**Sala Constitucional.**

**Resolución: 2007-1125. Exp: 06-012374-0007-CO.**

**Palabras clave:** Tipos de familia y su protección constitucional.

**Resumen:** En lo que interesa en este voto se aborda los tipos de familia y el progreso socio-cultural que ha influido en la transformación del concepto tradicional de familia, estableciendo que la protección dispuesta en la Constitución Política abarca a la familia en un sentido más amplio.

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las quince horas dos minutos del treinta de enero del dos mil siete.

Recurso de amparo interpuesto por XXXXXXXXX, mayor, portadora de la cédula de identidad número 1-634-478, a favor de XXXXXX, contra el Gerente de la División de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social.

**RESULTANDO:**

**1.-**

Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 10:40 horas del 09 de octubre del 2006, la recurrente interpone recurso de amparo contra el Gerente de la División de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social y manifiesta que la amparada padece de parálisis cerebral profunda, estrabismo, epilepsia parcial criptogénica, encefalopatía, retardo del desarrollo psicomotor y crisis convulsivas. Durante el 2005, la recurrente solicitó ante el Departamento de Pensiones de la Caja Costarricense de la Caja Costarricense de Seguro Social, una pensión debido a la situación de su hija y a lo insuficiente que es su salario para sufragar gastos. No obstante, tal beneficio le fue denegado bajo el argumento que no carecen de recursos económicos para satisfacer las necesidades del hogar. Según descripción de totalidad de ingresos, su familia percibe un total de sesenta y tres mil trescientos sesenta y cuatro colones mensuales (¢ 63,364.00) y el total de los egresos asciende a doscientos treinta mil doscientos ocho colones (¢ 230,208.00), desglosado en gastos de hogar y en medicamentos que mensualmente, hay que comprarle a su hija que, en varias ocasiones, la Caja Costarricense de Seguro Social no ha podido suministrarle porque no las posee. Solicita la recurrente que se declare con lugar el recurso, con las consecuencias de ley.

**2.-**

Por resolución de las 09:03 horas del 1° de noviembre del 2006 se le dio curso a este proceso de amparo y se solicitó informe a la autoridad recurrida (folio 43).

**3.-**

Informa bajo juramento José Alberto Acuña Ulate, en su condición de Gerente de la División de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social (folio 47), que en efecto la amparada fue diagnosticada con estrabismo, epilepsia parcial criptogénica, encefalopatía, microcefalia, retardo de desarrollo psicomotor y crisis convulsivas de conformidad con el informe social. El 25 de mayo del 2005 la recurrente presentó solicitud de pensión por parálisis cerebral profunda a cargo del régimen no contributivo de Pensiones. Indica que pese al padecimiento de la tutelada, el Departamento de Trabajo Social recomendó denegar dicha solicitud, por cuanto según el informe social, la familia cuenta con ingresos para satisfacer las necesidades básicas de la menor por tanto no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 2 de la ley número 7125. En este sentido, aduce que la familia tiene un ingreso bruto de 434.414,25 colones. Contra esa decisión, la recurrente planteó recurso de apelación ante la Comisión de Apelaciones del Régimen No Contributivo, órgano que confirmó la resolución que denegaba el beneficio, por lo que esa Gerencia de Pensiones resolvió declarar sin lugar el recurso. Solicita que se desestime el recurso planteado.

**4.-**

En la substanciación del proceso se ha observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Jinesta Lobo**; y,

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

**OBJETO DEL RECURSO.** La recurrente reclama que pese a que su hija padece de una parálisis cerebral profunda y que carece de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la menor, la Caja Costarricense de Seguro Social se negó a otorgarle la pensión prevista en la Ley de pensión vitalicia para personas que padecen parálisis cerebral profunda, tras considerar que su familia no cumplía los requisitos estipulados para obtener ese beneficio. Estima que esa actuación resulta discriminatoria y violatoria del derecho a la salud y a la seguridad social de la tutelada.

**II .-**

**HECHOS PROBADOS.** De importancia para la decisión de este asunto se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: **1)** El **25 de mayo del 2005** la recurrente solicitó una pensión a favor de su hija (copia visible a folio 52). **2)** La menor amparada de dos años de edad, padece de parálisis cerebral profunda y otros trastornos asociados tales como estrabismo, epilepsia parcial criptogénica, encefalopatía, microcefalia, retardo del desarrollo psicomotor y crisis convulsivas *“(…) situación que la convierte en una niña totalmente dependiente en todas sus actividades diarias (…)”* (informe social visible a folios 27-31 y 65-69). **3)** La menor amparada *“(…) en la actualidad no camina, se mantiene por espacio de un minuto sentada, se deja caer con mucha fuerza, no tiene control sobre sus miembros superiores, no mastica, sin embargo come de todo siempre y cuando sea todo como puré, no tiene control de esfínteres, no habla, se sonríe (…)”* (informe social visible a folios 27-31 y 65-69). **4)** Según el informe realizado por el trabajador social el **10 de junio del 2005**, el grupo familiar de la amparada contaba con los ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, ya que, en ese momento, ascendían a la suma de 434.414,25 colones, por lo que no se justificaba el auxilio del Estado (copia visible a folios 65-69). **5)** Para efectuar el informe se tomaron en consideración ingresos de un tío de la menor, de un medio hermano que obtuvo independencia y tiene obligaciones propias por razón de estudios y de una media hermana que percibe una cuota por concepto de pensión alimentaria (informe social visible a folios 27-31 y 65-69). **6)** Mediante resolución número 106 del **24 de junio del 2005** de la Sucursal de la Unión de la Caja Costarricense de Seguro Social, se denegó la pensión solicitada a favor de la menor, indicándosele que tenía tres días hábiles posteriores a la notificación de esa resolución para presentar la apelación correspondiente (folios 39, 77). **7)** El **30 de junio del 2005** la recurrente apeló la resolución número 106 referida en el hecho inmediato anterior (visible a folio 75). **8)** Por resolución de la Gerencia de División de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social número 43960 de las 10:00 horas del **03 de enero del 2006**, se denegó la apelación planteada por la recurrente y se confirmó la impugnada (visible a folio 79).

**III .-**

**ACLARACION PRELIMINAR.** De forma reiterada este Tribunal ha establecido que, en materia de pensiones y, concretamente, en las vitalicias por parálisis cerebral, no le corresponde cuestionar las valoraciones y los criterios técnicos emitidos por las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social para determinar si una persona reúne o no los requisitos para recibir ese beneficio. En ese mismo orden, se ha sostenido la incompetencia de esta Sala para determinar si los administrados cumplen los requisitos y condiciones exigidas por la normativa infraconstitucional que rige la materia, a fin de reconocerles el derecho a determinada pensión, ya que, puede suponer un aspecto de legalidad ordinaria, propio de dilucidarse en la vía administrativa o en su defecto, en la sede jurisdiccional correspondiente (ver, entre otros, los Votos Nos 2005-03017 de las 08:44 horas del 18 de marzo del 2005, 1581-06 de las 15:29 horas del 14 de febrero del 2006). No obstante, a partir de una mejor ponderación y a la luz del caso concreto, considera este Tribunal que resulta oportuno revisar ese criterio a fin de determinar si la interpretación de la normativa legal y reglamentaria que realizan las propias autoridades administrativas en la materia, resulta conforme con el Derecho de la Constitución o si, por el contrario, se ha venido efectuando una interpretación restrictiva que lesiona preceptos, valores y principios constitucionales y los derechos humanos y fundamentales de las personas que requieren ese tipo de prestación social por parte de los poderes públicos.

**IV .-**

**PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.** Nuestra Constitución Política en su artículo 51 le manda a los poderes públicos brindarle una protección especial a los enfermos desvalidos, obligación que, obviamente, debe traducirse en prestaciones efectivas implementadas y desarrolladas progresivamente. Evidentemente la Ley de Pensión Vitalicia para las Personas que Padecen de Parálisis Cerebral Profunda, No. 7125 de 25 de enero de 1989), y su reglamento (Decreto Ejecutivo No. 18936-S de 12 de abril de 1989, constituyen una muestra acabada del cumplimiento y desarrollo progresivo del imperativo constitucional referido. En el plano del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Voto No. 11550-04 de las 11:46 hrs. de 15 de octubre de 2004, este Tribunal Constitucional, con redacción del Magistrado ponente:

***“VII.-***

***PROTECCION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.*** *En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos existen diversos instrumentos, incluso rubricados por nuestro País, tendentes a proteger a las personas con alguna discapacidad tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1975, resolución 3447 (XXX), la cual establece, entre otros derechos de este grupo en desventaja, los siguientes: “3. El impedido tiene esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana (…) el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible”, “5. El impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible”, “7. El impedido tiene derecho a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decoroso (…) y “9. El impedido tiene derecho a vivir en el seno de su familia (…)”. La Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las personas con discapacidad en el Área Iberoamericana del 30 de octubre de 1992, establece, de forma clara y contundente, que toda política integral y coherente para personas con discapacidad debe aminorar sus consecuencias socioeconómicas y que las personas con discapacidad tienen derecho a su seguridad económica, un nivel de vida digno y a vivir, preferentemente, en el seno de su familia (Punto 1 objetivos). Esta declaración regional, en el aparte relativo a la Protección económica y social, estatuye lo siguiente “Las personas discapacitadas tienen derecho a la seguridad económica, a la atención de sus necesidades sociales y a un nivel de vida digo. La garantía de estos derechos es una responsabilidad irrenunciable del Estado (…) La protección económica y social tiene por objeto garantizar a las personas con discapacidades el disfrute de un nivel digno de calidad de vida y la cobertura de sus necesidades básica y específicas, por medio de ayudas económicas y de servicios sociales”. Las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, aprobadas en la Asamblea General del 20 de diciembre de 1993, estatuyen en el artículo 8, relativo al “Mantenimiento de los ingresos y seguridad social”, párrafo 3, que “Los Estados deben velar asimismo por que las personas que se dediquen a cuidar a una persona con discapacidad tengan un ingreso asegurado o gocen de la protección de la seguridad social”, el numeral 9 referente a la “Vida en familia e integridad personal”, dispone que “1. Las personas con discapacidad deben estar en condiciones de vivir con sus familias (…)”. Por último, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad del 7 de junio de 1999, en su Artículo I, entiende por discriminación a una persona con discapacidad cualquier exclusión que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad; de la misma forma, en su Artículo III preceptúa que para lograr los objetivos, los Estados parte –dentro de los cuales figura Costa Rica- deben suministrar a las personas con discapacidad los servicios globales para asegurarles un nivel óptimo de calidad de vida. Es evidente, que tales garantías y mecanismos de protección establecidos en el concierto internacional se refuerzan cuando se trata de personas que padecen de una discapacidad profunda o aguda.”*

A los instrumentos internacionales señalados en el Voto No. 11550-04 de este Tribunal, es menester agregar la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y su protocolo (aprobada por la Resolución de la Asamblea General 61/106 de 13 de diciembre de 2006), abierta a firmas a partir del 30 de marzo de 2007. En el preámbulo (punto l) de ese instrumento se reconoce la *“importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en todos los países, en particular en los países en desarrollo”* , destaca (punto t) *“(…) la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad”* y estima (punto x) *“(…) que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones”.* Dentro de los principios de la Convención se enuncia en el artículo 3, inciso a), *“El respeto de la dignidad inherente”* a las personas con discapacidad. Finalmente, el artículo 28 referido al *“Nivel de vida adecuado y protección social”*, establece en su párrafo 1° que *“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuada para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”*. Por su parte, el párrafo 2°, incisos a) y c), del numeral supracitado señalan que, entre las medidas para proteger el derecho de las personas discapacitadas a la protección social, se debe asegurar el acceso *“(…) a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza”* y a estas personas y sus familias, que vivan en situaciones de pobreza, *“(…) a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad (…)”*.

**V.-**

**FAMILIA EXTENSA Y FAMILIA NUCLEAR.** La familia es, al propio tiempo, un concepto sociológico, antropológico y jurídico. Desde la primera perspectiva es un conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea de afinidad o de consanguinidad. Modernamente se distinguen dos grande tipos de familia: **a) Familia extensa, compleja o patriarcal:** Este concepto tiene varias acepciones, puesto que, puede ser sinónimo de familia consanguínea - engloba a los abuelos, tíos, primos y demás parientes de primera línea de consanguinidad-, de una red de parentela que excede el grupo o círculo doméstico o puede hacer referencia a una estructura de parentesco que habita en una misma unidad doméstica u hogar, conformada por parientes de diversas generaciones (abuelos, tíos, primos e, incluso, medio hermanos, hijos adoptivos, etc.). Manifestaciones de este modelo familiar lo constituyen la familia comunitaria –unidades económicas autosuficientes de producción y consumo o de subsistencia a través de la agricultura, caza y pesca- y la troncal –conformada a partir de un hermano heredero- que imperaron en Europa antes del Siglo XVIII y, más concretamente, antes de la Revolución Industrial. **b) Familia nuclear, conyugal o simple:** Comprende a los progenitores –padres- y su descendencia –uno o más hijos- que no ha logrado independencia económica y se encuentran solteros, toda vez, que una vez que obtienen el primer elemento, ordinariamente, asumen autonomía y en caso de contraer matrimonio o de convivir libremente abandonan el hogar constituyendo el suyo propio. Obviamente, comprende los grupos familiares asentados en el matrimonio (familia de Derecho) como en la simple convivencia (familia de hecho). En las sociedades occidentales y post-industriales, en principio, el modelo imperante es el de la familia nuclear e, incluso, comprende las familias monoparentales o posnucleares –las que se han incrementado no solo por el deceso de uno de los padres, sino con el aumento de la tasa de los divorcios y de madres solteras- y las familias sin hijos a partir de una libre elección de la pareja. El surgimiento de la familia nuclear provocó un decaimiento de la solidaridad y el socorro mutuo –individualización de las relaciones familiares- esperable en el marco de las familias tradicionales, vacío que, de algún modo, debe ser solventado por los poderes públicos a través de sus políticas, dada su vocación servicial y de satisfacción del interés público o general. La familia nuclear surge en el escenario histórico después de la Revolución Industrial y se fortaleció en cuanto supuso una mayor flexibilidad respecto de la tradicional habida cuenta de su facilidad de constitución al margen de estructuras hereditarias, viabilidad en el medio urbano y asimilación del espíritu de empresa –cada familia debía formar su propia hacienda o patrimonio-. La tipología señalada, confirma que la familia es un concepto o una categoría mutable y dinámica que varía en el tiempo y en el espacio. Desde la perspectiva del Derecho de la Constitución, resulta claro que cuando el constituyente originario dispone una protección especial a favor de la familia, como elemento natural y fundamento de la Sociedad (artículo 51 de la Constitución), se refiere, sin duda alguna, a la nuclear contemporánea por ser el modelo de organización familiar imperante y más generalizado en la realidad social. Ninguna construcción jurídica puede soslayar esa realidad sociológica y antropológica so pena de quedar rezagada o desfasada.

**VI.-**

**INTERPRETACIÓN FINALISTA Y EVOLUTIVA DE LAS NORMAS JURÍDICAS.** Sobre este particular, este Tribunal en el Voto No. 3481-03 de las 14:03 hrs. de 2 de mayo de 2003, estimó, con redacción del Magistrado ponente, lo siguiente:

***“III.-***

***INTERPRETACIÓN FINALISTA Y EVOLUTIVA DE LAS NORMAS JURÍDICAS.*** *La interpretación de las normas jurídicas por los operadores jurídicos con el propósito de aplicarlas no puede hacerse, única y exclusivamente, con fundamento en su tenor literal, puesto que, para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo. Sobre este particular, el Título Preliminar del Código Civil en su numeral 10 establece que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”. Las proposiciones normativas se componen de términos lingüísticos los que tienen un área de significado o campo de referencia así como, también, una zona de incertidumbre o indeterminación, que puede provocar serios equívocos en su interpretación y eventual aplicación. En virtud de lo anterior, al interpretar una norma es preciso indagar su objetivo (ratio) o fin propuesto y supuesto, respecto del cual la norma tiene naturaleza instrumental –método teleológico-. El interprete debe, asimismo, confrontarla, relacionarla y concordarla con el resto de las normas jurídicas que conforman en particular una institución jurídica –método institucional- y, en general, el ordenamiento jurídico –método sistemático-, puesto que, las normas no son compartimentos estancos y aislados sino que se encuentran conexas y coordinadas con otras, de forma explícita o implícita. Finalmente, es preciso tomar en consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación –método histórico-evolutivo-. Cuando de interpretar una norma jurídica se trata el interprete no puede utilizar uno solo de los instrumentos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo.”*

**VII .-**

**INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1° DE LA LEY DE PENSIÓN VITALICIA PARA LAS PERSONAS QUE PADECEN DE PARALISIS CEREBRAL PROFUNDA, No. 7125 DE 24 DE ENERO DE 1989, 1° Y 2° DEL REGLAMENTO A ESA LEY, DECRETO EJECUTIVO No. 18936-S DE 12 DE ABRIL DE 1989.** El numeral 1° de la Ley de Pensión Vitalicia para las Personas que padecen de parálisis cerebral profunda, dispone lo siguiente: *“Las personas que padezcan parálisis cerebral profunda, que se encuentren en estado de abandono,* ***o cuyas familias carezcan de recursos económicos****, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente al menor salario mínimo legal fijado por el Poder Ejecutivo (…)”*. Por su parte el Reglamento a esa ley, en su numeral 1°, preceptúa que *“El presente reglamento regula la aplicación de la Ley de Pensión Vitalicia para Personas que Padecen de Parálisis Cerebral profunda (…) cuyo objetivo es proteger a las personas que padecen de parálisis cerebral profunda, que se encuentren en estado de abandono* ***o cuyos familiares carezcan de recursos económicos y que por su difícil situación económica requieran del auxilio del Estado para cubrir la necesidades básicas del inválido*** *(…)”* . Por último, el artículo 2° del referido Reglamento estipula que *“Tendrán derecho a disfrutar de la pensión vitalicia a que se refiere la ley citada en el artículo anterior, las personas de cualquier edad que padezcan parálisis cerebral profunda; que se encuentren en estado de abandono,* ***o cuyos familiares carezcan de recursos económicos****”*. Es evidente que tanto en la ley como en el reglamento se hace referencia a “familias” o “familiares” que carezcan de recursos económicos, de modo que el punto esencial en la interpretación y aplicación de estos preceptos lo constituye el modelo de organización familiar que el constituyente originario y el artículo 51 de la Constitución presuponen. Por lo que se apuntó en el considerando V, resulta claro que los operadores jurídicos de tales normas deben entender, al momento de aplicarlas, que se refieren a la familia nuclear o conyugal y no a la familia tradicional, extensa o patriarcal, puesto que, este tipo de convivencia familiar ha sido histórica y sociológicamente superada al coincidir con una forma de organización de carácter preindustrial. Consecuentemente, cuando ante las autoridades competentes de aplicar la Ley No. 7125 de 24 de enero de 1989 y su Reglamento, sea planteada una solicitud, deben limitarse al análisis de los ingresos de la familia nuclear o conyugal, absteniéndose de ponderar los que puedan obtener los hermanos del eventual beneficiario que hayan obtenido una autonomía económica y que se hayan casado o conviven en unión libre, puesto que, en tales situaciones ya no forman parte de la familia nuclear. De otra parte, resulta absolutamente improcedente para determinar los ingresos totales de la familia nuclear cuantificar aquellos que obtienen miembros de una familia extensa o tradicional, tales como los abuelos paternos, maternos, tíos, primos, sobrinos y otros parientes en primera línea de consanguinidad. Debe tomarse en consideración, tal y como ya fue apuntado, que la familia nuclear ha supuesto una individualización de las relaciones familiares, situación que ha provocado una merma o extinción de la solidaridad o socorro mutuo por parte de familiares o parientes que integran la familia extensa, toda vez, que en la mayoría de los casos, tales personas deben atender las necesidades propias de los que componen su propia familia nuclear. Ante tales circunstancias sociales, le corresponde a los poderes públicos, por aplicación directa del principio de solidaridad contenido en el artículo 74 constitucional, cumplir una función asistencial respecto de las familias nucleares que cuenten entre uno de sus miembros uno con parálisis cerebral profunda. Consecuentemente, la interpretación que hasta este momento ha venido efectuando la Caja Costarricense de Seguro Social, acerca del concepto de “familias” o de “familiares” para la aplicación de la Ley No. 7125 de 25 de enero de 1989 y su Reglamento, resulta sustancialmente disconforme con el Derecho de la Constitución y, más concretamente, contraria al concepto de familia nuclear y a los fines de tutela especial de la familia y del enfermo desvalido propuestos y recogidos en el numeral 51 de la Constitución, al principio de solidaridad social –que obliga, especialmente, a los poderes públicos que brindan servicios públicos asistenciales- establecido en el artículo 74 de la norma fundamental y los derechos humanos y fundamentales de las personas que sufren una parálisis cerebral profunda, singularmente, de respeto a su dignidad intrínseca, de proveerles niveles adecuados, óptimos y decorosos de vida y de calidad de ésta y de mejoramiento continuo de sus condiciones de vida (artículos 21, 33 de la Constitución, preceptos de las Declaraciones y Convenciones del Derecho internacional de los Derechos Humanos citadas aplicables ex artículo 48 de la Constitución). Consecuentemente, las autoridades recurridas deberán readecuar la interpretación y aplicación de los instrumentos normativos referidos a los parámetros establecidos en esta sentencia, para evitar cualquier vulneración de los preceptos, valores, principios y fines de orden constitucional y de los derechos humanos y fundamentales de los eventuales beneficiarios de una pensión por parálisis cerebral profunda.

