**RESUMEN:** Es obligación del juzgador pronunciarse sobre la conmutación de la pena de prisión a días multa cuando así lo solicita la parte. Debe el juzgador analizar la procedencia la pena de días multa a la luz del artículo 71 del Código Penal y del fin resocializador de la pena. No es legítimo rechazar la conmutación de la pena de días multa basado en circunstancias propias de la conducta típica acusada, ni del entorno social en el que se da la dinámica de los hechos.

**Palabras clave:** conmutación, días multa, fin resocializador.

**Resolución: 2016-1482**

**Expediente: 15-000079-0648-PE (08)**

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL** . **Segundo Circuito Judicial de San José**. Goicoechea, al ser las diez horas quince minutos del veinticuatro de octubre de dos mil dieciséis.-

**RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en la presente causa seguida contra **KMDG,** mayor, costarricense, cédula de identidad número …, nacida en San José el 13 de junio de 1990, hija de …., vecina de Barrio Cuba; por el delito de **AGRESIÓN CON ARMA Y OTRO**, en perjuicio de [Nombre 001] **Y OTRO.** Intervienen en la decisión del recurso, la jueza Francini Quesada Salas, y los co-jueces Edwin Esteban Jiménez González e Ingrid Estrada Venegas. Se apersonaron en esta sede el licenciado Adán Carmona Pérez, en calidad de defensor público de la encartada Dominguez González y el licenciado Freddy Calderón Chaves, representante de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

**RESULTANDO:**

**I.-**

Que mediante sentencia número 862-2016, de las catorce horas del veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, el Tribunal Penal de Primer Circuito Judicial de San José, resolvió: **"POR TANTO:***De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política; 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2, 3, 30, 31, 59 a 62, 140 y 314 del Código Penal; 1, 3, 5, 6, 8, 9, 141, 142, 184, 265, 360 a 366, 367 del Código Procesal Penal; este Tribunal resuelve* ***ABSOLVER DE TODA PENA y RESPONSABILIDAD a LGMH*** *del delito de* ***DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD*** *acusado como cometido en perjuicio de* ***LA AUTORIDAD PÚBLICA****. Se declara a* ***KMDG*** *autor responsable del delito de* ***AGRESIÓN CON ARMA*** *acusado como cometido en perjuicio de [Nombre 001] imponiéndose en el tal carácter la pena de* ***DOS MESES DE PRISIÓN****; pena que deberá descontar en el lugar y forma que determinen los reglamentos penitenciarios. Una vez firme esta sentencia, inscríbase en el Registro Judicial, comuníquese al Instituto Nacional de Criminología, Centro de Información Penitenciaria y al Juzgado de Ejecución de la Pena para lo de su cargo. Por un período de* *prueba de TRES AÑOS se concede al sentenciado el BENEFICIO DE CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL, advirtiéndosele de que si en el período dicho incurriere en nuevo delito doloso sancionado con pena de prisión superior a seis meses, el beneficio le será inmediatamente revocado. Son los gastos del proceso penal a cargo del Estado. Es todo* ***.* -****( sic., )" .**

**II.-**

Que contra el anterior pronunciamiento interpuso recurso de apelación el licenciado Adán Carmona Pérez, en calidad de defensor público de la imputada DG.

**III.-**

Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código de Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso de apelación.

**IV.-**

Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta la Jueza de Apelación de Sentencia Penal ***Quesada Salas***; y,

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

Mediante escrito presentado en fecha 13 de setiembre de 2016 , el licenciad o Adán Carmona Pérez , en calidad de Defensor Público de KMDG , interpone recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Judicial de San José , N° 862 -1 6 , de las 14:00 horas del 26 de agosto de 2016 , en la cual se impuso a dicho encartado la pena de dos meses de prisión por el delito de agresión con arma, en perjuicio de [Nombre 001] . Del estudio del sumario se colige que dicho recurso se presentó en tiempo conforme al plazo de ley, y de acuerdo a los presupuestos que se requieren para que la impugnación posibilite el adecuado y correcto conocimiento de las inconformidades planteadas por el recurrente, en orden al examen integral de la sentencia impugnada, tal y como lo establece el artículo 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y lo regulan los artículos 458, 459, 460 y 462 del Código Procesal Penal.

**II.** **- Planteamiento del recurso de apelación:** El licenciado Carmona Pérez presenta un único reclamo : **1.-**

**Inconformidad con la fijación de la pena.** El *a* quo no realizó una correcta fijación de la pena, ya que violentó los principios de proporcionalidad y legalidad. La sentencia contiene una errada fundamentación con relación al rechazo de conmutar la pena de prisión, lo que fue solicitado por la defensa. En el fallo se indican aspectos propios del tipo penal de agresión con arma, y con base en ellos se rechazó la conmutación. Señala el gestionante que la imputada cumplía con todos los requisitos para la aplicación del instituto jurídico y el juez lo deniega, debido a la "dinámica y el entorno social" en el que se desenvuelven la imputada y la ofendida. Adiciona el tribunal que sólo la pena privativa de libertad (aunque se conceda el beneficio de ejecución de la pena) puede cumplir con el fin resocializador. Sin embargo el juez no explicó porqué consideró que con la conmutación solicitada, el objetivo de la resocialización no resultaría posible. Además, en el fallo en forma contradictoria inicialmente se rechazó la aplicación de la conmutación por lo agresivo de la conducta sancionada, y lo negativo del entorno social para luego, justificar la pena de prisión de dos meses (pena mínima) y la concesión del beneficio de ejecución condicional indicando que la imputada era una mujer joven, que se ha caracterizado por tener un comportamiento social esperado, ya que ha sabido vivir en convivencia socia, ama de casa, madre de familia y que se ha acreditado que después de estos hechos, no ha tenido otros conflictos con la parte ofendida, aspectos positivos que son precisamente los que justificaban la aplicación de la conmutación solicitada. El espíritu del legislador es utilizar la pena como *"ultima ratio"* regulando que, para la conmutación lo que se requiere como elemento objetivo es la condición de primaria y que la sanción a conmutar no supere el año de cárcel. Ello acorde a los postulados básicos esenciales de un proceso penal democrático. El juez debía de valorar la imposición de una sanción más benévola. Lo anterior le causó una grave afectación a la encartada debido a que su hoja de antecedentes se encontrará anotada por mucho más tiempo de lo que puede conllevar una conmutación. De forma que la pena impuesta le generará un etiquetamiento prolongado, así como constituye un obstáculo para la obtención de trabajo, que pudo evitarse con la conmutación de la sanción. No se comprende como si el tribunal consideró que la imputada era merecedora de penas mínimas y del otorgamiento del beneficio de ejecución condicional de pena, ya que el grado de reprochabilidad lo permitía, pero le deniega tal gestión. Solicita se revoque la sentencia en cuanto a la pena y se ordene el reenvío de la causa para una nueva sustanciación. **El reclamo es atendible.** El tribunal de juicio, condenó a la acusada KMDG al delito de agresión con arma, por el que le impuso el mínimo de la pena establecida en el numeral 140 del Código Penal, propiamente dos meses de prisión. Se rechazó la solicitud de conmutación de la pena a días multa, planteada por la defensa de la siguiente manera: "*Si bien los requisitos objetivos para esta conmutación podrían observarse en este caso particular (artículos 53 y 69 del Código Penal) considera este juzgador que por la dinámica de los hechos tenida por demostrada y el entorno social que rodea a imputada y ofendidas (conducta agresiva que implicó el lanzamiento de un objeto contundente contra la integridad física de otra persona; agresiones verbales; domicilios contiguos), la pena que cumplirá con el fin resocializador y adquisición de herramientas para que la imputada pueda convivir en sociedad sin verse envuelta en nuevos procesos judiciales, es la pena de prisión, aunque se otorgue el beneficio de condena de ejecución condicional".* (ver sentencia folio 469 vuelto). En primer lugar, ha de analizarse que el numeral 69 del Código Penal, indica lo siguiente: *"Cuando a un delincuente primario se le imponga una pena de prisión que no exceda de un año, el Juez podrá conmutarla por días multa, cuyo monto fijará atendiendo a las condiciones económicas del condenado."*

De forma que, tal y como lo planteó la defensa de la implicada, la conmutación de la pena era legalmente posible, y debía ser valorado por el juez ante petición de parte, lo que es una potestad del juzgador, que debe ser razonada y fundamentada, de forma que, la parte tenga claro el porqué se ha acogido o rechazado su planteamiento. Ahora bien, conforme lo estipula el artículo 71 del Código Penal, el tribunal debe de imponer la pena basándose entre otros aspectos, en las circunstancias de modo en que fue cometido el delito, la gravedad del daño y las condiciones subjetivas o personales del encartado. Y es precisamente, tales circunstancias las que debe de contemplar el juez para ordenar la conmutación o su rechazo. En este caso el juzgador, negó la posibilidad de conmutar la pena basándose en "la conducta agresiva de la imputada de lanzarle un objeto contundente a la ofendida". Sin embargo, tal aseveración presenta dos problemas, es precisamente la conducta de lanzarle un objeto contundente a otra persona lo que se considera como conducta típica adecuada al tipo penal de "agresión con arma", de forma que afirmar que por cometer el delito de "agresión con arma" no puede ser merecedora de la conmutación de la pena, no es un razonamiento lógico ni tampoco jurídico. En segundo lugar, se justificó que se negó la conmutación por el entorno social en que vive la imputada y la ofendida, lo que implica necesariamente, sancionar a la encartada por aspectos de convivencia social externos a ella, que no se encuentran dentro de su dominio de acción. También, el tribunal hizo alusión a las "agresiones verbales" y a que la imputada y la ofendida vivían en casas contiguas, sin embargo, si a la encartada se le condenó a dos meses de prisión y se le otorgó el beneficio de ejecución condicional de la pena, igualmente, continuaría viviendo a la par de la agraviada, de forma que, tal argumento no tiene sentido. Y pese a que, pareciera, ya que no fue juzgada por tales hechos, que el único fundamento subsistente resultarían ser las "agresiones verbales", el mismo tribunal se contradijo, cuando consideró que la pena proporcional a imponer en éste caso, era de dos meses de prisión, con el otorgamiento del beneficio de ejecución condicional de la pena, o sea el *quantum* mínimo de la sanción, porque la imputada: 1- era una persona joven sin antecedentes penales, 2- que se comportaba conforme a lo esperado para la convivencia en sociedad, ama de casa y madre de una niña menor de edad, 3- después del evento que ameritó la condena, no ha tenido más problemas con la ofendida, y 4- es la sanción que le proporcionará herramientas para su reinserción en la sociedad costarricense. Al analizar las consideraciones plasmadas en sentencia, no comprende ésta Cámara, los fundamentos del rechazo de la conmutación de la pena a la imputada, si precisamente los aspectos positivos que valoró el juez, eran los presupuestos que permitían aprobar la conmutación solicitada. Donde además, pareciera que todos estos aspectos positivos valorados en sentencia, contra las "agresiones verbales", apreciado como aspecto negativo, tenían suficiente contundencia como para conceder la gestión planteada por la defensa. De igual forma, tal y como lo reclamó el impugnante, no se fundamentó en el fallo, el por qué la conmutación de la pena a días multas, no podría cumplir la función resocializadora, que a criterio del juzgador, en este caso en particular, sí iba a lograrse con la imposición de una sanción de dos meses de prisión, siendo que tampoco se explicó cuáles son las herramientas que le proporcionaría la imposición de una pena de dos meses de prisión (otorgándosele el beneficio de ejecución condicional de la pena), y que no se obtienen de una pena de conmutación por días multa, siendo que la cancelación de la pena por medio de la modalidad "días-multa" en sí, ya tiene un fin resorcializador. Ello hace que la fundamentación de la sanción penal impuesta sea contradictoria, lo que obliga a declarar con lugar el recurso de apelación presentado y se revoca parcialmente la sentencia únicamente en cuanto a la fijación de la sanción y se ordena el reenvío de la presente causa ante el tribunal de origen, a fin de que, con una integración diferente, se realice una nueva sustanciación de la pena. En todo lo demás se mantiene incólume lo resuelto.

**POR TANTO :**

Se declara con lugar el único motivo del recurso de apelación interpuesto por el licenciad o Adán Carmona Pérez . Se revoca parcialmente la sentencia, mediante la cual se condenó a KMDG por un delito de agresión con arma, únicamente, en cuanto a la fijación de la sanción impuesta, ordenándose el reenvío de la presente causa ante el tribunal de origen, a fin de que, con un integración diferente, se realice una nueva sustanciación de la pena. En todo lo demás se mantiene incólume la sentencia . **NOTIFIQUESE.-**

***Francini Quesada Salas***

***Ingrid Estrada Venegas Edwin Esteban Jiménez González***

***Juezas y Juez de Tribunal de Apelación de Sentencia Penal***

**RESUMEN:** Es ilegítimo analizar las mismas circunstancias dispuestas en el tipo penal para rechazar la sustitución de la pena principal de prisión por penas alternativas. El apelar a la actitud violenta de la persona acusada no es suficiente para el rechazo de penas alternativas pues los delitos de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres tienen como característica el actuar violento, debe analizarse en qué medida la violencia utilizada desborda el tipo penal y en qué sentido constituye riesgo para la víctima. Para la cuantificación de la pena el juzgador debe limitarse a los hechos acreditados.

**Palabras clave:** penas alternativas, rechazo ilegítimo de penas alternativas.

**Exp: 15-004848-0305-PE**

**Res: 2016-00624**

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN TERCERA.** San Ramón, a las trece horas treinta minutos (01:30 p.m.) del veintiuno de julio de dos mil dieciséis.

**RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA** interpuesto en la presente causa seguida contra **GJC,** portador del pasaporte nicaragüense número …, por **UN DELITO DE VIOLACIÓN DE DOMICILIO, DOS DELITOS DE OFENSAS A LA DIGNIDAD, DOS DELITOS DE MALTRATO y UN DELITO DE AMENAZAS CONTRA UNA MUJER,** cometido en perjuicio de **[Nombre 001] y [Nombre 002].** Intervienen en la decisión del recurso, las juezas **Annia Enríquez Chavarría, Yadira Godínez Segura, y Adriana Escalante Moncada.** Se apersonan en apelación de sentencia, la licenciada Carolina De Trinidad Zepeda, Defensora Pública del encartado GJC y la licenciada Marcela Morera Molina, representante del Ministerio Público.

**RESULTANDO:**

**I.-**

Que mediante sentencia número **204-2016** de las quince horas veinticinco minutos del quince de abril de dos mil dieciséis, el Tribunal de Juicio de Alajuela, resolvió: ***"POR TANTO:*** *De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 21, 30, 45, 71 a 75 y 204 del Código Penal; 1 a 15, 142, 258, 360, 361, 363, 364, 365 y 367 del Código Procesal Penal; 8 inciso d), 9, 11, 22, 25 y 27 de la ley 8589, Ley de Penalización de Violencia Contra las Mujeres; se declara a* ***GILBER JAVIER CENTENO*** *Autor Responsable del delito de* ***AMENAZAS CONTRA UNA MUJER AGRAVADAS*** *en concurso ideal con los delitos de* ***MALTRATO AGRAVADO y OFENSAS A LA DIGNIDAD AGRAVADAS,*** *así recalificados por el tribunal, cometidos en perjuicio de [Nombre 002]**y en tal carácter se le impone la pena de* ***UN AÑO DE PRISIÓN.*** *Son las costas del proceso a cargo del Estado. La pena impuesta la cumplirá, previo abono de la preventiva sufrida, en el lugar y forma en que lo indiquen los Reglamentos Carcelarios. De igual forma se* ***ABSUELVE DE PENA Y RESPONSABILIDAD*** *a* ***GJC*** *por los delitos de* ***VIOLACIÓN DE DOMICILIO y DOS DELITOS DE AGRESIÓN CON ARMA*** *que en perjuicio de [Nombre 001]* ***y [Nombre 002]*** *se le venía atribuyendo. Se ordena la prórroga de la prisión preventiva del encartado por espacio de* ***CUATRO MESES MÁS*** *que vencen el próximo* ***VEINTIDÓS DE AGOSTO DE DOS MIL DIECISÉIS,*** *al considerar que no han variado los razonamientos por los cuales se ordenó, y se ha venido prorrogando, la prisión preventiva del mismo. Son las costas del proceso a cargo del Estado. Firme la sentencia, inscríbase en el registro judicial. Esta sentencia ha sido dictada en forma oral y en este acto notificada a todas las partes"* (sic).

**II.-**

Que contra el anterior pronunciamiento, la licenciada Carolina De Trinidad Zepeda, Defensora Pública del encartado GJC, interpuso recurso de apelación de sentencia.

**III.-**

Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código Procesal Penal, el Tribunal de Apelación de Sentencia del III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, procedió a conocer del recurso.

**IV.-**

Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

**Redacta la jueza de apelación de sentencia Enríquez Chavarría; y,**

**CONSIDERANDO:**

**I.** Mediante escrito presentado el día 06 de mayo del 2016 (expediente recibido en este despacho el 06 de julio de 2016), la licenciada Carolina De Trinidad Zepeda, Defensora Pública del encartado GJC, interpuso recurso de apelación contra la sentencia oral número 204-2016, dictada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, a las 15:25 horas del 15 de abril de 2016. En memorial de folio 105, la licenciada Marcela Morera Molina, Fiscal Auxiliar de Alajuela, solicitó que se declarara sin lugar el recurso promovido por la defensa técnica del imputado.

