de ebriedad a la casa donde convivía con la ofendida el cual, además de insultarla, se dirigió hacia el comedor y con sus manos golpeó la mesa propiedad de la agraviada quebrándola y causándole daños cuya reparación ascendió a la suma de veinticinco mil colones que canceló la ofendida. Por esos hechos se condenó al justiciable a la pena de tres meses de prisión por el delito de daño patrimonial, conforme a lo dispuesto en el numeral 35 de la Ley de penalización de la violencia contra las Mujeres. Según el razonamiento de fondo de la sentencia de primera instancia, si bien para el momento de los hechos acusados la ofendida y el imputado no convivían sexualmente -pues para ese tiempo tenían ocho meses de dormir en habitaciones separadas-, en criterio de la juzgadora subsiste la unión de hecho, no sólo porque dicha relación se había prolongado por espacio de diecisiete años, sino principalmente, en virtud de que ambos convivían aún en la misma vivienda compartiendo el domicilio; además, el daño causado por el agresor a un bien de la casa, sucede en el ámbito de un ciclo de violencia intrafamiliar que arrastraba la pareja. En síntesis, para el Tribunal de Juicio el daño causado por el imputado a la mesa ocurre “*en el marco de una relación de unión de hecho de diecisiete años con la ofendida, aunque no persistiera en el momento del evento el vínculo marital, entendido como el mantenimiento de relaciones sexuales entre la pareja, sí es un hecho que cuenta con la tutela que brinda la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, porque corresponde integrar para ello la redacción del artículo 35 de dicha Ley con lo dispuesto en el artículo 2) de la Convención de Belém do Pará, al ser esta última una norma de superior rango que protege en mayor medida los derechos y garantías de las mujeres víctimas de violencia, a la cual la misma ley remite como fuente de interpretación, según se ha indicado*” (folio 111 vuelto). Por su parte, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, en resolución 2012-1488, de las 9:20 horas, del 31 de julio de 2012 (folios 133-134), declaró con lugar el recurso de apelación incoado por la defensa pública del justiciable

indicando, en resumen, que la sola circunstancia de que la pareja mantuviera un domicilio común, no resulta suficiente para establecer que existe una unión de hecho sino que se requiere, además, que exista una comunidad de vida, una conciencia de conformar una pareja, el respeto, la cooperación y el mutuo auxilio, elementos que extraña el Tribunal en la relación que mantenían la ofendida y el acusado y que estaban ausentes al momento en que se da el ataque a los bienes de la agraviada. En vista de que ya no convivían como pareja no era necesario entonces, según los jueces de apelación, realizar la prevención a las partes (derecho de abstención) que reclamó la defensa en el segundo motivo de su impugnación; por otro lado, “...no es aplicable a (sic) Ley de penalización de la Violencia contra las Mujeres, en tanto no existía una relación de pareja de unión de hecho entre el imputado y la ofendida.” (folio 134 vuelto). En consecuencia, recalificaron el hecho a la contravención de daños menores (artículo 386 inciso 9, del Código Penal), y declararon prescrita la acción de acuerdo con los restantes argumentos que se exponen en el fallo. Esta Cámara no comparte las apreciaciones que emitió el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Por muy estimable que sea la posición esgrimida por dichos jueces, su interpretación omite ponderar que el concepto de “unión de hecho” mencionada en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, tiene una consistencia diferente y mucho más amplia que la aplicada en la sentencia recurrida. Soslayar esa diferencia, como hace la resolución del Tribunal de Apelación, es un error, que justifica la interposición del recurso de casación por la representación fiscal. Ciertamente, si bien el acusado y la ofendida ya no convivían como pareja -según lo refirió la propia afectada-, el *ad quem* omite realizar un análisis de los alcances de la normativa que se contiene en la Ley 8589; concretamente, no efectuó una integración de lo que señala el artículo 3 de la citada Ley de Penalización de la violencia contra las Mujeres en relación con lo preceptuado por el ordinal 2 de la Convención de Belém do Pará, circunstancia que le impidió considerar la importancia de resguardar la protección de la víctima que mantuvo una relación de pareja con el acriminado pero que dejó de convivir con él por los actos de violencia física que aquel acometía en su perjuicio; se obvió al mismo tiempo que la censura a la violencia contra la mujer que ha estado ligada al agresor en una relación sentimental, es el marco de referencia para la aplicación de una normativa penal especializada como lo es precisamente la Ley de Penalización 8589. En el caso particular debe adicionarse además, que ambos compartían la misma vivienda cuando el justiciable ocasionó el daño a la mesa de la casa. Tampoco puede dejarse de lado que este último hecho específico se da dentro de un contexto de violencia doméstica del acriminado hacia la víctima en una relación de pareja que duró aproximadamente diecisiete años. En ese sentido, aunque no cohabitaban sexualmente no por ello se puede concluir que resulta inaplicable la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, precisamente por la circunstancia de que ambos siguieron compartiendo el mismo domicilio y que fue en esa situación de relación convivencial en que ocurre el daño a la mesa de la ofendida por parte del