**VIII .-**

**CASO CONCRETO.** En el sub-judice, la recurrente acude en amparo, ante la denegatoria de una pensión vitalicia por parálisis cerebral profunda a favor de su hija. En los autos se encuentra debidamente demostrado que la menor sufre de parálisis cerebral profunda y otros padecimientos asociados (estrabismo, epilepsia parcial criptogénica, encefalopatía, microcefalia, retardo del desarrollo psicomotor y crisis convulsivas), además no camina, se mantiene por espacio de un minuto sentada, se deja caer con mucha fuerza, no tiene control de sus miembros superiores, no mastica, no tiene control de esfínteres y no habla, situación que la convierte *“(…) en una niña totalmente dependiente en todas sus actividades diarias”* (documentos visibles a folios 17, 20 e informe social de folios 27-31). De otra parte, según se desprende del informe social que recomendó no otorgar el beneficio a la menor amparada, se toma en consideración los ingresos de un tío materno de la menor (45.946,45 colones), de un hermano por parte de madre que contaba, para ese momento, con 22 años de edad, que ha logrado independencia económica y con obligaciones propias por razones de estudio –lo cual se desprende, incluso, de la copia del recibo de cobro expedido por CONAPE con fecha 15 de junio del 2005 en el que consta que tiene una deuda por 995,725.30 colones, la cual fue aportada por la autoridad recurrida con la copia certificada del expediente y visible a folio 74- y de otra hermana, por parte de madre, que recibe una cuota por concepto de pensión alimentaria. Evidentemente, resulta absolutamente improcedente tomar en consideración los ingresos percibidos por personas ajenas a la familia nuclear como resulta el Tío y los dos medios hermanos de la menor, incluso, siendo uno de los rubros –el de la hermana- por concepto de pensión alimenticia y, por consiguiente, para la satisfacción exclusiva de sus débitos alimentarios. Asimismo, el estudio parte del análisis de ingresos brutos –que además de comprender a personas que no conforman la familia nuclear- lo cual resulta irrazonable y desproporcionado, nótese, incluso, que la madre de la menor recibe mensualmente un salario líquido exiguo que no supera los tres mil colones.

**IX .-**

**COROLARIO.** En mérito de las consideraciones expuestas, se impone declarar con lugar el recurso en los términos que se indican en la parte dispositiva de esta sentencia.

**POR TANTO:**

Se declara con lugar el recurso. Se le ordena a José Alberto Acuña Ulate, en su condición de Gerente de la División de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social o a quien ejerza su cargo, otorgar a favor de la menor de edad XXXXXXXXX, la pensión por parálisis cerebral profunda, si otra causa ajena no lo impide. Lo anterior, bajo apercibimiento que, de conformidad con lo establecido en el articulo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo, y no la cumpliere o hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena a la Caja Costarricense de Seguro Social al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a la presente declaratoria, los cuales se liquidarán en el proceso de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese a José Alberto Acuña Ulate, en su condición de Gerente de la División de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social o a quien ejerza su cargo, en forma personal.

**Luis Fernando Solano C.**

**Presidente**

**Luis Paulino Mora M. Ana Virginia Calzada M.**

**Adrián Vargas B. Gilbert Armijo S.**

**Ernesto Jinesta L. Fernando Cruz C.**

…………………………………………………………………………………………………………………………………………….

 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.**

**Resolución: 2015-1172. Exp:** 12-000100-0567-PE

**Palabras clave:** finalidad de medidas de protección –término perturbar -toma de fotografía no implica, per se, un delito de incumplimiento de medidas de protección.

**Resumen:** Se realiza un análisis de la finalidad de las medidas de protección y se establece que el contenido del término “perturbar” no puede ser determinado por medio de una lista taxativa sino que debe realizar el análisis casuístico para establecer si hay o no perturbación a la presunta víctima. En este orden de ideas, no se puede tener de manera automática que la toma de una fotografía va a constituir una perturbación que determine el incumplimiento de la medida o en su defecto la desobediencia.

**SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las nueve horas cincuenta minutos del cuatro de setiembre de dos mil quince.

Recurso de Casación, interpuesto en la presente causa seguida contra **E.B.R,** cédula número XXXX, por el delito de **Incumplimiento de Medida de Protección** en perjuicio de [Nombre 001]**.** Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Jesús Alberto Ramírez Quirós, Doris Arias Madrigal, Jorge Enrique Desanti Henderson, Sandra Eugenia Zúñiga Morales y Rafael Ángel Sanabria Rojas, éstos últimos como Magistrados Suplentes. También interviene en esta instancia, el licenciado Julián Martínez Madriz en su condición de Fiscal de la Unidad de Impugnaciones.-

**Resultando:**

**1.-**

Mediante sentencia N° 2015-008,dictada a las catorce horas treinta minutos del nueve de enero de dos mil quince, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, resolvió: **“POR TANTO:** Se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto. Por las razones expuestas se absuelve a E.B.R de toda pena y responsabilidad por el delito de incumplimiento de una medida de protección que se le había atribuido en perjuicio de La Administración de Justicia y [Nombre 001]. Con base en lo resuelto, se omite pronunciamiento del recurso de apelación interpuesto por E.B.R. NOTIFIQUESE. Jaime Robleto Gutiérrez, Rónald Cortés Coto y Jorge A. Rojas Fonseca.**”** (sic).

**2.-**

Contra el anterior pronunciamiento, el licenciado Julián Martínez Madriz en su condición de Fiscal de la Unidad de Impugnaciones interpuso recurso de casación.

**3.-**

Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

**4.-**

En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes; y,

**Considerando:**

**I.** El Licenciado Julián Martinez Madriz, representante de la Unidad de Impugnaciones del Ministerio Público, interpone recurso de casación (folio 145), en contra de la resolución número 2015-008, de las catorce horas, treinta minutos del nueve de enero de dos mil quince, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago (folio 139), en la que se declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, donde se le absolvió de toda pena y responsabilidad por el delito de incumplimiento de una medida de protección, con base en motivos diferentes a los invocados en el recurso de apelación. Esta Sala mediante resolución número 2015-00484, de las nueve horas y tres minutos, del ocho de abril de dos mil quince (folio 164), admitió el primer motivo de casación para su estudio.

**II. Motivo Admitido. Errónea aplicación e inobservancia de un precepto legal sustantivo; artículo 43 de la Ley 8589, Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres.** El representante del Ministerio Público, en su alegato considera que partiendo de los hechos probados que constan en la sentencia del Tribunal de Juicio, y conforme lo señala el numeral 43 de la Ley 8589, éstos fueron constitutivos de un delito de incumplimiento de una medida de protección, como inicialmente había sido calificado por dicho Tribunal, y no como un hecho atípico, como se indicó en el voto impugnado. Cita los hechos probados contenidos en la sentencia de primera instancia, señalando que conforme el cuadro fáctico allí planteado, el Tribunal de Apelaciones inobservó e interpretó de forma errada la norma citada. El recurrente trae a colación un extracto del voto incoado y aduce que de lo anterior se infiere que el Tribunal de alzada a fin de excluir la tipicidad de la conducta, realizó no sólo un análisis por encima de sus potestades al revalorar la prueba, sino que además, ponderó desde un punto de vista, supuestamente objetivo, el concepto de “ *perturbar* ”, dejando de lado el análisis respecto a la intencionalidad del sujeto activo, a fin de verificar si en efecto el tomar la fotografía pudo o no constituir una acción perturbadora y contraria a la orden de protección extendida por la autoridad competente. Expresa que incluso dicho cuerpo colegiado cayó en el error de analizar el efecto subjetivo del ofendido al momento en que se le tomó la fotografía, con lo cual considera, existió una clara inobservancia del tipo penal acusado que ocasionó un perjuicio a la acción penal del Ministerio Público. Lo anterior, dado que estima que si un acto constituye un incumplimiento porque perturbe o no, será en referencia a la intencionalidad del sujeto activo, y nunca dependerá de la percepción subjetiva del ofendido o del análisis conceptual de la acción, más aún cuando dicho cuerpo colegiado no tuvo la oportunidad de preguntar al agraviado si se sintió perturbado o no por la acción realizada. Reclama que de ser así como resuelve el Tribunal de Apelación, tendría que validarse la atipicidad de los incumplimientos cuando la ofendida autorice el ingreso de su pareja a la casa pese a existir medidas de protección que ordenaron lo contrario, pues conforme lo resuelve el *a quem* ante la anuencia de la ofendida no puede haber perturbación. Enfatiza que para el caso en concreto existió total omisión del Tribunal respecto al análisis de la intencionalidad del sujeto activo, y ello es lo que da origen a la errónea aplicación de la ley sustantiva, que considera debe conducir a la nulidad de la sentencia del Tribunal de alzada. Trae a colación el voto de esta Cámara número 54-2014, observando que conforme allí se señala, resulta claro que la tipicidad de la conducta nunca dependerá del sentir propio del ofendido o la afectación que haya provocado en él, sino de si en efecto el agente activo buscó incumplir las medidas y con ello, perturbar al sujeto pasivo pese a las medidas impuestas, situaciones que considera no se analizaron en el caso en concreto. Por otra parte, alega que el Tribunal de Apelación es contradictorio en dos situaciones, la primera en relación con su fundamento, al indicar que *“* *… la conducta desplegada por E.B.R, aunque pueda considerarse socialmente inconveniente, no se encuentra dentro de los supuestos de tipicidad objetiva de la delincuencia por la que fue condenada…* ”, señala que por un lado reconoce la improcedencia o inconveniencia de la conducta de la imputada, pero por otra parte, no considera que lo acontecido sea un acto de perturbación, con lo cual estima existe un análisis erróneo de tipicidad, que desde su óptica debe llevar a la nulidad de la sentencia impugnada. La segunda incompatibilidad se refiere a que el Tribunal indica que en la orden judicial tampoco se contempló la obligación de guardar una distancia mínima respecto a quien la solicitó, con lo cual estima estaría diciendo que de haber existido dicha orden de no acercarse a una distancia determinada, entonces sí podría existir delito aunque el ofendido no mostrara expresión de estar perturbado por ello. Concluye que la falta de análisis respecto a la intencionalidad del sujeto activo, hizo que el Tribunal de alzada obviara que la encartada al tomar la fotografía lo hizo con el ánimo de incumplir la orden y con ello perturbar al ofendido, pues luego de ello le entregó la fotografía a otra persona con el fin de mal informar al denunciante, con lo cual concretó la intención de causar un daño y molestia al ofendido, lo que estima no fue ponderado por el Tribunal de Apelación. Reclama que existe un agravio a las pretensiones punitivas del Ministerio Público, quien convencido de la acción delictiva de la imputada, sostuvo y sostiene que el delito debe ser de incumplimiento de una medida de protección, con lo cual aprecia que el recurso debe ser declarado con lugar. Solicita que la sentencia impugnada sea casada, y se mantenga incólume la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio de Cartago, o en su defecto, se ordene el reenvío.

**III. Sobre el caso en concreto.** El recurrente señala una errónea aplicación e inobservancia de un precepto legal, como lo es el artículo 43 de la Ley 8589, “ *Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres ”*, donde considera que de los hechos probados se está ante un delito de incumplimiento de una medida de protección, y no ante un hecho atípico como lo señaló el Tribunal de Apelación en el voto impugnado. De acuerdo con dicha Ley, el fin de las medidas de protección en esa materia, consiste en garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas, en resguardo de la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, la cual tiene derecho a una tutela especial por parte del Estado. Conforme lo ha señalado esta Cámara, dicha norma tiene un ámbito de protección amplio, donde se abarca todo el recinto familiar (mujeres, hombres, padres, hijos e hijas, personas mayores de edad, adultos mayores, entre otras), es decir, cualquier integrante de la familia, (al respecto puede consultarse el voto 2013-01054 del nueve de agosto de dos mil trece). Por otra parte el artículo 7 de la citada Ley indica que *“Para proteger a las víctimas podrá solicitarse, desde el inicio de la investigación judicial, las medidas de protección contempladas en la Ley N° 7586, Ley contra la Violencia Doméstica, de 10 de abril de 1996, así como las medidas cautelares necesarias previstas en la Ley Nº 7594, Código Procesal Penal, de 10 de abril de 1996”.* El delito de “ *Incumplimiento de una medida de protección* ”, se encuentra regulado en el artículo 43 ibidem*,* el cual indica 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 ”.* Para el caso en concreto, el Juzgado Contravencional de Tarrazú dentro del proceso con expediente número 12-110042- 0243 - VD, le ordenó a la imputada: “ *1.) Inciso J) Se le prohíbe a E.B.R agredir de cualquier forma (psicológica), insulte, amenace, y perturbe [Nombre 001], y a cualquier integrante de su grupo familiar. Inciso K Se le prohíbe a E.B.R, la entrada al domicilio, permanente o temporal y al lugar de trabajo o estudio de [Nombre 001]”* (folio 116) . La defensa de la imputada presenta recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación de Cartago quien acoge el recurso pero por razones diversas a las invocadas, absolviéndola de toda pena y responsabilidad. Dicho cuerpo colegiado arriba a dicha conclusión en razón de que conforme lo señala el hecho probado número 4, se tuvo por demostrado que: “*La acusada E.B.R se encontraba sobre la vía pública en el mismo mes de abril de dos mil doce y después que le notificaron las medidas de protección, al ser aproximadamente las catorce horas y treinta minutos en [...]) al percatarse de la presencia del agraviado [Nombre 001] el cual era acompañado por M.A.O la encartada E.B.R quien con la intención de hacer caso omiso de la referida orden judicial y perturbando con ello al ofendido [Nombre 001], procede a desatender la misma sacando un objeto que sacaba fotografías, con la cual procede a tomarle una foto ambos quienes caminaban por dicho lugar*.” Indica el Tribunal de Apelación que de la lectura anterior se colige que la acción imputada consistió en que la encartada le tomó una fotografía al ofendido mientras éste caminaba en la vía pública acompañado de otra persona. Justifican su decisión absolutoria basados en cuatro razones: a) señalan que de acuerdo con “*el cuadro fáctico acreditado no se describe que la sindicada le haya proferido a la víctima ninguna ofensa, insulto, frase hiriente, palabra perturbadora o de doble sentido*”; b) manifiestan que la orden judicial tampoco contemplaba la obligación de guardar una distancia mínima; c) indican que *“no constituye una conducta ilícita tomar una fotografía per se de una persona en un lugar público"*. Al respecto, estiman que perturbar significa trastornar el sosiego de algo o alguien, lo que consideran no ocurrió en este caso, aduciendo que de la propia fotografía “ *se observa que el rostro del supuesto agraviado carece de afectación en su expresión, además que el hecho de tomar la fotografía de manera casi imperceptible no es capaz de producir la perturbación que erróneamente le atribuyó la Juzgadora, pensar de esa manera es extrapolar los alcances del verbo contenidos en la prohibición* ” y; d) aducen que si bien es cierto dicha conducta puede considerarse socialmente inconveniente, no se encuentra dentro de los supuestos de la tipicidad objetiva de la delincuencia por la que fue condenada, por cuanto, tomar una fotografía no es objetivamente un acto de perturbación. **Se declara con lugar.** En concreto el reclamo del recurrente consiste en señalar que el Tribunal de Apelación en la sentencia incoada no analizó la intencionalidad de la imputada al tomar la fotografía, la cual fue utilizada posteriormente para perturbar al ofendido. Del estudio realizado por esta Cámara se parte en un primer término en señalar que tal y como se ha indicado anteriormente, la medida de protección ha sido establecida por el Estado como un mecanismo para cuidar y proteger a la víctima y a su entorno familiar, ante una situación que podría poner en riesgo su integridad, evitando con ello agresiones o la continuación de éstas. Dichas medidas son dictadas mediante sentencia por una autoridad judicial, razón por la cual el desacato de la orden impuesta pone en riesgo dos bienes jurídicos: a la víctima o su entorno familiar, quienes en ese momento ostentan de una protección especial del Estado, y, a la autoridad judicial quien se ve agraviada por el incumplimiento de un mandato por él dictada. En la sentencia incoada el Tribunal de Apelación estima que el hecho que la imputada le tomara una fotografía al ofendido no constituye una acción perturbadora, por lo tanto, no incumplió con la medida de protección impuesta, señalando que se debe entender que un acto debe ser considerado como tal cuando este provenga de una ofensa, insulto, palabra hiriente, perturbadora o de doble sentido, es decir de una acción verbalizada. Esta Sala considera que si bien es cierto, las anteriores son algunas formas que pueden ser utilizadas para trastornar a una persona, también debe tenerse en cuenta que existen otras circunstancias de hecho las cuales pueden generar una perturbación, por lo tanto, no puede pretenderse que exista una lista taxativa que identifique este tipo de conductas, sino que ello obedece al análisis que debe realizarse para cada caso, en relación con la intencionalidad de la acción. Lo anterior ya ha sido desarrollado por esta Cámara mediante el voto número 2014 - 00054 del cuatro de febrero de dos mil catorce, donde se indicó que *“ (…)* *existen muchas circunstancias de hecho que pueden implicar para la parte damnificada una “perturbación”. Sin embargo, la calificación en cuanto a si una situación es perturbatoria o no, no deviene de una apreciación subjetiva de la parte ofendida, sino que debe valorarse desde la perspectiva de la intencionalidad del sujeto activo* ”. Otra de las razones apuntadas por el Tribunal de Apelación consistió en manifestar que la expresión del rostro del ofendido en la fotografía carece de afectación, por lo tanto estiman no existió perturbación, justificación que para esta Cámara no resulta procedente por ser una apreciación subjetiva, la cual carece de fundamento. Téngase en cuenta que en el presente caso, tal y como se señaló anteriormente, para dilucidar si la acción devino perturbadora o no, lo que interesa precisar es el motivo, intención o el fin de la acción realizada, y no aspectos de carácter subjetivos. Si del análisis realizado se desprende que existió una desobediencia o incumplimiento al mandato emitido por la autoridad judicial, ese quebrantamiento debe ser objeto de sanción. Así las cosas, esta Cámara considera que en efecto, el Tribunal de Apelación realizó una errónea aplicación al artículo 43 de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, al valorar de forma improcedente la conducta tenida ya demostrada por las razones anteriormente expuestas. Ahora bien, nótese que dicho Tribunal acogió el reclamo por razones diversas a las invocadas en el recurso de apelación, por lo tanto lo que compete es reenviar el presente asunto al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, para que con una nueva conformación procedan a resolver lo planteado por el recurrente en dicha instancia. Por las razones expuestas se declara con lugar el primer motivo admitido del recurso de casación interpuesto por el Lic. Julián Martinez Madriz, Fiscal de la Unidad de Impugnaciones del Ministerio Público de Cartago.

**Por Tanto:**

Se declara con lugar el primer motivo admitido del recurso de casación interpuesto por el Lic. Julián Martinez Madriz, Fiscal de la Unidad de Impugnaciones del Ministerio Público de Cartago. Al haberse acogido en la sentencia incoada el reclamo por otras razones diferentes a las invocadas en el recurso de apelación, le corresponde a esta Sala reenviar el presente asunto al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, para que mediante la conformación de otro Tribunal procedan a resolver lo planteado en apelación. **Notifíquese** .

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | Jesús Ramírez Q.  |  |
|  |  |  |
| Doris Arias M.  |  | Sandra Eugenia Zúñiga M. Mag. Suplente  |
| Jorge Enrique Desanti H. Mag.Suplente  |  | Rafael Ángel Sanabria R. Mag.Suplente |

………………………………………………………………………………………………………………………………………........

 **Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José.**

**Resolución: 2016-0162.**

**Expediente: 14-001319-0485-PE**

**Palabras clave:** Imputabilidad disminuida por consumo crónico de drogas - principio de libertad probatoria.

**Resumen:** con base en diversa prueba, pericial y testimonial se determina que durante el juicio no se presentaron elementos que permitieran suponer que en el momento de los hechos, la persona imputada tenía sus capacidades en pleno para comprender el carácter lícito e ilícito de sus actos, precisamente por sus condiciones particulares provocadas por el consumo de drogas desde edades tempranas, conllevó a la afectación de estas capacidades lo que terminó incidiendo en la culpabilidad.

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL.** **Segundo Circuito Judicial de San José.** Goicoechea, a las diez horas con cincuenta minutos del veintinueve de enero de dos mil dieciséis.

**RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA** interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 003], [...]; por el delito de **INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN**, en perjuicio de [Nombre 001]. Intervienen en la decisión los jueces Jorge Luis Arce Víquez, Sandra Eugenia Zúñiga Morales y Ana Isabel Solís Zamora. Se apersonaron en esta sede la licenciada Dielka Ramírez Carvajal, defensora pública de la imputada; y la licenciada Marielos Jiménez Cerdas, fiscal del Ministerio Público.