**II.** En el **único motivo** del recurso, la impugnante alega inconformidad con la fijación de la pena. Señala que a pesar de que la defensa técnica solicitó al Tribunal de Juicio sustituir la pena impuesta al encartado, por servicios de utilidad pública o bien el cumplimiento de instrucciones -según lo prevé y autoriza la Ley de Penalización contra la Violencia Doméstica-, en sentencia se decidió imponer al encartado la sanción de un año de prisión, por los delitos de amenazas contra una mujer, en concurso ideal con un delito de maltrato y dos de ofensas a la dignidad. Señala que la persona juzgadora *a quo* no atendió su gestión, basándose en los siguientes argumentos: i. que la imposición de penas alternativas es posible si ello no coloca en riesgo la vida o la integridad física de la víctima, ii. que la ofendida es una mujer de 47 años, a quien el imputado golpéo con un puñetazo en la nariz y se la fracturó, además que acometió contra ella con un machete, iii. que no existe garantía de que tales acciones no se repitan por cuanto se demostró que el encartado es una persona violenta, y en libertad puede atentar contra la integridad física de la ofendida. En su criterio, esos argumentos son contrarios a los artículos 10 y 11 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. En primer lugar, el encartado cumple con los requisitos objetivos previstos por el numeral 11 indicado. En segundo lugar, estima errados los argumentos expuestos por el Tribunal de Juicio para considerar que con la pena alterna se pone en riesgo a la víctima (artículo 10). Afirma que el Juez de juicio parte de la premisa falsa de que el imputado puede incurrir de nuevo en conductas violentas, ya que no toma en cuenta que el justiciable es primario en delitos relacionados con violencia contra las mujeres, y por ello no se puede estimar que *"tiene por habitualidad o modo de vivir este tipo de situaciones"* (textual, folio 100). Añade que la persona sentenciadora *a quo* afirma que el encartado acometió con un machete contra la agraviada, no obstante ello no se estableció en los hechos probados, pues de haberse hecho, se estaría ante otra figura delictiva. Además estima que en el fallo se recurre a aspectos contemplados dentro de los elementos objetivos del tipo penal, para justificar la sanción y negar la imposición de una pena alternativa en lugar de la principal. De esta forma, en su criterio se utilizan las mismas circunstancias para determinar la calificación jurídica de los hechos, imponer la sanción, aumentar la pena impuesta -por las reglas del concurso ideal-, y negar la imposición de una sanción alternativa. También considera que no se valoró el desinterés de la víctima en que se prisionalizara al encartado, pues desde el inicio de la investigación ésta señaló que no deseaba formular la denuncia y se abstuvo de declarar durante el juicio. Por último, agrega que no se justificó por qué motivo resultaba más conveniente para la readaptación social del encartado una pena privativa de libertad y no la prestación de servicios de utilidad pública y el cumplimiento de instrucciones. Por lo expuesto solicita que se anule la sentencia impugnada en lo referente a la negativa de reemplazar la principal por penas alternativas, y se reenvíe el asunto para nueva sustanciación. **El reclamo se declara con lugar**. Conforme se escucha en la sentencia oral recurrida (archivo audiovisual 150048480305PE1504201632400-2\_MultiMedia--1, a partir del minuto 14:44), el Juez de juicio se refirió a la solicitud que, durante el debate, realizó la defensa técnica del encartado GJC, para que se aplicara una pena alternativa de servicios de utilidad pública o cumplimiento de condiciones, en lugar de la pena principal de prisión. Al respecto señaló el juzgador *a quo* que, para resolver dicha gestión, no podía dejar de valorar la descripción de los hechos que venían siendo acusados contra el encartado, y de seguido -a partir del minuto 16:16- indicó: *"Tenemos a una ofendida, una mujer, de 47 años de edad, a quien el imputado sin ninguna conmiseración, lanza un puñetazo a su cara, y le fractura la nariz, y no solo eso, sino que en otro momento, toma un machete con el cual intenta acometer contra la vida de la ofendida y no se materializa esa acción por la intervención de una tercera persona, en este caso de [Nombre 001]. ¿Qué garantía tiene el tribunal de que estas acciones no se vuelvan a cometer? ninguna. Ninguna ¿por qué?, porque existe una acción que nos demuestra que el encartado es una persona violenta. Y es una persona que en libertad, si se otorgaran estas medidas, volvería a acometer nuevamente contra la integridad física de la ofendida. Por lo cual, de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Violencia contra las Mujeres, se rechaza la solicitud de cambiar la pena principal, por una pena alternativa, al estar en riesgo la vida y la integridad física de la señora [Nombre 002], haciendo un análisis detenido, concienzudo y objetivo de la forma en que se describió cómo se cometió el hecho delictivo".* Fuera de estas consideraciones, no existe dentro del fallo ninguna otra referencia al tema planteado por la defensora del encartado, con respecto a la imposición de una sanción alternativa a favor del justiciable. Ahora bien, luego de analizar esos argumentos que brindó el Tribunal de Juicio, para denegar la gestión de la defensa técnica del imputado, en criterio de esta Cámara de Apelación de Sentencia Penal, los mismos resultan insuficientes, y por ello -en cuanto a este punto-, el fallo carece de una debida fundamentación. Al respecto debe señalarse que el artículo 10 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres establece que: *"La pena principal por los delitos consignados en esta Ley será de prisión. El juez podrá optar por penas alternativas, si con ello no se colocan en riesgo la vida o la integridad de la víctima o si esta es perjudicada en el ejercicio de otros derechos. Para tal efecto, el tribunal de juicio, de previo al reemplazo de la pena de prisión, deberá ordenar otro examen psicológico y psiquiátrico completo, si lo considera necesario; además, deberá escuchar el criterio de la víctima..."*

*.* Como se observa, la posibilidad de imponer una pena alternativa a la prisión es una facultad que otorga la normativa citada, a los juzgadores al momento de imponer la sanción. Sin embargo, en virtud de la obligación general de fundamentar sus fallos, la decisión que tome el tribunal al respecto, debe obedecer a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, los cuales deben exponerse claramente en la sentencia; no obstante, en el caso bajo estudio, dicha justificación no se dio. Aunque el juez relator no se equivocó al señalar que para decidir imponer una pena alternativa a la prisión, debía analizar los hechos que se imputan al acusado, en este caso lo que se realizó fue una simple mención de los mismos, para luego indicar que el Tribunal no tenía garantía de que esos eventos no pudieran repetirse, pues ellos evidenciaban el actuar violento del encartado. Debe señalarse, que precisamente los delitos por los que se condenó al imputado -contemplados en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres-, tienen como característica el actuar violento del sujeto activo, por lo que apelar a la existencia de esta cualidad en la persona a sancionar, no es suficiente si no se establece en qué medida la violencia desplegada en el caso que se analiza, desborda la acción típica contemplada en la norma penal. Las acciones que se atribuyen al imputado, ya de por sí se subsumen en los tipos penales por los que fue condenado, y esa situación fue contemplada en la ley bajo estudio cuando estableció que era posible ante la configuración de tales delincuencias, otorgar una pena más favorable que la prisionalización del encartado. Entonces, lo que debería señalarse es cómo a partir de esas acciones, o bien de otras actuaciones del encartado, anteriores o posteriores a los hechos, se puede deducir que existe un riesgo para la integridad física de la víctima o para el ejercicio de otros derechos, adicional al ya sufrido con el delito investigado; y esa explicación se extraña en el fallo bajo estudio. Tampoco se explica de dónde concluye el Tribunal de juicio, que el imputado puede reincidir en este tipo de acciones, si como bien lo explica la recurrente, del fallo no se puede descartar que éste sea una hecho único, pues del mismo no se desprende la existencia de otros eventos relacionados con violencia intrafamiliar, y la sanción impuesta en el mismo, se deriva de la comprobación de hechos cometidos en concurso ideal. Es decir, según se tuvo por probado, el imputado el mismo día, en la misma hora, y con una sola acción violentó varias normas penales; por lo que tampoco podría atribuirse al imputado una multiplicidad de eventos, en diferentes oportunidades, realizados en perjuicio de la ofendida. También lleva razón la quejosa en que no se acreditó, según el cuadro fáctico tenido por probado, y de conformidad con lo expuesto en la fundamentación intelectiva del fallo, que el imputado haya *"acometido"* contra la ofendida con un machete, con la finalidad de atentar contra su vida, pues en ese caso se podría haber configurado otro delito, como el de tentativa de femicidio. Lo que se atribuyó al acusado, fue que estando frente a la ofendida y ésta recostada a una pared, levantó un machete con la intención de amenazarla de muerte, y a la vez le decía que la iba a matar, pero no se describe en ese cuadro fáctico, ninguna acción que señale que ese machete fue dirigido contra la humanidad de la agraviada, por lo cual el Tribunal de juicio lo que tuvo por probado fue un delito de amenazas contra mujer, aspecto que tampoco fue apelado por el ente fiscal. Como se observa, la determinación de no conceder la petición de la defensa técnica de una medida alterna a la prisión, carece de fundamento, y por ello en en cuanto a ese punto, debe darse la razón a la apelante. No obstante, esta decisión no prejuzga acerca de la procedencia de la imposición de una pena principal de prisión o bien una alternativa, sino que se ordena el reenvío de la causa para que el mismo tribunal, con diferente integración, emita una nueva decisión, ajustada a Derecho. Igualmente, de considerarse que procede la pena principal de prisión que fue impuesta y cuyo monto no fue cuestionado en este fallo, deberá resolverse lo pertinente al otorgamiento del beneficio de ejecución condicional de la pena, aspecto que sobre el cual el Tribunal de Juicio omitió pronunciamiento. Por las razones expuestas, se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por la licenciada Carolina De Trinidad Zepeda. Se anula parcialmente la sentencia en lo que se refiere a la denegatoria de la una pena alternativa a la prisión y se ordena el reenvío de la causa para nueva sustanciación en cuanto a este extremo.

**POR TANTO:**

Se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por la licenciada Carolina De Trinidad Zepeda. Se anula parcialmente la sentencia en lo que se refiere a la denegatoria de una pena alternativa a la prisión y se ordena el reenvío de la causa para nueva sustanciación en cuanto a este extremo. **Notifíquese** .-

**Annia Enríquez Chavarría**

**Adriana Escalante Moncada Yadira Godínez Segura**

**Juezas de Apelación de Sentencia**

**RESUMEN:** Es obligación del juzgador pronunciarse sobre el rechazo o imposición de penas alternativas previstas en la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres en sustitución de la pena principal de prisión.

**Palabras clave:** penas alternativas, rechazo ilegítimo de penas alternativas.

**Resolución : 2016-1550**

**Expediente : 13-000472-0275-PE (8)**

 **TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL**. **Segundo Circuito Judicial de San José**. Goicoechea, a las nueve horas cuarenta y ocho minutos del once de noviembre de dos mil dieciséis.-

 **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en la presente causa seguida contra **RPMM,** mayor, nacionalidad nicaragüense, 32 años de edad, pasaporte número …, soltero, nacido el 26 de noviembre de 1983, en León, Nicaragua, hijo de…, vecino de San José, por el delito de **INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN,** en perjuicio de **LA AUTORIDAD PÚBLICA Y GGP**.- Intervienen en la decisión del recurso, la jueza Francini Quesada Salas, la co-jueza Ingrid Estrada Venegas y el co-juez Edwin Esteban Jiménez González. Se apersonaron en esta sede los licenciados Adán Carmona Pérez, en calidad de defensor público del encartado MM, y Freddy Calderón Chaves, en calidad de Fiscal de Impugnaciones.

**RESULTANDO:**

 **I.-** Que mediante sentencia número 2016-0762, de las diez horas del veinte de julio de dos mil dieciséis, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, resolvió: **"POR TANTO:** *De conformidad con lo expuesto y los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica; 8. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 30, 31, 45, 50, 51, 59 al 63 y 71 al 74 del Código Penal; 142, 324 al 365 y 367 del Código Procesal Penal; 2, 10 y 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres, se declara a* ***RPMM autor responsable*** *de un delito de* ***incumplimiento de una medida de protección*** *cometido en perjuicio de* ***GGP y la Autoridad Pública,*** *imponiéndosele el tanto de* ***SEIS MESES DE PRISIÓN,*** *penas que deberá cumplir de acuerdo a los reglamentos penitenciarios, previo abono de la prisión preventiva sufrida. Firme esta sentencia, envíese los testimonios de estilo al Juzgado de Ejecución de la Pena, el Instituto Nacional de Criminología y el Registro Judicial para lo de su cargo. Por el plazo de* ***TRES AÑOS,*** *contados a partir de la firmeza de este fallo, se le otorga al sentenciado RMM el beneficio de ejecución condicional de la pena con la única condición de que no vuelva a cometer delito doloso donde se le imponga una pena superior a los seis meses, pues en tal evento, se estará revocando este beneficio, debiendo cumplir la pena impuesta en prisión. Se dicta el proceso penal sin especial condenatoria en costas, corriendo a cargo del Estado éstas. Por haberse dictado esta resolución de manera oral, quedan las partes notificadas en el acto y se pone a su disposición el registro de audio donde consta la sentencia oral de manera integral. Si otra causa no lo impide, se ordena la inmediata libertad del condenado Ricardo Mena Martínez. Raúl Madrigal Lizano. Juez*. **(sic)".**

 **II.-** Que contra el anterior pronunciamiento, el licenciado Adán Carmona Pérez, en calidad de defensor público del encartado MM, interpuso recurso de apelación.

 **III.-** Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código de Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso de apelación.

 **IV.-** Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

 Redacta la jueza de Apelación de Sentencia Penal ***Quesada Salas***; y,

**CONSIDERANDO:**

 **I.-** Mediante escrito presentado en fecha 10 de agosto de 2016, el licenciado Adán Carmona Pérez, en calidad de Defensor Público de RPMM, interpone recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Judicial de San José, N° 762-2016, de las 10:45 horas del 20 de junio de 2016, en la cual se impuso a dicho encartado la pena de seis meses de prisión por el delito incumplimiento de medida de protección, en perjuicio de GMGP. Del estudio del sumario se colige que dicho recurso se presentó en tiempo conforme al plazo de ley, y de acuerdo a los presupuestos que se requieren para que la impugnación posibilite el adecuado y correcto conocimiento de las inconformidades planteadas por el recurrente, en orden al examen integral de la sentencia impugnada, tal y como lo establece el artículo 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y lo regulan los artículos 458, 459, 460 y 462 del Código Procesal Penal.