imputado. Véase que el acusado aún cohabitaba la misma vivienda y guardaba el mismo domicilio que la afectada, manteniéndose entonces un cierto ligamen de unión entre los dos, lo que justifica plenamente que se brindara la protección de la ofendida mediante la aplicación de la legislación especial que pretende resguardar los derechos de la mujer y busca eliminar situaciones de violencia de género que puedan afectarlas, sin que sea de recibo indicar que la relación que ambos mantenían en ese momento debe reunir las condiciones consignadas por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal para garantizar la tutela penal que se brinda a la mujer que ha visto amenazada y vulnerada su integridad -en este caso patrimonial-, pues ello sería desconocer la situación particular en que se encuentran las víctimas inmersas en un ciclo de violencia y los motivos por los cuales les resulta aplicable la ley especial. Además, se estaría soslayando el criterio fundamental a tener cuenta para casos similares al presente asunto, consistente en que, los tipos penales contenidos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres son de aplicación, no solo a aquellas situaciones de violencia que ocurren dentro de una relación matrimonial o unión de hecho (declarada o no) sino, además, a las agresiones contra mujeres acaecidas en una relación de pareja que haya dejado de cohabitar maritalmente, sea que el agresor comparta aún o haya compartido el domicilio; también en casos de agresiones que se dan dentro de la familia o unidad doméstica o bien, en cualquier otra relación interpersonal, como ocurre en el asunto que se somete a examen de esta Sala. Resta por aclarar que, en casos como el presente, no resultaba obligatorio realizar la prevención a la ofendida y su hijo Alejandro Chaverri Graham durante el debate toda vez que ya la pareja no mantenía una relación de intimidad por encontrarse separados y el testigo Chaverri Graham no era hijo del imputado. Si bien el Tribunal de segunda instancia llegó a esta misma conclusión -para dar respuesta al reclamo que se contiene en el segundo motivo de impugnación del recurso de apelación que interpuso la defensa del acusado-, es importante recordar que el derecho de abstención, previsto en el artículo 36 de la Constitución Política y en el ordinal 205 del Código Procesal Penal, tiene como finalidad proteger los vínculos y la estabilidad familiar de manera que el testigo pueda abstenerse de declarar contra una persona acusada del delito con la cual mantiene una relación cercana de parentesco, por consanguinidad o afinidad, siempre y cuando ese vínculo se mantenga vigente; en caso contrario, si ha desaparecido la relación de parentesco entre el testigo y la persona acusada, sea por un divorcio o una separación -caso de una unión de hecho-, no hay razón entonces para exigir el derecho de abstención al ex cónyuge o ex conviviente de hecho. En el caso particular, había desaparecido el lazo de parentesco con el imputado motivo por el cual no resultaba obligatorio advertirle a ambos testigos de su facultad de abstenerse de declarar en contra del justiciable, circunstancia que, en todo caso, no impedía que se aplicara por imperativo legal las disposiciones contenidas en la Ley de Penalización de violencias contra las Mujeres, número 8589, por las razones apuntadas en esta resolución casacional. Así las cosas, se aprecia que lo resuelto por el Tribunal de Apelación de

Sentencia Penal no es acorde con los lineamientos jurisprudenciales de esta Sala relativo al criterio interpretativo contemplado en la Convención de Belém do Pará, cuando se discute de la violencia contra la mujer y su perseguidabilidad penal, y su vinculación con los tipos normativos contemplados en la Ley número 8589. En razón de lo anterior, se declara con lugar el recurso de casación que interpone el licenciado Héctor Chacón Chang, en su condición de Fiscal de la Unidad Especializada de Impugnaciones del Ministerio Público, por la causal de precedentes contradictorios. Se revoca la resolución Nº 2012-1488, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, de las 9:20 horas, del 31 de julio de 2012 que declaró con lugar el recurso de apelación de la defensa y recalificó los hechos a la contravención de daños menores, absolviendo al imputado por prescripción. En consecuencia, queda en firme lo resuelto en sentencia número 166-2012, del Tribunal Penal de Juicio de Heredia, de las ocho horas del trece de marzo del dos mil doce, que declaró al acusado José Francisco Córdoba Oviedo autor del delito de daño patrimonial, en perjuicio de Mayra Chaverri Gram, imponiéndole la pena de tres meses de prisión, concediéndole el beneficio de ejecución condicional de la pena por un plazo de tres años. No se ordena el reenvío del expediente al Tribunal *ad quem*, en razón de que el recurso de apelación de la defensa fue conocido y resuelto en su totalidad por el superior, de manera que no se le causa perjuicio alguno a sus intereses.”