**RESULTANDO:**

**I.-**

Que mediante sentencia número 414-G-2015 de las once horas con treinta minutos del día once de mayo de dos mil quince, el Tribunal Penal de la Zona Atlántica, Guápiles, resolvió: *«* ***POR TANTO:*** *Razones dichas, reglas de la sana critica racional, y artículos 39 y 41 de la Constitución Politica, 8 de la Convenciòn Americana de Derechos Humanos, 1, 30, 31, 97, 98, del Código Penal, 43 de la Ley de Penalización de violencia contra las mujeres, 265 a 269, 360 a 366 del Código Procesal Penal, al resolver el presente asunto, se declara a [Nombre 003] autora de cinco injustos penales de INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS en perjuicio de [Nombre 001], en consecuencia se le absuelve de absuelve de toda pena y responsabilidad penal. En cuando a los otros cinco delitos de incumplimiento de medidas, atribuidos a [Nombre 003], en daño de la misma ofendida [Nombre 001], se le absuelve de pena y responsabilidad penal. Se ordena la inmediata libertad de la imputada, si otra causa no lo impide. Se resuelve sin especial condenatoria en costas. POR LECTURA NOTIFIQUESE. WILFREDO RODRIGUEZ ARAYA. JUEZ.» (sic, folios 189 vuelto a 190).*

**II.-**

Que contra el anterior pronunciamiento interpuso recurso de apelación de sentencia la licenciada Marielos Jiménez Cerdas, fiscal del Ministerio Público.

**III.-**

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

**IV.-**

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

Redacta el Juez de Apelación de Sentencia Penal ***Arce Víquez***; y

**CONSIDERANDO:**

**Único .– Recurso del Ministerio Público** **.** La fiscal Marielos Jiménez Cerdas ha interpuesto recurso de apelación en contra de la sentencia absolutoria dictada en esta causa y acusa la inobservancia de los artículos 39 de la Constitución Política y 142, 363 inciso b), 369 inciso d), 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464 y 465 del Código Procesal Penal; por errónea valoración de la prueba. Alega que el Tribunal de Juicio, a pesar de que tuvo por acreditados cinco hechos constitutivos de cinco delitos de Incumplimiento de una medida de protección, a la hora de analizar la culpabilidad de las conductas (que sí consideró típicas y antijurídicas), valoró erróneamente la prueba pericial y estableció como hecho probado que la imputada [Nombre 003], al momento de realizar esas cinco conductas, se encontraba con sus capacidades volitivas y cognitivas disminuidas, lo que no es cierto y difiere de lo declarado por el perito forense, Dr. Juan Rafael Valverde Zúñiga, quien no dijo que se pudiera tener *certeza* de que la imputada tuviera sus capacidades volitivas y cognitivas disminuidas, declaración que *"...es conteste* –afirma la recurrente– *con el dictamen pericial LPS160 DF-2014 el cual establece que la imputada mantenía y mantiene las capacidades volitivas y cognitivas conservadas y entendía lo lícito de lo icílito"* (sic, folio 194). Tener por acreditado que la imputada tenía sus capacidades disminuidas es una mera presunción que el Tribunal de Juicio hace amparado en la situación psicosocial de la imputada, pero técnicamente no se acreditó esa imputabilidad disminuida. La adicción crónica a las drogas, por sí sola, no viene a determinar que la persona no está con sus capacidades. Durante el juicio la imputada se mantuvo conciente y no demostró problemas de entendimiento. Solicita que se anule la sentencia y ordene el reenvío para su nueva sustanciación. **Posición de la Defensa .** La licenciada Dielka Ramírez Carvajal, defensora pública de la imputada [Nombre 003], contestó por escrito al emplazamiento, solicitando expresamente que el recurso de apelación del Ministerio Público sea declarado sin lugar, en todos sus extremos. Alega que la sentencia sí reúne los requisitos necesarios para su validez, que el Tribunal de Juicio apoyó sus conclusiones en una fundamentación analítica e intelectiva clara y ordenada, que el análisis y valoración de los elementos de prueba se apega a las reglas de la sana crítica, particularmente de la declaración del Dr. Valverde, que se analizó en su totalidad y en relación al resto de la prueba, conforme a las reglas de la fundamentación. **El reclamo del Ministerio Público no es atendible.** En la sentencia hay un acápite dedicado al análisis de la culpabilidad de la conducta (cfr. folios 186 vuelto a 189 vuelto) y ahí se explica por qué cabe suponer que, para el momento en que la acusada [Nombre 003] realizó las conductas tenidas por acreditadas, ella se encontraba en un estado de imputabilidad disminuida, ocasionado por el consumo crónico de drogas (*crack*), pues la madre y el hermano de la imputada –informa el Tribunal– manifestaron repetidamente que la conducta antisocial de aquella se daba con el consumo de droga, adicción que tiene desde los doce años de edad y no hay elementos de juicio que permitan suponer que –al momento de los hechos– ella poseyera plenamente la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. A esa dependencia a la droga se asocia que la acusada padece depresión crónica que, según lo manifestó el perito Dr. Juan Rafael Valverde Zúñiga, puede generar pérdida de sus capacidades cognitivas y volitivas, de manera que ambos padecimientos en conjunto suponen una mayor afectación de las capacidades cognitivas y volitivas de la imputada. Finalmente, las conclusiones del Tribunal de Juicio no se contradicen con lo que resulta del Dictamen Pericial Psiquiátrico Forense DMLPF N° 2014-0160 (el cual más bien dice que no se examinaron sus capacidades cognoscitivas, dado el estado de la acusada, a la que se recomendó internar en el Hospital Psiquiátrico con la finalidad de compensarla mentalmente y descartar eventuales lesiones derivadas de traumatismos craneales recibidos recientemente, cfr. folios 31 a 32) ni tampoco con lo que declaró el Dr. Juan Rafael Valverde Zúñiga (cfr. folios 181 a 183), pues ninguno de estos afirma que se pudiera tener certeza de que la acusada tuviera la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, al momento de realizar las conductas acreditadas.

**POR TANTO:**

Se declara sin lugar el recurso de apelación de sentencia que ha sido interpuesto por el Ministerio Público. **NOTIFÍQUESE.–**

**Jorge Luis Arce Víquez**

**Sandra Zúñiga Morales Ana Isabel Solís Zamora**

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

*Expediente: 14-001319-0485-PE (2).*

*Imputado: [Nombre 003].*

*Ofendido: [Nombre 001].*

*Delito: INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN*

*VVELÁSQUEZ*

………………………………………………………………………………………………………………………………………….....

 **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.**

**Res: 2016-0760.**

**Palabras clave:** derecho de abstención- prueba espuria y prueba independiente- error de tipo.

**Resumen:** En este voto se explora el tema del derecho de abstención y lo imperativo que resulta realizar las advertencias sobre su existencia tanto en sede de violencia doméstica como en los seguimientos que realiza la policía administrativa, en el entendido que de no hacerse y obtenerse información sobre aparentes incumplimientos de medidas de protección, se estaría dando inicio al proceso penal por medio de una prueba espuria, tomando en consideración si la persona ofendida no desea denunciar por su relación de parentesco. Además, se analiza la posibilidad de la existencia de un error de tipo en aquellos casos en que la persona ofendida realizara manifestaciones al imputado referentes a “quitar la denuncia” o “quitar las medidas”, avalándose la existencia y posibilidad de aplicar este error cuando las circunstancias de cada caso concreto lo permitan.

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL**. **Segundo Circuito Judicial de San José**. Goicoechea, a las nueve horas veinticinco minutos del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis.-

**RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 005], [...]; por el delito de **INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN**, en perjuicio de [Nombre 001]**.** Intervienen en la decisión del recurso, el juez Edwin Esteban Jiménez González, y las co-juezas Ingrid Estrada Venegas y Francini Quesada Salas. Se apersonaron en esta sede las licenciadas Krysia Campos Chacón, en calidad de Fiscal, Ana Carolina Campos Camacho, Fiscal de Impugnaciones y el licenciado Adan Carmona Pérez, en calidad de defensor público del encartado [Nombre 005].

**RESULTANDO:**

**I.-**

Que mediante sentencia número 2015-0682, de las dieciséis horas veinte minutos del veintiocho de julio de dos mil quince, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, resolvió: **"POR TANTO:** *De conformidad con lo expuesto, normas citadas y artículos 39 y 41 de la Constitución Política; 1 a 6, 142, 182, 184, 265, 341 a 366 del Código Procesal Penal; 1, 11, 30, 31 del Código Penal y 43 de la Ley de Penalización de Violencia Doméstica contra la Mujer N° 8589, el Tribunal resuelve: Absolver de toda pena y responsabilidad a [Nombre 005]**por el delito de* ***INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN, que en perjuicio de [Nombre 001] Y LA AUTORIDAD PÚBLICA*** *se le venía acusando. Son las costas del proceso a cargo del Estado. Se dispone el cese de cualquier medida cautelar que existiese contra el imputado. Para la lectura integral se señalan las dieciséis horas del cuatro de agosto del dos mil quince.* ***NOTIFÍQUESE****.* ***Lorena Blanco Jiménez. Jueza de juicio* .-**

**( sic., )" .**

**II.-**

Que contra el anterior pronunciamiento interpuso recurso de apelación la licenciada Krysia Campos Chacón, en calidad de Fiscal.

**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 el Juez de apelación ***Jiménez González***; y,

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

Mediante escrito presentado en fecha 25 de agosto del 2015, la licenciada Krysia Campos Chacón, en representación del Ministerio Público, interpone recurso de apelación en contra de la sentencia N° 682-2015 del Tribunal Penal de Juicio del I Circuito Judicial de San José, sede Desamparados, de las 16:20 horas del 28 de julio del 2015, en la que se absolvió a [Nombre 005] por el delito de incumplimiento de medida de protección, acusado en su contra como cometido en daño de la autoridad pública y [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 la 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.-**

**ALEGATOS:** En virtud de la relación existente entre el primer y el segundo motivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, ambos se resuelven de modo conjunto conforme de seguido se expone. **a. Primer Motivo:** La recurrente alega su inconformidad con la sentencia, por la errónea aplicación de la normativa establecida en el artículo 181 del Código Procesal Penal, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 205 de dicho cuerpo procesal y en el artículo 36 de la Constitución Política. Indica que en la “sentencia oral” dictada por el *a quo,* lo cual es un evidente error de la fiscal, ya que el fallo se dictó por escrito (ver folios 107 a 113 del sumario), se decidió que el aquí encartado debía absolverse porque la prueba producida en su contra fue espuria. Esto, por cuanto lo que la ofendida le manifestó a los oficiales de la Fuerza Pública, respecto del incumplimiento de las medidas de protección, se hizo sin que se le hubiere apercibido de su derecho de abstención a la agraviada, por lo que el Tribunal Penal consideró que tales testimonios y todas las probanzas que de tal actuación derivaron, son ilegales. En tal sentido, la recurrente expone que en la resolución que impugna, la juzgadora de instancia consideró que era tan clara la voluntad de la agraviada de acogerse a su derecho de abstención, que en el momento en que le fue explicado por los representantes del Ministerio Público, ella optó por no denunciar y ampararse a la facultad procesal que le cobijaba. Por lo anterior, indica que el *a quo* consideró que el órgano fiscal no podía valorar las manifestaciones que brindó la afectada antes de que se le explicara el derecho en cuestión, tal y como sucedió ante la policía administrativa, por lo que el Tribunal Penal estableció que lo procedente en la especie era que el Ministerio Público no continuara con la investigación, ya que no existían elementos probatorios legales para proseguirla, lo cual omitió y más bien buscó otras pruebas que no fueron independientes de la declaración dada por la agraviada. Señala que no comparte el criterio del *a quo* antes expuesto, ya que el artículo 4 de la Ley de Penalización de la Violencia en contra de las Mujeres establece que los delitos tipificados en su regulación son de acción pública, lo cual significa que aun y cuando la víctima, en este caso, la madre del endilgado decidiera no denunciar y hacer valer su facultad de abstención, no existía impedimento para que el Ministerio Público continuara con la investigación. Debió tomarse en cuenta que el parte policial nunca fue ofrecido como prueba en la acusación fiscal, por lo que tampoco fue incorporado al debate, de modo que no era posible apreciar dicho documento en el fundamento de la sentencia, sin embargo, independientemente de ello, no quiere decir que el órgano fiscal no pudiese seguir investigando un caso como el que nos ocupa, y así traer prueba independiente que permitiera acreditar el evento ilícito que fue objeto de investigación. Así, establece que mediante la visita de los oficiales del Organismo de Investigación Judicial a la vivienda de la ofendida, se pudo corroborar que el encartado estaba incumpliendo la medida de protección ordenada por un Juez de la República, ya que observaron al endilgado en el interior de la vivienda de su madre cuando se disponía a salir de ella. Tal situación, constituye un hecho totalmente independiente ya que nunca fue mencionado por la ofendida, a lo que debe sumarse que los oficiales de la policía administrativa pudieron constatar que [Nombre 005] estaba habitando en la vivienda de la agraviada. Estima que la jueza de instancia confunde el derecho de abstención con la obligación que tiene la fiscalía de investigar los hechos que presuntamente puedan constituir un delito de acción pública, tal y como lo son los ilícitos por violencia doméstica, los que pueden ser probados por diversos medios que no dependen solo de la víctima, pues lo contrario implicaría que se requería que ella ejerciera la acción penal pública con respecto a los delitos establecidos en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres., lo cual no es procedente. Añade que en el fallo de mérito se consideró: *“[…] Así las cosas, lo consignado en tal informe y las deposiciones de los oficiales del Organismo de Investigación Judicial que lo confeccionaron y que declararon en debate también se consideran prueba espurea, pues no surgen de una fuente independiente de las manifestaciones de la ofendida en sede de violencia doméstica, tanto de la denuncia, como del informe policial donde se le debió advertir el derecho de abstención, sino que precisamente toman como base el mismo, lo cual hace que devenga en ilegal toda la prueba que con* *ocasión* *del mismo se obtuvo […]”* (cfr. folio 116 vto. La transcripción es literal). Al respecto, señala la impugnante que de lo considerado por la jueza de instancia pareciera que según su criterio en la especie no era posible apreciar las manifestaciones que la ofendida realizó ante el Juzgado de Violencia Doméstica, toda vez que no se le hicieron las previsiones en torno a su derecho de abstención, lo cual no es procedente en dicho tipo de procedimiento, pues tiene una naturaleza diferente, por lo que sí era legal apreciar las copias certificadas del expediente en que se impusieron las medidas de protección al aquí encartado, en el que la agraviada, actualmente fallecida, indicó lo sucedido, además de lo consignado a folio 11, según lo cual precisó que vivía con el endilgado. En su argumentación, la impugnante reproduce lo que indica ser un segmento de la resolución N° 00526-2013 de la Sala Constitucional que trata sobre el tema relativo al procedimiento para la imposición de medidas de protección por violencia doméstica. Por lo expuesto, concluye que existe un grave vicio en la fundamentación de la sentencia, ya que se valoró indebidamente la prueba aportada por el Ministerio Público al calificarla erróneamente como espuria e ilegal, lo cual generó un agravio al ejercicio de la labor que le corresponde al Ministerio Público, por lo que solicita se declare la ineficacia del fallo y se ordene el reenvío de la causa para su nueva sustanciación. **b.-**

**Segundo Motivo.** La fiscal impugnante alega la errónea aplicación de la ley sustantiva, específicamente, del artículo 34 del Código Penal. Esto, por cuanto el *a quo* en el fallo consideró que el imputado actuó en virtud de un error de tipo, en el tanto que de acuerdo a su dicho, él regresó a su casa porque todo estaba bien con su madre y porque ya se la había quitado la denuncia, lo cual no fue posible corroborar, ya que para la fecha de la realización del debate la ofendida había fallecido, situación que impidió descartar que el endilgado no tenía el conocimiento ni la voluntad de adecuar su acción al tipo objetivo del delito en cuestión por creer que la denuncia en su contra era inexistente. Al respecto, la recurrente indica que no comparte los criterios del Tribunal Penal en cuanto al punto en discusión, toda vez que al imputado se le había notificado en forma personal la resolución en la que se le impusieron las medidas de protección en la que se especificaba que las mismas se mantendrían por el plazo de un año mientras no fueran levantadas por la autoridad judicial competente. Por lo anterior, concluye que en la especie no existió un falso conocimiento o ignorancia, ya que [Nombre 005] conocía la resolución que se le notificó de modo personal, por lo que no es aplicable el error de tipo conforme lo hizo el *a quo* en el fallo impugnado. Por lo expuesto, concluye que en el *subjudice* existe el defecto que acusa y, en consecuencia, la decisión de absolver a [Nombre 005] le causó un agravio a la labor del órgano fiscal en el ejercicio de la acción penal pública. Por ello, solicita que se declare la ineficacia del fallo y se ordene el reenvío de la causa para la celebración de un nuevo debate. **Los motivos no son de recibo.** Del examen integral de fallo visible de folios 107 a 113 del sumario, se determina que la recurrente plantea un análisis sesgado y parcial de los contenidos y fundamentos con base en los que el Tribunal Penal decidió absolver al imputado [Nombre 005] por el delito de incumplimiento de deberes que se acusó en su contra como cometido en perjuicio de [Nombre 001]. Así, el *a quo* consideró: **i.-**

Que el Ministerio Público acusó a dicho endilgado por 3 delitos de incumplimiento de medida de protección, siendo que pidió la absolutoria por 2 de ello s , y la condenatoria por los hechos englobados en el acápite 6 de la acusación. **ii.-**

En cuanto al evento requerido como acaecido el 20 de mayo del 2013, el Tribunal Penal determinó que la investigación del órgano fiscal inició contraviniendo el derecho de abstención de la ofendida, en virtud de ser la madre del aquí justiciable. Específicamente, la juzgadora de instancia estimó que no existió controversia en cuanto a la existencia de medidas de protección debidamente notificadas a [Nombre 005]. No obstante lo anterior, a folio 11 de los autos consta un oficio del Ministerio de Seguridad Pública dirigido a la Jueza Girlany Alpízar Murillo, en el que se consigna que el 2 de abril del 2013 la agraviada [Nombre 001] vivía con su hijo [Nombre 005], así como que ella manifestó que el encartado no había vuelto a incurrir en violencia intrafamiliar, siendo que incluso se establece que [Nombre 001] dijo que *“Todo está bien, él trabaja y solo llega a dormir”*, informe que fue debidamente firmado por la ofendida. La jueza *a quo* determinó que fue este oficio el que propició el testimonio de piezas ante el Ministerio Público para que se investigara la posible existencia de un delito de incumplimiento de medidas de protección, el que se recibió el 22 de noviembre del 2013. Por tal motivo, se llamó a interponer la denuncia a [Nombre 001], quien comparece el 13 de mayo del 2013 y conforme a lo establecido en el folio 16 expresamente manifestó que no quería denunciar a su hijo y que se acogía a su derecho de abstención. No obstante lo anterior, la autoridad fiscal decidió proseguir con la investigación y con base en lo establecido en el Informe del Organismo de Investigación Judicial N° 578-DCIFTT-CI-13 se dio la detención del imputado [Nombre 005] cuando salía de la casa de su madre por lo oficiales actuantes y se llevó al Ministerio Público para su indagatoria. Al respecto, la juzgadora de instancia consideró que la forma en que se dio la *“notitia criminis”* fue espuria en el presente caso, criterio que esta Cámara de Apelaciones considera que es el que se ajusta a la normativa de los artículos 36, 39 y 41 de la Constitución Política, y de los numerales 1, 82 inciso e), 181 y 205 del Código Procesal Penal. Ello, por cuanto según lo consignado a folio 11, lo manifestado por la agraviada a los oficiales de la Fuerza Pública en torno a que su hijo, sea el aquí imputado, vivía en su casa de habitación y que todo se encontraba bien, no puede apreciarse legalmente como prueba, ya que tal manifestación incriminatoria se realizó sin la advertencia del derecho de abstención que le cobijaba, situación que está íntimamente ligada con la decisión de [Nombre 001] de ejercer su derecho de abstención, en el momento en que el Ministerio Público le puso en conocimiento de que le cubría tal facultad, tal como lo alegó la defensa del encartado [Nombre 005] en el juicio. En tal sentido, el Tribunal Penal agrega que el Estado no puede echar mano a mecanismos procesales que impliquen defraudar la voluntad de no denunciar a un familiar, siendo que tal prerrogativa incluye a la policía administrativa, por lo que la información en cuanto al incumplimiento de las medidas de protección impuestas al hijo de la agraviada, que los oficiales actuantes remitieron a la autoridad judicial, fue sin duda espuria, y por ende, todo lo que se investigó y realizó a partir de tal actuación, es igualmente ilegal. En este punto, es necesario establecer que es erróneo considerar como lo hace la recurrente, que la actuación de los oficiales del Organismo de Investigación Judicial Dayana López Picado y Adán Arrieta Villalobos plasmada en el informe *supra* indicado y a la que hicieron referencia al declarar en el juicio, es independiente de la forma en que se dio la *notitia criminis* en el presente caso, ya que es obvio, que de no haber existido la actuación irregular de los oficiales de la Fuerza Pública, nunca se hubiera llevado a cabo el testimonio de piezas ante el Ministerio Público, con lo cual la fiscalía no hubiera tenido posibilidad material alguna de continuar con la investigación del caso a través de la gestión del Organismo de Investigación Judicial. Así, se determina que los elementos de convicción que surgen de la prueba documental y testimonial antes apuntada, no es independiente de la omisión en la tutela del derecho de abstención que cubría a la ofendida [Nombre 001], o lo que es lo mismo, no surgen de una fuente independiente a la viciada según lo *supra* expuesto, situación que jurídicamente se vino a consolidar en el momento en que la agraviada hizo expresa ante la autoridad fiscal, su intención de acogerse a su derecho de abstención a favor de su hijo [Nombre 005] (cfr. folio 18), tal y como adecuadamente lo razonó el Tribunal en la sentencia de mérito (ver folio 112). **iv.-**