 **II.- Planteamiento del recurso de apelación:** El licenciado Carmona Pérez presenta dos reclamos que enuncia como motivos de apelación, sean éstos los siguientes: **1.- Inconformidad con la valoración de la prueba esencial y la determinación de los hechos. Violación a la reglas de la sana crítica racional.** La fundamentación no es válida, ya que el *a quo* valora en forma incorrecta la declaración del único testigo de cargo el señor Jorge JAU, siendo que, como prueba descargo, el imputado RPMM declaró en el debate y sus manifestaciones no fueron desvirtuadas utilizando prueba idónea para ello. Adicionalmente, se valoró la prueba documental: 1-Informe de la Fuerza Pública número DCH3-0019 (f 1-3); copia certificada de violencia doméstica número 13-000127-674-VD. El juez determinó otorgarle mayor credibilidad al oficial de la Fuerza Pública, basándose en el parte policial, alegando una total coincidencia entre la dinámica consignada en dicho documento y el relato del testigo en juicio, lo que no fue cierto. Además, utilizó en contra del encartado, las manifestaciones consignadas por el encartado en el expediente de violencia doméstica, dándoles la naturaleza de una declaración y confrontándolas con la versión rendida por el imputado durante el juicio, para justificar que este último mintió en juicio. Cuestiona que se le haya otorgado más valor a las manifestaciones realizadas en otra sede, que a la propia declaración del implicado en debate. El análisis realizado por el *a quo* fue en detrimento de la defensa, porque se valoró en forma desmedida el parte de la Fuerza Pública y se utilizaron en forma inapropiada las manifestaciones del encartado realizadas en otra sede judicial. En el fallo se partió del sistema de prueba tasada, considerando que por razones cuantitativas se le creía al testigo de cargo y no al endilgado, sumando el parte policial pese al desface evidente que existía entre el contenido de dicho documento y la declaración del testigo realizada en juicio. En el debate el oficial
AU manifestó que cuando el venía realizando un recorrido con su compañero LD, observaron una discusión entre una pareja en vía pública, momento en que el implicado se lanzó encima de la ofendida, de tal manera que la tiró al suelo, al tiempo que escuchó cuando la ofendió con palabras soeces, agregó que ambos estaban ebrios, pero en una mayor medida la ofendida, quien hablaba incoherencias, y no quiso firmar el parte policial, ni denunciar. No obstante, en el parte policial, no se incluyó como parte de la dinámica, que el encartado se haya lanzado encima de la ofendida. Mas bien, lo que se describió en dicho documento, fue una discusión entre dos personas, sin que se incluyeran hechos de naturaleza violenta, lo que evidenció una discrepancia entre las dos versiones, sobre la cual el tribunal no realizó ningún análisis. Además, aún cuando se considere que las dos versiones no se contraponen, lo cierto es que no existió prueba de cargo que acreditara, qué fue lo que acontenció en el momento histórico previo a la intervención policial. Extremo que resultaba de suma importancia en razón de lo declarado por el imputado PM y lo que consta en el expediente de violencia doméstica a folios 43 y 47 (del legajo principal), referente al momento en el que PM se presentó a dicha jurisdicción a solicitar medidas de protección en contra de la ofendida, por considerar que, fue el agredido ese día, cuando quiso evitar que GG se dirigiera para un bar, solicitándole un taxi para que se fuera para la casa. Pese a ello, el tribunal utilizó dicha versión para condenar a PM en vez de absolverlo de los hechos que se le acusaban, ignorando los aspectos ahí incluidos que le favorecían. El fallo es contradictorio y violentó las reglas de la sana crítica porque consideró que la versión de PM no tenía respaldo probatorio, y mas bien utilizó el expediente de violencia doméstica para desacreditar su dicho, obviando aspectos de esa misma manifestación que fortalecían lo indicado por el imputado. Con ello, se realizaron razonamientos falaces, se violentó la regla de la lógica jurídica en sus leyes de coherencia y derivación, y sus subprincipios de razón suficiente, identidad y tercero excluido. Se analizó aspectos periféricos de ambas versiones y las contrapuso entre sí, para restarle credibilidad al acusado. Lo que resulta erróneo, ya que: en primer lugar, no existe mérito suficiente como para determinar que los hechos narrados en violencia doméstica sean los mismos por los que el encartado fue acusado, transgrediendo las reglas de derivación, y en segundo lugar aún aceptando que ambas manifestaciones estuvieran referidas al mismo evento acusado, no se verificó ninguna contradicción en lo depuesto por MM en debate en sus puntos medulares, y más bien se ajusta a lo dicho por él en el juicio, con relación a que él no la agredió y que mas bien su intención fue ayudarla, no incumplir una medida de restricción. Versión que es apoyada por el otro oficial que no declaró en juicio LDA, quien, sí refirió en la entrevista que le realizó el Ministerio Público (visible a folio 14), que el encartado se encontraba tranquilo, y que éste, mas bien lo que decía era que él quería ayudar a la ofendida en razón de su estado etílico, quien, aparentemente estaba orinada. En tercer lugar, se viola las reglas del tercero excluido y el principio lógico de no contradicción cuando, en el fallo, primero se indicó que existe una contradicción entre lo dicho por el imputado en juicio, y lo depuesto por él en sede de violencia doméstica, otorgándole prevalencia a lo indicado en aquella sede, con relación a la verdadera dinámica de los hechos, no obstante, el fallo también otorgó credibilidad al testimonio del oficial de policía respecto al mismo evento, cuando éste refirió extremos opuestos a aquella versión sostenida por el encartado, es decir, sobre el mismo punto se aceptaron dos versiones diferentes, en la sentencia, se le otorgó mayor prevalencia a la prueba documental, entiéndase el expediente de violencia doméstica, que a la misma versión otorgada por él en debate. Y ello es así, desde el momento en que se sostuvo que la versión de PM en juicio, no resultó creíble, es decir, se le otorgó mayor valor a lo indicado por él en otra sede judicial, violentando con ello, los principios de la inmediación, el contradictorio, publicidad, oralidad etc. Y luego, le otorgó credibilidad al oficial sobre extremos abiertamente opuestos a la versión sostenida por el encartado. El tribunal sostuvo sobre la declaración del imputado en juicio, que no mereció credibilidad porque había otra prueba que sostenía lo contrario, sin indicar porqué había que creérle a esa prueba y no a la versión del imputado en juicio. Pero además, es contradictorio el fallo porque se sostuvo en sentencia que a pesar de que se desconocía que fue lo que pasó antes y después de los insultos acreditados, debía condenarse al encartado, sin explicar el por qué la "simple existencia formal" de los insultos,-en el caso hipotético de ser ciertos- resultaba suficiente, sin analizarse que fue lo que generó la discusión en sí, y que podía explicarse desde varias hipótesis, incluyendo algunas que puedan dar como resultado la variación del fallo apelado, no obstante, el Tribunal decidió condenar sin mayor reparo. Con relación a la valoración de la prueba, el tribunal omitió dos hechos que vulneraron en la investigación los derechos constitucionales, mismos que por la trascendencia del fallo, se debieron conocer en los términos del numeral 178 inc) a del Código Procesal Penal ya que: 1. Existía una relación de pareja entre la ofendida y el encartado, por lo cuál le asistía a los dos, el derecho de abstención, no obstante de que se acreditó que ella no quería denunciar, lo que debe traducirse a que ella se acogió a su derecho de abstención, tanto el fiscal como el tribunal utilizaron las manifestaciones que supuestamente ella le dio a la policía, prueba técnicamente espuria para condenar al endilgado. Estima que al haberse acogido la imputada al derecho de abstención, debió suprimirse toda la prueba, acciones judiciales y policiales que nacieron a raíz de esas manifestaciones y luego valorar sí existía prueba independiente que pudiera sostener la acusación y la condena. No obstante, en este caso ello no es posible pues la indicación por parte de ella, de que tenía medidas fue lo que originó la detención y la investigación, de ahí que de haberse respetado el derecho citado no hubiese nacido a la vida jurídica el proceso penal, aspecto al que hizo referencia el voto 2016-760 del Tribunal de Apelación de Sentencia.Y por ende, debieron suprimirse hipotéticamente las mismas, incluso la acotación de que el implicado tenía notificadas medidas de protección a favor de ella, que fue lo que dio origen al presente proceso. 2. Además, se utilizó prueba para condenar a PM, basándose en manifestaciones referidas por el encartado, en un proceso no penal, sin que se le hiciera su advertencia constitucional de abstenerse de declarar, lo que no se realizó, violentando el artículo 8 inc g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo que vulnera su derecho constitucional en forma solapada, ya que solo podían ser tomadas en cuenta en su beneficio. Se solicita se absuelva al imputado Ricardo Pavel Mena o bien anular la sentencia y ordenar su reenvío. **El reclamo no es atendible**.El reclamo no es de recibo. El encartado fue acusado de los siguientes hechos: “1- *En fecha 10 de enero del año 2013, la ofendida Geisy Gómez Palma solicitó a su favor y en contra del acusado Ricardo Mena Martínez, medidas de protección ante el Juzgado de Violencia Doméstica de Turno Extraordinario de San José, mismas que le fueron otorgadas dentro del expediente 13-000127-674-VD mediante resolución de las veinte horas y trece minutos del diez de enero del dos mil trece, entre las cuales se le ordenó al encartado Ricardo Mena Martínez, la prohibición de agredir de cualquier forma, insultar, amenazar o perturbar a la ofendida Geisy Gómez Palma y a cualquier integrante de su grupo familiar. En la resolución de marras se le advirtió al encartado Mena Martínez, que de incumplir con la citada medida incurriría en el delito de Incumplimiento de una Medida de Protección. 2- La anterior resolución le fue notificada personalmente al acusado el día diez de enero del dos mil trece al ser las veintiun horas y veinte minutos, siendo que dichas medidas tenían una vigencia de un año a partir de esta notificación al encartado. 3-No obstante lo anterior, el día 03 de marzo del año 2013, a eso de las 13:00, el acusado Ricardo Mena Martínez, incumpliendo la orden de protección emitida por el Juzgado de Violencia Doméstica, insultó verbalmente a la ofendida diciéndole palabras como zorra y puta, esto en vía pública en San José Centro, entre avenidas 18 y 20, calle 20. 4- Por el sitio transitaban oficiales de la Fuerza Pública, quienes al observar lo sucedido, propiamente los insultos del encartado hacia la víctima y al verificar el incumplimiento de las medidas de protección, procedieron a la detención del encartado." (cfr. folios 88 y 89).* Es decir, propiamente el ilícito que se le acusó a PM, fue el haber incumplido las medidas de protección, que habían sido previamente notificadas, delito previsto en el artículo 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Medidas de protección que le ordenaban no acercarse al hotel donde residía la señora GP, de igual forma, debía de abstenerse de perturbarla, amenazarla o insultarla de alguna forma. Siendo que, propiamente el 3 de marzo del 2013, el acusado procedió a incumplir las medidas de protección, cuando, en plena vía pública, proliferó palabras ofensivas en perjuicio de la señora GP. Se constató al observar el archivo audiovisual C000316072101222.vgz, que en sentencia, a partir del contador digital 10:18:48, se hizo referencia a la declaración del testigo JA, quien indicó (en lo que interesa), que el día de los hechos, al acercarse a las dos personas que estaban discutiendo, escuchó cuando el endilgado estaba insultando a la señora G, diciéndole que era una malparida porque había estado con otro. Siendo que, el ejercicio de constatación al que hizo referencia el juzgador, es al hecho de que, efectivamente el 13 de enero de 2013, el implicado fue detenido por estar discutiendo con la señora GP, en plena vía pública. Con esa manifestación, el juzgador corroboró que el oficial A, constató el contenido del parte policial y adicionó que, cuando ellos se acercaron a la pareja, escuchó donde el imputado insultaba a la ofendida. El juez, valoró en su sentencia que aún cuando al inicio el oficial no se acordaba muy bien de los detalles, lo que resultó entendible, debido a que, el juicio se estaba realizando tres años después, posteriormente expuso la dinámica que logró observar en ese momento, concretamente una discusión entre una pareja. Aunque, la defensa consideró que el hecho de que el parte policial no haya hecho referencia a que el imputado se le fue encima a la señora GP, afectó la credibilidad de la declaración del oficial en juicio, tal aseveración no es cierta. En realidad el parte policial es la *“noticia criminis”* y no se espera que en él se incluyan todos los pormenores de la dinámica. De hecho, es por tal motivo, que posteriormente, los oficiales son entrevistados en el Ministerio Público, para ahondar en los detalles que no fueron plasmados en el parte policial, que si se observa, además, no contiene un espacio muy amplio a efecto de poder incluir toda la dinámica tal y como se desarrolló. Vemos que, en dicho parte policial (visible a folio 1 a 3 del expediente principal), se especificó que la autoridad policial estaba realizando un recorrido de rutina, cuando observaron a dos personas que estaban discutiendo, al acercarse, apreciaron que los dos habían tomado licor, y en ese momento la mujer comentó que el sujeto había sido su pareja y que tenía medidas de protección. Lo que motivó, corroborar la información por parte de los oficiales para proceder a su detención. Adicionalmente, en el fallo se hizo la acotación, que el oficial JA, es una persona que había venido a declarar libremente, sin ningún tipo de interés, ya que fue testigo debido a la actuación policial que realizó ese día, sin ser familia, ni tener ninguna amistad o enemistad con ninguna de las partes. Además, consideró el *a quo* (al contador digital 10:34:00) que el motivo por el que la policía intervino, es precisamente porque existía una discusión, lo que resulta compatible con el hecho de que al acercarse, los oficiales hayan presenciado los insultos que le hizo el endilgado a la ofendida, valorando el tribunal que, precisamente esas mismas ofensas de "zorra, malparida" son las que originaron que la señora G interpusiera las medidas de protección en contra del aquí condenado. De forma que, sí se argumentó en el fallo cuestionado, el motivo por el que el tribunal le otorgó credibilidad al testigo presencial, teniendo por probado que efectivamente en la vía pública, el encartado estaba discutiendo con la ofendida, y que además fue detenido por dichos hechos, tal y como se plasmó en el parte policial, así como los narró el oficial, quien presenció el momento cuando el implicado insultó a la señora GP (ver contador digital 16:28:03). Ahora bien, con base en la acusación, no era necesario determinar si la señora P y el endilgado se toparon en ese lugar, tal y como lo sostuvo PM, o si era que ellos continuaban juntos como pareja (versión otorgada por el imputado en violencia doméstica), o si era que el implicado andaba detrás de GP (tal y como lo sostuvo ella en la manifestación que consta en el parte policial a folio 3), tampoco resultaba necesario determinar si tal y como lo sostuvo el imputado PM, él se la encontró y lo que intentaba era ayudarla para que tomara un taxi para su casa, o bien si era que le estaba reclamando que ella andaba con otro hombre, como sostuvo el oficial de la Fuerza Pública, porque el incumplimiento se estaría acreditando a razón de los insultos que se acusó que el encartado le había proferido a la ofendida, insultos que tal y como lo informó el oficial de la Fuerza Pública JA, el presenció. Por lo que no es una situación de "mera constatación formal" como lo planteó la defensa, sino que, la acusación lo que indicó es que el imputado incumplió las medidas de protección que le ordenaban abstenerse de perturbar, amenazar o insultar a la agraviada G, situación que, tal y como lo refirió el testigo presencial en juicio, sucedió el 3 de marzo de 2013, cuando el endilgado, haciendo caso omiso de la orden del juez, procedió a insultar a GP, en plena vía pública. Resultó indistinto si los insultos fueron realizados como una reacción ante un ataque de la ofendida hacia éste, o porque le estaba reclamando alguna actuación de ella en particular, o su hubiese sido producto del estado de ebriedad en que aparentemente, ambos se encontraban. Ya que el motivo que originó los insultos que presenció el oficial A, no se encontrarían justificados legalmente de ninguna forma. Tómese en cuenta que, el impugnante, en su recurso, no explicó cuáles serían esas situaciones que convertirían en "excusable" la actuación de PM. Lo cierto es que, ni siquiera resultaría posible la legítima defensa, como causa de justificación, porque incluso la doctrina ha establecido que el estado mínimo de restricción de libertad, que justificaría legalmente una reacción defensiva, sería ante una coacción o amenaza, mas no ante insultos o jaloneos de cabello, situaciones ante las cuales, por principios éticos sociales, se esperaría que la persona los soporte, sin que resulta justificable reaccionar agresivamente ante ellas. Siendo que, tampoco de la versión del encartado en juicio, se podría extraer, la justificación alegada por la defensa. La falta de voluntad de incumplir la medida de protección, es desvirtuada desde el momento en que él decidió insultar a la señora GP, en vez, por ejemplo, de evitar todo contacto con ella. La intención de pretender ayudarla, resultaría comprensible, en el tanto el señor PM no hubiese insultado a la perjudicada. Vemos que incluso, el juzgador en el fallo, hizo referencia a que el encartado cuando declaró, manifestó no recordar si en aquel momento le dijo "zorra", sin embargo, el hecho de que el endilgado no recuerde haberla insultado, no significa que no lo haya hecho. Ahora bien, aún cuando el expediente de violencia doméstica resultó prueba válida, se discrepa de que la misma pueda ser valorada de la forma como se realizó en sentencia, otorgándole el mismo valor de una declaración en juicio, al punto de considerar que los hechos sucedieron tal y como fueron narrados, en apariencia por el encartado, en aquella sede, y no como los refirió en juicio. Obviamente, dicho ejercicio, no resultaría justificable a efectos de desvirtuar la versión del imputado, sin embargo, la misma declaración del endilgado, rendida durante el juicio, decae ante la declaración del oficial A, quien fue un testigo presencial y le constó que el encartado insultó a la ofendida en presencia de él. Tómese en cuenta que, no se determinó en debate, que dicho testigo tuviese algún motivo para mentir o quisiera perjudicar al encartado, sino que, tal y como lo consideró el juzgador, su único interés, fue el cumplir con una declaración que tuvo que rendir debido a un cumplimiento realizado en funciones propias de su cargo. En sentencia no se detectó que el tribunal hubiese utilizado el sistema de "prueba tasada" tal y como lo alegó la defensa, simplemente realizó una valoración de la prueba y con base en el parte policial, y la misma declaración del oficial de la Fuerza Pública, que consideró, objetiva y creíble, tuvo por acreditados los hechos, y por ende, no resultó sostenible la versión del implicado quien indicó que su intención no era incumplir las medidas de protección, sino ayudar a la señora GP, empero, para ayudarla, no había necesidad de insultarla, sin embargo lo hizo, prueba de ello, es que existió un testigo del momento en que la insultó, aún cuando él haya indicado no acordarse. De forma, que aún suprimiendo hipotéticamente el ejercicio de comparación de la declaración del encartado, con las manifestaciones hechas por él, en sede de violencia doméstica, la sentencia se sostiene, porque el resto de la fundamentación resulta suficiente a efectos de acreditar el hecho tenido por probado. Además, aún valorando en favor del encartado, la manifestación realizada por él en sede de violencia doméstica, sobre su intención de ayudar a la agredida, ello no eliminaría la obligación que tenía el encartado de abstenerse de perturbarla, por lo que si su verdadera intención era ayudarla, podría haber llamado a las autoridades a efecto de asistir a la misma, aún en el caso de que casualmente se la hubiese encontrado en la vía pública en estado de ebriedad. Se reclama por parte de la defensa que el otro oficial LDA, corroboró la versión del implicado, ya que, según la defensa, indicó ante el Ministerio Público que el imputado estaba tranquilo y que estaba tratando de ayudar a la agraviada. Empero, el oficial de la Fuerza Pública LDA, no fue recibido como testigo en la etapa de juicio, por lo que el juez no podría valorar la declaración de una persona que no fue testigo durante el debate, excepto que su declaración hubiese sido incorporada como prueba documental mediante un "anticipo jurisdiccional de prueba", lo cual no sucedió. Las entrevistas realizadas por el Ministerio Público, no tienen ningún valor probatorio, y son incluidas dentro del expediente como una simple referencia de las actuaciones o pesquisas realizadas en la investigación, mas no podrían ser valoradas como pretendió la defensa. Adicionalmente, de la escueta manifestación que consta del testigo, visible a folio14 (del expediente principal), tampoco se pudo inferir si LDA cuando manifestó que el imputado estaba tranquilo fue, refiriéndose al momento en que llegaron al lugar, o al momento de su detención, y es precisamente la imposibilidad de poder esclarecer esos detalles ante falta de la reproducción de su testimonio en el contradictorio, lo que impide también su valoración. La defensa reclamó que, existía una relación de pareja entre el imputado PM y GM, por lo que los dos tenían el derecho de abstención, y no se podían valorar ni las manifestaciones de la ofendida incluidas dentro de parte, ni tampoco las referidas en forma espontánea al oficial A, y al valorarla en sentencia, se violentó el derecho constitucional en contra de los derechos del implicado. Se rechaza dicho argumento por lo siguiente, el que la ofendida no haya querido interponer denuncia en contra del encartado, no significa, ni podría interpretarse en forma irrestricta, que es que ella se acogió a su derecho de abstención como lo interpretó la defensa. En primer lugar, se desconoce el verdadero motivo por el que la señora GP no quiso interponer denuncia, y no necesariamente tendría que ser, la motivación que alega la defensa, pudo haber sido, el no querer tener mas problemas con el encartado, o bien, tal y como lo indicó ella en el folio 3 del expediente, no quería perder su día libre, al tener que trasladarse a los tribunales de justicia a interponer la denuncia, o bien, pudo ser el hecho de que se encontraba en estado de ebriedad, circunstancia que fue declarada por el oficial y por el endilgado. Adicionalmente, ante las medidas de protección vigentes en ese momento, no resultaría posible que la señora GP continuara siendo pareja del encartado, puesto que ella voluntariamente había solicitado romper dicha relación desde que solicitó medidas de protección a su favor, lo que se verifica de la misma manifestación firmada por ella a folio 3 del expediente, donde indicó que ella no quería nada con el implicado, pero que él no dejaba de molestarla. De forma que, en el juicio, no se evacuó ninguna prueba que acreditara que ellos para ese momento estuvieran juntos como pareja, lo que hubiese implicado que el encartado igualmente hubiese violentada las medidas de protección de no acercarse a su ex pareja. Además, tal y como lo argumentó el juez, el mismo implicado refirió al momento del juicio, que no eran pareja y no sabe nada de ella. De forma que, no existía ningún impedimento legal para poder valorar tanto la manifestación de la señora G incluída en el parte policial, o lo que le haya manifestado espontáneamente a los oficiales, quienes además, corroboraron que las medidas de protección habían sido otorgadas a la perjudicada, y que además, habían sido notificadas al acusado el día 10 de enero de 2013, por lo que resultó procedente la detención del mismo. Por último, no existe ningún impedimento legal para que las manifestaciones voluntarias del encartado PM, en otra sede judicial, puedan ser valoradas en un proceso penal, en el tanto las mismas no sean valoradas como una declaración, sino como prueba documental, lo que no implicaría la violación de un derecho constitucional. Sin embargo, tal y como se refirió, aún con la supresión de la valoración realizada en el fallo sobre éste aspecto, subsiste suficiente prueba válida mediante la cual se pudo tener por acreditado el delito con la consecuente desestimación de la versión de los hechos rendida por el encartado enjuicio. Por lo que el reclamo se rechaza.