4. Persistencia de la Facultad de Abstenerse a Declarar Durante la Tramitación del Proceso Penal

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]^{viii}

Voto de mayoría

“ÚNICO. [...] Parcialmente con lugar el recurso. En cuanto al primer reclamo, una vez cotejado el registro audiovisual del debate, observa esta Cámara que el representante del Ministerio Público procedió a leer la pieza acusatoria y al finalizar el segundo punto, el juzgador le otorgó la palabra a la Defensa técnica del imputado. De seguido se pasó a este y previa identificación le advirtió del derecho de declarar o abstenerse de hacerlo. El justiciable optó por la segunda opción. El fiscal aclaró que también se acusaba que, una vez dañada la bicicleta de L (hecho por el cual se concilió), el imputado se apoderó ilegítimamente de la bicicleta de Z (hecho numerado tres en la acusación, registro digital de las 10:14:22 horas). De inmediato el juzgador le otorgó la palabra a la defensora del encausado y de seguido se evacuó la prueba testimonial. Como se puede observar el procedimiento seguido violenta el derecho de defensa del imputado. Desde el inicio del proceso, la persona que sea señalada como “ *posible autor de un hecho punible o partícipe de él*” tiene derecho a “*ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan*” (artículos 81 y 82 del Código Procesal Penal) y se le confiere audiencia, a fin de que ejerza la defensa material. Estos derechos

fundamentales tienen vigencia a lo largo de todas las etapas del proceso y se encuentran contemplados no solo en la ley procesal sino en convenios internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que textualmente reza:

"Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b. comunicación previa y detallada al imputado de la acusación formulada ". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el artículo 14.3 establece: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella". Esa imputación formal del hecho que se atribuye tiene como fin garantizar el pleno ejercicio de derecho de defensa, pues una vez que la persona encausada recibe comunicación detallada del hecho, calificación jurídica y prueba existente se le debe advertir el derecho fundamental de declarar o abstenerse de hacerlo, consagrado de igual forma en los artículos 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 36 de la Constitución Política, 82 inciso e y 92 del Código Procesal Penal. Esta garantía no se agota en la primera intervención del encausado, sino que tiene relevancia durante todo el proceso. Así, tenemos que una vez que el Ministerio Público recaba la totalidad de la prueba y de considerar que existe base fundada para someter a la persona imputada a juicio "...presentará la acusación requiriendo la apertura a juicio" con " La relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuya" (artículo 303 del Código Procesal Penal). Esta acusación no podrá ser trasladada al procedimiento intermedio si antes no se le hubiere dado oportunidad al imputado de rendir declaración (artículo 309 del mismo cuerpo de leyes). De estimarlo conveniente, el justiciable puede declarar en la audiencia preliminar. En la etapa de juicio, la imputación e intimación, así como el derecho de defensa cobran especial relevancia, pues en esta fase se evacuará la totalidad de la prueba y se determinará la existencia del delito y en ese caso, la responsabilidad del encausado. En razón de ello, el debate inicia con la lectura de la acusación -imputación- y la declaración del imputado, previa advertencia de su derecho de declarar o abstenerse de hacerlo. Si durante el transcurso del plenario, surgen hechos o circunstancias nuevas que no forman parte de la acusación o querella y modifican la calificación legal o integran un delito continuado, el representante del Ministerio Público o el querellante pueden ampliar la acusación y en ese supuesto se debe recibir nueva declaración al imputado (artículo

347 del Código Procesal Penal). Como puede observarse, la imputación representa una garantía para el imputado, pues constituye un límite para el acusador -llámese Ministerio Público o querellante- y permite a la vez, el ejercicio de la defensa material y técnica. En consecuencia, es un derecho insoslayable cuya inobservancia conlleva la vulneración de derechos fundamentales. En el presente caso, observamos que al comenzar el debate el representante del Ministerio Público procedió a leer la acusación y cuando finalizaba el punto 1 el juzgador lo interrumpió para concederle la palabra a la defensa técnica. De seguido, le advirtió al imputado del derecho de declarar o no hacerlo, optando este por guardar silencio. Posteriormente, el fiscal señaló que el hecho acusado en el punto 3 subsistía, por cuanto no fue objeto de conciliación. Posteriormente lo describió e indicó que configuraba el delito de Hurto Simple. El juzgador en vez de advertirle al imputado su derecho de declarar o no hacerlo sobre ese hecho a fin de que ejerciera su derecho de defensa material, procedió a otorgarle la palabra a la defensora, para continuar con la recepción de prueba. Con este proceder vulneró el derecho de audiencia y de forma consecuente el derecho de defensa, sobre los cuales la Sala Constitucional en el voto N. 1739-1992 indicó: "**D) LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA:** *En el lenguaje escueto de nuestra Constitución, el derecho general a la defensa, y tanto en lo penal como, en general, en toda materia sancionadora o que pueda desembocar en la supresión o restricción de derechos subjetivos de las personas, está también consagrado en el artículo 39 de la Constitución, y se desarrolla, además, extensamente en el Código Procesal Penal y en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este último en sus párrafos 1º, para todo proceso, y 2º a 5º específicamente para el proceso penal. El derecho general de defensa implica otros, particularmente el de audiencia y los principios de imputación e intimación, así como el derecho a la motivación o fundamentación debida de toda resolución procesal. De conformidad con lo expuesto, comprende: a) El principio de intimación: Es el que de lugar al derecho de todo imputado a ser instruido de cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación, desde el primer momento -incluso antes de la iniciación del proceso contra él, por ejemplo por parte del Ministerio Público-. Es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de cargos y advertir de sus derechos constitucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales; y esto sólo puede lograrse plenamente en presencia personal del mismo reo, con su defensor. b) El principio de imputación: Es el derecho a una acusación formal. Necesariamente debe cumplirse a cualquiera que se pretenda someter a un proceso. Es, pues, deber del Ministerio Público, aún inicialmente, y, después, de éste y del juez, y comprende los de individualizar al imputado, describir detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva. Y no se menciona el supuesto de los llamados procesos de citación directa, porque este*