La juzgadora de instancia consideró que los hechos denunciados ante el Juzgado de Violencia Doméstica tenían una connotación y finalidad distinta a la penal, por lo que no se podía obviar en tal sentido el derecho de abstención que ejerci ó [Nombre 001] en la sede penal, y las implicaciones que tuvo el que se haya abstenido de denunciar y declarar en contra de su hijo en el momento en que se le requirió por el Ministerio Público. Por lo anterior, no se considera que le asista razón a la impugnante en cuanto a que según su criterio, el *a quo* consideró que el derecho de abstención cubría incluso las actuaciones dadas en la jurisdicción de Violencia Doméstica, ya que el análisis comprensivo y objetivo del razonamiento que en tal sentido se plasmó en el fallo, lo que deja ver es que la juzgadora consideró que tal situación no permitía superar la actuación ilegítima en que se dio la *notitia criminis,* y la apertura y seguimiento del presente caso. **v.-**

El Tribunal Penal consideró que aun y cuando hipotéticamente se avalara la forma ilegítima en que se dio la investigación del presente asunto y la prueba que de ella surgió, que en la especie la detención de [Nombre 005] por parte de los oficiales del Organismo de Investigación Judicial cuando salía de la casa de su madre, tampoco es suficiente para declarar su responsabilidad penal por los hechos acusados en su contra por tal evento. Esto, por cuanto el *a quo* estableció que de tales probanzas no podían desvirtuar que el imputado haya actuado bajo un error de tipo, conforme a lo que declaró en el juicio, ya que no solo la ofendida [Nombre 001] se abstuvo de declarar en su momento, sino porque además, al realizarse el juicio oral y público ella lamentablemente había fallecido. En este sentido, el Tribunal Penal valoró que [Nombre 005] dijo en el debate que él volvió a llegar a la casa de su madre porque ella le dijo que todo estaba bien y que ya le había quitado la denuncia, con lo cual no se pudo verificar que actuara con conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo establecido en el numeral 43 de la ley en cuestión. Esta Cámara de Apelaciones avala el análisis intelectivo de la declaración del encartado con respecto al elenco probatorio producido en el juicio, que se llevó a cabo por el Tribunal Penal a partir de la inclusión hipotética de la prueba que es ilegal en el presente caso, ya que es claro que no fue ni es posible desvirtuar lo dicho por [Nombre 005] en el ejercicio de su defensa material, por cuanto fue y es imposible evacuar y valorar el único elemento probatorio que permitiría hacerlo certeramente, sea el testimonio de su madre por haber fallecido. En este sentido la juzgadora de instancia apreció que para el 20 de mayo del 2013, día en que se dio la detención del aquí justiciable por los oficiales del O.I.J., ya su madre, [Nombre 001], se había acogido a su derecho de abstención y había decidido no denunciarlo por ser su hijo, por lo que lo relatado por [Nombre 005] en el contradictorio, concuerda con las actuaciones procesales que se han verificado en el presente caso. Añade que no se podía exigir a la agraviada que tuviera conocimiento de que el delito en cuestión es “pluriofensivo” y de acción pública, y que por ese motivo pudo haberle dicho a [Nombre 005] que le había quitado la denuncia y, por tal situación, que él creyera que ya no tenía impedimento para ir a la casa de su madre, y en consecuencia, no saber que estaba cometiendo algún delito, por lo que el *a quo* concluyó que en el *subjudice* no solo la prueba fue espuria, sino que además, al valorarla hipotéticamente tampoco se demostró, el dolo requerido para la configuración del delito incumplimiento de medidas de protección, análisis probatorio y jurídico que avala este Tribunal de alzada por estar ajustado plenamente a derecho. Cabe agregar, que la notificación de la resolución judicial a quien se le imponen medidas de protección por un Juzgado de Violencia Doméstica, es un elemento esencial para determinar la tipicidad de la conducta establecida en el artículo 43 de la Ley de cita, sin embargo, debe valorarse en cada caso la forma en que se da no solo la notificación, sino la capacidad de comprensión y recursos personales, educativos y sociales, con los que cuenta la persona notificada para no solo comprender su contenido, sino que además, para saber la forma en que se dan las decisiones y actuaciones judiciales. En la especie, no es posible establecer que el imputado [Nombre 005] supiera que era necesario que se le notificara la decisión judicial que levantaba las medidas de protección para que pudiera regresar la casa de habitación de su madre, así como tampoco se puede desacreditar que no creyera que el que “se le quitara la denuncia” por quien interpuso la acción para que se le fijaran tales medidas, sea su mamá, fuera insuficiente o no correspondiere al acto procesal requerido para no tener que acatar las restricciones que le habían sido impuestas y notificadas. Por lo anterior, el alegato que en tal sentido plantea la impugnante no demuestra en modo alguno la falta de fundamentación del fallo ni la errónea aplicación de la ley sustantiva, por lo que se rechaza su reclamo. En virtud de todo lo expuesto, se declara sin lugar el recurso de apelación de sentencia penal incoado por la licenciada Krysia Campos Chacón en representación del Ministerio Público.

**POR TANTO** **:**

Se declara sin lugar el recurso de apelación de sentencia incoado por la licenciada Krysia Campos Chacón en representación del Ministerio Público. **NOTIFIQUESE.-**

***Edwin Esteban Jiménez González***

***Francini Quesada Salas Ingrid Estrada Venegas***

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

*Expediente : 13-000397-0672-VD (12)*

*Imputado : [Nombre 005]*

*Ofendido : [Nombre 001]*

*Delito : INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN*

**……………………………………………………………………………………………………………………………………......**

 **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.**

**Res: 2016-0717.**

**Palabras clave:** derecho de defensa - sustitución de un testigo de cargo por otro existiendo oposición de la defensa técnica por existir interés de recibir al testigo originario.

**Resumen:** Se estableció en el caso concreto, una violación al derecho de defensa al reemplazar un testigo por otro sin haber agotado todos los medios para la comparecencia del testigo ofrecido en primer término, esto relacionado con la manifestación expresa de interés por parte de la defensa, de recibir dicho testigo.

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL**. **Segundo Circuito Judicial de San José**. Goicoechea, a las once horas cincuenta y cinco minutos, del dieciséis de mayo de dos mil dieciséis.-

**RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en la presente causa seguida contra **A.R.E,** mayor, cédula de residencia número 27012111361228, nacido en Nicaragua, San Carlos el 20 de enero de 1986, hijo de XXX y XXXX, vecino de Barrio México; por el delito de **INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN,** en perjuicio de [Nombre 001]**.** Intervienen en la decisión del recurso, la jueza Patricia Vargas González, el co-juez Mario Alberto Porras Villalta y el co-juez Ronald Salazar Murillo. Se apersonó en esta sede el licenciado Adan Carmona Pérez defensor público del encartado A.R.E y la licenciada Ana Carolina Campos Camacho fiscal de impugnaciones.

**RESULTANDO:**

**I.-**

Que mediante sentencia número 833-2015, de las catorce horas, del veinticinco de setiembre de dos mil quince, el Tribunal Penal de Primer Circuito Judicial de San José, resolvió: **"POR TANTO:** *De conformidad con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 8 incisos 1, y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del 6, 7, 9 , 142, 184, 258, 265, 360, 361, 363, 364, 365, 366 y 367 Código Procesal Penal y 1, 2, 3, 4, 59 a 62 y 71 del Código Penal, 1, 2, 9, 10, 11 y 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, por aplicación del Principio de In Dubio Pro Reo se absuelve de toda pena y responsabilidad a* ***A.R.E*** *por un delito de* ***INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN*** *en perjuicio de* ***LA AUTORIDAD PÚBLICA Y [Nombre 001].*** *Se declara* ***a A.R.E AUTOR RESPONSABLE*** *del delito de* ***INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN****, cometido en perjuicio de* ***LA AUTORIDAD PÚBLICA Y [Nombre 001] ,*** *y en tal carácter se le impone el tanto de* ***SEIS MESES DE PRISIÓN****, sanción que deberá descontar en el lugar y forma que determinen los respectivos reglamentos carcelarios, previo abono de la preventiva si la hubiere. Son a cargo del Estado las costas del proceso por haberse procedido a instancia del Ministerio Público. Comuníquese lo resuelto al Juzgado de Ejecución de la Pena, al Instituto Nacional de Criminología y al Registro Judicial para lo de sus cargos, una vez que adquiera firmeza la presente sentencia. Se le concede al acusado el Beneficio de Ejecución Condicional de la Pena por el plazo de tres años, bajo advertencia que si en este periodo comete otro delito dolo so por el que se le impusiere una pena superior a seis meses de prisión, esta gracia le será revocada y deberá cumplir la pena impuesta. Se ordena la inmediata libertad del acusado A.R.E, si otra causa no lo impide.* ***Mediante lectura notifíquese al ser las dieciséis horas del 2 de octubre del 2015.-***

***(sic.,)".***

**II.-**

Que contra el anterior pronunciamiento interpuso recurso de apelación el licenciado Adan Carmona Pérez defensor público del encartado A.R.E.

**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 ***Vargas González;*** y,

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

*Primer motivo. Fundamentación del fallo en prueba espuria* (f. 168 frente). El recurrente divide este reclamo en tres apartados, identificados con las letras A), B) y C). En el último de ellos el defensor público reclama que recibir el testimonio del oficial S.Z.M y no el del señor F.B.M fue un acto arbitrario, que convierte la declaración de Z.M en espuria. El único testigo admitido fue F.B.M. Al iniciar el debate, el fiscal indicó que como este venía de camino y siendo que allí sí se encontraba el oficial Z.M, se procediese a recibir a este último. La defensa se opuso a esto e insistió en su interés en recibir a B.M, pues en el expediente constaban algunas manifestaciones suyas que explicaban de mejor manera lo sucedido y que podían beneficiar al imputado. Por ejemplo, a folio 86, el testigo afirmó que era la ofendida quien dejaba entrar al imputado de forma voluntaria y que nunca vio a esta golpeada o maltratada, razón por la cual se insistió al tribunal en que se recibiera a este testigo y no al otro. No obstante lo anterior, la *a quo* no solo ordenó recibir a Z.M (que no tenía conocimiento de los puntos indicados), sino que, también, prescindió de B.M, testigo que le era de interés al impugnante. Todo esto afectó la estrategia de la defensa y, en particular, la posibilidad de sustentar la existencia de un error de tipo o de prohibición. Lo irónico es que, en la sentencia, se echa de menos que la defensa no aportase más prueba del dicho del imputado. Por lo expuesto solicita se anule la sentencia y, por economía procesal, se absuelva al imputado, o en su defecto se orden el juicio de reenvío. **Lleva razón el defensor**. Antes de resolver, corresponde precisar cuáles son los extremos específicos de la sentencia que están siendo recurridos y que, por ende, pueden ser objeto de examen por parte de esta cámara*.* ***1) Sobre el objeto de la impugnación.*** Según se extrae de la sentencia (f. 151 a 152 frente) y de la acusación (f. 90 y 91 frente), el Ministerio Público atribuyó al acusado A.R.E haber incumplido en sendas ocasiones las medidas que fueron dictadas en protección de [Nombre 001], específicamente, los días 23 de diciembre de 2012 (hecho número 4.-) y 3 de enero de 2013 (hecho número 5.-). El tribunal de mérito, por su parte, tuvo por probado el hecho ocurrido el día 3 de enero de 2013 (f. 155 frente) y, con base en esto, declaró al imputado autor responsable de un delito de incumplimiento de una medida de protección, imponiéndole una pena de de seis meses de prisión (f. 166 frente). Asimismo, lo absolvió en aplicación del principio *in dubio pro reo* por los hechos ocurridos (según la pieza requisitoria) el 23 de diciembre de 2012. Esta sentencia fue recurrida únicamente por el defensor público del acusado, licenciado Adán Carmona Pérez, solo en cuanto condenó a su patrocinado (cfr. f. 168 frente, donde expresamente alude a la “sentencia condenatoria”). De lo anterior se extrae quela competencia de esta cámara se circunscribe a la condena dictada en contra del imputado por el hecho 5.- de la pieza acusatoria y no en cuanto a la absolutoria dictada sobre el hecho 4.-, misma que por no haber sido recurrida por el Ministerio Público, contó con su aval. ***2)*** ***Sobre la resolución del caso***. Tal y como consta en el registro de audio y video del debate, archivo c0001150925090000.vgz, correspondiente al 25 de septiembre de 2015, contador de las 9:05:57 horas a las 9:10:00 horas, el tribunal optó por prescindir del testimonio de F.B.M a pesar de que la defensa manifestó y fundamentó su interés en recibir esa prueba que había sido admitida para el debate: JUEZA: *De acuerdo al auto de apertura a juicio en esta causa únicamente se ha admitido un testigo, que se trata de F.B.M, esa cédula no la tiene el tribunal en sus manos. Licenciado, ¿ese testigo se va a hacer presente?* FISCAL: *El testigo sí fue citado y se tenía noticia que venía en camino, sin embargo pues por lo visto no llegó, no conoce esta representación si se hará presente a juicio,…no se presentó* JUEZA: *¿Cuál es la posición del Ministerio Público?* FISCAL: *En ese caso señora jueza siendo que ha sido imposible traer a este testigo el día de hoy y siendo que en el mismo auto de apertura a juicio se autorizó o admitió al testigo S.Z.M el cual sí se encuentra aquí en caso de no ser localizado el testigo F.B.M le solicito a su autoridad prescindir de la declaración de este testigo y en su lugar admitir la declaración, recabar la declaración de S.Z.M…* DEFENSA: *… En realidad la defensa se va oponer a dicha petición en virtud de las siguientes consideraciones, la prueba testimonial se admitió de una manera bastante particular, diciendo que si no se hacía presente el testigo pues se admitía el otro, sin embargo, en virtud de la información que nos ha dado el señor fiscal, que don F le dijo que venía de camino, es interés de la defensa en particular que sea este el testigo que se reciba, por una cuestión de estrategia de defensa, donde ya se tiene planteado incluso el interrogatorio que se le iba a hacer específicamente a don F, en virtud de alguna información que este testigo específicamente emitió en autos y se recabó a través de la investigación, situación que cambia al recibirse al señor S.Z.M, en ese sentido solicita se agote por parte de quien corresponda la localización de este testigo don F para efectos de que sea recibido y si no puede ser recibido, su autoridad decidirá si va a recibir a S.Z.M.* JUEZA: *Señor fiscal, ¿de quién es que usted obtiene la información de que el testigo venía de camino?* FISCAL: *Eso me lo informó el coordinador judicial,… era el que estaba en la tarea de ubicar a este testigo, me informa que se llamó a la oficina de citaciones, a la cual se le había ordenado la presentación de este testigo sin embargo no acudieron a tal orden,… lo que hicieron fue citar, lo que se tenía por parte de esta oficina era que este testigo venía en camino…* JUEZA: *En todo caso efectivamente la forma tan particular que fue admitida la prueba testimonial en esta causa, de acuerdo al auto de apertura a juicio y su minuta que se encuentra a folio 106, lo cierto es que el juez penal deja abierta la posibilidad de que se reciba uno u otro testigo, ambos de acuerdo a la acusación planteada por la fiscalía fueron ofrecidos exactamente para declarar sobre los mismos hechos, así que no resulta sorpresivo ni violatorio al derecho de defensa, en este caso el tribunal por efectos de que el imputado se encuentra privado de libertad y a fin de garantizar que este asunto se* (no se escucha una palabra) *lo antes posible vamos a admitir la solicitud que hace la fiscalía y se prescinde del testigo F.B.M y vamos a recibir a S.Z.M …”* Como se observa, a pesar de que el testimonio de F.B.M fue prueba admitida para el contradictorio (en este sentido, véase f. 106 frente); que había sido localizado y que la defensa técnica expresó su interés en recibirlo, la *a quo* prescindió de él. Esta cámara no ignora que, en el auto de apertura a juicio, se contempló de una forma muy particular que el testimonio de S.Z.M era prueba admitida al debate con carácter subsidiario, en caso de que B.M no pudiese ser localizado, sin embargo, se tiene que, prescindir de la declaración de este último, no era una decisión que pudiese tomarse considerando únicamente que ambos testigos habían sido ofrecidos por el órgano requirente sobre el mismo punto, ya que la defensa señaló cómo, en virtud de algunas manifestaciones de B.M que constaban en autos, a esta parte procesal le era imprescindible contar con su presencia y tener la oportunidad de interrogarlo, lo que no sucedía con el deponente Z.M. Es importante también añadir que el defensor, en su recurso, no se limita a reclamar que el tribunal de mérito prescindió de un testimonio que a él le era de interés, sino que también se dio a la tarea de demostrar, citando a modo de ejemplo una entrevista efectuada por el órgano requirente a este testigo (f. 86 frente), cómo lo que él declarase en el debate, eventualmente, podía servirle de sustento a la tesis de que el justiciable actuó encontrándose en un error (afirma el impugnante, de tipo o de prohibición). Finalmente, es importante añadir que este tribunal entiende que el documento de folio 86 no es una declaración en estricto sentido (cfr. 243 vuelto), es una entrevista que, aunque ayuna de formalidades, en su justa dimensión permite considerar legítimo el interés de la defensa en que, en el debate y, ahora sí, cumpliendo todas las formalidades de ley, se recibiese el testimonio de B.M. En suma, siendo que se aprecia el yerro denunciado y que este tiene carácter esencial, por mayoría se declara con lugar el punto C) del primer motivo del recurso formulado por la defensa. Se anula parcialmente la sentencia recurrida y el debate que la precedió, únicamente en cuanto declaró al imputado autor responsable de un delito de incumplimiento de una medida de protección ocurrido el 3 de enero de 2013, imponiéndole una pena de seis meses de prisión y concediéndole el beneficio de ejecución condicional de esta. Sobre lo anulado se ordena el respectivo juicio de reenvío al tribunal correspondiente. En lo restante (específicamente la absolutoria dictada por los hechos ocurridos el día 23 de diciembre de 2012), la sentencia se mantiene incólume. Por innecesario, se omite pronunciamiento sobre los demás motivos del recurso.

**II.-**

*Voto salvado del juez Salazar Murillo* : Me aparto del criterio de mayoría y estimo que no le asiste razón al recurrente en ninguno de sus alegatos. El hecho de que se prescindiera del testigo F.B.M y se sustituyera por el señor S.Z.M, en nada le causó indefensión al impugnante, en primer término, porque en la admisión de prueba se indicó que de no asistir uno entonces se recibiría el otro. Pero la razón más importante es, que eso en nada le impidió a la defensa alegar la existencia de un error de prohibición en el encartado, por considerar que la ofendida siempre le permitió voluntariamente el ingreso a la vivienda, pues ese alegato carece de toda sustanciación, en tanto debe tomarse en cuenta, que la orden emitida por el Juzgado de Violencia Doméstica era que no debía siquiera acercarse a quinientos metros de la vivienda de la señora tutelada con las medidas, de tal forma que, cuando llegó a la vivienda de [Nombre 001], ya se había consumado el delito de incumplimiento de medida de protección, siendo indiferente que entrara o no a la casa, que le dieran permito o se lo negaran. Incluso, la recepción del testimonio de B.M del cual se queja la defensa, de ser cierto lo que dijo a folio 86 en la entrevista (a lo cual le da gran crédito el defensor) haría que del todo se desechara la tesis de la defensa, pues dicho testigo dijo que al encartado los sacaron tres veces de la vivienda de la ofendida, luego de notificadas las medidas de protección, de manera que quien no va a entender como prohibido el acto del ingreso, si lo sacó la policía 3 veces de esa casa, de manera que el error que se pretendió alegar no requería de ese testimonio como alude la defensa. En consecuencia, ese testigo no resultaba esencial y más bien podía perjudicar los intereses de la defensa, por lo que el alegato carece de sustento y debe rechazarse. Por otro lado, tampoco considero que sean de recibo las demás argumentaciones, en cuanto a los vicios de legalidad en la determinación de las medidas de protección, pues no se observa vicio alguno en que sea la misma policía la que gestione las medidas de protección, cuando la persona se encuentra en total estado de vulnerabilidad como en el caso de [Nombre 001], que es una mujer con una grave enfermedad que casi no puede desplazarse y que vivía una situación de alto riesgo por el acoso constante del imputado, por ello el Juzgado de Violencia Doméstica concedió las medidas de protección. En segundo término, es claro el testimonio de S.Z.M en que a esa vivienda se apersonaron en varias ocasiones y en todas ellas se trataba de la llegada violenta del encartado, en contra de lo dispuesto por el despacho judicial, lo que claramente deja ver que se estaba desobedeciendo la orden emitida de no acercarse a la vivienda. Por esas razones no es atendible el recurso formulado y debe desestimarse la totalidad del recurso de apelación.