 **III.- El segundo reclamo del recurso de apelación. Inconformidad con la fijación de la pena.** Se considera que en cuanto a la pena privativa de libertad, en sentencia no se realizó una correcta fijación de la misma, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 71 y 76 del Código Penal; 9 y 11 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Ya que se omitió pronunciamiento sobre la facultad de reemplazar la pena de prisión por penas alternativas. No se indicó porqué el encartado no es merecedor de una pena alternativa, a partir de las exigencias jurídicas y legales de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer. La jurisprudencia nacional, propiamente la Sala Penal, mediante el voto 576-2016, planteó que siempre que resulte legalmente posible, los jueces deben valorar la posibilidad y necesidad de otorgar penas alternativas a la prisión, máxime si como en el caso en concreto, el fallo indicó que el imputado era merecedor de las penas mínimas y el beneficio de ejecución condicional de la pena, porque no existió un rebosamiento de la culpabilidad. Se solicita anular la fundamentación de la pena y ordenar el reenvío. **El reclamo es atendible.** La Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres,establece en sus numerales 9 y 11, la obligación, siempre y cuando resulte viable, el valorar la posibilidad de imponer al encartado una medida alterna a la prisión preventiva. Propiamente el artículo 11 establece lo siguiente: *"Cuando a una persona primaria en materia de violencia contra las mujeres se le imponga una pena de prisión menor de tres años, dicha pena de conformidad con el artículo 9 de esta Ley, podrá ser reemplazada por dos penas alternativas de las señaladas en esta Ley; una de ellas será necesariamente, la pena de cumplimiento de instrucciones, excepto que se aplique la pena de extrañamiento. También, a solicitud de la persona condenada, podrán aplicarse las penas alternativas, cuando dicha persona sea primaria en materia de violencia contra las mujeres, y se le haya impuesto una pena superior a tres años, y haya descontado al menos la mitad de esta. La pena alternativa no podrá superar el monto de la pena principal impuesta."* De la literalidad de dicho numeral, resulta evidente que su aplicación por los tribunales de justicia, resulta obligatoria en el caso de que se vaya a imponer una pena de tres años de prisión o menos, y, a solicitud del condenado, en aquellos casos donde se le haya impuesto una pena mayor al extremo de tres años. La normativa establece la potestad de reemplazo de la pena principal a criterio del juez, el cual, siendo un tribunal de derecho, está obligado a fundamentar el porqué reemplaza la pena principal, o el porqué niega esa posibilidad al endilgado. Empero, dichas argumentaciones, no pueden quedar en el fuero interno del juzgador, las mismas deben encontrarse dentro de la fundamentación de la sentencia, a efectos de que puedan ser conocidas por las partes y de esa forma, poder ejercer el debido control jurisdiccional. Del archivo audio visual C 0003160720090000, en el que se encuentra grabada el fallo, se logró determinar que, a partir del contador digital (10:39:15), el tribunal procedió a fundamentar la pena de seis meses de prisión (pena mínima), que le fuere impuesta al encartado, por el delito de incumplimiento de medida de protección. Donde incluso se valoró tal y como lo establece al numeral 71 del Código Penal, que el implicado era una persona joven, que tenía un trabajo lícito, vendiendo boletos, trabajo por medio del cual se mantenía él y además, tenía que mantener a su hija de once años de edad. Argumentos que incluso resultarían válidos, tal y como lo argumentó el recurrente, ante la posibilidad de reemplazar la pena principal por dos penas alternativas, sin embargo, se detectó que en el fallo impugnado, se le impone la pena principal, con el otorgamiento del beneficio de ejecución condicional de la pena, sin emitir pronunciamiento sobre el otorgamiento de penas alternas, pese a que la sanción de seis meses de prisión que se le impuso, lo permitía. De ahí que se acoge el reclamo interpuesto y se anula la sentencia recurrida, únicamente en cuanto a la fundamentación de la pena. Se ordena el juicio de reenvío ante el Tribunal de origen para que con otra integración, se proceda conforme a derecho. En todo lo demás se mantiene incólume lo resuelto.

 **POR TANTO :**

 Se declara con lugar el segundo motivo del recurso de apelación interpuesto por el licenciado Adán Carmona Pérez. Se revoca parcialmente la sentencia impugnada, únicamente en cuanto a la fundamentación de la pena, ordenándose el reenvío de la presente causa ante el tribunal de origen, a fin de que, con un integración diferente, se realice una nueva sustanciación conforme a derecho. En todo lo demás se mantiene incólume lo resuelto. **NOTIFIQUESE.-**

***Francini Quesada Salas***

***Ingrid Estrada Venegas Edwin Esteban Jiménez González***

***Juezas y Juez de Apelación de Sentencia Penal***

**RESUMEN:** Para determinar la pena en delitos que concursan idealmente es necesario que el juzgador imponga la penalidad para cada uno de los delitos y posterior a ello en caso de que se utilice la potestad de aumentar la pena en otro tanto, en aplicación de las reglas de la penalidad del concurso ideal, debe el juez indicar cuál es el aumento a aplicar y su respectivo fundamento.

**Palabras clave:** penalidad del concurso ideal.

**Exp: 16-001495-0305-PE**

**Res: 2017-00039**

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN PRIMERA.** San Ramón, a las quince horas veinte minutos del veinticuatro de enero de dos mil diecisiete.

**RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA** interpuesto en la presente causa seguida contra**YACM,** costarricense, cédula de identidad número ,por el delito de **MALTRATO** en perjuicio de [Nombre 001]**.** Intervienen en la decisión del recurso, los jueces **Eduardo Rojas Sáenz, José Alberto Rojas Chacón y David Fallas Redondo.** Se apersonan en apelación de sentencia, la licenciada Carolina De Trinidad Zepeda en calidad de defensora pública del justiciable YACM y la representante del Ministerio Público, la licenciada Shirley Solís Alvarado.

**RESULTANDO:**

**1.-**

Que mediante sentencia número **566-2016** de las dieciséis horas quince minutos del diecinueve de setiembre de dos mil dieciséis, el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, resolvió: ***"POR TANTO:*** *De conformidad con lo expuesto y artículos 39 y 41 de la Constitución Política; 1, 2, 21 a 22, 30, 31, 45, 50, 51, 71 a 74, 76, del Código Penal; 1 a 9, 12, 180 a 184, 258, 265, 267, 360, 361, 363 a 365 y 367 del Código Procesal Penal; 22 y 43 de la Ley de penalización de la violencia contra la mujer; se declara a* ***YACM*** *autor responsable de* ***UN DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN Y UN DELITO DE MALTRATO,*** *así como un* ***DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN,*** *cometidos los primeros en concurso ideal y en relación al segundo en concurso material, cometido**en perjuicio de [Nombre 001]****,*** *imponiéndosele el tanto de* ***UN AÑO******DE PRISIÓN POR EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN Y UN DELITO DE MALTRATO Y SEIS MESES DE PRISIÓN POR EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN, PARA UN GRAN TOTAL DE UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN****, los cuales deberá descontar previo abono de la preventiva sufrida en el lugar y forma en que lo determinen los reglamentos carcelarios.* ***Se ABSUELVE DE TODA PENA Y RESPONSABILIDAD*** *a* ***YACM,*** *por cuatro delitos de* ***INCUMPLIMIENTO DE MEDIDA DE PROTECCIÓN,*** *cuatro delitos de* ***AMENAZAS CONTRA MUJER*** *y un delito de* ***MALTRATO,*** *cometidos en perjuicio de* ***[Nombre 001]****, se le venía atribuyendo. De conformidad con lo que establece el artículo 258 del Código Procesal Penal, en virtud de la pena hoy impuesta y con la finalidad de evitar el peligro de fuga, el peligro para la víctima y que la sentencia adquiera firmeza, se ordena la prórroga de la prisión preventiva que pesa sobre el condenado Marín Campos, por el plazo de seis meses, contados a partir del 30 de setiembre del 2016 hasta el 30 de marzo del 2017. Son los gastos del proceso a cargo del Estado. Firme la sentencia inscríbase en el Registro Judicial y remítanse los mandamientos de estilo al Instituto Nacional de Criminología y al Juzgado de Ejecución de la Pena.* ***MEDIANTE LECTURA NOTIFÍQUESE*** ***.*** ***MARCIA WILLIAMS FORBES*** ***. JUE*** ***ZA*** ***DEL TRIBUNAL*** ***".***

**2.-**

Que contra el anterior pronunciamiento, la licenciada Carolina de Trinidad Zepeda, interpuso recurso de apelación de sentencia.

**3.-**

Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código Procesal Penal, el Tribunal procedió a conocer del recurso.

**4.-**

Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta el **Juez de Apelación de Sentencia Rojas Sáenz** **;** y,

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

La licenciada Carolina de Trinidad Zepeda en su condición de defensora pública del imputado YACMn, presentó recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de Alajuela número 566-2016, de las 16:15 horas del 19 de setiembre de 2016.

**II.-**

En su primer motivo reclama *"Inconformidad con la fijación de la pena, en relación con la penalidad del concurso ideal"* -sic-. Informa quien recurre, que a su representado se le declaró autor responsable por los delitos de incumplimiento de medida de protección y maltrato en concurso ideal, en consecuencia se le impuso la pena de un año de prisión. Para la defensora, el Tribunal de instancia interpretó de forma errada las normas que regulan la aplicación del concurso ideal. Según su criterio, el *a quo* debió primero fijar la pena por cada uno de los delitos y luego, resolver si procedía o no aumentarla. Considera quien impugna que dicho proceder, a la hora de fijar una pena global afecta el control que se ejerce en la fase de apelación de sentencia, así como la relevancia que tal situación pueda tener en la etapa de ejecución. Finalmente, luego de citar una serie de precedentes de la Sala de Casación Penal, solicita se declare con lugar la sentencia, ordenando el reenvió de la causa.

**III.-**

Con lugar el reclamo. Revisada la sentencia impugnada, considera esta Cámara de Apelación de Sentencia que el recurso debe declararse con lugar, en tanto existe una deficiente fundamentación en la aplicación de las reglas del concurso ideal a la hora de fijar la sanción penal. En la fase recursiva, este Tribunal actúa como contralor la legalidad de las sentencias que emiten los Tribunales Penales. Por ende, corresponde un examen integral de las mismas, con la finalidad de verificar si cumplen con la debida fundamentación que obliga el artículo 142 del Código Procesal Penal. Ahora bien, tratándose de la sanción como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, el juez decisor deberá justificar las razones por las cuales se decantó por un determinado monto de dosificación penal. Lo anterior para que en esta instancia, se puede corroborar sí es acorde a los principios de culpabilidad, legalidad, proporcionalidad y a su vez, si guarda relación con el fin rehabilitador reconocido tanto por los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, así como la legislación interna. En el caso de análisis, en lo que interesa la *a quo* declaró a YACM, autor responsable de los delitos de incumplimiento de medida de protección en concurso ideal con el delito de maltrato. Propiamente en cuanto a la disconformidad de la defensa, el artículo 75 del Código Penal establece: *"Para el concurso ideal, el juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla"*. En atención a lo expuesto, si bien el juez por mandato legal esta obligado a imponer la sanción por el delito más grave, debido a la naturaleza de la figura objeto de estudio, por tratarse de una sola acción desde el punto de vista jurídico, lo que se pretende es que la respuesta punitiva sea más beneficiosa para el imputado. Así las cosas, se hace necesario que el juzgador establezca los extremos de penalidad para cada delincuencia de manera independiente, a fin de controlar si en su aplicación hubo excesos o no. En el *sub judice* la jueza fundamentó lo siguiente: *"...* *La Convención Americana de Derechos Humanos dispone en el artículo 5.3 dispone que: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”, y en su artículo 5.6 señala: "las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", esta finalidad señalada en el último de los artículos mencionados, es reafirmada en el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estas disposiciones resultan importante mencionarlas, ya que nuestra Constitución Política no establece, en forma expresa cuál es la finalidad que debe atribuirse a la pena, sin embargo los instrumentos internacionales citados sí lo hacen, Tratados que de conformidad con lo establecido por la diversa jurisprudencia de la Sala Constitucional -resulta vinculante-, al tratase de instrumentos internacionales de derechos humanos, tienen un rango supraconstitucional. Dentro de este marco tenemos que la pena debe fijarse de acuerdo con la necesidad individual de castigo, por supuesto, manteniéndose siempre dentro de los parámetros fijados por la ley. De este modo, para la fijación de la pena debe primero señalarse la calificación que se da al hecho, que en este caso constituye el delito de INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN en concurso ideal con un delito de MALTRATO* *, determinándose de esta forma la previsión que el legislador, en forma abstracta otorgó a la primera delincuencia, señalándose el mínimo en SEIS MESES* *y el máximo en DOS AÑOS (elemento objetivo). L* *o que debe ser valorado conforme al artículo 71 del Código Penal, provocan que el Tribunal pondere las circunstancias dichas y considere aplicar al encartado Marín Campos* *el tanto de UN AÑO DE PRISIÓN por el delito de INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN en concurso ideal con un delito de MALTRATO. Las reglas del concurso ideal disponen que el Tribunal podrá imponer la pena por el delito más grave y aún podrá aumentarla. La valoración que hace el Tribunal para ello, se funda en la lesión al bien jurídico tutelado, el acriminado no solo desobedece la orden del juez cuando se presenta en la casa de la ofendida sino además la agrede físicamente, lo que también le estaba prohibido. Se trata de ilícitos que fueron cometidos con total menoscabo de la integridad física y emocional de la víctima, fueron perturbatorios y quitaron su tranquilidad como ella misma dijo en el contradictorio. Finalmente, se impone al encartado el tanto de SEIS MESES DE PRISIÓN, por el delito de INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN, todos en concurso material para un total de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN* *, penas que deberá descontar en la forma y lugar que indiquen los respectivos reglamentos penitenciarios, previo abono de la preventiva que hubiere sufrido*. .."

(folio 119 frente y vuelto). Según lo transcrito, en el fallo cuestionado no se establece el *quantum* de pena por cada uno de los delitos que concurrían idealmente, a su vez tampoco se deduce claramente si la jueza optó por hacer uso de la potestad legal contenida en el citado artículo 75 de la ley sustantiva de aumentar la sanción y, de ser así, también se desconoce en que tanto dispuso elevarla. Este deber de fundamentación, tiene relevancia máxime si se toma en cuenta que en atención a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 8589 (Ley de penalización de la violencia contra las mujeres), para el delito de incumplimiento de medida de protección la pena mínima es de seis meses de prisión y, en el caso del delito de maltrato, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 22 de la misma normativa, se castiga con un mínimo de tres meses de prisión. Es decir, mediante una simple operación aritmética, ambas penas sumadas todavía no alcanzan el monto por el que finalmente se decantó el Tribunal de instancia. Tal situación, impide valorar si resultaba proporcional o no. Además, dicho proceder según se indicó líneas atrás, limita a esta Cámara para revisar los fundamentos que sustentaron la decisión de la jueza, a la hora de aplicar la pena de prisión que en definitiva deberá descontar YACM. Por las razones expuestas se declara con lugar el primer motivo del recurso de apelación de la defensa. En consecuencia se anula el fallo venido en alzada únicamente en cuanto a la sanción impuesta a YAMCideal. Se dispone el reenvió para que con una nueva integración, el Tribunal competente se pronuncie sobre este tema. En razón de lo resuelto, se omite pronunciamiento sobre el segundo motivo del recurso, toda vez que corresponderá en la nueva audiencia oral y, en atención a la pena que en ese momento se imponga al imputado resolver si procede o no, reemplazarla por alguna otra sanción alternativa de las previstas en el ley 8589.

**POR TANTO:**

Se declara con lugar el primer motivo del recurso de apelación. En consecuencia, se anula el fallo venido en alzada únicamente en cuanto a la sanción impuesta YACM por los delitos de incumplimiento de medida de protección y maltrato en concurso ideal. Se dispone el reenvió para con una nueva integración el Tribunal competente se pronuncie sobre este tema. En razón de lo resuelto, se omite pronunciamiento sobre el segundo motivo del recurso, toda vez que corresponderá en la nueva audiencia oral y en atención a la pena que en ese momento se imponga al imputado resolver si procede o no, reemplazarla por alguna otra sanción alternativa de las previstas en el ley 8589. **NOTIFÍQUESE.**

**Eduardo Rojas Sáenz**

**José Alberto Rojas Chacón David Fallas Redondo Jue** **ce** **s** **de Apelación de Sentencia**

 **RESUMEN:** Para determinar la pena en delitos que concursan idealmente es necesario que el juzgador imponga la penalidad para cada uno de los delitos y posterior a ello en caso de que se utilice la potestad de aumentar la pena en otro tanto, en aplicación de las reglas de la penalidad del concurso ideal, debe el juez indicar cuál es el aumento a aplicar y su respectivo fundamento.

**Palabras clave:** penalidad del concurso ideal.

**Res: 2016-433**

**Exp: 12-003463-0345-PE**

**Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago, sección segunda.** A las once horas treinta y siete minutos del catorce de julio de dos mil dieciséis.