problema no está involucrado en la consulta que nos ocupa, y obligaría a la Sala a considerar la constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales o quasi jurisdiccionales del Ministerio Público, que han sido descargadas en un órgano administrativo no jurisdiccional, lo cual puede implicar una violación de los principios de exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional a que nos hemos referido. c) **El derecho de audiencia:** Es el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y, particularmente, de hacerse oír por el juez, de traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo. d) **El derecho de defensa en sí:** También se desprende del artículo 39 de la Ley Fundamental, y muy especialmente de los incisos a), c), d), e), f) y g) del párrafo 2º, y de los párrafos 3º y 5º del artículo 8º de la Convención Americana, de todo lo cual resulta toda una serie de consecuencias, en resumen; el derecho del reo a ser asistido por un traductor o interprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso también proveído gratuitamente por el Estado, sin perjuicio de su opción para defenderse personalmente, opción esta última que el juez debe, no obstante, ponderar en beneficio de la defensa misma; el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor, con la sola excepción de la incomunicación legalmente decretada -conforme al artículo 44 de la Constitución-, durante la cual, no obstante, no deben en ningún caso tener acceso a él la parte acusadora ni las autoridades de investigación, ni utilizarse en modo alguno el aislamiento para debilitar la resistencia física o moral del imputado ni para obtener de él pruebas o declaraciones, mientras en cambio, las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, debe ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad, y siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público, que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen etc.; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material - como la muerte del testigo-; el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas; y el derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez. Cabe advertir, asimismo, que el derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin

exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan ". Como puede observarse, si bien el Fiscal expuso los hechos que se le imputaban y su calificación jurídica -hurto simple- con lo que cumplió con los derechos de intimación e imputación, no sucedió lo mismo con el derecho de audiencia, pues el juzgador no le concedió al justiciable la palabra previa advertencia de su derecho de declarar o no hacerlo a fin de que el principio de defensa cobrara plena vigencia. Llama también la atención la posición pasiva del Ministerio Público, ente encargado de controlar de legalidad en el proceso penal, por ende le asistía el deber de hacer ver al juzgador el yerro en que estaba incurriendo. Si bien una vez recabada la totalidad de la prueba el justiciable manifestó su deseo de declarar y negó el hecho calificado de hurto simple, ello en modo alguno convalida el defecto, pues la vigencia de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a la actuación de la parte a favor de quien se conciben. Debe agregarse que a la persona imputada le asiste el derecho de participar activamente durante todo el proceso, haciendo las manifestaciones que estime convenientes, siempre que se refieran a su defensa (artículo 345 del Código Procesal Penal), sin que ello signifique que con esas manifestaciones, se cumpla con el deber de dar audiencia que corresponde por ley a las autoridades judiciales, llámese Ministerio Público o Jueces. No procede como lo expone el Ministerio Público en la contestación del recurso (f. 80), considerar que el defecto se subsanó con la negación de cargos del imputado, pues ello implicaría trasladar la obligación de dar audiencia a la misma parte. Se concluye entonces, que el actuar del juzgador conllevó la vulneración de Derechos Fundamentales del imputado conforme lo establecen los numerales 175 y 178 del Código Procesal Penal. En consecuencia, a falta de impugnación del Ministerio Público, lo procedente es absolver de toda pena y responsabilidad a M por el delito de hurto simple que se le venía atribuyendo en perjuicio de Z. Se resuelve sin especial condena en costas.[...]"