**POR TANTO:**

Por mayoría se declara con lugar el punto C) del primer motivo del recurso formulado por el licenciado Adán Carmona Pérez, defensor público de A.R.E. Se anula parcialmente la sentencia recurrida y el debate que la precedió, únicamente en cuanto se declaró al imputado autor responsable de un delito de incumplimiento de una medida de protección ocurrido el 3 de enero de 2013. Sobre lo anulado se ordena el respectivo juicio de reenvío al tribunal correspondiente. En lo restante (específicamente la absolutoria dictada por los hechos ocurridos el día 23 de diciembre de 2012), la sentencia se mantiene incólume. Por innecesario, se omite pronunciamiento sobre los demás motivos del recurso. El juez Salazar Murillo salva el voto. **NOTIFÍQUESE.-**

***Patricia Vargas González***

***Mario Alberto Porras Villalta Ronald Salazar Murillo***

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

*Expediente : 12-003844-0275-PE (4)*

*Imputado : A.R.E*

*Ofendido : [Nombre 001]*

*Delito : INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN*

**……………………………………………………………………………………………………………………………………….**

**Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela, Sección Segunda.**

 **Res: 2016-0362.**

**Palabras clave:** notificación de medidas de protección – inimputable – alteración mental o enfermedad psicosocial.

**Resumen:** Se analiza el abordaje especial que se le debe dar a las personas que se presumen cuenten con algún tipo de alteración mental o enfermedad psicosocial y la notificación de medidas de protección en casos que se les considere como presuntas personas agresoras en materia de violencia doméstica. Especial referencia la Circular 60-2015 del Consejo Superior. Además, se establece la importancia de valorar las condiciones personales y particulares de la presunta persona agresora al momento en que se le notifican las medidas de protección. \*

\*NOTA: Esta circular fue reformada por la 119-2015 del Consejo Superior.

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN SEGUNDA.** San Ramón**,** a las trece horas treinta y dos minutos del veintidós de abril de dos mil dieciséis.

**RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA** interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 010], cédula [Valor 001], por el delito de **INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN** en perjuicio de [Nombre 001] **y [Nombre 003].** Intervienen en la decisión del recurso, los jueces **Jorge Luis Morales García, Martín Alfonso Rodríguez Miranda** y la jueza **Gabriela Rodríguez Morales.** Se apersona en Apelación de Sentencia, el licenciado Héctor Bodán Flores, en condición de representante del Ministerio Público.

**RESULTANDO:**

**1.-**

Que mediante sentencia de manera oral número **872-2015**, de las diecisiete horas quince minutos del dieciocho de diciembre de dos mil quince, el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de Alajuela. San Carlos, resolvió: *"***POR TANTO*:*** *De conformidad con lo expuesto, leyes citadas y artículos 39 de la Constitución Política; 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8 inciso 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos,1, 2, 11, 18 a 20, 30, 31, 45, 50 a 53, 59 a 63, 71 y siguientes, circular del Consejo Superior 60-2015, artículo 43 de la Ley de Penalización de Violencia contra las* *Mujeres, artículo 140 del Código Penal; y 360, 361, 363 al 367 del Código Procesal Penal, este Tribunal* ***resuelve:*** *Declarar al imputado [Nombre 010]**autor y único responsable de haber cometido en concurso materia tres injustos de* ***AGRESIÓN CON ARMA*** *en perjuicio [Nombre 001]* ***y [Nombre 003]*** *y en tal carácter se le impone una pena de* ***DOS MESES DE PRISIÓN*** *por cada uno los delitos para un total de* ***SEIS MESES DE PRISIÓN*** *que deberá descontar en el establecimiento carcelario respectivo, previo abono a la preventiva que hubiere sufrido. En virtud de que el imputado reúne los requisitos establecidos por la ley, se le concede el beneficio de ejecución condicional de la pena de prisión impuesta, por un período de prueba de* ***TRES AÑOS*** *, en el entendido de que si durante dicho lapso comete un nuevo delito doloso sancionado con pena de prisión superior a los seis meses, tal beneficio le será revocado. Se absuelve de toda pena y responsabilidad al imputado [Nombre 003] de TRES DELITOS de Incumplimiento de una Medida de Protección acusados por el Ministerio Público y como cometidos en perjuicio de [Nombre 001]. Firme este fallo, inscríbase en el Registro Judicial y se testimoniarán piezas para ante el Juzgado de Ejecución y el Instituto Nacional de Criminología. Se resuelve este asunto sin especial condenatoria en costas siendo los gastos del proceso a cargo del Estado. Se ordena la inmediata libertad del imputado [Nombre 003] si otra causa legal no lo impide. Se señalan las dieciséis horas del ocho de enero del dos* **mil dieciséis para la lectura integral de la sentencia. Mediante lectura notifíquese. MARCO V. LIZANO OVIEDO - DECIS** ***OR*".**

**2.-**

Que contra el anterior pronunciamiento, s e apersona en Apelación de Sentencia, el licenciado Héctor Bodán Flores, en condición de representante del Ministerio Público.

**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 **Morales García, y;**

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

El licenciado Héctor Bodán Flores, Fiscal del Ministerio Público, interpone recurso de apelación de sentencia contra la resolución emitida por el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Carlos, número 2015-000872 de las 17:15 horas del 18 de diciembre de 2015. En el **primer motivo** de apelación de sentencia alega: *"Inconformidad con la sentencia por Violación al Principio de Libertad Probatoria y violación a las reglas de la Sana Crítica Racional".* Sustenta este reclamo en los artículos 41 de la Constitución Política, 142 y 363 incisos b) y c) del Código Procesal Penal. Reclama el recurrente que el Tribunal de Juicio absolvió al imputado por tres delitos de incumplimiento de medidas de protección, al echar de menos la firma y nombre del oficial actuante que realizó la notificación de las medidas de protección, argumentando que no se sabía si dicha persona tenía las facultades para realizar ese acto. Alega el recurrente que dicho argumento violenta el principio de libertad probatoria, toda vez que de la declaración de los testigos de cargo se desprende fácilmente que la persona que realizó dicho acto lo fue un oficial de la Fuerza Pública, debidamente autorizado y legitimado para ello, dado que estos testigos se refirieron al acto de desalojo del imputado que fue ejecutado por dichos oficiales de policía. Sostiene así que el análisis de la prueba no fue integral y deviene así en una ausencia de fundamentación. En el **segundo motivo** de impugnación reclama: *"Fundamentación Contradictoria".* Al respecto apunta que como fundamento de la sentencia absolutoria el juez esgrime que el imputado es conocido como una persona adicta a las drogas de uso no permitido como lo es la marihuana y el crack, lo que extrae de lo que declararon la madre y hermana del imputado, así como de los oficiales de la Fuerza Pública, también refiere que en la sentencia se alude a la recomendación del Consejo Superior número 60-2015 que refiere sobre los casos de Violencia Doméstica, en los que se presuma alguna alteración mental o enfermedad psicosocial del supuesto agresor, que impida o afecte la comprensión para el cumplimiento de las medidas, se proceda a su valoración técnica que determine esa capacidad de comprensión. Expresa que la ausencia de esa valoración fue tomada en cuenta por el juez de sentencia para dictar la absolutoria. Sin embargo, reclama que en este aspecto la sentencia se torna en contradictoria, pues la defensa técnica del imputado gestionó dicha valoración pericial del justiciable y con ello estuvo anuente la representación fiscal, pero el juez la rechazó alegando que en una ocasión anterior se había citado al imputado para practicar dicha pericia y no se llevó a cabo por su incomparecencia, que por ello la denegó en esta ocasión. Alega así como contradictorio que se invoque la circular dicha, cuando fue el mismo juzgador quien no permitió la realización de la pericia. Insta se declare la ineficacia del fallo y se ordene el juicio de reenvío por la absolutorias acordadas en cuanto a los incumplimientos de medidas de protección.-

**II.-**

**Los reclamos no resultan atendibles.** En efecto, como puede notarse de la síntesis de las impugnaciones deducidas, lo que se alega es falta de fundamentación sobre la absolutoria decretada en cuanto a los incumplimientos de las medidas de protección. El ataque se sustenta en relación con los dos argumentos que ofrece el fallo para acordar la absolutoria dicha, es decir, primero la deficiencia formal que se detecta sobre la rúbrica e identificación de la autoridad actuante a la hora de notificar las medidas de protección al aquí justiciable, así como la deficiencia que podría tener su grado de comprensión en el momento en que dichas medidas le son impuestas, esto por cuanto existe, en cuanto al imputado, antecedentes que demuestran un consumo prolongado de sustancias enervantes. Sobre este segundo aspecto, que estima esta Cámara de Apelación de Sentencia es el fundamental, cabe indicar que la Circular número 60-2015 del Consejo Superior del Poder Judicial, misma que refiere al acuerdo tomado por dicha autoridad en sesión número 21-15 del 10 de marzo de 2015, artículo LXXXII, en cuanto al asunto de su temática indica: *“Abordaje de casos de personas que se presumen cuenta con alteración mental o una enfermedad psicosocial y se duda de su comprensión para el cumplimiento de medidas de protección que se ordenan en materia de violencia doméstica”.* Como vemos de esta temática del tratamiento en realidad el objeto de la circular es lo referente a personas que inicialmente, en el momento de presentación del conflicto, se presentan como eventualmente con algún grado de discapacidad para comprender los alcances de la situación que se está enfrentando. Este aspecto queda aún mucho más claro cuando analizamos el contenido de la referida directriz, pues en el punto a) de sus recomendaciones al juzgador que le corresponda conocer del caso establece: *“a) Al momento de tomar la solicitud debe procurarse que la persona solicitante brinde al despacho la mayor cantidad de información posible para tener un panorama comprensible, amplio y detallado de la situación de la persona de la cual se indique o se sospecha tiene la discapacidad psicosocial. De ser posible puede solicitarse a la persona gestionante que aporte en el acto la documentación médica pertinente que tenga en su poder. Específicamente debe consultarse en ese sentido a la persona solicitante si la persona que realizó los actos de agresión atraviesa alguna condición de salud mental que podría afectar su comprensión cognitiva; aspecto que deberá valorar con detenimiento la persona juzgadora al momento de disponer la procedencia de medidas de protección”.* En efecto, como podemos ver del contenido de la sentencia que aquí nos ocupa, el juzgador en este caso valoró efectivamente que el supuesto subyacente estaba dentro de los parámetros de esta circular, dado que como lo expresaba la madre y la propia hermana del aquí justiciable, éste ha estado expuesto a un prolongado consumo de droga desde su niñez, tal y como lo valora el *a quo* en la sentencia al decir: *“* *Aunado a lo anterior, en el presente asunto, el imputado es reconocido como una persona adicta a las drogas de uso no permitido como marihuana y crack, ello de desprende de la declaración tanto de la madre del imputado como de su señora hermana. Sobre este punto declararó doña [Nombre 001]: "... el problema de mi hijo son la drogas... [Nombre 010] es adicto a la piedra, desde que tenía quince años se metió en eso. No lo veo desde que está preso. Yo ahora lo veo demasiado bien, me duele mucho decirlo pero es mejor que este ahí, porque no anda en la calle aguantando hambre. [Nombre 010] en ese momento cuando me dio el empujón era un cadáver legítimo, en algunas ocasiones andaba limpio y en otras sucio... La droga lo ha hecho violento y agresivo..."*

*Mientras que la deponente [Nombre 003]****,*** *sobre ese extremo declaró: "...El consume desde hace mucho...Estaba más flaco, más descuidado, se ve más recuperado más bonito... Yo le he visto la marihuana y la piedra..." Mientras que los policías don William Ramírez Picado y Rafael Abarca Jiménez c.c. Abarca Hurtado, lo conocen como una persona adicta, al que incluso han detenido con droga. Ahora bien, existe una recomendación del Consejo Superior, específicamente la 60-2015, y que se refiere al abordaje en casos de violencia doméstica donde se presumen el agresor cuenta con alteración mental o una enfermedad psicosocial y se duda de su comprensión para el cumplimiento de medidas de protección que se ordenan en aquella materia. Incluso para lo que interesa en el inciso f) de la circular en mención, se dan una serie de recomendaciones para el momento de la notificación del auto inicial (en la que se imponen medidas a cargo del supuesto agresor). Sobretodo cuando en el caso de marras se informó por la propia ofendida, al momento de instaurar el proceso de violencia doméstica, que su hijo, el aquí imputado es adicto a las drogas desde los quince años (actualmente tiene 24 años), por lo que eventualmente al momento de que se le notifican las medidas no era posible determinar si estaba bajo los efectos de alguna droga que le impidiera conocer y comprender los alcances de la notificación que se le habría realizado. En el presente caso se asentúa esa duda cuando el acta de notificación no fue confeccionada en los términos que señala la ley especial. Ante las anteriores consideraciones, y considerando la ineficacia del acta de notificación, lo que resulta trascendental, pues carece de interés analizar el resto de prueba documental y testimonial referente a los supuestos incumplimientos de medidas de protección que acusaba el Ministerio Público, y referidos a los hechos enmarcados en la acusación del primero al segundo, parcialmente los hechos tercero y cuarto, así como la totalidad del sétimo, …”* (Confrontar sentencia en archivo digital, folios 27 y 28, la transcripción es literal). Es claro así que el juzgador alude a la aplicación de la relacionada circular y en específico al inciso f) de la misma, cuyo contenido literal expresa: *"f) Al momento de notificar ese auto inicial, de acuerdo a las circunstancias del caso, la persona juzgadora puede hacerse acompañar del psicólogo del Departamento de Trabajo Social y Psicología de la institución, con la finalidad de asegurarse que el acto procesal es válido y la persona con aparente discapacidad psicosocial, comprende las medidas de protección que fueron dispuestas para su cumplimiento. Se estima que el o la profesional en psicología no tiene competencia “para asegurarse que el acto procesal es válido” y en el caso de “asegurarse que comprende las medidas de protección que fueron dispuestas para su cumplimiento”, esto solo puede ser concluido mediante la valoración indicada en el punto B".* Podemos percatarnos así que, la objeción que realiza el aquí recurrente en su recurso de apelación de sentencia no es precisa, pues, alude a la conducta procesal del juzgador de no admitir en la sede de juicio una valoración pericial del imputado, aspecto que no es al que alude la relacionada circular y que fue el fundamento para la absolutoria que se esgrimiera en la sentencia y es que, en efecto, el Consejo Superior ha recogido en esta circular un aspecto que esencialmente se ha hecho notar en las resoluciones o jurisprudencia de los Tribunales de Apelación del país, concretamente en las dificultades que presenta, desde el punto de vista de valoración de los aspectos dogmáticos, el hecho de que el sujeto agente de este tipo de delincuencias carezca o tenga disminuidas sus facultades mentales superiores no al momento de la ejecución del hecho delictivo (desobediencia a la orden emanada por la autoridad judicial), sino, concretamente al momento de ser impuesto de sus obligaciones a través de la notificación de las medidas de protección emanadas de la autoridad judicial respectiva, sobre todo porque, como en el caso que aquí ocupa, los antecedentes personales del implicado, podrían revelar la presunción de alteraciones al nivel psíquico, que podría poner en duda su capacidad del imponerse del contenido de la orden. Es precisamente ese el punto medular del presente asunto, en el cual el juzgador hace ver la imposibilidad de tener certeza sobre este aspecto esencial, pues es claro que los antecedentes del aquí justiciable revelan una prolongada exposición a las drogas y un progresivo deterioro de sus facultades que no sé sabe en qué medida llegaron a afectar su nivel de comprensión intelectiva en el momento en que recibió la notificación de las medidas de protección, para ello, la recomendación que hace la circular del Consejo Superior es que valorando esos antecedentes del eventual agresor, en el momento en que se le van a notificar las respectivas medidas de protección, sea valorado por un experto en la materia, que pueda determinar si éste efectivamente ha interiorizado el contenido del mandato respectivo, para saber así si con posterioridad podría responder penalmente. Evidentemente esa valoración que es mucho muy anterior al momento del juicio oral y público es la que extraña el juzgador, por cuanto no se llevó a cabo y estima esta Cámara de Apelación de Sentencia que es adecuada su derivación cuando establece que con base en los antecedentes del caso y los defectos formales que existieron al momento de la notificación de ese acto que le imponía de las medidas de protección, resulta insuficiente el material probatorio con que contó para poder responsabilizar penalmente por los incumplimientos de medidas que le fueron imputados. Por lo dicho, lo procedente es declarar sin lugar el recurso de apelación deducido por el representante del Ministerio Público.-

**POR TANTO:**

Se declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público.-

**NOTIFÍQUESE.-**

**Jorge Luis Morales García**

**María Gabriela Rodríguez Morales Martín Alfonso Rodríguez Miranda**

**Jueces y Jueza de Apelación de Sentencia**

**Exp: 14-001406-0306-PE**

**Delito: Incumplimiento de una medida de protección**

**Contra:** [Nombre 010]

**Ofendida: [Nombre 001] y otros**

**………………………………………………………………………………………………………………………………………**

**Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela, Sección Segunda.**

**Res: 2016-0104.**

**Palabras clave:** unidad de acción en el delito de incumplimiento de medidas de protección.

**Resumen:** Se establece la unidad de acción en el delito de incumplimiento de medidas de protección, recayendo la importancia en el análisis de la intencionalidad del sujeto y no en la cantidad material de “actos” que haya realizado el agente y tampoco centrándose en si estos fueron simultáneos en sentido estricto o no.

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN SEGUNDA.** San Ramón **,** a las once horas cincuenta y cinco minutos del veintiocho de enero de dos mil dieciséis.

**RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA** interpuesto en la presente causa seguida contra **VICTOR HUGO ARAYA JIMÉNEZ**, por el delito de **INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN** en perjuicio de [Nombre 001] **.** 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 Wendy Barquero Valverde, en calidad de defensora pública del encartado Víctor Hugo Araya Jiménez.

**RESULTANDO:**

**1.-**

Que mediante sentencia de manera oral número **2015-00485** , de las catorce horas del diecisiete de julio de dos mil quince, el Tribunal de Juicio de San Carlos, resolvió: *"* **POR TANTO*:*** *De conformidad con lo expuesto, leyes citadas y artículos 39 de la Constitución Política; 1, 22, 30, 31, 45, 59, 60 y 71 del Código Penal; 2, 9, 11 y 43 de la Ley de Penalización de Violencia contra Las Mujeres, 360, 361, 363, 364, 367 del Código Procesal Penal, este Tribunal resuelve: Se declara al imputado* ***V.H.A.J*** *autor responsable de haber cometido* ***TRES DELITOS*** *de* ***INCUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN*** *, en perjuicio de* ***LA AUTORIDAD PÚBLICA*** *y de [Nombre 004]* *, en concurso material y por ello se le impone una pena de* ***SEIS MESES DE PRISIÓN POR CADA UNO DE ELLOS PARA UN TOTAL DE UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN.*** *Pena que deberá descontar en el establecimiento carcelario respectivo, previo abono de la preventiva que hubiere sufrido. En virtud de el sentenciado reúne los requisitos de ley se le concede el beneficio de ejecución condicional de la pena, por un período de* ***tres años*** *, bajo la advertencia de que sí en ese lapso comete nuevo delito doloso, que resulte sancionado con una pena superior a* ***seis meses de prisión,*** *le será revocado dicho beneficio. Igualmente se le impone como condición al aquí imputado, para el otorgamiento aquí dicho, el no acercarse, molestar, perturbar o inquietar a la señora [Nombre 001] o a su grupo familiar, igualmente se le prohibe el acceso al domicilio permanente o temporal de la ofendida ya dicha, así como su lugar de trabajo o estudio, no pudiéndose acercar a ella a menos de una distancia de trescientos metros, o a la casa de la misma, sólo se le permitirá acercarse al domicilio de la agraviada, en caso de que exista una orden de un juez de la República que así lo faculte, condiciones que deberá cumplir por el termino de tres años, apercibiéndolo de que en caso de que no cumpla, la gracia conferida le podrá ser revocada. Firme este fallo, inscríbase en el Registro Judicial y remítanse los testimonios de sentencia a las autoridades respectivas. Se resuelve el presente asunto, sin especial condenatoria en costas. Son los gastos del proceso a cargo del Estado.* ***ANTONIO BARRANTES TORRES - DECISOR****".*

**2.-**

Que contra el anterior pronunciamiento, s e apersona en Apelación de Sentencia, la licenciada Wendy Barquero Valverde, en calidad de defensora pública del encartado V.H.A.J.