**Recurso de apelación de sentencia penal** interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 004] **, [...]** , por el delito de **Incumplimiento de Una Medida de Protección y otros** , en perjuicio de [Nombre 002]. Intervienen en la decisión del recurso, los jueces Gustavo Chan Mora, Christian Fernández Mora y Jorge Arturo Rojas Fonseca. Se apersonaron en apelación, la licenciada Priscilla de la Trinidad Zepeda en calidad de defensora pública del encausado, así como el licenciado Julián Martínez Madriz representante del Ministerio Público.

**Resultando** :

**1.** Que mediante sentencia No. 59-2016 de las quince horas treinta minutos del veintiuno de enero de dos mil dieciséis, el Tribunal de Juicio de Cartago, resolvió: "***POR TANTO*** **:** *De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política, Convención de Belém do Pará, artículos 1, 21, 22, 30, 45, 50, 51, 59, 60, 71, 73, 75, 76 y 212 inciso 3 del Código Penal, artículos 2, 10, 11, 22, 25, 27, 35 y 43 de la Ley N° 8589, Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres, artículos 1, 6, 141, 142, 144, 184, 360, 361, 363, 364, 365 y 367 del Código Procesal Penal, se le impone a [Nombre 004]**las siguientes penas: por el primer concurso ideal de incumplimiento de una medida de protección con maltrato y amenazas contra una mujer respectivamente, la pena de tres meses, seis meses y seis meses de prisión y en aplicación de las reglas del concurso ideal se le impone la pena de seis meses de prisión. Por el segundo concurso ideal de un incumplimiento de medidas de protección en concurso ideal con un delito de daño patrimonial, se le impone respectivamente la pena de seis meses y tres meses de prisión, siendo que en aplicación de las reglas del concurso ideal se le impone la pena de seis meses de prisión. Finalmente, por el concurso ideal de un incumplimiento de medida de protección con un delito de maltrato, ofensas a la dignidad y un delito de robo simple con violencia sobre las personas se le impone respectivamente, seis meses, tres meses, seis meses de prisión y por el robo simple con violencia sobre las personas la pena de tres años de prisión que en aplicación de las reglas del concurso ideal se impone la pena de tres años de prisión. En virtud de que todos los anteriores hechos delictivos concurren materialmente entre sí, en aplicación de las reglas del concurso material la pena total a imponer es de* ***CUATRO AÑOS DE PRISIÓN,*** *pena que deberá descontar en el lugar y forma que lo indiquen los respectivos reglamentos penitenciarios, previo abono de la preventiva sufrida, si la hubiere. Por no cumplir con los requisitos de los artículos 59 y 60 del Código Penal, no se le confiere el beneficio de ejecución condicional de la pena. No ha lugar a aplicar las penas alternativas solicitadas por la Defensa. Firme la sentencia, inscríbase en el Registro Judicial y envíense los testimonios de estilo ante el Juzgado de Ejecución de la Pena y el Instituto Nacional de Criminología. Se ordena la prorroga de la prisión preventiva del justiciable [Nombre 004] por el plazo de seis meses más a partir del día de hoy veintiuno de enero de dos mil dieciseis y hasta el* ***VEINTIUNO DE JULIO DE DOS MIL DIECISEIS.*** *En virtud de que esta resolución se ha dictado en forma oral quedan las partes debidamente notificadas de lo resuelto.* ***Marvin Arce Portuguez Ricardo Barahona Montero Oscar Cruz Conejo Jueces de Juicio****."*

(sic)

**2.** Que contra el anterior pronunciamiento, la licenciada Priscilla de la Trinidad Zepeda interpuso el recurso de apelación.

**3.** Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 466 del Código Procesal Penal, reformado por Ley 8837 publicada el nueve de diciembre de dos mil once (Creación de Recurso de Apelación de la Sentencia), el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

**4** . Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta el Juez **Chan Mora,** y;

**Considerando:**

**I.-**

**El motivo del recurso se interpone por falta de fundamentación de la pena.** Bajo este apartado se alega que el Tribunal *a quo* cometió un error al fijar la pena en el presente asunto, en particular porque consideró que al tratarse de un concurso material, las penas no podían ser fijadas separadamente para uno o varios delitos, ya que se consideró equivocadamente que las reglas del concurso material establecen la sumatoria de las penas impuestas para cada delito. Fue por ello que la pena calculada superó los tres años de prisión. Agrega que los dos primeros delitos que el Tribunal tuvo por demostrados están previstos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, y que si bien es cierto el imputado fue condenado en total a cuatro años de cárcel, tres de esos años corresponden a la condenatoria por un delito contra la propiedad, y las penas fijadas para los delitos contemplados en aquella ley especial no sobrepasaron los tres años de prisión, por lo que podían ser remplazadas por sanciones alternativas. Cita resoluciones vinculadas con el tema, y concluye que por no contar con antecedentes por delitos en materia de violencia contra las mujeres y por haberse impuesto una pena inferior a tres años por esas ilicitudes lo que corresponde es aplicar aquellas sanciones alternativas, considerando al efecto el arrepentimiento mostrado por el sindicado. **El segundo motivo del recurso se titula por denegatoria ilegítima de la condena de ejecución condicional de la pena.** Si se acoge la tesis expuesta anteriormente de adoptar sanciones alternativas para los dos primeros delitos, la pena a imponer para el tercer ilícito no sería superior a tres años de prisión, por lo cual, al tratarse de una persona sin antecedentes penales, se le podría otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena para este último, aparte de que no se tomó en cuenta el arrepentimiento del sentenciado. Por lo expuesto se solicita la ineficacia de la sentencia cuestionada y que se ordene el reenvío para un nuevo debate. **Los reclamos deben ser atendidos.** La sentencia 59-2016, fue dictada por el Tribunal de Juicio de Cartago en virtud del reenvío ordenado por este Tribunal de Apelación mediante la resolución 733-2015, emitida a las diez horas cuarenta y dos minutos del trece de noviembre de dos mil quince. En aquella resolución, esta Cámara de impugnaciones le señaló con toda claridad y precisión al Tribunal *a quo* los errores cometidos al fundamentar la pena en el presente asunto: *“****El reclamo se acoge parcialmente.*** *Al imputado se le impuso una pena de seis meses de prisión por un delito de incumplimiento de una medida de protección (que concurría idealmente con los delitos de maltrato y amenazas contra una mujer); una pena de seis meses de prisión por un segundo delito de incumplimiento de una medida de protección (que concurría idealmente con el delito de daño patrimonial); y la pena de tres años de prisión por los delitos de maltrato, ofensas a la dignidad y robo simple con violencia sobre las personas en concurso ideal. Dado que a este último hecho, acaecido el dieciocho de diciembre de dos mil doce, no resultan aplicables únicamente tipos penales contenidos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, su tratamiento debe ser diverso, no pudiendo “desagregarse” la sanción que corresponde al incumplimiento de una medida de protección por tratarse de un concurso ideal de delitos con una pena única, como ya se expuso en el Considerando IV de esta resolución. Pero los dos primeros delitos que el Tribunal tuvo por acreditados, esto es, los que se dieron el quince de noviembre y el doce de diciembre de dos mil doce, se sancionaron con base en los numerales 43, 22, 27, 35 y 25 de la Ley 8589. El artículo 11 de la Ley en comentario dispone en su primer párrafo: Cuando a una persona primaria en materia de violencia contra las mujeres se le imponga una pena de prisión menor de tres años, dicha pena, de conformidad con el artículo 9º de esta Ley podrá ser reemplazada por dos penas alternativas de las señaladas en esta Ley; una de ellas será, necesariamente, la pena de cumplimiento de instrucciones, excepto que se aplique la pena de extrañamiento”. Establecen los numerales 9 al 16 de la citada ley cuáles son las penas alternativas, así como el procedimiento a seguir y los criterios aplicables para su fijación. A criterio de esta Cámara, dado que estamos ante un concurso material entre los tres eventos juzgados en esta causa, nada impide considerar las penas impuestas por los dos primeros ilícitos, que suman entre sí un año de prisión, de forma separada. Para ello, se toma en cuenta que la figura del concurso material tal como está regulada en nuestra legislación, no busca endurecer el tratamiento al autor de los delitos, sino más bien favorecerlo, evitando sanciones excesivamente prolongadas. La posibilidad de considerar separada e individualmente las penas previstas para uno o varios delitos que concurren materialmente, fue aceptada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a efectos de valorar la eventual concesión de una medida alterna, señalando al respecto: "Tampoco deben descartarse estas dos soluciones alternativas cuando lo que la acusación describe es un concurso material de delitos (cfr. arts. 22 y 76), pues bien podría lograrse una conciliación o una suspensión del procedimiento a prueba, parcial o total, respecto a uno o varios de los delitos que así concursan, en atención a la pena que corresponde a cada hecho punible, individualmente considerado…", SALA TERCERA, voto Nº 796-98 de las 10:30 horas del 21 de agosto de 1998). Tomando en cuenta lo expuesto hasta ahora, al no superar el límite de tres años de prisión, las penas impuestas al encartado por los dos primeros delitos de incumplimiento de una medida de protección, siendo además primario para el momento de los hechos en la comisión de delitos de violencia doméstica contra las mujeres (juzgamientos de folio 60 vuelto), tendría posibilidad de acceder a la sustitución de la pena privativa de libertad en cuanto a esos dos ilícitos. Máxime cuando, de acuerdo con la prueba analizada en el fallo y la declaración del acusado, al parecer éste se encontraba bajo los efectos del alcohol al cometer los hechos, por lo que, en principio, resultaría adecuado el reemplazo por penas sustitutivas, una de las cuales necesariamente es el cumplimiento de instrucciones. Esta última se encuentra regulada en el artículo 16 de la Ley 8589, que contempla en su inciso a) la siguiente alternativa: “a) Someter a la persona a un programa de tratamiento de adicciones para el control del consumo de alcohol, sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas enervantes, cuando dicha adicción esté relacionada con la conducta sancionada o sus circunstancias”. Dado que las sanciones alternativas son una oportunidad establecida en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, que resulta sin duda más beneficiosa para el imputado que la pena de prisión, el Tribunal debió considerar esa posibilidad y, en caso de no otorgarla, fundamentar su rechazo. Es por ello que se acoge parcialmente el motivo por falta de fundamentación de la pena. Se ordena el reenvío para que el Tribunal de origen, con una nueva sustanciación, examine la posibilidad de otorgar o no la sustitución por penas alternativas respecto a los delitos de incumplimiento de una medida de protección descritos en los puntos 4 a 6 (hechos del quince de noviembre de dos mil doce) y 7 (hechos del doce de diciembre de dos mil doce) de la relación fáctica de la sentencia. En cuanto al ilícito descrito en el punto 8, la pena de tres años de prisión se mantiene incólume, sin embargo deberá el Tribunal, en caso de acoger las penas alternativas por los primeros delitos, valorar si procede o no la concesión del beneficio de ejecución condicional de la pena por este tercer hecho.”* No obstante lo anterior, tal como lo señala la defensa en su recurso y lo evidencia incluso la representación del Ministerio Público al responder al emplazamiento del mismo, en la sentencia de 59-2016 el Tribunal de Juicio de Cartago cometió exactamente los mismos errores de fundamentación por los cuales se había ordenado el reenvío. Como producto de esta última sentencia de nuevo se impuso una pena de seis meses de prisión para los delitos de incumplimiento de una medida de protección en concurso ideal con maltrato y amenazas contra mujer; y seis meses de prisión para el delito de incumplimiento de medidas de protección en concurso ideal con un delito de daño patrimonial, sin proceder a motivar (tal como se había ordenado en la resolución citada de esa Cámara de impugnaciones) porqué procedía o no la sustitución por penas alternativas para cada uno de los delitos antes referidos que, según la ley aludida, así lo permitían en su individualidad. También se impuso una pena de tres años de prisión para un incumplimiento de medida, un delito de maltrato, unas ofensas a la dignidad y un delito de robo simple, en concurso ideal. Los jueces se limitaron a indicar (en un análisis de culpabilidad para la fijación o medición de la pena idéntico al de su precedente errado) que al autor se le encontró responsable por los tres grupos de hechos que se tuvieron por demostrados, que debía tomarse en cuenta el artículo 71 del Código Penal, que el imputado actuaba de manera agresiva, que la ofendida señaló que el enjuiciado le profirió palabras groseras, la agredía y la amenazaba, que le sustrajo bienes la agraviada y que todas eran acciones dolosas del endilgado. Se agregó que el Tribunal se decantaba por la imposición de penas mínimas por su proporcionalidad, y con el fin de que el acriminado hiciera un ejercicio de reflexión sobre sus comportamientos, así como se hizo ver que se consideraba la condición de primario del acusado. Aparte de la mención de la ubicación en la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres de los tipos penales aplicados, y de evidenciar los criterios de fijación de la sanción para el concurso ideal y material, siguiendo el mismo camino errado que ya se señaló en el precedente jurisprudencial de este Tribunal de Apelación, lo único que se argumentó para no aplicar las sanciones alternativas fue que el artículo 11 de la ley aludida no lo permitía porque la pena final que se le estaba imponiendo al procesado superaba los tres años de prisión, omitiendo de nuevo su deber ***de considerar separada e individualmente las penas previstas para uno o varios de los delitos que concurren materialmente,*** (para todo: respaldo audiovisual de la sentencia 59-2016, minutos 8:00 a 26:10). En resumidas cuentas, el *a quo* se limitó a repetir la fundamentación para la fijación de la pena que ya se había realizado para la sentencia precedente, cuya impugnación por la defensa provocó el reenvío. Incumplido el deber fundamentación, esto provocó que tampoco se argumentara adecuadamente la pena para el tercer grupo de hechos, y consecuentemente para la aprobación o denegatoria del beneficio de ejecución condicional de la pena. En virtud de lo anterior, se declara con lugar el recurso de la defensa y se ordena el reenvío para que el Tribunal proceda conforme a derecho y examine la posibilidad de otorgar o no la sustitución por penas alternativas respecto a los delitos de incumplimiento de una medida de protección descritos en los puntos 4 a 6 (hechos del quince de noviembre de dos mil doce) y 7 (hechos del doce de diciembre de dos mil doce) de la relación fáctica de la sentencia. En cuanto al ilícito descrito en el punto 8, la pena de tres años de prisión se mantiene incólume, sin embargo deberá el Tribunal, en caso de acoger las penas alternativas por los primeros delitos, valorar si procede o no la concesión del beneficio de ejecución condicional de la pena por este tercer hecho. **Con el fin de que tomen atenta nota al respecto, se hace ver a los integrantes del Tribunal de Juicio de Cartago que es la segunda vez que se anula una sentencia en esta causa por las mismas deficiencias de argumentación y que se ordena el reenvío para su enmienda.**

**II.-**

**Sobre la prisión preventiva del acusado,** este Tribunal de Apelación aprecia que el encartado [Nombre 004] se encuentra privado de libertad desde hace más de un año. Las últimas dos privaciones cautelares de su libertad han sido emitidas en virtud de las sentencias de juicio dictadas en su contra, en las cuales han persistido los errores de fundamentación de la pena expuestos. Una correcta fundamentación de la sanción a imponer, como se ha adelantado, abre la probabilidad de que el sindicado pueda ser sometido a sanciones alternativas y eventualmente de que se le conceda el beneficio de ejecución condicional de la pena, lo cual evidencia desde el punto de vista del principio *pro libertae* y desde *el principio de proporcionalidad*, la falta de idoneidad y de necesidad de mantener la medida cautelar privativa de libertad, e incluso la falta de proporcionalidad en sentido estricto de dicha medida precautoria; esto se hace evidente, ante la alta probabilidad de que finalmente se pueda imponer al acriminado una sanción mucho menos gravosa para su libertad de tránsito, la cual como se ha dicho ya se ha visto limitada más de un año. Siendo así, en aplicación de los principios constitucionales citados, se ordena la libertad del acusado, más se mantienen las medidas cautelares dictadas previamente en su contra por el juzgado penal de Cartago, en particular la obligación de firmar cada quince días, pero en este caso, ante el Juzgado Penal de Atenas (en donde tiene su residencia), y la de no molestar, perturbar o amenazar a la ofendida, ni a su grupo familiar por medio alguno. Se establece la obligación de firmar en dicho despacho dado que esa era la localidad donde el imputado reportó formalmente por última vez que tenía su domicilio. En caso de que este domicilio haya variado, el encausado tiene la obligación de comunicarlo de inmediato a este Tribunal de Apelación, con el fin de disponer las medidas pertinentes.

**Por Tanto** :

Se declara con lugar el recurso de apelación de la defensa. En consecuencia, se declara la ineficacia de la sentencia recurrida en cuanto a la pena. Se ordena el reenvío para una nueva sustanciación sobre este extremo. En aplicación de los principios *pro libertae* y de proporcionalidad, se ordena la libertad del acusado si otra causa no lo impide. Mantienen su vigencia las medidas cautelares alternativas dictadas previamente, a saber la obligación de firmar cada quince días, pero en este caso ante el Juzgado Penal de Atenas y la de no molestar, perturbar o amenazar a la ofendida, ni a su grupo familiar por medio alguno. Se establece la obligación de firmar en dicho despacho dado que esa era la localidad donde el imputado reportó formalmente por última vez que tenía su domicilio. En caso de que este domicilio haya variado, el encausado tiene la obligación de comunicarlo de inmediato a este Tribunal de Apelación, con el fin de disponer las medidas pertinentes. Notifíquese.-

JORTIZS

**RESUMEN:** La acción de amenazar a una mujer concurre aparentemente con el incumplimiento de medida de protección, cuando el amenazar sea una de las prohibiciones impuestas en la medida de protección, esto por cuanto el delito de incumplimiento absorbe todo el contenido injusto del delito de amenazas contra mujer, por lo cual concursan aparentemente en aplicación del principio de subsidiariedad tácita.

**Palabras clave:** concurso aparente entre el delito de incumplimiento de medida de protección y amenazas contra mujer.

**Res: 2014-462**

**Exp: 10-002965-0359-PE**

**Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago, sección segunda.** A las quince horas diez minutos del treinta de setiembre de dos mil catorce.