5. Artículos 36 Constitucional y 205 del Código Procesal Penal

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^{ix}
Voto de mayoría

"Único. En folios 117 a 123, el fiscal auxiliar Luis Carlos Contreras Soto interpuso apelación contra la sentencia absolutoria Nº 137-2012 emitida, oralmente en forma integral, a las 15:45 hrs. del 15 de febrero de 2013. En el **único motivo de impugnación**, el recurrente reclama la disconformidad con la indebida aplicación de la normativa procesal por errónea aplicación del derecho de abstención. En este sentido,

reprocha que fue improcedente que la Jueza *a quo* informara a la ofendida directa y a su sobrina, que tenían derecho de abstención quienes, al haberse acogido a ese derecho, generaron la ausencia de pruebas en que se basó el dictado de la sentencia absolutoria, que se impugna por causar agravio consistente en la violación al debido proceso, por dejar ayuno de prueba de cargo al Ministerio Público y dejar impune el delito perseguido. El impugnante fundamenta que la víctima convivió con el imputado por espacio de cinco años, se separó durante un año y que actualmente tiene ocho meses de convivir nuevamente con el imputado. Ante este panorama, la víctima no tenía aun el plazo de dos años de vida en común que prevé el artículo 205 del Código Procesal Penal y, por ende, ni a ella ni a su sobrina les asistía el derecho de abstención. Alega que los cinco años anteriores que la víctima convivió con el imputado no cuentan porque se interrumpieron durante un año de separación, de tal manera que lo que debe tomarse en cuenta fue el nuevo plazo posterior a la separación y que, al momento del debate, habían transcurrido únicamente ocho meses, razón por la cual la agraviada y su sobrina tenían la obligación de declarar. En apoyo a su alegato invoca los votos número 201-2011 del Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago y número 126-2011 del Tribunal de Apelación de Sentencia de San José. **Sin lugar el reclamo.** Esta Cámara de Apelación observó que, dentro de la fundamentación probatoria intelectiva del fallo impugnado, mismo que se registró en el archivo audiovisual c0000130215160000.vgz, la Juzgadora *a quo* valoró que la víctima y su sobrina se abstuvieron de declarar, la primera porque tenía una relación de convivencia con el imputado que se vio quebrantada debido a las medidas de protección que le fueron impuestas al encartado y, la segunda por ser sobrina de la ofendida y por ende del imputado por afinidad (contador horario 16:08:35 a 16:11:42). La jueza también -entre otros aspectos-, estimó que como ambas eran prueba de cargo vital, al no haber declarado porque les asistía el derecho de abstención, surgía la duda que favorecía al imputado, pues el resto de la prueba resultó insuficiente ante la falta de los testimonios que aclararan cómo habían ocurrido los hechos realmente (contador horario 16:27:30 a 16:31:00). Considera esta Cámara que la sentencia absolutoria debe mantenerse incólume porque, conforme con lo que se impugna, el yerro apuntado es inexistente. El artículo 36 de la Constitución Política dispone lo siguiente: "*En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.*" Por otra parte el artículo 205 del Código Procesal Penal establece lo siguiente: "**Facultad de abstención.** Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad. Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas.". Se desprende de estos ordinales, que no se

distinguen parámetros de suspensión o interrupción de un plazo de convivencia para los vínculos de afinidad, siendo que la única interpretación posible, en estricto apego al texto de las normas, es que si la persona al momento de declarar ostenta el vínculo de parentesco (por afinidad) con el acusado, tendrá el derecho de abstenerse de declarar. En un sentido contrario, si en el momento que la persona debe declarar, ese vínculo es inexistente, no tiene ese derecho. El citado artículo 36 constitucional, que jerárquicamente se ubica en un nivel superior a la norma procesal citada, no establece ningún plazo, por lo que cualquier limitación legal en cuanto a tiempo de convivencia se refiere, sería inconstitucional y, por ende, debe aplicarse directamente la Carta Magna y la jurisprudencia constitucional que es de acatamiento obligatorio, conforme con el criterio *erga homes*, consagrado en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la cual, ha establecido lo siguiente: "...para el legislador constituyente, las llamadas "familias de hecho" y el matrimonio son simultáneamente dos fuentes morales y legales de familia (hay que tomar en cuenta que no existe impedimento legal para constituir una familia de hecho); ambos garantizan la estabilidad necesaria para una permanente vida familiar, porque se originan en una fuente común: el amor que vincula al hombre y la mujer, el deseo de compartir, de auxiliarse y apoyarse mutuamente y de tener descendencia (...) La familia de hecho es una fuente de "familia", entendida esta como el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria. Sin embargo, debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho, cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de, estabilidad (en la misma medida en que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales) Vlo. Nuestro sistema de vida está basado en principios que guardan la creencia de que todos los seres humanos nacemos libres, e iguales en dignidad y derechos, sin distinción de raza, sexo, color, idioma, religión u opinión política. La familia por otra parte, es indiscutiblemente el elemento natural y fundamental de la sociedad porque es en ella que se dan los elementos fundamentales para el desarrollo de las mejores cualidades del ser humano y donde se traspasan nuestras costumbres, tradiciones y enseñanzas de generación en generación. En consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado independientemente de la causa que le haya dado origen; su naturaleza e importancia justifican su protección. Así lo reconoció esta Sala en sentencia número 2984-93, al extender el derecho de abstenerse de declarar contemplado en el artículo 36 de la Constitución, a la concubina, estimando que la protección de la cohesión familiar es tan importante en la familia de hecho como en la constituida legalmente. En lo que interesa la sentencia dice: "III. También se queja