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

**CONSIDERANDO:**

**I.** En memorial visible a folio 8 del expediente virtual, la licenciada Wendy Barquero Valverde, defensora pública del imputado V.H.A.J., formula recurso de apelación contra la sentencia número 485-2015 emitida a las 14:00 horas del 17 de julio de 2015 por el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de Alajuela la cual le condena por tres delitos de Incumplimiento de Medida de Protección. En el **único motivo** de impugnación, con sustento en los artículos 59, 60,61, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78 y 79 del Código Procesal Penal, 9, 10, 11, 13, 16 inciso b) de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, se queja de la **falta de fundamentación de la pena impuesta**. En concreto afirma que no comparte la fundamentación expuesta por el *a quo* para no imponer la pena alternativa del numeral 9 de la ley especial propuesta por la defensa. Señala que en el apartado IV de la resolución oral cuestionada, a partir del minuto 15:04:15, el juzgador justificó la imposición de seis meses de prisión por cada delito para un total de un año y seis meses de prisión, bajo el argumento de que el imputado era una persona con estudios escolares y además había realizado los hechos en presencia de sus hijos. Discrepa de dicho fundamento por cuanto la resocialización del acusado podía lograrse de mejor manera con una pena alternativa, ya que en esta clase de delincuencia tienen gran influencia los factores sociales y familiares lo que hace deseable que la persona sentenciada se someta a un abordaje completo de instituciones gubernamentales como la Caja Costarricense del Seguro Social, IAFA, PANI u otras semejantes, pero no imponer una pena privativa de libertad. Menciona también, que el imputado es un hombre de 37 años de edad con una débil escolaridad, agricultor, actualmente separado de la ofendida y padre de tres menores de edad, así como que tales circunstancias justificaban la imposición de una pena alternativa por garantizar de mejor manera su efectiva resocialización. Como agravio señala que a su representado se le impuso la más grave de las penas a pesar de resultar merecedor de una sanción que no pusiera en peligro su libertad y la estabilidad familiar. Solicita se acoja el recurso y se ordene el reenvió de la causa para nueva sustanciación respecto a ese extremo.

**II. El reclamo es procedente.** La exposición de los motivos que llevaron al juzgador de instancia a inclinarse por rechazar la solicitud de la defensora pública de imponer las penas alternativas previstas en los numerales 9 y 11 de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, se aprecia en el archivo digital c0000150717150000 a partir de las 15:00 horas en el contador horario. En síntesis afirmó el *a quo* en sustento de su decisión, que el imputado Víctor Hugo Araya Jiménez no era *"merecedor"* de la pena alternativa porque *"sabía que no tenía que llegar a la casa de la ofendida, ni perturbarla y aún así lo hizo"*. También acotó que la decisión de imponer la pena alternativa es facultativa del juez y que en el caso concreto, la circunstancia de que el acusado incumplió la medida de protección *"diciendo delante de sus hijos palabras que no tenía que decir"* , aunada a que se trataba de una persona con educación escolar y cierto conocimiento jurídico -el cual derivó del hecho de que el acusado reconoció que había contado con el asesoramiento de un abogado para que le tramitara un régimen de visitas-, le llevaron a considerar que la pena a imponer debía ser más bien la de seis meses de prisión, así como que por ser este extremo punitivo el mínimo previsto por ley no requería de mayor fundamento. Razonó también que en la especie los hechos demostrados debían ser calificados como tres delitos de incumplimiento de medida de protección, afirmando que el primero de ellos se produjo cuando el acusado se acercó a una distancia menor a los trescientos metros, concretamente, frente a la casa de habitación de la ofendida [Nombre 004] y desde ahí la increpó diciéndole que ella metía *"queridos"* a la casa al ver que se encontraba dentro un amigo suyo de nombre Francisco. El segundo hecho, según su razonamiento, se configuró cuando *"minutos después* " el imputado llamó a la víctima por teléfono y le preguntó si ya Francisco se había ido. Mientras que el último hecho aconteció cuando, también minutos después, el acusado se presenta de nuevo a la casa y desde afuera le hace una seña amenazante con uno de sus dedos. Para el juzgador, tal supuesto fáctico constituye un concurso material por tratarse de acciones que no fueron realizadas "simultaneamente". Tal razonamiento resulta incorrecto, por cuanto, como se deriva sin dificultad de la propia relación de hechos probados en que se basó la decisión cuestionada, en realidad nos encontramos ante un solo hecho que constituye un único incumplimiento a la orden emanada del Juzgado contra la Violencia Doméstica. En efecto, conforme a la argumentación del juzgador, el acusado V.H.A.J.se presentó a la casa de la ofendida [Nombre 001], pese a que había sido notificado que no podía acercarse a menos de 300 metros. En esa oportunidad, al comprobar que dentro de la vivienda se encontraba un amigo de la ofendida de nombre F.S.U, la increpa diciéndole que ella metía *"queridos"* en la casa. Luego se retira y la llama por teléfono minutos después, preguntándole precisamente que si el hombre que tenía dentro de la casa se había retirado, es decir, el mismo Francisco. Finalmente, también minutos después, se presentó de nuevo en las afueras de la residencia de la afectada y le hizo un gesto amenazante con un dedo. Tales acciones, aunque ciertamente no son "simultáneas", no permiten considerar la existencia de tres acciones independientes entre sí. Por el contrario, si conforme a la argumentación del *a quo,* la molestia del acusado V.H.A.J.se originó en la presencia de un tercero en la casa de la ofendida, y a raíz de ello la increpó con la intención de que esta persona saliera de la casa, es claro que todo su accionar estuvo conducido a ese único propósito. Así, debe entenderse que al retirarse de la casa, luego de haberle recriminado que *"metía queridos",* no finalizó en su actuar sino que de inmediato la llamó por teléfono, precisamente para confirmar si había accedido a su pedido de sacar al tercero y más aún, se devolvió a la casa para ratificarlo personalmente. De manera que, al contrario de lo afirmado por el *a quo,* existió una única acción tendiente a lograr que el tercero de nombre Francisco saliera de la casa de la afectada para lo cual le cuestionó su ingresó diciéndole que *"metía queridos"*, luego la llamó para confirmar que esta persona ya se había retirado y finalmente, se presentó de nuevo a la casa con este propósito. Por otra parte, es claro que la errada calificación legal atribuida al hecho por el *a quo,* le llevó a errar igualmente en la individualización de la pena. A este respecto se aprecia, además, que el razonamiento del juzgador de instancia es absolutamente ayuno de fundamento en lo que se refiere a la negativa de imponer la pena alternativa solicitada por la defensora pública, pese a reunir el condenado los requisitos establecidos por los numerales 9 y 11 de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, pues se limitó a reiterar las condiciones de modo tiempo y lugar en que se produjo el hecho, como en lo que respecta a que los hechos se dieron en presencia de uno de los hijos de la pareja, sin llegar a exponer porqué tales circunstancias justificaban el rechazo de la pena alternativa propuesta. En esas condiciones, por lo expuesto corresponde declarar con lugar el recurso y recalificar los hechos tenidos por demostrados a un único delito de Incumplimiento de Medida de Protección, como consecuencia de ello se anula la sentencia impugnada y se ordena el reenvió de la causa únicamente en lo que la individualización de la pena se refiere y la valoración de la imposición de una pena alterna, conforme lo prevé la normativa.

**POR TANTO**

Se declara con lugar el recurso interpuesto por la defensora pública del imputado y se recalifican los hechos tenidos por demostrado a un único delito de Incumplimiento de una Medida de Protección. Asimismo, se anula la pena impuesta y se ordena el reenvió de la causa únicamente respecto a la individualización de la pena, así como para que se valore la imposición de una pena alterna. En lo demás el fallo se mantiene incólume. Notifíquese.

**Gabriela Rodríguez Morales**

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

**Jueza y Jueces de Apelación de Sentencia**

**Exp: 13-001267-0306-PE**

**Delito: Incumplimiento de una medida de protección**

**Contra:** V.H.A.J. **Ofendida: [Nombre 001]**

…………………………………………………………………………………………………………………………………………

**Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.**

**Res: 2016-0479.**

**Palabras clave:** estado de necesidad justificante – preponderancia del bien jurídico integridad física sobre el de autoridad pública-

**Resumen:** Se realiza un análisis en el que se determina que ante una colisión de bienes jurídicos, en especial en aquellos en los que se sancionan delitos de carácter pluriofensivo, se debe dar una preponderancia a la integridad física, siendo que si esta se ve amenazada por alguna circunstancia, puede estarse en presencia de una causa de justificación, como lo sería el estado de necesidad, si aquel obligado a cumplir las medidas puede proteger la integridad de la persona ofendida.

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL** . **Segundo Circuito Judicial de San José**. Goicoechea, a las catorce horas quince minutos, del treinta de marzo de dos mil dieciséis.-

**RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 007], mayor, [...]; por el delito de **DESOBEDIENCIA**, en perjuicio de [Nombre 001]**.** Intervienen en la decisión del recurso, el juez Ronald Cortés Coto, y las co-juezas Laura Murillo Mora y Rosa María Acón Ng. Se apersonó en esta sede la licenciada Paula Aragón Gómez, como representante del Ministerio Público, la licenciada Carolina Campos Camacho, en su condición de fiscal de la Unidad de Impugnaciones del Ministerio Público, y la licenciada Susana Araya Orozco, en calidad de defensora pública del encartado.

**RESULTANDO:**

**I.-**

Que mediante sentencia número 402-2015, de las dieciséis horas, del veintinueve de mayo de dos mil quince, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, Sección Flagrancia, resolvió: **"POR TANTO:** *De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política, artículos 1, 27, 30, 45 del Código Penal; articulo 43 y 46 de la Ley de Protección de Penalización de Violencia contra las Mujeres, articulo 3 de la Ley de Violencia Domestica; artículos 1, 4, 5, 6, 9, 141, 142, 144, 184, 265, 360, 361, 363, 364, 365 y 366 del Código Procesal Penal,, por considerar que el encartado actuó bajo una causa de justificación al incumplir las medidas de protección giradas en su contra, propiamente ante un estado de necesidad, se ABSUELVE de toda pena y responsabilidad a [Nombre 007] por el delito de INCUMPLIMIENTO A UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN que se le venía atribuyendo en perjuicio de la AUTORIDAD PUBLICA Y [Nombre 001]. Se resuelve la presente causa sin especial condenatoria en costas, son los gastos del proceso a cargo del estado. Se levanta cualquier medida cautelar que se hubiese dictado en contra del imputado en caso de que las hubiere. Quedan en este acto notificadas las partes y queda a su disposición el medio digital en el cual consta la totalidad de la sentencia. Ha motivado la sentencia* **.-**

**( sic., )" .**

**II.-**

Que contra el anterior pronunciamiento interpuso recurso de apelación la licenciada Paula Aragón Gómez, como representante del Ministerio Público.

**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 el Juez de Apelación de Sentencia Penal ***Cortés Coto*** y,

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

En **su único motivo de apelación,** la Fiscal Auxiliar de Flagrancias licenciada Paula Aragón Gómez, aduce inconformidad con la valoración probatoria, concretamente por existir falta de fundamentación intelectiva y errónea aplicación de una causa de justificación. Acusa que pese a que el Tribunal tiene por acreditados los hechos, aplicó una causa de justificación, en concreto el estado de necesidad justificante. Afirma que la Jueza pese a sostener que el peligro que se alegó por parte de la ofendida y de su hijo no era actual, sí era inminente dado que el hermano del imputado podía llegar a agredirla a la casa. Que hay colisión de bienes jurídicos entre la autoridad pública y la integridad física de la ofendida. Indica que el Tribunal afirmó que solo el encartado podía ayudarla de acuerdo al testimonio de la ofendida. Argumenta que se violentan las reglas de la sana crítica dado que de acuerdo al expediente de medidas de protección por violencia doméstica y el registro de llamadas del 911, así como la declaración del oficial de policía, no existe duda del incumplimiento de las medidas de protección. Fustiga que no es cierto lo que indica la ofendida de que su hijo llegó a protegerla, dado que de haber sido así, la policía no hubiera tenido que esperar a que se vistiera como indicó el oficial. Además, arguye que en los datos de identificación el encartado dijo que tenía cinco años de vivir en el domicilio de su madre, por ende no es de recibo, según la Fiscal, el concluir que el encartado llegó a la casa de la ofendida a protegerla. Considera que el endilgado ya estaba en la casa incumpliendo las medidas de protección. Solicita se anule la sentencia y se ordene el reenvío a nuevo juicio. **El reclamo se rechaza.** Esta Cámara considera que el Tribunal de Juicio valoró en forma correcta la prueba recibida y concluyó acertadamente en la concurrencia de un estado de necesidad justificante en el presente asunto. Tal y como lo acepta la Fiscalía en este caso el Tribunal tuvo por demostrado el hecho acusado. La sentencia oral en su secuencia del 29 de mayo de 2015, 16:35:22 a 16:43:37, expone que los hechos se demostraron por cuanto efectivamente conforme a lo declarado por la ofendida, el imputado, el oficial de policía y conforme consta en el expediente de violencia doméstica, las medidas de protección estaban vigentes cuando el encartado fue hallado dentro del domicilio de la víctima, quien era la madre del encartado de nombre [Nombre 001]. Todo lo cual le estaba prohibido por la orden judicial. Por ello, la juzgadora indica que el hecho es típico. El argumento de la recurrente en el sentido de que del expediente de violencia doméstica y del testimonio del oficial de policía Alexander Bolaños, se desprende que las medidas fueron incumplidas no tiene incidencia alguna en la conclusión del Tribunal para absolver al encartado. Ahora bien, la ofendida [Nombre 001] dijo que ella llamó a su hijo, el aquí encartado [Nombre 007], por cuanto su otro hijo [Nombre 009], ingresó a su casa rompiendo una platina, y la estaba perturbando y agrediendo. Es una persona, al decir de la víctima, que llega a robarse cosas, le quita el dinero, y ese día estaba tratando de llevarse un televisor y el imputado intentaba evitarlo. Afirma el fallo que la ofendida quien es una persona no vidente, de la tercera edad, llamó a su hijo por cuanto la Policía se lo recomendó, y era quien la podía defender en ese momento. Con base en ello, es que la sentencia concluye que la acción del encartado está cubierta por un estado de necesidad justificante. Se afirma en el fallo según secuencias 16:49:04 a 16:54:28 que antes de que el imputado llegara, el hermano de éste estaba agrediendo a su madre. Que la ofendida es una persona no vidente, que estaba en permanente riesgo, sobre todo porque el hermano del encartado de nombre [Nombre 009], dejó abierta la puerta. Se fue pero podía volver a llegar, lo cual de hecho hizo por cuanto consta en la declaración del oficial de policía Alexander Bolaños que fue detenido en la casa luego de que un vecino llamó al 911. Están presentes los elementos de la causa de justificación regulada en el artículo 27 del Código Penal. A saber, había peligro para un bien jurídico de mayor entidad ( integridad física de la ofendida), frente a la autoridad pública. El peligro era actual e inminente. Si bien la Jueza indica en la sentencia que el peligro no era actual entrando en alguna confusión, de sus conclusiones y de la prueba recibida evidencia que si lo era. Nótese que la sentencia indica que el peligro era permanente por la condición de la ofendida (discapacidad visual, de la tercera edad), el hecho de que el hermano del imputado la estaba agrediendo, y podía volver en cualquier momento a agredirla sin que esta por su condición pudiera defenderse. La sentencia además indica que las medidas de protección contra [Nombre 009], estaban vencidas, por ello, según la víctima, el policía le aconseja que si algún hijo le puede ayudar a protegerla. Y así lo hace ella llamando al imputado. De igual forma el peligro era inminente, el hermano del encartado, la había agredido, tiene problemas de drogas, y le roba constantemente a su madre. En tanto, según se desprende del expediente de violencia doméstica, el encartado se ha rehabilitado y no había vuelto a molestar a su madre ( cfr, folios 37 a 43). El encartado no lo provocó voluntariamente. Y por último, el peligro no era evitable de otra manera al menos de forma inmediata. Sabemos por regla de experiencia, que en un mundo ideal la policía debería acudir ante una llamada de emergencia del 911 por violencia doméstica en minutos, pero la realidad es otra. Muchas veces tarda hasta media hora o más. En este caso, la ofendida es una mujer de la tercera edad, no vidente, lo cual la hacía sumamente vulnerable ante su hijo, quien es agresivo y con problemas de drogas. Su otro hijo, acude en su ayuda ante el pedido de su madre, lo cual es lógico y comprensible. El Tribunal le dio plena credibilidad a la ofendida en cuanto manifestó que ella por consejo del oficial de Policía de apellido XXX, llamó a su hijo para que la protegiera. La Fiscalía argumenta que de la prueba documental quedó claro que ya el imputado estaba allí desde hacía días pues dio ese domicilio en su indagatoria lo cual significa que estaba incumpliendo las medidas. Sin embargo, ello no es claro, dado que como se observa en el acta de audiencia inicial el encartado señaló como su domicilio Alajuelita, de la Iglesia 400 metros norte casa blanca color negro le pertenece al Patrón XX. Si bien luego en el juicio dijo que tenía cinco años de vivir en casa de su madre, ello solo puede ser una manera de indicar que es su domicilio normal, cuando las medidas venzan. Finalmente, el hecho de que estuviera a medio vestir en el momento en que llegaron los policías ante la llamada al 911 que hizo una vecina, ello no demuestra más que el hecho narrado por la ofendida, en el sentido de que el encartado se quedó en su casa luego del llamado que ella le hizo por cuanto como lo dice la sentencia, [Nombre 009] continuaba perturbando a la víctima tratando de llevarse el televisor y molestando, por ello es que el peligro continuaba siendo actual e inminente, por la condición del hermano del encartado, y la de la señora [Nombre 001]. Por lo anterior, a juicio de esta Cámara, la sentencia no riñe en su fundamentación con las reglas de la sana crítica. Por ende, se declara sin lugar el recurso de apelación presentado por el Ministerio Público.

**POR TANTO:**

Se declara sin lugar el recurso de apelación presentado por el Ministerio Público. **NOTIFÍQUESE.-**

***Ronald Cortés Coto***

***Laura Murillo Mora Rosa María Acón Ng***

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

*Expediente : 15-000504-1283-PE (14)*

*Imputado : [Nombre 007]*

*Ofendido : [Nombre 001]*

*Delito : DESOBEDIENCIA*

…………………………………………………………………………………………………………………………………………..

**Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.**

**Resolución: 2016-1128.**

**Palabras clave:** interpretación de los instrumentos internacionales en tema de violencia contra las mujeres -debido proceso - norma penal más favorable - retroactividad e irretroactividad - derecho de defensa- principio de correlación entre acusación y sentencia – gananciales - tipicidad del delito de falsedad ideológica.

**Resumen:** se analiza la debida interpretación de los instrumentos internacionales en tema de violencia contra las mujeres, además, se presentan aspectos esenciales del debido proceso como lo son por ejemplo la norma penal más favorable, retroactividad e irretroactividad, derecho de defensa, principio de correlación entre acusación y sentencia. Por otro lado, se explora y explica el concepto de gananciales, así como, la tipicidad del delito de falsedad ideológica.

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL.** **Segundo Circuito Judicial de San José.** Goicoechea, a las nueve horas con cincuenta minutos del tres de agosto de dos mil dieciséis.

**RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos en la presente causa seguida contra [Nombre 005], quien es [...], por los delitos de **FRAUDE DE SIMULACIÓN** y **OTROS**, en perjuicio de [Nombre 001]. Intervienen en la decisión del recurso, las juezas Rosaura Chinchilla Calderón, Ana Isabel Solís Zamora y Marianela Corrales Pampillo. Se apersonaron en esta sede, el licenciado Carlos Alberto Arias Núñez y la licenciada Teresita Rodríguez Arroyo como abogados de la parte querellante y actora civil, esta última en su condición de ofendida, el licenciado Adán Carmona Pérez, defensor público del encartado y el licenciado Luis Alonso Bonilla Guzmán, fiscal del Ministerio Público y,

**RESULTANDO:**

**I.-**

Que mediante sentencia Nº 517-2016 de las ocho horas con treinta minutos del veinte de mayo de dos mil dieciséis, 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; 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 22, 76 30, 31, 45, 74,71, 216, 217, 218, del Código Penal; 37 y 38 de la Ley de Penalización de Violencia contra las mujeres; 1 a 15, 37 a 41, 59 a 63, 141, 142, 143, 265 a 270, 360 a 368, 103 del Código procesal penal; normas vigentes sobre reparación civil del Código Penal de 1941, 1045 del Código Civil; 221 a 234 del Código Procesal Civil,18 del decreto Ejecutivo No. 32493 del 9 de marzo de 2005; EN RELACIÓN A LA ACCIÓN PENAL: Por mayoría: SE ABSUELVE DE TODA PENA Y RESPONSABILIDAD, A [Nombre 005] de los delitos de FRAUDE DE SIMULACIÓN, ESTELIONATO Y DISTRACCIÓN DE LAS UTILIDADES DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS FAMILIARES ASÍ RECALIFICADO, delitos cometidos en perjuicio de [Nombre 001]. Por unanimidad: Se declara a [Nombre 005] autor responsable de un delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA cometido en perjuicio de La Fe Pública y en tal concepto se le impone el tanto de UN AÑO DE PRISIÓN. Se confiere al condenado el beneficio de ejecución condicional de la pena, por un término de tres años, período durante el cual no podrá cometer delito doloso sancionado con más de seis meses de prisión, de lo contrario deberá cumplir la pena de prisión impuesta. EN RELACIÓN A LA ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA. Por encontrarse prescrita, se declara sin lugar la acción civil resarcitoria incoada por [Nombre 001] contra [Nombre 005]. Fallo que en lo civil se emite sin especial condena en costas. VOTO SALVADO DEL JUEZ RIVERA SOLANO: EN RELACIÓN A LA ACCIÓN PENAL: SE DECLARA A [Nombre 005] AUTOR RESPONSABLE de un delito de ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA y dos DELITOS ESTELIONATO, cometidos en concurso material, en perjuicio de [Nombre 001] y en tal concepto se le impone el tanto de un año de prisión por cada uno de ellos. Para un total de pena a IMPONER DE CUATRO AÑOS DE PRISIÓN readecuados AL TANTO DE TRES AÑOS DE PRISIÓN en aplicación de las reglas de penalidad del concurso material. Se confiere al condenado el beneficio de ejecución condicional de la pena, por un término de tres años, período durante el cual no podrá cometer delito doloso sancionado con más de seis meses de prisión, de lo contrario deberá cumplir la pena de prisión impuesta. Se declara PARCIALMENTE CON LUGAR la acción civil resarcitoria incoada por [Nombre 001] y se condena civilmente al demandado [Nombre 005] al pago de los siguientes rubros: a.- Por daño material la suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS COLONES (6,871.500); b.- Por daño moral la suma de UN MILLÓN DE COLONES (1,000.000) para un total de SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS COLONES (7,871,500), suma sobre la que devengarán intereses de ley a partir de la firmeza del fallo y hasta su efectivo pago; c.- Por costas la suma de un millón quinientos setenta y cuatro mil trescientos colones (1,574300). Se ORDENA el depósito de las sumas supra acordadas en la cuenta corriente del Tribunal con el Banco de Costa Rica CON EL NUMERO DE ESTE EXPEDIENTE dentro del plazo de QUINCE DÍAS a partir de la firmeza de este fallo, caso contrario deberán las partes acudir a la vía civil en defensa de sus intereses. Son los gastos del proceso penal a cargo del Estado. Una vez firme la sentencia inscríbase en el Registro Judicial de delincuentes y envíense los testimonios de estilo para ante el Juzgado de Ejecución de la Pena y el Instituto Nacional de Criminología para lo de sus cargos. Mediante lectura notifíquese. Manuel Rivera Solano Laura Sánchez Sánchez. Carmen María Peraza Segura"* (sic, folios 1297 a 1359 del tomo III del expediente principal).