**Recurso de apelación de sentencia penal** interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001]**, [...]**, por el delito de **Incumplimiento de Una Medida de Protección**, en perjuicio de **La Autoridad Pública y otra** . Intervienen en la decisión del recurso, los jueces Gustavo Chan Mora, Marco Mairena Navarro e Íngrid Estrada Venegas. Se apersonó en apelación, el licenciado Vianney Mauricio Pereira Quirós en calidad de defensor público del encausado.

**Resultando** :

**1.** Que mediante sentencia No. 37-2014 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del veintiocho de mayo de dos mil catorce, el Tribunal de Cartago sede Turrialba, resolvió: "***POR TANTO*:** *De conformidad con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 26 de la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1, 4, 11, 18 a 20, 21, 22, 30, 45, 50, 51, 59 al 63, 71, 73, 75 y 76, todos del Código Penal; 1, 6, 9, 12, 13, 45, 70, 71, 141 a 145, 265 a 268, 324 a 365 y 367 del Código Procesal Penal; artículos 1 a 6, 9, 10, 27 y 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra La Mujer, se declara a [Nombre 001], autor responsable de* ***UN DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE MEDIDA DE PROTECCIÓN*** *en concurso ideal con* ***UN DELITO DE AMENAZAS CONTRA MUJER****, cometidos en perjuicio de La Autoridad Pública y de [Nombre 003] y en tal carácter se le impone la pena de* ***NUEVE MESES DE PRISION POR EL PRIMERO Y SEIS MESES DE PRISION POR EL SEGUNDO,*** *pena que en aplicación del concurso ideal se reduce al tanto* ***DE ONCE MESES DE PRISIÓN.*** *Además, se declara a [Nombre 001], autor responsable de* ***UN DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE MEDIDA DE PROTECCIÓN*** *cometido en perjuicio de La Autoridad Pública y de [Nombre 003] y en ese carácter se le impone una pena de* ***NUEVE MESES DE PRISIÓN.*** *Este último delito cometido a su vez en concurso material con los dos primeros. En aplicación de las reglas de la penalidad del concurso material la sanción* ***DEFINITIVA IMPUESTA ES DE UN AÑO Y OCHO MESES DE PRISION*** *, pena que deberá descontar en el lugar y forma que indiquen los respectivos reglamentos penitenciarios, previo abono de la preventiva sufrida. Por un período de tres años se le otorga el beneficio de ejecución condicional de la pena. Se le advierte al encartado que si cometiere algún delito, doloso, dentro de dicho plazo de prueba, sancionado con pena superior a los seis meses de prisión el beneficio concedido le será revocado y tendrá que hacer real y efectivo cumplimiento de la pena impuesta junto con la pena que llegare a imponérsele por el nuevo delito. Son las costas procesales a cargo del Estado. Una vez firme esta sentencia hágase la respectiva comunicación al Registro Judicial.* ***Esta sentencia fue dictada de manera oral integral quedando las partes notificadas de lo resuelto en este acto****.* ***Andrés Chacón Bonilla. Juez de Juicio.****"* (sic)

**2.** Que contra el anterior pronunciamiento, el licenciado Vianney Mauricio Pereira Quirós interpuso el recursos de apelación.

**3.** Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 466 del Código Procesal Penal, reformado por Ley 8837 publicada el nueve de diciembre de dos mil once (Creación de Recurso de Apelación de la Sentencia), el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

**4** . Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta el Juez **Chan Mora,** y;

**Considerando:**

**I.-**

**El primer motivo del recurso se interpone por errónea aplicación de una norma sustantiva.** El licenciado Vianney Mauricio Pereira Quirós, defensor público del acusado [Nombre 001], considera erróneo el juicio de subsunción típica realizado por el Tribunal, al concluir que el hecho quinto de la acusación configura un delito de incumplimiento de medida de protección en concurso ideal con un delito de amenazas contra una mujer. El recurrente sostiene que dentro de las medidas de protección ordenadas al acriminado estaba la prohibición de amenazar a la ofendida, por lo que el delito de incumplimiento abarca esa última acción y excluye el concurso ideal con el delito de amenazas contra mujer (concurso aparente de normas). Por lo expuesto, solicita que se tenga por existente solamente un delito de incumplimiento de medida de protección, y se excluya el otro al que se ha hecho referencia. **El segundo motivo se interpone por errónea fundamentación de la pena.** Bajo este acápite del recurso se cuestionan los argumentos dados por el Tribunal para fijar el monto total de dieciocho meses de prisión, impuestos por dos delitos de incumplimiento de medida de protección (nueve meses por cada ilicitud), tres meses por encima del mínimo establecido en el artículo 42 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres. Desde la perspectiva de quien impugna, en la fijación de la pena se cometieron los siguientes yerros: 1.-

No se explica porqué ese monto de sanción es proporcional o razonable para lograr el fin resocializador de la pena. 2.-

No se tomaron en consideración las condiciones personales del encartado, quien no tiene antecedentes penales y modificó su comportamiento luego de los hechos. Ambos aspectos debieron considerarse a fin de imponerle una pena menor, incluso la mínima. 3.-

Para imponer la pena correspondía también analizar lo dicho sobre el concurso aparente de normas ya referido, lo cual tiene relevancia en el análisis de lesividad correspondiente. Con base en lo argumentado, se solicita imponer el extremo mínimo de pena establecido para el tipo penal en estudio. **El tercer motivo se titula por inobservancia de los requisitos de la sentencia en su parte dispositiva.** En la sentencia oral se indicó que no se había podido acreditar el punto sexto de la requisitoria fiscal y, por esa razón, se absolvió al imputado en cuanto a ese extremo. No obstante lo anterior, tal decisión no fue plasmada en la parte dispositiva de la sentencia. En consecuencia, solicita ordenar el reenvío para una nueva sustanciación sobre este extremo.

**II .-**

**El reclamo por errónea aplicación de la ley sustantiva debe ser declarado con lugar** . Para lo que interesa, en el registro digital de la sentencia se tuvo por demostrado lo siguiente: **1.-**

Que el 13 de setiembre del año 2010 quien figura como ofendida solicitó a su favor varias medidas de protección en un proceso de violencia doméstica, en contra de quien figura como encartado. **2.-**

Como consecuencia de lo anterior, el Juzgado de Familia y de Violencia Doméstica de Turrialba dictó la resolución de las 14:27 horas del 13 de setiembre de 2010, en la cual dictó, durante el plazo de seis meses, las siguientes medidas de protección en contra del acriminado: Se le prohibió agredir de cualquier forma, física, psicológica, patrimonial o sexual, insultar, amenazar o perturbar a la agraviada [Nombre 003] y a cualquier miembro del grupo familiar y se emitió una orden de protección policial. La resolución indicada le fue notificada al sindicado de manera personal, a las 13:15 horas del 15 de setiembre de 2010, en donde se le advirtió que de incumplir las medidas indicadas sería denunciado en sede penal por el delito de incumplimiento de medida de protección. **3.-**

Estas medidas fueron mantenidas por 6 meses por el mismo ente jurisdiccional en fecha 20 de setiembre de 2010 mediante sentencia 426-2010 de las 10:20 horas, venciéndose las medidas el 15 de marzo de 2011. Esta resolución le fue notificada al acusado a las 10:43 horas del mismo 20 de setiembre de 2010. **4.-**

Un día en la primera semana de noviembre de 2010 en horas de la mañana, el endilgado, a pesar de que sabía de las medidas dictadas en su contra y de las consecuencias del incumplimiento de las mismas, se presentó al patio de la vivienda en que estaba la ofendida y le dijo que “*andaba vestida como una puta y una zorra* ”, ordenándole que se fuera a cambiar la enagua, a lo cual la agraviada se negó, por lo que de seguido [Nombre 001] le dijo que si lo denunciaba era lo último que haría porque la iba a matar. **5.-**

El 5 de enero de 2011, aproximadamente a las 19:30 horas, el acusado ingresó al dormitorio de la agraviada y, al verla conversando por teléfono, le indicó que si estaba hablando con el querido, la insultó diciéndole “ *zorra, puta, perra* ” y luego le dijo que nadie se iba a burlar de él y que la iba dejar sin dientes y sin rostro; dado que la agraviada le contestó que no hacía nada malo, el justiciable se abalanzó sobre ella y la tomó fuertemente del cuello. Luego, como consecuencia de lo anterior, cuando la afectada gritó, diciéndole a [Nombre 001] que iba a llamar a la policía, este ingresó al cuarto de su hijo, y le dijo que su madre era una ridícula, y procedió a retirarse de la vivienda (cfr. minutos 16:06:55 a 16:10:00 del respaldo audiovisual del día 28 de mayo de 2014). Los anteriores hechos, en particular los comportamientos arriba descritos bajos los puntos 4.- y 5.-, fueron calificados por el Tribunal de Juicio, respectivamente, como un delito de de incumplimiento de medida de protección en concurso ideal con un delito de amenazas contra mujer, y como un delito de incumplimiento de medida de protección. El principal error del Tribunal consiste en afirmar la existencia de un concurso ideal (minutos 16:33:44 a 16:39:30), cuando en realidad existe un concurso aparente de normas entre los tipos penales arriba aludidos bajo el punto 4.-. El artículo 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres establece que: *"Será sancionado con pena de prisión de* **seis meses a dos años***, quien incumpla* **una medida de protección** *dictada por una autoridad competente, dentro de un proceso de violencia doméstica en aplicación de la Ley contra la violencia doméstica"* (la negrilla se adiciona). Por otra parte, el numeral 27 de la misma ley corresponde al tipo penal del delito de amenazas contra mujer, e indica al efecto, en su literalidad que: "*Quien* ***amenace*** *a una mujer, a su familia o a una tercera persona íntimamente vinculada, con quien mantiene una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años*" (la negrilla no está en el original). Tal como se indicó en el elenco de hechos probados de la sentencia impugnada, al encartado [Nombre 001] se le impuso, entre otras, la prohibición de **amenazar** a [Nombre 003]. Esta medida de protección en particular fue incumplida, precisamente, mediante un comportamiento idéntico a aquel que está prohibido y penado en el artículo 27 citado, es decir cuando el acusado profirió amenazas de muerte contra la agraviada. Expuesto en otros términos, ambos tipos penales poseen modalidades de ejecución idénticas, en lo que respecta a una acción amenazante, con un mismo contenido injusto, con idéntico disvalor de resultado, razón por la cual nos encontramos ante un concurso aparente de normas por la presencia de un hecho posterior impune: el imputado incumplió una medida de protección mediante las amenazas que profirió contra la víctima, las cuales acontecieron inmediatamente después de que la insultó, como parte de una ejecución *in crescendo,* progresiva, del mismo tipo penal, conforme lo estipula el artículo 23 del Código Penal. En este caso particular, el concurso aparente de normas se hace evidente en tanto que el delito de incumplimiento de medidas, ya “absorbe” todo el contenido injusto del delito de amenazas contra mujer, lo cual se verifica desde que la acción típica de este último tipo penal, cuya ejecución aconteció de manera inmediatamente posterior, tiene previsto un monto de pena idéntico, de seis meses a dos años de prisión, a aquel que está contemplado para el ilícito del incumplimiento. En el caso que nos ocupa, corresponde aplicar entonces el principio de subsidiariedad tácita, en virtud del cual debe prevalecer y aplicarse únicamente el delito previsto en el numeral 43 citado, absorbiendo al otro, ya que la medida de protección dictada consistió, entre otras cosas, en una prohibición de amenazar a la agraviada y, como ya se ha indicado, tanto aquella ilicitud de incumplimiento, como también el delito de amenazas, se pueden ejecutar (y se ejecutaron) mediante acciones típicas idénticas, con el mismo grado de disvalor. Por lo expuesto, se revoca la sentencia en cuanto declaró la existencia de un concurso ideal entre el delito de incumplimiento y el de amenazas, en lugar de lo cual los hechos descritos bajo el punto 4.-, se recalifican como un solo delito de incumplimiento de una medida de protección, el cual concurre materialmente con una ilicitud idéntica, descrita en el apartado 5.-

presentado con anterioridad. Excluida la aplicación del tipo penal de amenazas contra mujer (concurso aparente de normas), necesariamente debe declararse la ineficacia del monto de pena impuesto y ordenar el reenvío para que se realice una nueva fundamentación al efecto, dado ante el nuevo marco jurídico concursal existente, bajo el entendido de que, en caso de que así se proceda, el monto de pena principal a establecer (en virtud del principio de no reforma en perjuicio) no podría superar el monto de 9 meses de prisión para cada ilicitud, ni el total de 18 meses de pena de prisión ya establecidos. No obstante lo anterior, como se verá de seguido, en la fundamentación de pena de la sentencia se aprecian errores ulteriores cuya existencia debe ser declarada de oficio.

**III .-**

Independientemente de las razones dadas por la defensa para cuestionar la fijación de la pena en el presente asunto, s**e han detectado errores en ese extremo de la fundamentación de la resolución impugnada que deben ser declarados de oficio**. Debe destacarse al respecto que la ley de penalización de la violencia contra las mujeres establece en su artículo 11: “ ***Imposición y reemplazo de penas alternativas*** *. Cuando a una persona primaria en materia de violencia contra las mujeres se le imponga una pena de prisión menor de tres años, dicha pena, de conformidad con el artículo 9º de esta Ley podrá ser reemplazada por dos penas alternativas de las señaladas en esta Ley; una de ellas será, necesariamente, la pena de cumplimiento de instrucciones, excepto que se aplique la pena de extrañamiento. También, a solicitud de la persona condenada, podrán aplicarse las penas alternativas, cuando dicha persona sea primaria en materia de violencia contra las mujeres, se le haya impuesto una pena superior a tres años, y haya descontado al menos la mitad de esta. La pena alternativa no podrá superar el monto de la pena principal impuesta.*” Sobre la imposición o no de las sanciones alternativas a que hace referencia el numeral citado, esta Cámara de Apelación ha podido apreciar que no se realizó fundamentación alguna en la sentencia impugnada (cfr. minutos 16:53:55 a 17:09:40 del mismo respaldo audiovisual citado) . Siendo así, dados los presupuestos del artículo recién citado (monto de pena fijado inferior a tres años de cárcel, falta de antecedentes penales del encartado, tal como consta a folio 90 del expediente), corresponde también ordenar el reenvío para que el Tribunal de Juicio, con distinta integración, analice si procede o no la imposición de alguna de las penas alternativas previstas en el artículo 9 de la referida ley, esto para ambos delitos de incumplimiento de medidas de protección acreditados. En defecto de lo anterior, deberá fundamentarse la pena privativa de libertad, y si se mantiene no podrá desmejorarse la situación del acusado en lo que respecta al otorgamiento del beneficio de ejecución condicional de la pena, ni el monto a imponer podrá ser mayor a aquel ya fijado para los dos delitos de incumplimiento en concurso material (18 meses).

**IV .-**Finalmente, en lo que corresponde al tercer motivo del recurso de apelación de la defensa, **se declara parcialmente con lugar el alegato.** La sentencia penal, tanto la emitida de manera escrita, como también aquella dictada de manera oral, debe ser tenida como una misma unidad lógica-argumentativa, entre cuyas partes debe existir una adecuada vinculación y coherencia. En este sentido, es correcta la afirmación del abogado defensor en el sentido de que en la parte considerativa de la resolución cuestionada se expusieron sendos argumentos para explicar porqué el que fuera presentado como el hecho 6.- de la acusación, en perjuicio de [Nombre 007]., hijo del encartado fue tenido como no demostrado (minutos 16:11:30 a 16:15:35), y consecuentemente, procedía respecto del mismo una sentencia absolutoria; y además es correcto lo dicho en el sentido de que aquella decisión no fue plasmada en la parte dispositiva del fallo (cfr. minutos 17:10:07 a 17:12:33 de la sentencia oral), en lo que evidentemente se aprecia como un error material, omisivo, de parte del Tribunal sentenciador. La constatación de este error material, en contra de lo que solicita la defensa, no amerita el dictado de un reenvío en relación con este punto -petición que se rechaza- ya que lo que corresponde es subsanar tal yerro. Este defecto puede ser subsanado en su totalidad por esta Cámara de Apelación, en el tanto que no implica para nada sustituir el proceso de valoración y argumentación del Tribunal de juicio, y no afecta los intereses de las partes, frente a una resolución que en todo caso no fue recurrida por el Ministerio Público. Siendo así se corrige el error material aludido para que en lo conducente en la parte dispositiva del fallo se adicione y en lo sucesivo se lea que “*se absuelve a [Nombre 001] por el delito de incumplimiento de medida de protección agravado, el cual fue acusado en perjuicio de su hijo [Nombre 007]*”.

**Por tanto**

Se declara con lugar el primer motivo del recurso de la defensa, se revoca la sentencia en cuanto declaró la existencia de un concurso ideal entre el delito de incumplimiento de medida de protección y el de amenazas contra mujer, en lugar de lo cual los hechos acreditados para la primera semana de noviembre de 2010 en horas de la mañana, se recalifican como un solo delito de incumplimiento de una medida de protección, el cual concurre materialmente con otra ilicitud idéntica acaecida en enero de 2011. Se declara la ineficacia de la sentencia en cuanto a la fundamentación de la pena debido a que se omitió todo análisis sobre la aplicación o no de sanciones alternativas en este caso particular. En consecuencia, se ordena el reenvío para que se realice una nueva fundamentación de pena en la que, en primer lugar, la fundamentación de la sanción principal deberá partir del nuevo marco jurídico concursal existente, luego de lo cual deberá analizarse si procede o no la imposición de alguna de las penas alternativas previstas en el artículo 9 de la ley de penalización de la violencia contra las mujeres en relación con todos los ilícitos que concurren materialmente. En defecto de lo anterior, si se mantiene la pena privativa de libertad, dado que solamente recurrió la defensa, no podrá desmejorarse la situación del acusado en lo que respecta al beneficio de ejecución condicional de la pena otorgado, ni el monto a imponer podrá ser mayor a aquel ya fijado para los dos delitos de incumplimiento de medida de protección en concurso material (18 meses). Se declara parcialmente con lugar el tercer motivo del recurso, se adiciona la parte dispositiva de la sentencia impugnada para que en lo sucesivo se lea que se absuelve a [Nombre 001] por el delito de incumplimiento de medida de protección agravado, el cual fue acusado en perjuicio de su hijo [Nombre 007]. En todos los demás extremos el fallo recurrido se mantiene incólume. Notifíquese.