la defensora Rodríguez de la nulidad de la declaración tomada a la concubina del reo, pues no se le advirtió que tenía derecho a abstenerse de declarar en contra de su compañero tal y como lo establece la ley. Estima la Sala que en el presente caso, debe tomarse en cuenta que el artículo 36 de la Constitución...tiene como objeto primordial proteger el vínculo familiar de los efectos que podría tener una "declaración" del cónyuge o de los parientes en los grados allí descritos, en contra de otro familiar... la realidad hizo que el constituyente previera una situación diferente cual es la relación parental de hecho, de la que nacen los hijos con los mismos derechos que los habidos en el matrimonio y se desarrollan familias estables. De allí que en el artículo 53 en relación con el 54 de la Constitución, otorgara reconocimiento y plenos derechos e igualdad a los hijos nacidos fuera del matrimonio". La sentencia 2984-93 que adiciona la anterior señaló: "...La Sala en el considerando III de la sentencia, llegó a la conclusión que, debido a la protección dada a la familia por el constituyente (art. 51); a la igualdad de derechos de los cónyuges (art. 52) y a la prohibición de calificar la naturaleza de la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio (art. 54), se concluye que la unión familiar de hecho está plenamente reconocida y protegida por la Constitución. En consecuencia, las garantías procesales otorgadas a los familiares por el artículo 36 de la Constitución, para un caso penal, se extienden a la concubina o compañera del acusado, precisamente por el vínculo familiar establecido, vínculo que el juez deberá valorar en cada caso según criterios de razonabilidad que permitan definir la existencia de un vínculo afectivo. En este sentido, el juez deberá analizar los diversos factores que componen la relación familiar, como el grado de cohesión de la pareja, si han procreado hijos juntos, etc, que permitan deducir que la declaración de uno en contra del otro, producirá una lesión a la armonía familiar y por ello es importante hacerle la prevención de que tiene derecho de abstenerse de hacerlo". Vilo. La Sala mantiene el criterio jurisprudencial contenido en los fallos transcritos, y en consecuencia, la protección a la familia que establece el artículo 36 de la Constitución, que recogen los artículos 155 y 227 del Código de Procedimientos Penales, se debe entender extendida a la concubina o concubino en los términos expuestos en las sentencias números 2776-92, 2984-93 y en lo que resulte aplicable, lo dispuesto en la sentencia 264-91. Sobre la definición de familia de hecho que solicita el juez, la Sala no tiene dentro de sus potestades la de dar definiciones específicas, lo cual resulta además peligroso, sobre todo en el caso de las uniones de hecho, en donde existen diversidad de relaciones y particularidades dentro de cada una de ellas. Como se indicó en el fallo supra transrito, es el Juez quien debe valorar cada caso en particular, tomando en cuenta los elementos señalados en el considerando Vo. de esta resolución, y los diversos factores que componen la relación familiar, como el grado de cohesión de la pareja, si han procreado hijos juntos, y demás elementos que permitan deducir si la declaración de uno en contra del otro, producirá una lesión a la armonía familiar. Por último se insiste en la importancia que en materia penal tiene, la obligación de hacerle la prevención al cónyuge o concubina (según los términos de la sentencia) sobre el

*derecho de abstenerse de declarar, antes de que lo haga, y de su derecho a hacer valer esta garantía en cualquier etapa del proceso, pues es la única forma de dar plena vigencia a la protección del grupo familiar que quiso el legislador constituyente (al respecto ver también sentencia 3483-93)". Ilo. Tomando en cuenta que este caso es prácticamente idéntico al resuelto en el fallo transrito, y que no existen razones para variar de criterio o motivos de orden público que justifiquen reconsiderar la cuestión, debe estarse la Jueza consultante a lo resuelto por esta Sala en la sentencia número 1151-94... ". (Resolución 1155-94 de las 15:42 horas del 01 de marzo de 1994 de la Sala Constitucional). La razón de ser del derecho de abstención, es la tutela de la cohesión familiar dentro del proceso penal, lo que está íntimamente relacionado con la máxima de que el Derecho Penal es la *ultima ratio*, pues en un Estado de Derecho como nos define el artículo 1 de la Constitución Política, resultaría inconcebible que, so pretexto de salvaguardar el *ius puniendi*, se obligue a las personas a autoincriminarse, o bien a incriminar a parientes con los que tendrá que continuar conviviendo, o con los que tendrá que dejar de convivir debido a la mala relación familiar generada por la obligación de deponer en una materia en la que hasta la libertad personal del pariente podría estar en juego. La familia es una de las instituciones mayormente tuteladas por el Estado de Derecho, y siendo que el Derecho Penal es la parte mas violenta del ordenamiento jurídico, de ahí su denominación de *ultima ratio*, oportuno ha sido que existan normas constitucionales y procesales aplicables dentro del proceso penal, para aun dentro de esta área, continuar preservando las buenas relaciones familiares y con ello poder tutelar a la familia como institución. No obstante a la loable voluntad legislativa plasmada en la Constitución Política que dio vida al derecho de abstención, los administradores de justicia no pueden abusar del derecho concediéndolo a quien no corresponde, pues en la medida que la amplitud para la concesión del derecho sea arbitraria, improcedente o injustificada, se menoscabará el *ius puniendi*, el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Es así como ante la ausencia de relaciones familiares por afinidad o consanguinidad que proteger, no corresponderá conceder el derecho, pues con otorgarlo, no se estará tutelando ningún lazo familiar si el vínculo no existe, y en lugar de la preservación de un vínculo familiar, lo que se estaría propiciando es un incumplimiento del deber de declarar. Ante este panorama, la relación de convivencia entre las partes, debe observarse ampliamente sin sujeción a plazos. Precisamente la realidad de esa relación familiar, en esas condiciones, impide que pueda estimarse que el derecho se les está concediendo arbitrariamente. Fue voluntad del órgano constituyente, salvaguardar el derecho de abstención para el conviviente, sin que se establezca en materia penal, la regulación de las condiciones del plazo, siendo lo trascendental, que la relación de convivencia sea actual por lo que la limitación legal es inconstitucional. En este último sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 2011-3056 de las 14:39 hrs del 09 de marzo de 2011 expresó lo siguiente: "...La razón de ser de dicha norma es la protección de la unidad familiar que se encuentra también tutelada por la Constitución Política, en su*