**II.-**

Que contra el anterior pronunciamiento, los licenciados Carlos Alberto Arias Núñez, como abogado de la parte querellante y actora civil, y Adán Carmona Pérez, en su condición de defensor público del encartado, interpusieron los recursos que aquí se conocen.

**III.-**

Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código Procesal Penal *(reformado por leyes Nº 8837 y Nº 9021 y siguiendo la numeración indicada en la Fe de Erratas adoptada mediante acuerdo del directorio legislativo publicado en La Gaceta Nº 51 del 12 de marzo de 2012, que es la que se usará en este texto)* , el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en las impugnaciones.

**IV.-**

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

Redacta la jueza***Chinchilla Calderón***, y;

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

El licenciado Carlos Alberto Arias Núñez como abogado de la querellante y actora civil [Nombre 001], presentó recurso de apelación de sentencia contra la decisión que, por mayoría, absolviera al encartado por el delito de fraude de simulación acusado como cometido en contra de su representada y declarara sin lugar la demanda civil. Pide que dicha resolución sea revocada y, desde esta sede, se condene al procesado por los delitos de administración fraudulenta y dos estelionatos mayores y se ordene el reenvío para que se imponga la sanción penal y se fijen los aspectos civiles reclamados. Como **primer apartado** de su recurso reprocha que la decisión mayoritaria inaplicó el artículo 222 del Código Penal y aplicó incorrectamente el numeral 12 de ese mismo cuerpo normativo en relación con el artículo 38 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Señala el recurrente que la mayoría del Tribunal de instancia aplicó la última normativa aduciendo que se trataba de una norma especial posterior más beneficiosa, pero no se efectuó un análisis minucioso del caso para determinar si esa norma efectivamente contenía, en un todo, a la especie fáctica de que aquí se trata, sino que se recurrió a un análisis simplista que lesiona *"el verdadero acceso a la justicia"* (folio 1366). Refiere que la conducta acreditada por unanimidad (referente a que el encartado abrió, con la ofendida, una cuenta mancomunada en la Conferencia Nacional de Servicios Pastorales en donde depositó una suma millonaria obtenida de un préstamo hipotecario en que se dio en garantía la casa de habitación familiar para adquirir un vehículo del año pero luego, a espaldas de la afectada, sacó el dinero y le dio un uso discrecional, perjudicando a la denunciante) reunía los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Administración Fraudulenta pero la mayoría de los jueces de instancia, sin más análisis que decir que debía usarse la ley penal posterior más beneficiosa, readecuó la calificación legal al delito de "*Distracción de utilidades de las actividades económicas familiares*" previsto en el numeral 38 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres y, al ser la pena más baja que el tipo penal inicial, se declaró prescrita la acción penal. Alega que se dio una aplicación mecánica de la normativa; que aquella conducta no encuadra en el tipo penal usado por la mayoría y que, dado que se trata de un asunto en donde hay violencia de género, debió aplicarse directamente la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, pues esas disposiciones mandan a que se deje de lado la normativa interna del Estado *"cuando una ley se contraponga a la tutela de la protección de bienes jurídicos fundamentales"* (folio 1368), por lo que no es posible usar las normas internas para despenalizar estas figuras. Agrega que los hechos querellados no contienen los elementos previstos en el artículo 38 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres y que, tal y como se señaló en el voto salvado, el dinero dispuesto y utilizado en forma abusiva por el encartado no podía, bajo ningún aspecto, considerarse proveniente de una actividad económica de la familia, ni correspondía a ganancias derivadas de esa actividad, sino que era un dinero en copropiedad del encartado y la denunciante. Considera que, con lo resuelto, se ha impedido resarcir el daño patrimonial causado y los perjuicios derivados del actuar del endilgado y pide la condena desde esta sede con el reenvío para la imposición de la pena y para que se resuelva lo relativo a la acción civil. Al contestar el recurso, el Ministerio Público se limitó a señalar lugar para atender sus notificaciones. Por su parte, el defensor público del acusado, pidió que se rechazara el recurso porque el delito de administración fraudulenta nunca fue descrito ni calificado así en la querella, sino que esta solo aludió al ilícito de estelionato y que *"...el ente acusador privado, ha tomado a lo largo del proceso penal posiciones realmente camaleónicas que se encuentran al límite de un fraude de ley. Veamos: iniciando este proceso penal, se formula querella, donde se trata de subsumir estos mismos hechos en un delito de fraude de simulación* (...) *posteriormente se presenta otra querella donde se reformula la primera querella y se acusa por un nuevo delito, ahora por estelionatos. Este último tipo penal, fue el defendido a 'capa y espada' en el juicio y, ahora, el querellante adopta sin mayor justificación la dirección del voto de minoría, sea encuadrar estos hechos en la delincuencia de administración fraudulenta"* (folio 1440 vuelto). Agrega que los hechos son atípicos de estelionato pues este delito, como lo ha referido la amplia jurisprudencia cuyos datos cita, requiere un acto o negocio jurídico previo, un precio y una garantía, nada de lo cual se da en la especie; tampoco se da la administración fraudulenta porque esta calificación es inverosímil y forzada, nunca se describieron los hechos de este delito en las acusaciones y el Tribunal de instancia no advirtió a las partes de una posible calificación en tal sentido, lo que generaría una afectación al derecho de defensa, a más de que su representado nunca tuvo una labor de administrador de la suma de dinero sino que tenía libre disposición de ella, pues era parte de su patrimonio y no ajena y tanto la ofendida como los hijos dijeron que el encartado dispuso de ese dinero con el beneplácito de la denunciante y que, en el peor de los casos, encuadran en el ilícito establecido por el voto de mayoría, de "distracción de utilidades de actividades económicas familiares", por lo que resultaba obligatorio aplicar la ley posterior más beneficiosa, conforme a precedentes de la Sala Tercera que cita. **El alegato no es procedente. (A)** En primer lugar es menester indicar que , al margen de lo que sobre el tema específico se va a resolver, para esta Cámara no resulta viable, en ningún caso, acoger un recurso de la parte acusadora ante una absolutoria impugnada y condenar desde esta sede. Si bien, teóricamente, la ley sí lo posibilitaría (artículo 465 párrafo tercero *in fine* del Código Procesal Penal) ya que, contra lo así resuelto cabría casación, ese, para ser un recurso efectivo al tenor de esa norma y de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Mauricio Herrera Ulloa contra Costa Rica, tendría que ser una casación amplia, como operaba antes. Empero, la misma autodenominada (porque no hubo ningún cambio legal que modificara el nombre) Sala de Casación Penal ha indicado que tal cosa no es posible (ver al respecto el voto número 2016-231 ) a más de que, en términos prácticos, se ha negado a ejercer esa función de revisión amplia y ha asumido para sí una función revisora formalista, al punto que la mayoría de los recursos (72% para el 2015) son declarados inadmisibles y los que se admiten son, en su gran mayoría, del ente acusador (ver informe de labores de la Sala Tercera en la página: http://sjoint01/observatoriojudicial/noticias\_judiciales/nj3.html ). De ese modo, acceder a la pretensión general que hace el recurrente (en el hipotético caso de que tuviera razón, lo que se verá enseguida) implicaría, por aquellas razones, negarle al encartado el derecho al recurso establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos: *“2. Toda persona* ***inculpada de delito*** *tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:* (…) *h) derecho* ***de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior****”* (la negrita es suplida), violentando normas básicas de derechos humanos por las que ya el país ha sido condenado, sin que sea solución a ese problema el que se ordenen reenvíos para la pena, pues el encartado ve impedida su posibilidad de cuestionar los argumentos que generaron la condena. A partir de estas premisas, entonces, solo podría, constatándose algún vicio en el razonamiento de instancia, declararse la nulidad de lo resuelto y ordenarse el reenvío, razonamiento que es válido para todas las peticiones que hace la parte querellante y que, para evitar reiteraciones innecesarias, se omitirá explicitar en otros apartes de su recurso, pero tampoco eso es procedente en este tema específico planteado. **(B)** Para analizar el reclamo planteado, debe partirse de los hechos acusados por la parte querellante pues, conforme se desarrollará luego, aunque hubo una acusación fiscal que contiene, en lo que interesa para este reclamo —no así para otros— los mismos hechos en esencia, el Ministerio Público no interpuso recurso de apelación contra la resolución de sobreseimiento oportunamente emitida, razón por la que no continuó con su pretensión punitiva y ello no podía ser revertido sin violentar el principio de prohibición de reforma en perjuicio, a más de que el ente fiscal ha reiterado, aún en el debate que originó este recurso, su p etición de absolutoria (ver folio 1758 vuelto) sin que, en esta oportunidad, tampoco, recurriera la absolutoria emitida por mayoría, de donde surge, entonces, la imposibilidad de apoyarse en dicha pieza fiscal a los efectos de establecer la correlación con lo atribuido. Fue así como la ofendida acusó: *“****Primero:*** *Que el día 6 de junio de 1981, contrajeron matrimonio* (…) [Nombre 005] *y la Querellante [Nombre 001]* (…) *Desde el inicio del matrimonio, la Querellante fue víctima constante de agresión psicológica y de infidelidad por parte del Querellado.* ***Segundo:*** *Que el día 22 de marzo de 1990, el Querellado [Nombre 005] adquiere del señor [Nombre 007], por medio de compra venta* (…) *por la suma de quinientos mil colones, la finca número [Valor 001], situada en el Distrito Tercero: Pozos, del Cantón de Santa Ana, San José, con una cabida de siete mil quinientos noventa y dos metros con once decímetros; bien que ingresa de manera adquisitiva al patrimonio familiar, con el esfuerzo de ambos cónyuges.* ***Tercero:*** *El Querellado [Nombre 005] labora en [...]. En el año 2002 el Querellado fue contratado como profesor del Idioma Inglés, por el Ministerio de Educación Pública adscrito al programa "Nuevas Oportunidades Educativas", lo que realizaba en jomada nocturna, en las instalaciones del Colegio Dos Cercas de Desamparados. En el año 2003 el Querellado alquila el derecho de explotación de una placa de taxi y posteriormente en fecha 24 de mayo de 2004 obtiene una concesión, la cual explota hasta el día de hoy como taxista. Durante todo este período los problemas familiares en el matrimonio se hicieron constantes; cada vez era mayor su negativa a cubrir las necesidades básicas del hogar, alegando falsamente dificultades económicas, lo que fue generando continuos roces familiares.* ***Cuarto:*** *En el mes de diciembre del año 2002, el Querellado [Nombre 005] continuando con el engaño a su víctima y aquí Querellante [Nombre 001] expresa falsamente su deseo de mejorar las relaciones familiares que ya estaban de por sí deterioradas y para unificar a la familia propone llevar a cabo la compra del vehículo Mitsubishi Montero GLS año 2003, placa [Valor 002], por la suma de dieciséis millones cuatrocientos setenta y seis mil quinientos setenta y cinco colones, para lo cual hizo un préstamo otorgando como garantía hipotecaria la casa de habitación de la familia [...]. Préstamo que formaliza ante el BAC San José, el 31 de enero del 2003, por un monto de noventa y cuatro mil setenta dólares* (…) *monto que fue superior al costo real del vehículo. El dinero restante, luego del pago de tal vehículo es depositado por el demandado en una cuenta en Servicios Pastorales de la Iglesia Católica (CECOR), sea la suma de trece millones setecientos cuarenta y tres mil colones.* ***Quinto:*** *En fecha 23 de setiembre del año 2003, en horas de la tarde, ante el reclamo de la Querellante [Nombre 001], por haber comprobado la infidelidad la agrede físicamente; lo que la obliga en fecha 24 de setiembre de ese año a interponer la respectiva denuncia, por Violencia Domestica* *l* *a cual se tramitó en expediente 03-000796-672-VD, imponiéndosele* (…) *al Querellado la obligación de salir del hogar por un período de siete meses. Sin que hubieren finalizado las medidas de protección impuestas, el señor [Nombre 005] llega a la casa en ausencia de la Querellante el día 14 de abril del año 2004 y trata de agredir al hijo de ambos de [Nombre 010], por lo que éste se vio obligado a llamar al 911 en su auxilio.* ***Sexto:*** *Al finalizar las medidas de protección impuestas, el Querellado fingiendo estar arrepentido y con la intención de tomar en inciertos y litigiosos los bienes adquiridos durante el matrimonio regresa a la casa, manifestando su deseo de reintegrarse para “salvar la familia”; por lo que la ofendida y Querellante decide darle la oportunidad de regresar al seno de la familia durante un tiempo prudencial, a fin de que cumpla su propuesta sin que en realidad la llegara a cumplir. Por el contrario, el 31 de diciembre del año 2004, estalla un nuevo episodio de violencia doméstica, donde el acusado intenta agredir a su [Nombre 010], ante lo cual se hacen llamados al 911, haciéndose presente la autoridad pública a la vivienda.* ***Sétimo:*** *Tres días después de ese incidente, el Querellado conociendo que la situación familiar empeoraba se apersona a Servicios Pastorales de la Iglesia y retira la suma de treinta y cuatro mil dólares, de la cuenta No.70405-6, por medio del cheque número 10245, de fecha 3 de enero de 2005, ocurriendo esto en el preciso momento en que el matrimonio venía sufriendo un quebranto evidente, que hacía vislumbrar la probabilidad cercana de la ruptura como finalmente sucedió. La intención de afectar los derechos patrimoniales que correspondían a la ofendida en este caso se concretó con el apoderamiento del dinero que como bien ganancial tendría que haber sido repartido, según la ley. Pese a haber retirado tal cantidad de dinero el Querellado alegando no tenerlo, y continuando con el maltrato psicológico obligó a la Querellante a buscar trabajo, para el sostén de la familia* (…)***Octavo:*** *Siguiendo con su plan delictivo, el Querellante le advierte a la señora [Nombre 001] que busque un abogado, porque él ya tiene uno que lo asesora, amenazando con que iba a malbaratar la casa de habitación de la familia (que ya había hipotecado), razón por la cual la Querellante con la finalidad de proteger dicho bien acude ante el Juzgado de Violencia Doméstica, el día 29 de abril del año 2008 y presenta la respectiva denuncia que se tramitó bajo el expediente No. 08-000607-0672-VD. En esta causa, se decretaron medidas de protección, no obstante ello la agraviada [Nombre 001] por temor a la amenaza proferida por el Querellado, en el sentido de que si él salía saldrían de ahí todos sus miembros; no presenta ante el Registro Público de la Propiedad los mandamientos que le fueron extendidos por el citado juzgado. Aunque para ese entonces ya el Querellado había dispuesto a escondidas del bien ganancial más valioso, lo cual era ignorado por la Querellante hasta ese momento.* ***Noveno:*** *El 30 de junio del año 2008, en San José trescientos metros al sur de la Caja Costarricense de Seguro Social, la Querellante sorprendió a su esposo en la vía pública con una mujer y su hija de corta edad, persona con la que el Querellante mantenía una relación sentimental desde hacía cinco años, que se mantiene hasta la fecha actual, habiendo procreado un hijo; mujer que se manifiesta sorprendida al informarle la Querellante que ella era la esposa de don [Nombre 005]. Ese mismo día, en horas de la tarde, el Querellado llega a la casa, recoge sus cosas y abandona el hogar.* ***Décimo:*** *Ante lo acontecido la Querellante solicitó las respectivas certificaciones de propiedades y bienes de la familia, con el fin de presentar la Demanda Ordinaria de Liquidación Anticipada de Bienes Gananciales, percatándose entonces, que ya el Querellado, de manera subrepticia, a escondidas, clandestinamente, a sabiendas de su irregular conducta y previendo la proximidad de la ruptura conyugal, tomando ya la decisión de terminar la relación, y con la finalidad de tomar en incierto y litigioso el derecho que la Querellante [Nombre 001] tenía sobre los bienes gananciales, desde el mes de junio del año 2006 -en plenos conflictos y ruptura conyugal realizó actos tendientes a la venta de la propiedad situada en Pozos de Santa Ana, que se concretó con la venta que realizó el 4 de agosto del 2006, fecha en la que el Querellado vende la finca que era patrimonio familiar, inscrita al Folio Real [Valor 001], ubicada en Pozos de Santa Ana, la cual se había adquirido dentro del matrimonio en el año 1990, gracias al esfuerzo común. Tal finca, fue efectivamente negociada por el Querellado [Nombre 005], recibiendo por la irregular venta, el cheque No. 107784-9, fechado 12 de junio del año 2006 - en pleno período de sospecha, entendiendo por tal, la fecha en que se inicia el conflicto, anterior al punto culminante en que se produce el rompimiento definitivo entre las partes* (…) *Dicha venta la realizó el Querellado por un monto de quinientos veinte mil dólares, que recibió mediante un cheque que fue depositado en la cuenta corriente en dólares No.200-02-167-1319-9 del Banco Nacional a nombre del mismo. Concretando de esta manera la irregular venta, efectuada a espaldas de la Querellante con el fin de obtener un beneficio indebido, en perjuicio de la Querellante.* ***Décimo primero:*** *No satisfecho con los hechos realizados y ya presentada ante el Juzgado Primero de Familia, la demanda de Liquidación Anticipada de bienes gananciales, el Querellado [Nombre 005] fue obligado mediante resolución de las 14:57 horas del día 17 de mayo de 2011 a pagar las mensualidades del préstamo hipotecario obtenido en el BAC San José, obligación que ha incumplido hasta la fecha con la manifiesta intención de que la casa, en la que vive la ofendida con sus hijos se pierda. Lo anterior ha obligado a la Querellante, hasta la fecha a adquirir de sus familiares préstamos de dinero, con el fin de no ver rematada la propiedad, con lo cual el Querellante culminaba su plan delictivo. De tal manera que hasta el presente la Querellante y ofendida [Nombre 001] se encuentra sometida a una agresión psicológica y patrimonial.”* Ese cuadro fáctico ha sido calificado por la parte querellante de diversas formas: constitutivo de los delitos de fraude de simulación o estelionato (legajo de querella, folio 25); "estelionato continuado" y desobediencia a la autoridad (folio 105 del legajo de querella); desobediencia a la autoridad y estelionato (conclusiones del debate en folio 1278 vuelto) y, ahora, en este recurso, plante a que generan una administración fraudulenta lo que implicaría, en principio, que ya abandonó la idea de que constituía aquellos otros ilícitos. Por otro lado, el Tribunal de instancia tuvo por acreditados, por unanimidad, los siguientes hechos que, dicho sea de paso, no han sido objeto de cuestionamiento alguno por ninguna de las partes, de modo que no hay, respecto de estos, contención alguna: *“1. La ofendida [Nombre 001] y el acusado [Nombre 005], contrajeron matrimonio el seis de junio de 1981* (…) *2. Que el día 22 de marzo de 1990, el acusado [Nombre 005] adquiere del señor [Nombre 007], por medio de compra venta* (…) *por la suma de quinientos mil colones, la finca número [Valor 001]-000, situada en el Distrito Tercero: Pozos, del Cantón de Santa Ana, San José, con una cabida de siete mil quinientos noventa y dos metros con once decímetros. 3. En diciembre del año 2002, el acusado [Nombre 005], le propuso a su familia la idea de hipotecar la vivienda en la que vivían, sito en [Nombre 015] finca [Valor 005], y comprar con ese dinero un vehículo de agencia, lo cual en efecto hizo, pues en fecha 31 de enero de 2003 efectuó un crédito con el BAC San José, por el monto de $94.070 dólares de los cuáles destinó una parte a comprar el vehículo Mitsubishi placas [Valor 002]; siendo que el dinero restante de la hipoteca, a saber la suma de trece millones setecientos cuarenta y tres mil colones (13.743.000) fue depositado en una cuenta mancomunada que compartían la ofendida [Nombre 001] y el acusado [Nombre 005], en un depósito a plazo en Conferencia Nacional de Servicios Pastorales (CERCOR). 4. El 24 de septiembre del 2003, la ofendida [Nombre 001], solicitó ante el Juzgado de Violencia Doméstica del I Circuito Judicial de San José, medidas de protección en contra del acusado [Nombre 005], en la causa 03-000796-0672-VD, alegando que el acusado la agredió y además estaba cometiendo adulterio, no obstante lo anterior con el fin de reestablecer la relaciones familiares, en abril del 2004, el acusado [Nombre 005], regresó a la casa de habitación con la ofendida y sus hijos, lo cual aceptó la ofendida. El día tres de enero 5. del 2005, el acusado [Nombre 005], se presentó a las oficinas de La Conferencia Nacional De Servicios Pastorales, lugar donde retiró de la cuenta mancomunada la suma de la suma de* (sic) *treinta y cuatro mil dólares, de la cuenta No. 70405-6, por medio del cheque número 10245. 