**Gustavo Chan Mora**

**Marco Mairena Navarro** **Íngrid Estrada Venegas**

**Jueza y Jueces del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal**

**RESUMEN:** Es fundamental que el juzgador plasme en su resolución la fundamentación jurídica cuando se impongan medidas de seguridad.

**Palabras clave:** Fundamentación jurídica, medidas de seguridad.

**Resolución: 2017-0685**

**Expediente: 16-001371-1283-PE (3)**

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL** . **Segundo Circuito Judicial de San José**. Goicoechea, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos, del nueve de junio de dos mil diecisiete.-

**RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 006], mayor, [...]; por el delito de **INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN Y OTRO**, en perjuicio de [Nombre 007]**.** Intervienen en la decisión del recurso, la jueza Hannia Soto Arroyo, y los co-jueces Ronald Cortés Coto y Laura Murillo Mora. Se apersonaron en esta sede la licenciada Diana De la O Ferllini, en calidad de defensora pública del encartado y la licenciada Adriana Chaves Redondo, como fiscal de la Unidad de Impugnaciones del Ministerio Público.

**RESULTANDO:**

**I.-**

Que mediante sentencia número 139-2017, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos, del dieciséis de febrero de dos mil diecisiete, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, resolvió: **"POR TANTO:** *De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política, artículos 1, 22, 30, 31, 45, 50, 51, 71 a 76, 97 a 102 y 228 del Código Penal, artículos 1 a 15, 184, 361 siguientes y concordantes del Código Procesal Penal y artículos 43 y 46 de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres se declara a [Nombre 006]* *autor del injusto* *penal* *de* ***TRES INCUMPLIMIENTOS DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y DAÑOS EN CONCURSO MATERIAL*** *cometido* *s* *en perjuicio de [Nombre 007]* *y en tal carácter se le impone* *por tiempo indefinido una* ***MEDIDA DE SEGURIDAD CURATIVA DE INTERNAMIENTO EN UN HOSPITAL PSIQUIÁTRICO*** ***(CAPEMCOL).*** *Esta medida de seguridad deberá revisarse en un plazo de* ***DOS AÑOS*** ***,*** *momento en el cual el Tribunal deberá pronunciarse sobre su mantenimiento, modificación o cesación, sin perjuicio de hacerlo en cualquier momento mediante informes del Instituto Nacional de Criminología. S* *e resuelve sin especial condenatoria en* *costas y son los gastos del proceso a cargo del Estado. Una vez firme la sentencia inscríbase en el Registro Judicial y envíense los testimonios de estilo para ante el Juzgado de Ejecución de la Pena y el Instituto Nacional de Criminología* ***"* .-**

**( sic.** **) .**

**II.-**

Que contra el anterior pronunciamiento interpuso recurso de apelación la licenciada Diana De la O Ferllini, en calidad de defensora pública del encartado.

**III.-**

Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso de apelación.

**IV.-**

Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta la Jueza de Apelación de Sentencia Penal ***Soto Arroyo***; y,

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

La licenciada Diana de la O Ferllini, defensora pública de [Nombre 006], interpone recurso de apelación, contra la sentencia N° 139-217, de las 15:45 horas, del 16 de febrero de 2017, del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José. De conformidad con los artículos 437, 438, 439, 458, 459, 460 y 462 del Código Procesal Penal, el recurso de apelación reúne los requisitos de ley para su conocimiento por el fondo.

**II.-**

En el **primer motivo** acusa falta de fundamentación del fallo, en razón de la atipicidad de la conducta. Señala la recurrente que los hechos acusados como incumplimiento de medidas de protección y daños, son atípicos por lo siguiente: sobre los delitos de incumplimiento de medidas de protección, la defensa alegó que los hechos no se ajustan al tipo penal, pues de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Penalización de violencia contra las mujeres, que remite al artículo 314 del Código Penal, existe el elemento normativo de la notificación personal de las “órdenes” impuestas por un órgano jurisdiccional. Esta notificación debe hacerse acorde con los requerimientos de ley, sea, que se de una correcta imposición del contenido, para que el imputado conozca las conductas que le son prohibidas y las sanciones a las que se expone en caso de irrespetar la orden. Para la defensa, de la prueba se desprende que la notificación de las medidas de protección era ineficaz, pues el imputado es una persona con discapacidad mental, situación que el Juzgado de Violencia Doméstica conocía desde el momento de la denuncia, como consta a folio 36 de los autos. El Juzgado, ante esta situación, debió proceder conforme al artículo 5 de la Ley de Notificaciones Judiciales y las circulares 60-2015 y 119-2015 del Consejo Superior, las que fueron ignoradas por el Juzgado, autoridad que incluso ordenó el inmediato desalojo del imputado, como consta en el acta de folio de folio 55 y desatendiendo el artículo 51 de la Constitución Política. El Tribunal de Juicio, en la sentencia, no se manifestó al respecto de la falta de tipicidad objetiva, incurriendo en el vicio de falta de fundamentación. La defensa explicó en debate que el imputado, dado el erróneo procedimiento para realizar la notificación, incurrió en el llamado error de tipo psìquicamente condicionado, que consiste en aquellas situaciones en las que el agente incurre en errores en cuanto a atener su conducta a la normativa, en razón de su incapacidad psíquica. El Tribunal de Juicio rechazó la tesis de la defensa, indicando que el tema de las enfermedades mentales ha de ser analizado en la culpabilidad, dado que la Sala Tercera ha adoptado la tesis de la teorìa compleja del tipo penal. Ello es falso, pues ambas teorías no son excluyentes entre sí, por el contrario, la teoría compleja del tipo penal refuerza que el dolo debe ser analizado en la tipicidad. El Juez señaló que no era partidario de la teoría del error de tipo psíquicamente condicionado, en el tanto era peligrosos, pues podría generar la apertura de un portillo para impedir la imposición de sanciones penales a los sujetos con enfermedades mentales, considerando entonces que la existencia de problemas mentales debe valorarse en la culpabilidad. Esta valoraciones del Tribunal son subjetivas y desaplica la teoría del error de tipo psíquicamente condicionado, sin sustento alguno. Con su posición, el Tribunal de Juicio creó una categoría diferente de personas con enfermedades mentales, denegando el que actúen sujetos a un error de tipo o a una causa de justificación incluso, pues según su criterio, todos los casos en que el imputado sea una persona con una enfermedad mental, dicha situación debe valorarse en la culpabilidad. En sustento de su teoría del caso, la impugnante indica lo siguiente: en el debate, la ofendida relató que estuvo presente en el acto de la notificación de las medidas de protección al imputado [Nombre 006], señalando que los oficiales le entregaron un papel al acusado, le dicen que la mamá le puso medidas de protección y que debe irse de la casa. Ante estas indicaciones, el acusado botó los papeles de inmediato y señaló que él siempre ha sido asì, que todo lo pierde, al punto que no tiene llaves de la casa y que ese mismo día del desalojo, [Nombre 006] regresó a la casa casi de inmediato, incumpliendo las medidas (grabación del dìa 24 de enero). Ante esto, la defensa cuestionó que al imputado no se le impuso del contenido de las medidas de protección, lo que era necesario en el caso del acusado, por lo que, ante su desconocimiento, no se configuró la tipicidad subjetiva que exige el tipo penal. Esta posición de la defensa, que se sustenta en la pericias psiquiátricas de folio 12 y 84, por lo que el Tribunal, aún habiendo prueba científica, la pasó por alto. En segundo término, sobre el delito de daños, la recurrente indica que el Tribunal no se refirió a la tipicidad subjetiva. Indica la recurrente que la Fiscalía no demostró que al momento de causar los daños en la casa de su madre, el imputado estuviera bajo la influencia de algún trastorno de sensopercepción, sobre todo porque la pericia de folio 84, señala que el imputado podría estar escuchando sonidos inexistentes y que puede presentar estos trastornos en razón de la esquizofrenia que padece, sumada al consumo de drogas. Sin embargo y pese a que el Ministerio Público no demostró que el acusado controlaba sus acciones al momento de los hechos, el Tribunal tuvo por probado el dolo de producir los daños. Solicita la defensa se declare con lugar el alegato y se dicte la absolutoria por la atipicidad de las conductas. **E**l **segundo motivo** acusa inconformidad con la fijación de la medida de seguridad. Indica la defensa que el Tribunal no explicó el por qué no imponía una medida de seguridad ambulatoria por medio de una institución estatal. La pericia de Adaptación Social recomienda la medida de internamiento, “salvo mejor criterio médico psiquiátrico” y la pericias de folios 12 y 84 recomiendan el tratamiento ambulatorio y no reúne los requisitos para su internamiento en CAPEMOL. Pese a ello, el Juzgador dictó la medida de internamiento, indicando que el acusado no tiene apoyo familiar que vele por que se mantenga ligado a su tratamiento. La defensa puso en conocimiento del Tribunal que el Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (CONAPDIS) tiene programas a los que podía asistir el justiciable y el Tribunal no refirió el porqué descartó esa posibilidad. El **tercer motivo** acusa falta de fundamentación descriptiva. Indica la defensa que la enumeración de las pruebas que realizó el Tribunal de Juicio es somera, especialmente de la pericias médicas, al punto que ni siquiera se leyeron las conclusiones de las mismas, sino que únicamente se refirió a las pericias para tener por demostrada la inimputabilidad de [Nombre 006], pasando por alto que de las mismas se desprende que èl no tiene la capacidad para comprender las medidas de protección y las consecuencias de desatender dichas medidas. Al ser evidente el vicio, solicita la defensa se declare con lugar el alegato y se ordene el reenvío para una nueva sustanciación.

**III.-**

**Se declara con lugar el primer motivo por lo que se dirá** . En los archivos C00003170216150000 y C0003170216160000, el Tribunal de Juicio procedió al dictado de la sentencia oral en la presente causa, por la que se le condenó al acusado [Nombre 006]. Del estudio del fallo, esta Cámara de Apelación concluye lo siguiente: en el archivo C00003170216150000 el Juez informante estructuró la sentencia presentando inicialmente, el relato de los hechos probados, que calificó como 3 delitos de incumplimiento de medida de seguridad y un delito de daños, en perjuicio de la señora [Nombre 007] (secuencia de las 15:49:03 horas). Luego, en la secuencia de las 15:53:13 horas, el Tribunal realizó una breve fundamentación descriptiva, mencionando que la prueba testimonial consiste en la declaración de la ofendida [Nombre 007] y el oficial de policía Jason Herra Escobar, así como la prueba documental. Posteriormente, en la secuencia de las 15:54.30 horas, se citó y analizó la declaración de la agraviada [Nombre 007], así como la del oficial Herra (secuencia de las 15:58:35 horas) y el acta de inspección ocular. Es el considerando cuarto, en el que a juicio de este Tribunal de Apelación, el *a quo* falta a las reglas de la fundamentación. En el archivo C0003170216160000, secuencia de las 16:01:25 horas, el Tribunal se decantó por referirse a las razones por las que no comparte la tesis de la defensa relativa al error de tipo psíquicamente condicionado, entre ellas, por no coincidir dicha posición la teoría del tipo complejo que ubica las razones de inimputabilidad en la culpabilidad y finaliza el Juzgador señalando, tras el análisis de las pericias psiquiátricas, que el acusado efectivamente es inimputable y que se le deben imponer medidas de seguridad. (secuencia de las 16:03:30 horas). Si bien el *a quo* si analizó la postura de la defensa, omitió por completo en el fallo, el análisis jurídico de los dos tipos penales que le fueron imputados a [Nombre 006], sea el delito de incumplimiento de una medida de protección y el delito de daños. Tenemos que, en relación con el primer delito, el fallo se limita a indicar que se dieron las fases del injusto penal -tipicidad y antijuridad- sin examinar ni valorar la presencia de los elementos del tipo penal, las circunstancias bajo las cuales se dio la notificación de las medidas de seguridad al acusado y la validez o nó de la misma, así como los supuestos de ley que la respaldan y la tipicidad subjetiva, elemento esencial para sustentar la existencia de una acción típica, todos ellos aspectos a los que la defensa se refirió en conclusiones, como se aprecia en el archivo C0000170216150000, secuencia de las 15:09:00 horas. La misma situación se presenta con el delito de daños, pues si bien el Juez refirió el contenido de las declaraciones testimoniales y documentales que indicaron que el imputado rompió el portón de la casa de su madre (archivo C000317021615000, secuencias de las 15:54:30 horas, 15:58:35 horas y 15:59:44 horas) no reparó en analizar la presencia de los elementos del tipo penal en el caso concreto, como tampoco la constatación de la existencia de la tipicidad subjetiva. Esta omisión del Tribunal contraria el artículo 363 del Código de rito, sin que a lo largo de la escucha de la sentencia se apreciara elemento alguno que pudiera solventar el vicio. La falta resulta particularmente violatoria del debido proceso en esta causa, pues además de no cumplir con los requisitos legales de la sentencia, estamos en presencia de una causa en la que se juzgó a una persona inimputable, como lo aceptó el mismo Tribunal (archivo C0003170216160000, secuencia de las 16:09:38 horas) y la existencia del injusto penal motivó la imposición de una medida de seguridad con internamiento que se ordenó revisar cada dos años (secuencia de las 15:13:54 horas), medida que, si bien puede pensarse, como lo hizo el Juzgador, es beneficiosa para el acusado y su familia, dado que le brinda calidad de vida a ambos y atención psiquiátrica constante al segundo, no deja de ser una limitante a la libertad del acusado, la cual entonces, debe derivarse de un análisis normativo exhaustivo de los elementos de tipicidad y antijuridicidad. Por ello, se declara con lugar el alegato. Se anula el fallo en su totalidad y se ordena el reenvío para que, con una nueva integración, se realice el debate y se dicte sentencia. Se ordena de manera inmediata la libertad del acusado, si otra causa no lo impide. Por innecesario se omite resolver los motivos segundo y tercero del recurso de apelación.

**POR TANTO:**

Se declara se declara con lugar el primer motivo del recurso de apelación. Se anula el fallo en su totalidad y se ordena el reenvío para que, con una nueva integración, se realice el debate y se dicte sentencia. Se ordena de manera inmediata la libertad del acusado, si otra causa no lo impide. Por innecesario se omite resolver los motivos segundo y tercero del recurso de apelación. **NOTIFÍQUESE.-**

***Hannia Soto Arroyo***

***Laura Murillo Mora Ronald Cortés Coto***

***Juezas y Juez del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal***

**RESUMEN:** Es fundamental la determinación precisa y circunstanciada (en tiempo y modo) de los hechos en delitos sexuales de conformidad con el derecho a la imputación, derecho de defensa y debido proceso.

**Palabras clave:** Derecho a la imputación en delitos sexuales, derecho de defensa, debido proceso.

**Exp: 09-001562-0382-PE**

**Res: 201** **6-00407**

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN SEGUNDA.** San Ramón**,** a las once horas veinte minutos del doce de mayo de dos mil dieciséis .

**RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA** interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001]**, [...]**; por del delito de **ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD E INCAPAZ**, en perjuicio de [Nombre 002]**.** Intervienen en la decisión del recurso, la jueza **Gabriela Rodríguez Morales,** los jueces **Jorge Luis Morales García** y **Martín Alfonso Rodríguez Miranda.** Se apersona en Apelación de Sentencia, la licenciada Francini Cortés Segura, en condición de defensora pública del encartado [Nombre 001]..

**RESULTANDO:**

**1.-**

Que mediante sentencia de manera oral número **540-2015** , de las dieciséis horas veinticinco minuto del treinta de noviembre de dos mil quince, el Tribunal Penal de Juicio de Heredia, resolvió: *"***POR TANTO*:*** *De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política; 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 22, 30, 31, 45, 50, 51, 71, 73, 74, 76, 157 inciso 3) en relación con el 156, 161 inciso 1) y 8) del Código Penal, 1 a 15, 258, 360, 361, 363, 364, 365, 367 y 368 del Código Procesal Penal; con la totalidad de los emitidos y por* ***UNANIMIDAD*** *se resuelve: 1) Se declara a [Nombre 001]**autor responsable de* ***OCHO DELITOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD*** *y de* ***UN DELITO DE VIOLACIÓN*** *todos cometidos en perjuicio de [Nombre 002]**y en tal carácter se le impone el tanto de* ***CUATRO AÑOS DE PRISIÓN*** *por cada uno de los abusos y el tanto de* ***DOCE AÑOS DE PRISIÓN*** *por el delito de Violación para un total de* ***CUARENTA Y CUATRO*** *años de prisión, los cuales por las reglas del concurso material de delitos se adecua a un total* ***TREINTA Y SEIS******AÑOS DE PRISIÓN****; pena que deberá descontar en la forma en que lo determinen los respectivos reglamentos penitenciarios. 2) Para garantizar el cumplimiento de la sentencia en caso de adquirir la misma firmeza, se ordena la prisión preventiva del encartado por el plazo de seis meses que corren desde el día de hoy y vencerán el 30 de mayo del 2016. Los gastos del proceso son a cargo del Estado por haberse procedido a instancia del Ministerio Público. Firme el fallo, se pondrá al acusado a la orden del Instituto Nacional de Criminología y se confeccionarán los testimonios de ley ante el Juzgado de Ejecución de la pena para lo de su cargo. Quedan las partes notificadas del contenido de esta sentencia y a disposición de todas ellas el soporte digital de las mismas.* *Maureen Sancho González.*

**2.-**

Que contra el anterior pronunciamiento, s e apersona e n Apelación de Sentencia, la licenciada Francini Cortés Segura, en condición de defensora pública del encartado [Nombre 001].

**3.-**

Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 46 5 del Código Procesal Penal, el Tribunal procedió a conocer del recurso.