artículo 51 que dispone: "La familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado." Entre dos intereses contrapuestos, la averiguación de la verdad de los hechos por un lado y la necesidad de proteger los vínculos familiares, por el otro, el legislador constituyente, optó por el segundo. No obstante, esa protección se da siempre y cuando exista el vínculo familiar. Cuando éste se extingue, ya sea por haberse producido un divorcio o una separación (en el caso de la unión de hecho) el ligamen desaparece y subsiste únicamente en relación con los hijos en común, no así en cuanto al ex-cónyuge o ex-conviviente de hecho. El hecho de que se tengan hijos en común u obligaciones alimentarias entre sí, no hace que deba persistir el derecho. El artículo 36 de la Constitución Política no otorga una garantía indiscriminada, sino que se limita a determinados supuestos donde se den vínculos de consanguinidad o afinidad. Si éstos no existen, la garantía no es aplicable. Debe agregarse además, que por tratarse de una garantía procesal, la misma resulta aplicable al momento de la realización del acto, sea, cuando se proceda a rendir la declaración respectiva, independientemente de si existía la relación al cometerse el delito. La existencia del vínculo al momento de la comisión del delito, podría tener relevancia para la calificación jurídica, dependiendo del tipo penal de que se trate, pero no en cuanto al ejercicio del derecho de abstención, donde lo que importa es el estado actual de la relación..."

En consecuencia, se declara sin lugar el recurso de apelación."

6. Derecho de Abstención en el Proceso Penal

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^x

Voto de mayoría

I. La licenciada Fanny Badilla Sánchez, defensora pública del imputado J, alega en el **primer reclamo**, la "*violación de un derecho de linaje constitucional, específicamente el artículo 36 de la Constitución Política*". Señala que a su patrocinado se le acusó de los delitos de incumplimiento de una medida de protección y de agresión con arma en concurso ideal, en los que figuraron como ofendidas las exconviviente y exsuegra del encartado, a quiénes, estimó el Tribunal, no las cubre el derecho de abstención por estar disuelto el vínculo familiar desde antes de que se dieran los hechos denunciados. En su opinión, esto no es así, pues el espíritu de los artículo 36 de la Constitución Política y 105 del Código Procesal Penal es proteger un vínculo que va más allá de una relación de pareja y se trata de la familia, pues su defendido y la perjudicada procrearon una hija, por lo que, entonces, opina, sí debía advertirse el derecho de abstención. Ni el Tribunal, ni el Ministerio Público, atendieron que fue la ofendida quien se ocupó de las necesidades de su defendido mientras estuvo en prisión preventiva y que, además, refirió su deseo de no declarar para que éste saliera en libertad y se ocupara de las necesidades de su hija, aun y cuando deseaba que se