**4.-**

Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta la Jueza de Apelación de Sentencia **Rodríguez Morales, y;**

**CONSIDERANDO:**

**I.** La licenciada Francini Cortés Segura, en su condición de defensora pública del imputado [Nombre 001] , interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Penal de Heredia, número 540- 2015 de las dieciséis horas veinticinco minutos del treinta de noviembre del año dos mil quince la cual le condena por el delito de abuso sexual contra persona menor de edad . En el **primer motivo** de impugnación alega **falta de fundamentación descriptiva** de la prueba recibida en el debate, indica ndo para ello que el Tribunal de Juicio en la parte considerativa de la sentencia oral hizo referencia a la prueba evacuada en juicio (testigos de cargo, descargo y la declaración del imputado), pero no existe un apartado específico en donde se contenga un resumen de la misma. Si bien e n las consideraciones de fondo y en el análisis intelectivo del fallo recurrido, el órgano juzgador hace referencia a extractos de lo dicho por los testigos, se echa de menos una síntesis de lo expuesto por cada uno de ellos, y que ante tal defecto, no es posible realizar una valoración integral, ni verificar si es válida la conclusión y argumentación ofrecida. Por otra parte, considera que se realizó un examen sesgado de la prueba de descargo, la cual apoyaba la defensa material que realizó el imputado. A criterio de la recurrente, la citada deficiencia impide que la sentencia se bast e a sí misma y es por ello que se genera un agravio al imputado, toda vez que no es posible realizar un control sobre la valoración que dio el *a quo* a los elementos probatorios evacuados en el contradictorio. S olicita se anule la sentencia oral recurrida y se reenvíe la causa para nueva sustanciación.

**II.** En **segundo motivo** de agravio alega **violación a las reglas de la sana crítica racional**, para ello transcribe un extracto del razonamiento que empleo el *a quo* para restar credibilidad a la versión de la señora [Nombre 008], en el sentido de que el mismo resultó complaciente en favor de los intereses del imputado, aspecto que se justifica por el vínculo matrimonial que los une. Por otra parte, se menciona que la falta de credibilidad la derivan los juzgadores de la circunstancia de que en un inicio y sin que nadie se lo preguntara, ella fue enfática en declarar que lo que separaba el cuarto de la cocina era una cortina, misma que ella siempre recogía cuando llegaba su sobrina, además, que nunca perdía a la menor de vista cuando la visitaba y que al ser la casa tan pequeña, era imposible que los hechos sucedieran sin que ella se diese cuenta. A criterio de la quejosa, ésta conclusión viola las reglas de la sana crítica, porque la testigo de descargo y el imputado [Nombre 001], dijeron en sus declaraciones que aunque formalmente se encuentran casados, la relación sentimental ya no existía para ese momento, por lo que el vínculo matrimonial que le une con el acusado no justificaba u na declaración complaciente. Indica que no puede restarse credibilidad a un testigo que fue espontáneo durante su declaración y que es irracional desacreditarla por haberse referido abiertamente a los hechos investigados que ella conoce, en especial porque esa fue la razón por la que fue ofrecida. El agravio se produce porque de haber valorado adecuadamente la declaración de la prueba de descargo, el órgano juzgador no hubiese dictado una sentencia condenatoria, en consecuencia solicita se anule la sentencia oral recurrida y se ordene el reenvío para nueva sustanciación.

**III.** En **tercer motivo** de impugnación alega **indebida aplicación de las reglas concursales en la fundamentación de la pena**, toda vez que los delitos de abuso sexual concursan materialmente entre sí, y ellos a la vez concursan materialmente con un delito de violación, lo correcto sería imponer una sanción de doce años de prisión por los delitos de abuso sexual (que corresponde al triple de la pena mayor impuesta), monto que debe ser sumado al de violación, para un total de veinticuatro años de prisión y no de treinta y seis como se hizo. El agravio se produce por que la decisión tiene el efecto de privar de libertad al acusado por un período mayor al que correspondería legalmente , por lo que solicita se anule el fallo recurrido y se ordene reenvío para que se realice la correcta aplicación de las reglas concursales.

**IV. Se declara con lugar el recurso de apelación.** La revisión integral del fallo condenatorio permite corroborar que la decisión en contra del imputado [Nombre 001] no contiene una determinación precisa y circunstanciada del hecho que se estimó acreditado, incumpliendo así con un requisito fundamental de toda sentencia, conforme ordenan los inciso c) del artículo 363 en relación al inciso b) del artículo 303, ambos del Código Penal. Con tal proceder se violentó el debido proceso y, concretamente, el derecho a la imputación que, a su vez, posibilita el efectivo ejercicio de la defensa técnica y material, pues esta omisión impidió al acusado confirmar la legalidad y logicidad del fallo. Así, la excesiva amplitud del lapso temporal en que se tuvieron por desarrollados los hechos (2007, 2008, 2009), sumada la escasa descripción de la forma en que los mismos presuntamente se desarrollaron (tocamientos lascivos sobre la ropa), que además es idéntica para las ocho vejámenes sexuales tenidos por demostrados, implica una clara infracción al deber de fundamentación en cuanto a un extremo del fallo. Así, a folio 122 se tiene que el *a quo* tuvo por demostrado lo siguiente: *"[...] 1. La ofendida [Nombre 002] nació el 25 de noviembre de 1998, es hija de la denunciante [Nombre 010] y de [Nombre 011], [...]. El acusado [Nombre 001] es tío político de la menor [Nombre 002] [...]. 2. Sin que se precise las fechas exactas, pero sí durante el transcurso del año 2008 y hasta el mes de setiembre del año 2009, en al menos ocho ocasiones distintas, en oportunidades en que la ofendida [Nombre 002] visitaba la casa de habitación del acusado [Nombre 001], cita en el lugar ya indicado en el hecho probado anterior, aprovechando el encartado que la menor se encontraba en algunos momentos a salas con el (sic), en el dormitotio del acusado y su esposa la señora [Nombre 008], se valió de la confianza que la menor le tenía, y con la intención de entorpecer el sano desarrollo sexual de [Nombre 002], así como de satisfacer sus propios deseos sexuales, en estas al menos ocho oportunidades, el acusado tocó a la ofendida [Nombre 002] por encima de la ropa, específicamente sobre la vagina y sobre sus pechos. 3. En las mismas circunstancias durante el año 2009, el acusado [Nombre 001] aprovechando la presencia de la menor ofendida en su casa de habitación, aprovechando que no lo observaba nadie más y valiéndose de que la menor se encontraba a solas con el (sic) en ese momento específico dentro de la habitación, el cuarto de éste en su casa de habiotación, el encartado justamente valiéndose de la confianza que había de parte de la menor y de sus padres para que ella vistara su casa, con la intención de entorpecer el sano desarrollo sexual de [Nombre 002] y de satisfacer sus propios deseos sexuales, acarició lascivamente a la ofendida por encima de su ropa, en la vagina y en los pechos, y de inmediato abrió el pantalón de la menor ofendida, metió su mano e introdujo los dedos dentro de la cavidad vagina de la menor provocando ruptura de himen, situación que le provocó a la menor dolor físico [...]"*. Es evidente, como se adelantó, que la anterior relación de hechos probados contenida en el fallo condenatorio, carece de una precisión mínima en cuando a la fecha -aun aproximada-, en que se presume se produjeron la vejaciones sexuales contra la persona menor de edad ofendida [Nombre 002], pues se limita a mencionar la ocurrencia de ocho episodios de abuso sexuales entre los años 2007, 2008, 2009. La imprecisión es tal, que ni siquiera se estableció cuál abuso sexual se llevó a cabo en cada año, lo que constituye un grave defecto que impide a todas luces que el acusado puede verificar la veracidad de tal afirmación, y menos ejercer una correcta defensa técnica y material pues, con tan escasa descripción, es materialmente imposible recordar todos los sucesos acontecidos en tan extenso e impreciso lapso y poder así contradecir la existencia de los abusos sexuales que se dice ahí ocurrieron. Lo mismo ocurre con la descripción de los hechos presuntamente constitutivos del delito de violación (acápite 9 de la relación de hechos probados) ya que, pese a que establece que la acción consistió en la introducción de uno de los dedos del imputado en la vagina de la menor, incurre de manera similar una absoluta falta de precisión respecto a la ubicación temporal de este hecho que infringe el derecho a una imputación clara y precisa de los hechos que se estima acreditados. Se aprecia en ese sentido que se recurre a la misma técnica de limitarse a señalar un año ( en este caso el 2009) lo que si bien limita un poco más el parámetro temporal resulta insuficiente en el caso concreto, por cuanto las restantes condiciones de modo y lugar resultan idénticas a las descritas para los ocho abusos sexuales contra persona menor de edad (la ofendida se encuentra en la casa del imputado y ahí éste aprovechándose de la confianza que le tenía la niña afectada, la toca lascivamente), lo que ciertamente es una imputación genérica. La descripción de los hechos probados resulta además insuficiente en lo que a las circunstancias modales se refiere, pues se limita a mencionar de manera vaga y reiterativa, que el acusado tocó por encima de sus ropas a la menor [Nombre 002] en su vagina y pechos) y, si bien es cierto, es aceptable que en supuestos en donde los vejámenes sexuales son reiterados en el tiempo que no se exija una precisión absoluta de cada hecho en particular, pues las víctimas menores de edad, especialmente, no pueden describir y recordar todos los eventos con mayor precisión, debe recordarse que en cuanto al tema se han emitido múltiples precedentes jurisprudenciales los cuales, precisamente, señalan las pautas a seguir en supuestos como el descrito, para garantizar una correcta imputación de los hechos y, correlativamente, garantizar el derecho de defensa del acusado sin recurrir, por otra parte, a exigencias en cuanto a la descripción del hecho que generen impunidad en la persecución de esta clase de ilícitos. En ese sentido el voto de la Sala Tercera numero 2015-00862 de las 9:29 horas del 26 de junio de 2015, estableció en lo que interesa: *"[...] Ante tal circunstancia, resultaría irrazonable exigir que el rango temporal en el que se imputan los hechos sea menor a seis meses, aún y cuando la ofendida sea incapaz de individualizar el número exacto de ocasiones o diferenciar la fecha o el momento del día en que cada una de dichas vejaciones ocurrió.* ***En estos casos, la posición de la Sala ha sido que la ponderación del derecho de defensa sí impone aplicar un paliativo, y ante la descripción de agresiones sexuales reiteradas o periódicas que no pueden individualizarse con mayor detalle dentro del lapso establecido en la acusación, ha optado por limitar a dos el número de delitos que deben tenerse por acreditados. En este orden de ideas, se ha expuesto que: “…al tratarse de hechos que ocurren repetitivamente, en un período prolongado de tiempo, siempre en las mismas condiciones y de la misma forma, ha sido posición reiterada de esta Sala que, aún en los casos en los que la víctima no precise el número de ilícitos sufridos, debe entenderse que se trata de, al menos, dos delitos, pues es claro que no nos encontramos en presencia de un único hecho, sino, de pluralidad de incidentes.******Tampoco puede entenderse más allá de eso, como lo pretende el Ministerio Público, a no ser que la víctima se encuentre en posibilidad de individualizarlos de alguna forma, para lo que será esencial el papel que desempeñen los operadores jurídicos, sea, durante su interrogatorio en audiencia, siempre respetando el límite del cuadro fáctico acusado, sea, desde el inicio de las investigaciones, todo con el fin de evitar******cualquier confusión. Ello es así toda vez que, en casos como el presente, la imprecisión temporal del resto de los eventos no resulta susceptible de ser deducida de ningún modo y, en eso llevan razón las Juzgadoras*** *(…) Es así que el Ministerio Público acusó - en lo que interesa – que: “... en las oportunidades que la menor visitaba la casa de su tía y donde vivía el acusado, ella se metía al cuarto de su tía y del acusado a ver televisión, siendo que este último, aprovechándose de dichas circunstancias, se metía también a dicho aposento y con el pretexto de ver televisión junto a ella, procedió, en forma libidinosa, a tocarla en sus pechos y en su vagina. Esto lo hacía metiendo sus manos por dentro de la ropa de la menor. Igualmente la obligaba a que, con sus manos, le tocara el pene, por encima de la ropa, y posteriormente por dentro del pantalón (...) Que los anteriores abusos sexuales se dieron en reiteradas ocasiones, no precisándose el número exacto, pero sí, al menos, en dos oportunidades, cada vez que la menor visitaba a su tía y al encartado en su casa y que éste aprovechaba que estaba solo o que nadie lo estaba vigilando y por supuesto a que nadie desconfiaba de él...Tal referencia, aunque incierta para emitir sentencia condenatoria por un mayor número de delitos, sí permite establecerla, al menos por dos ilícitos de abuso sexual en perjuicio de persona menor de edad…”****.*** *(Resolución número 1027, de las 9:50 horas, del 9 de septiembre de 2005). Así las cosas, se declara con lugar el reclamo…” (Sala Tercera, resolución número 802, de 10:00 horas, de 10 de agosto de 2007). A la hipótesis fáctica ilustrada en el precedente anterior, la cual corresponde a agresiones sexuales periódicas, que se repiten en el tiempo, a lo largo de meses e incluso años, no resulta lógico ni racional, aplicarle la regla genérica sobre la inconveniencia de una ubicación temporal “por lapsos” que supere los seis meses. No ocurre lo mismo en el caso de un hecho delictivo puntual, pues respecto a éste, las exigencias en cuanto a la ubicación temporal deben ser distintas, el grado de exigencia en cuanto a concreción debe ser mayor que en la hipótesis anterior, pero debe tomar en cuenta también las características de desarrollo cognitivo del menor, y la posibilidad de circunscribir el hecho a través de variables distintas al día y mes, como pueden ser el grado escolar del menor, la proximidad de vacaciones de fin o mediados de año, un suceso de importancia como un cumpleaños o el nacimiento de un hermano, un cambio de casa, si era de día o de noche y en general, cualquier suceso que permita delimitar mejor en tiempo y espacio el suceso, de modo que no se obstaculice o torne nugatorio el derecho de defensa y a la vez, no se realicen exigencias desproporcionadas que impidan el acceso a la justicia para las víctimas de delitos de esta naturaleza, que por sus condiciones particulares se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad.* ***Finalmente, esta Sala ha establecido que, en caso de que durante el período de ocurrencia del hecho sobrevenga una reforma legislativa, y no sea posible establecer con certeza si el hecho ocurrió antes o después de su entrada en vigencia, debe estarse a lo más favorable al reo.******El mismo tratamiento debe darse a la duda respecto a la edad de la ofendida al momento del evento, pues de conformidad con el rango temporal, de las posibilidades existentes, por imperativo legal, deberá estarse a la que resulte más conveniente a los intereses del justiciable, lo que podría tener importancia respecto a la aplicación del ilícito en su forma simple o agravada, o bien a la hora de ponderar el juicio de reproche.*** *Por último, esta Sala ha expuesto que la correcta delimitación de los hechos acusados, pasa por la variable de ubicación temporal, pero no se limita a esta. Por tal razón, a la hora de determinar si el cuadro fáctico cumple con los requerimientos mínimos establecidos para garantizar que no se vulnere el derecho a una debida imputación, debe analizarse la concreción alcanzada tanto en tiempo y espacio como en las condiciones modales. Es la suma de dichos factores, y no sólo lo relativo al primer elemento, lo que permite determinar, caso por caso, si la descripción realizada afecta o no el derecho de defensa [...]"* (El resaltado no es del original). Se aprecia, además, que la relación de los hechos tenidos por demostrados en la sentencia condenatoria adolece de una absoluta imprecisión en cuanto a las circunstancias modales en que se dieron los abusos sexuales, pues se limita a mencionar que en ocho ocasiones diferentes el acusado [Nombre 001] tocó lascivamente los pechos y vagina de la menor [Nombre 002] sobre la ropa de ésta con la intención de afectar su *"sano desarrollo sexual"* y satisfacer sus deseos modales, sin establecer un solo elemento qué especifiqué en que consistió cada abusos sexual, o en otras palabras, cómo podrían diferenciarse entre ellos. Nótese como, conforme al fallo condenatorio, todos ocurrieron en circunstancias idénticas; cuando la menor visitaba la casa del imputado al salir de la misa y se encontraba viendo televisión en el cuarto de la esposa, por lo que, en esas condiciones, no es posible conocer y por tanto cuestionar, si el razonamiento que llevó a los juzgadores a tener por demostrado estos ocho diferentes abusos sexuales, es correcto o no. Finalmente, se advierte la presencia de otro defecto relevante, cual que el fallo condenatorio no consideró la existencia de las reformas al tipo penal de Abuso Sexual contra persona menor de edad que resultaban aplicables (Ley 7899 de 17 de agosto de 1999 y Ley 8590 de 30 de agosto de 2007) a los hechos cometidos en 2007 y 2008, y correlativamente, si ello influía o no en la penalidad. En consecuencia, habiéndose detectado la existencia de defectos absolutos en la sentencia condenatoria que atentan contra el derecho a una correcta imputación y, correlativamente, al derecho de defensa del acusado, se ordena la nulidad del fallo condenatorio por razones diversas a las alegadas y se ordena el reenvió de la causa para nueva sustanciación.

**V.** De conformidad con lo ordenado por el artículo 258 en su párrafo tercero y tomando en consideración que las circunstancias que originalmente motivaron el dictado de la prisión preventiva en contra el imputado se mantienen a la fecha, resulta procedente ordenar la prórroga de esta medida cautelar por el término de **seis meses** contados a partir del **30 de mayo y hasta el 30 de noviembre de 2016**. Durante el referido plazo deberá realizarse el nuevo debate oral y público que ha sido dispuesto en la presente resolución.

**POR TANTO**

Se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por la defensora pública del imputado y se ordena el reenvió de la causa para nueva sustanciación. Se prorroga la prisión preventiva del imputado [Nombre 001] por el plazo de **seis meses** contados a partir del **30 de mayo y hasta el 30 de noviembre de 2016.** Notifíquese

**María Gabriela Rodríguez Morales**

**Jorge Luis Morales García Martín Alfonso Rodríguez Miranda**

**Jueza y Jueces de Apelación de Sentencia**