respetara su voluntad de no volver con él, sin descartar una posible reconciliación si cambiaba de actitud. Empero no se respetó aquella decisión y se le interrogó. En virtud de la naturaleza del vicio alegado, gestiona acoger el reclamo y absolver al imputado. Posición del Ministerio Público. El recurso debe declararse sin lugar. El imputado manifestó que tuvo una relación con la ofendida por año y siete meses, y que para el momento del debate tenían nueve meses de haberse separado. Lo que, igualmente, manifestó la perjudicada. Desde esa perspectiva, no hubo una convivencia superior a los dos años como señala el artículo 205 procesal, para concederle el derecho de abstención, pero, además, el argumento es falaz, porque la representación fiscal le preguntó a la víctima si deseaba narrar lo sucedido y ésta voluntariamente lo hizo. Tampoco el que tengan una hija en común significa que se mantiene el vínculo familiar, el que es inexistente porque el imputado ni siquiera supo el nombre de su hija o los apellidos de la madre de ésta. Opina que a la ofendida no la asiste el derecho de abstención. ***El reclamo no es atendible.*** Como puede claramente apreciarse, el argumento de la quejosa se basa en que debió advertirse a las ofendidas del derecho de abstención que las cubría, no solo por la relación sentimental que existió entre el imputado y una de ellas, hija de la otra, sino porque a raíz de esa convivencia procrearon una hija y, entonces, debe protegerse a la familia. De allí que, en relación con el parentesco y las posibilidades de abstención que tienen los testigos, el fundamento del reclamo, básicamente, se puede sintetizar en que la recurrente considera que tienen dicha posibilidad de abstención las exconvivientes y las exsuegras, máxime si se procrearon hijos. Sin embargo, resulta evidente que esto no es así, pues debe tenerse en cuenta que el artículo 36 de la Carta Magna dispone: "*En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad*". Principio constitucional que es desarrollado por el numeral 205 del Código Procesal Penal, que establece: "*Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad. Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas*". Esto significa que la garantía constitucional, desarrollada por el Código Procesal Penal, por una parte, establece el derecho a la no autoincriminación y, en forma adyacente, protege la cohesión del grupo familiar, pero esto último, opera como una garantía limitada y no amplia, como lo percibe la quejosa, pues en cuanto a la convivencia, exige que esta supere dos años de vida en común, entendido ese espacio temporal como de convivencia continua y que es, entonces, lo que origina, bajo esa modalidad, que surja una familia, dada su permanencia en el tiempo y no, únicamente, por la procreación de una hija, pues si bien ésta sí tendrá derecho de abstención, ello será por la relación de parentesco que la une con el

acusado, más no en razón de la convivencia que sí se le exige a la madre, pues indistintamente de que la haya o no, esa hija estará siempre cubierta por el derecho de abstención. Es claro, entonces, que el derecho de abstención lo adquiere la conviviente a partir de la existencia de la vida en común, que para el presente caso era inexistente, pues conforme lo alega la representación fiscal al contestar el recurso, no solo se advierte que fue por un lapso corto, año y siete meses, sino que, además, para cuando se dio el debate, conforme lo señala la ofendida, esa convivencia había cesado, desde nueve meses atrás (ver acta de debate a folio 62). Evidentemente, en este caso ya no habría tutela para el derecho de abstención para la exconviviente, menos aun para su madre, pues su condición de suegra del imputado tuvo como base la convivencia de su hija, la que como se dijo es inexistente, pero tampoco subsiste por su condición de abuela de la hija del imputado, pues aunque hay un nexo sanguíneo con la menor de edad, no es a través de su padre. En consecuencia, no existe obligación de hacer prevención alguna, más bien, lo que subsiste es la obligación genérica de las deponentes de prestar su testimonio conforme al contenido de su conocimiento. Por ello, la actuación jurisdiccional desplegada por el juez *a quo* estuvo ajustada a los parámetros legales y constitucionales que regulan la materia. Por ende, sin lugar 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.

ⁱ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución Política de la República de Costa Rica* del siete de noviembre de 1949. Vigente desde: 08/11/1949. Versión de la norma 16 de 16 del 25/06/2013. Publicada en: Colección de leyes y decretos: Año: 1949. Semestre 2 Tomo 2. Página: 724.

ⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7594 del diez de abril de 1996. *Código Procesal Penal*. Vigente desde: 01/01/1998. Versión de la norma 21 de 21 del 05/03/2013. Publicada en: Gaceta No 106 del 04/06/1996. Alcance: 31.

ⁱⁱⁱ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (2008). *Constitución Política de la República de Costa Rica: Actualizada, Comentada, Anotada y con Citas de Jurisprudencia*. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. Pp 128-130.

^{iv} LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (2012). *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal*. 5^{ta} Edición de la Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. Pp 366-369.

^v TRIBUNAL DE APPELACIÓN DE SENTENCIA PENAL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA SAN RAMÓN. Sentencia 155 de las siete horas con cuarenta minutos del diez de marzo de dos mil catorce. Expediente: 10-004266-0175-PE.

^{vi} TRIBUNAL DE APPELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE SANTA CRUZ. Sentencia 335 de las diez horas con diez minutos del diecisiete de diciembre de dos mil trece. Expediente: 07-002563-0396-PE.

^{vii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 992 de las nueve horas con cincuenta y dos minutos del nueve de agosto de dos mil trece. Expediente: 08-000936-0369-PE.

^{viii} TRIBUNAL DE APPELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE SANTA CRUZ. Sentencia 142 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del diecisiete de junio de dos mil trece. Expediente: 10-000991-0414-PE.

^{ix} TRIBUNAL DE APPELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 785 de las nueve horas con veinte minutos del diecinueve de abril de dos mil trece. Expediente: 10-000799-1092-PE.

^x TRIBUNAL DE APPELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 695 de las diez horas con doce minutos del cinco de abril de dos mil trece. Expediente: 12-001243-0573-PE.