6. En fecha 13 de junio del 2006 el imputado procedió a vender la finca inscrita al folio real número [Valor 001]-000 ubicada en Pozos de Santa Ana; mediante la escritura número 82 del tomo uno de la notario público Gabriela Valverde Mena a la sociedad Pakira S.A, cédula jurídica 3-101-287435, por la suma de quinientos veinte mil dólares ($520.000), sin embargo, y de forma fraudulenta el acusado falsamente consignó en la escritura de venta que el valor de la transacción era de 500 mil colones, cuando el valor real pactado fue de $520.000 dólares. 7. En el mes de abril del año 2008, la ofendida [Nombre 001] solicitó ante el Juzgado de Violencia Doméstica del I Circuito Judicial de San José, bajo el expediente número 08-000607-0672-VD, medidas de protección en contra del acusado [Nombre 005]. En esta causa, se decretaron medidas de protección, no obstante ello la agraviada [Nombre 001] no presentó ante el Registro Público de la Propiedad los mandamientos que le fueron extendidos por el citado juzgado. 8. Que en la demanda de Liquidación Anticipada de bienes gananciales mediante resolución de las 14:57 horas del día 17 de mayo de 2011 se ordenó al imputado [Nombre 005] a pagar las mensualidades del préstamo hipotecario obtenido en el BAC San José, lo cual ha cumplido parcialmente.”* Para la mayoría del Tribunal, los eventos relativos al uso del dinero de la cuenta mancomunada constituyeron el delito de "*Distracción de utilidades de las actividades económicas familiares*" previsto en el numeral 38 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres (como originalmente lo había calificado la Fiscalía en su pieza) y hubo un voto disidente en donde el juez minoritario consideró que se estaba ante el ilícito de administración fraudulenta lo que ha servido de base, como ha quedado expuesto, a que la parte querellante ahora sostenga, en sede de impugnación, dicha calificación. **(C)** Por ende, lo primero que debe dilucidarse es cuál resulta la calificación jurídica adecuada de esos hechos (acusados y acreditados) desde que, en tesis de principio, el Derecho, como instrumento para garantizar la seguridad jurídica en una Democracia, no puede ser tan laxo como para generar tantas calificaciones jurídicas como se les ocurran a las partes ya que, para evitarlo, surge la Teoría del Delito, como mecanismo para suprimir la arbitrariedad que la discrecionalidad no controlada implica. Esta exige que se haga un análisis de la tipicidad objetiva lo que a su vez obliga a los operadores jurídicos a estarse a los elementos descritos por el legislador (principio s constitucionales y convencionales de legalidad y reserva de ley en materia punitiva) sin que sea posible, valga adelantarlo desde ya, que se deje sin efecto la legislación interna respecto a los delitos en particular, por mandatos establecidos en instrumentos internacionales que no contienen delitos, sino “solo” la obligación genérica del Estado de llegar a penalizar conductas. En otras palabras, el que un Estado suscrib a instrumentos internacionales como la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres* ( que, como puede revisarse minuciosamente de sus textos, no contienen la enumeración de delitos o penas sino solo la obligación de crearlos ) , no significa que esas convenciones tengan la capacidad de modificar, por sí solas, las leyes punitivas ya existentes, ya que se trata de normas programáticas que requieren un desarrollo en el derecho interno. Así las cosas, esta Cámara no comparte la mención que hace el recurso de que aquellos instrumentos internacionales referentes al combate con la discriminación y la violencia contra las mujeres impliquen que, en su nombre, se deb a n dejar de lado los principios del Derecho referentes al análisis de cada tipo penal o lleguen a fomentar interpretaciones laxas o flexibles de las normas penales en contra de la persona acusada. **(D)** Entonces, los hechos referentes a que el encartado abrió, con la ofendida, una cuenta mancomunada en la Conferencia Nacional de Servicios Pastorales en donde depositó una suma millonaria obtenida de un préstamo hipotecario en que se dio en garantía la casa de habitación familiar para adquirir un vehículo del año pero luego, a espaldas de la afectada, sacó el dinero y le dio un uso discrecional, perjudicando a la denunciante (y asumiendo, como se hace por todos, sin cuestionamiento alguno respecto a si tal evento puede ser escindible del anterior, es decir, de la hipoteca)… ¿calzan en algún tipo penal y, en caso afirmativo, en cuál? **(D.1)** Lo primero que convendría adelantar es que no se trata ni de una estafa ni de una administración fraudulenta. Nótese que los artículos 216 y 222 del Código Penal que regulan estos tipos penales disponen, por su orden: *“Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio* ***ajeno****…”* y “ *Se impondrá la pena establecida en el artículo 216, según el monto de la defraudación, al que por cualquier razón, teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuido de bienes* ***ajenos****, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente .”* Es decir, en ambos, uno de los elementos objetivos del tipo penal está constituido por la ajenidad de los bienes que se lesionan. Sobre el tema de la ajenidad en cuanto los bienes surgidos en el matrimonio, esta Cámara ya ha tenido ocasión de pronunciarse, con una integración parcialmente similar a la actual (Chinchilla, García y Gullok) pero que aquí se comparte y a través del voto número 2014-1317 , ocasión en la que se indicó: *“ En el presente asunto se nota, con toda* *claridad, un grave error conceptual del Tribunal de instancia y de la Fiscalía, tanto en materia de Derecho de Familia como de Derecho Penal. En cuanto a lo primero, porque, el fiscal (…) y los jueces de instancia, asumieron que, en caso de gananciales, los bienes son de ambos y que ese derecho existe desde el momento en que las personas conviven juntas. Aunque hay que hacer algunas distinciones, que luego se precisarán, según se esté ante uniones de hecho o ante matrimonios, resulta que, en ninguno de los dos casos, esa tesis es correcta, y esto es así por disposición expresa del legislador. En Costa Rica, en materia de los efectos patrimoniales derivados del matrimonio, nuestro legislador partió del principio de libre disposición de bienes y de la separación patrimonial. Esto quiere decir que,* ***mientras exista el vínculo, los bienes son de las personas que los adquieren y el o la consorte, solo tiene una expectativa (no un derecho) sobre los mismos, siempre que se den una serie de requisitos (como, por ejemplo, que hayan sido adquiridos con el esfuerzo común, que lo hayan sido por la vía onerosa y no gratuita y que se disuelva el vínculo). Es decir, no porque exista una relación de matrimonio, eso significa que todos los bienes sean gananciales, porque esta condición surge hasta que se disuelva el vínculo y haya una declaratoria judicial al respecto****, previo cumplimiento de los otros requisitos. La ganancialidad es una declaración judicial que se produce luego de la ruptura del vínculo, por un lado y, por el otro, es un derecho personal, esto quiere decir que, contrario a como lo razonaron los operadores jurídicos en este caso, no se trata de que los dos sean "co-dueños" de cada cosa, sino que lo que surge, hasta esa ruptura del vínculo, no antes, es un derecho a participar en el 50% del valor neto constatado en el patrimonio del otro. No es un derecho real (sobre la cosa) sino solo a que la persona reciba el 50% del valor del bien ganancial,* ***de modo que, ni aún en caso de gananciales, declarados, por matrimonio, puede aludirse a una co-propiedad****, en los términos en que se analizó en la sentencia de instancia ya que, inclusive, declarada esa condición, el titular puede conservar el objeto constatado en su patrimonio y declarado como tal, pagándole, a la otra parte, el 50% de su valor. En este sentido conviene citar lo que, al respecto, ha establecido la Sala Segunda, máximo órgano en materia de familia en nuestro país, comentando las normas respectivas del Código de Familia: "…Nuestro sistema contempla un régimen de separación patrimonial, durante la vida del matrimonio, y de participación diferida, en los bienes gananciales, de conformidad con el cual, cada cónyuge puede disponer libremente, durante el vínculo, de los que poseía al contraer matrimonio y de los que adquiera posteriormente; salvo que hayan sido pactadas capitulaciones matrimoniales. Lo anterior es así a tenor de lo dispuesto por el numeral 40, del Código de Familia, el cual reza: “Capitulaciones matrimoniales. Inexistencia. Cada cónyuge puede disponer de sus bienes. Si no hubiere capitulaciones matrimoniales cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros.” El artículo 41 siguiente establece que, en los supuestos de disolución o nulidad del matrimonio, de separación judicial y, al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, nace el derecho del cónyuge de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales, constatados en el patrimonio del otro. El párrafo segundo de esa norma, también posibilita la liquidación anticipada de dichos bienes, así: “Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos...” Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 950-2000 del 24 de noviembre de 2000. Asimismo, una de sus integrantes, la profesora Eva Camacho, ha señalado, a nivel doctrinal: "...no se trata de un derecho de copropiedad sino que es un derecho de participación en un valor del bien que se considere ganancial. Este valor neto se determinará una vez establecido el valor de bien, menos los gravámenes que pesen sobre él y que deban cancelarse. Realmente puede decirse que este derecho viene a ser un crédito a favor del otro cónyuge, y como tal debe ser cancelado.” Camacho, Eva. Consideraciones Prácticas y Jurisprudenciales del artículo 40 y 41 del Código de Familia, San José. Taller Mundo Gráfico S.A., 1991, pág 40. Pero resulta que, adicionalmente, no basta que los bienes hayan sido adquiridos dentro del matrimonio (y, en lo que sea aplicable, en la unión de hecho) para que se reputen gananciales, pues el numeral 41 del Código de Familia establece cuáles no tienen esa condición, lo que debe discutirse, efectivamente, en la vía plenaria (específicamente en el proceso abreviado, según la determinación que se hiciera en el Código Procesal Civil). Indica la norma: “...únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación: 1) Los que fueren introducidos al matrimonio o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria. 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; 3) Aquellos cuya causa adquisitiva o título de adquisición precedió al matrimonio. 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges. 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges." En materia de familia, la carga de la prueba le corresponde a quien hace una afirmación, de modo que, si alguien indica que un bien es ganancial, no solo debe probar que se adquirió dentro del matrimonio, sino, además, que se hizo onerosamente y que no se obtuvo en un período de separación. Obviamente, la misma legislación establece algunos mecanismos para proteger los bienes, hasta que se logre la declaratoria de ganancialidad y se decida la forma de repartirlos, tales como las capitulaciones matrimoniales, la afectación a patrimonio familiar, la liquidación anticipada, la anotación de demandas, los depósitos judiciales como vías de protección ante violencia intrafamiliar y las demandas por simulación y levantamiento del velo societario. Pero, nada de eso modifica la esencia de la discusión y es que,* ***sobre las cosas concretas, rige el principio de que, quien las adquirió, tiene libre disposición sobre el objeto, que es suyo y no entra en co-propiedad, sin perjuicio de que, producto de algunos de esos mecanismos, se pueda cometer algún otro delito****, pero no los de sustracción regulados en el Código Penal que requieren, en la mayoría de los tipos penales,* ***que la cosa sea ajena, total o parcialmente****. Y es aquí en donde se da el otro error (…) el cual tiene que ver con la forma de interpretar en materia penal, que no puede ser acudiendo a métodos históricos o teleológicos, sino que la forma a la que obliga el legislador es hacerlo restrictivamente (artículos 1 y 2 del Código Penal). El mecanismo más restrictivo posible es la interpretación gramatical: atenerse al sentido literal de las palabras en el momento en que fueron emitidas y, asumiendo el concepto jurídico previsto en otras disposiciones, cuando el término es técnico pues, en definitiva, se parte del dogma de que el ordenamiento jurídico no puede ser contradictorio (Principio de Plenitud Herrmética del Ordenamiento Jurídico contenido en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Entonces, cuando el artículo 212 del Código Penal (que sirve de base a las agravantes del 213 ibídem) sanciona a quien "se apoderare ilegítimamente de bienes total o parcialmente* ***ajenos****" por un lado debe partirse que,* ***lo ajeno, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (22ava. edición) es lo que pertenece a otra persona (cfr. versión en línea: http://lema.rae.es/drae/?val=ajeno ) y, por ende, no es de otro lo que es de uno, y, por otro lado, que jurídicamente, ninguna norma establece que los bienes susceptibles de ser gananciales, puedan dejar de ser de su titular y pasar al patrimonio del otro cónyuge, sino que la regulación nacional, conforme se ha descrito, refiere, más bien, lo contrario (principio de libre disposición y mantenimiento de la titularidad).*** *Así las cosas, estima esta Cámara que* ***se equivocan quienes asumen que un bien es parcialmente ajeno cuando, siendo adquirido por el sujeto activo, ingresa como potencialmente ganancial, pues esta forma de interpretar va contra el principio de legalidad y desconoce el contenido del elemento normativo "ajeno", desde que se asume, entonces, que la ganancialidad surge con la sola adquisición del objeto dentro de la unión conyugal y que es un derecho real (sobre el bien), cuando, conforme a lo indicado, la ley tiene otra regulación: es una simple expectativa de derecho, que nace ante la disolución del vínculo y con naturaleza personal, en tanto solo equivale a un porcentaje del valor de la cosa y no un derecho al objeto mismo. En términos sintéticos: esa 'ajenidad' es un elemento normativo del tipo que, en este caso, tiene una connotación jurídica, que no puede ser eludida recurriendo a consideraciones sociales, que son formas más amplias de interpretación*** *(…) en Costa Rica, no se trata de un derecho real de ese tipo, de modo que* ***nunca el otro cónyuge será copropietario del bien*** *(…). Debe tener en cuenta la Fiscalía, que si no se da el elemento de la ajenidad en el objeto material, no hay robo, aunque haya fuerza en las cosas, caso en el que procedería, entonces, verificar si el hecho encuadraba en otra figura penal…”* (los destacados no pertenecen al texto original). Adicional a lo anterior, otra integración de esta misma Cámara (Chinchilla, García y Campos) y, casualmente, revocando una decisión del juez aquí disidente Manuel Rivera Solano justamente también en el tema de ganancialidad de bienes en materia de familia (tópico que, entonces, parece que el citado juzgador no tiene claro), mediante voto número 2014-2017 remitió nuevamente al tema de cuándo y cómo surgen los gananciales, para lo que hizo cita de ese voto número 2014-1317. Nótese entonces cómo, ni en los delitos de sustracción (hurtos y robos) previstos en el Código Penal (a que alude el precedente anterior), ni en los de estafa o administración fraudulenta a que se contrae este asunto, se podría cumplir con el tema de la “ajenidad” cuando uno de los cónyuges (a cuyo nombre está un bien) vende o distrae un bien del aparente patrimonio familiar pues, si está a su nombre, rige el principio de libre disposición de los bienes (sin perjuicio de que este ceda ante el período de sospecha por estar en curso uno de los mecanismos que harían nacer la ganancialidad, lo que se analizará luego pero que, en todo caso, no modifican el tema de la “ajenidad”) y nunca nace una “co-propiedad” que haga que el bien sea ni siquiera parcialmente ajeno. Desde esta perspectiva debe rechazarse el argumento de la parte apelante de que ese dinero era una copropiedad del encartado y la denunciante desde que, entratándose de bienes muebles como lo es el dinero, la posesión vale por título y fue el encartado quien la ejerció, en atención a la libertad de disposición patrimonial que tenía para entonces con la anuencia de la ofendida. **(D.2)** Tampoco se configuraría el delito de estelionato previsto en el numeral 217 del Código Penal que estipula: *“Se impondrá la pena señalada en el artículo anterior, según la cuantía de lo defraudado, en los siguientes casos: 1) Al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, callando u ocultando tal circunstancia; 2) Al que tornare imposible, incierto o litigioso* ***el derecho sobre un bien*** *o el cumplimiento de una obligación referente a éste,* ***acordados a otro por un precio o como garantía,*** *ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo; 3) Al dueño de una cosa mueble que privare de ella a quien la tenga legítimamente en su poder, o la dañare o inutilizare, frustrando así, en todo o en parte,* ***el derecho de otro****. La misma pena será aplicable al tercero que obre con asentimiento y en beneficio del propietario; y 4) Al deudor, depositario o dueño de un bien embargado o pignorado que lo abandone, deteriore o destruya, con ánimo de perjudicar al embargante o acreedor, o que, después de prevenido, no lo presente ante el juez”* (se suplen los destacados). El delito de desbaratamiento de derechos, que es como se conoce una de las conductas allí descritas en otras latitudes, supone eso, precisamente: la existencia de un derecho y, conforme al análisis ya efectuado, se ha podido corroborar que, en materia de la ganancialidad de bienes, no hay un derecho que surja con el solo vínculo matrimonial, sino que lo que existe es una **expectativa de derecho** que se concreta ante la disolución del vínculo. Este solo elemento, de falta de un derecho subjetivo en los términos clásicos de la teoría de las obligaciones, impediría un ulterior análisis pero, para mayor precisión, debe ampliarse diciendo que no se da el inciso 1 pues, respecto a sacar el dinero de la cuenta común y depositarlo en una propia, no hubo un contrato que implicara la recepción de una contraprestación, sino que se menciona un acto unilateral del endilgado. Tampoco se da el inciso 2 desde que no se dio un acuerdo de precio o garantía, sin que baste que se den algunos elementos del tipo y otros no, como parece entenderlo la parte querellante sino que , en respeto a la legalidad estricta , se hace necesario que se cumplan todos los elementos. El inciso 3 no es aceptable desde no era la ofendida quien tenía en su poder el dinero, sin o ambos y, se insiste, tampoco existía un derecho ya declarado sino una simple expectativa de tal y por no estarse frente a casos de deudores o depositarios ni de bienes pignorados o embargados a favor de la ofendida. **(D.3)** Finalmente, e l que el encartado trasladara el remanente del dinero obtenido de la hipoteca de la casa familiar a una cuenta personal, no fue u n acto simulado, sino que el encartado se dejó el dinero para sí y , de esa forma , se registró en su cuenta bancaria y se acusó, de modo que tampoco podría aludirse a un fraude de simulación en los términos contenidos en el numeral 218 del Código Penal: “ *Se impondrá la pena* (…) *al que, en perjuicio de otro para obtener cualquier beneficio indebido, hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados, o excediere falsos recibos o se constituyere el fiador de una deuda y previamente se hubiere hecho embargar, con el fin de eludir el pago de la fianza.”* **(D.4)** En cuanto al delito contemplado en el numeral 37 de l a L ey de Penalización de la Violencia contra las Mujeres que estipula: “*Fraude de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales. Será sancionada con pena de prisión de* ***ocho meses a tres años****, la persona que* ***simule*** *la realización de un acto, contrato, gestión, escrito legal o judicial,* ***sobre bienes susceptibles de ser gananciales****, en perjuicio de los derechos de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, siempre que no configure otro delito castigado más severamente”* (se suplen las negritas) debe decirse que, aunque es más amplio que el fraude de simulación del Código Penal (en tanto alude a bienes “susceptibles de ser gananciales” y no a “derechos”) supone actos falsos y, en este caso, tanto la apropiación del dinero del préstamo como, según se analizará luego, la venta del inmueble de Santa Ana, fueron actos de venta reales, no falsos, por lo que no se dan los elementos de ese tipo penal. **(D.5)** La mayoría del Tribunal de instancia descartó que hubiese una desobediencia a la autoridad (respecto a la orden de seguir pagando un préstamo, aspecto que se retomará en otro alegato) porque no hubo una correcta conminación, de la autoridad judicial de familia, hacia el encartado, de modo que se no daban los elementos objetivos del tipo, aspecto que aquí no se recurre. **(D.6)** Ahora bien, esta Cámara (Chinchilla, García y Gullock , criterio que aquí se comparte) en el voto ya referido atrás, número 2014-1317 analizó un caso similar indicando que era aplicable un tipo penal de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, específicamente el contemplado en el numeral 34 de dicha normativa, que establece el delito de Sustracción Patrimonial y señala: *“ Sustracción patrimonial. Será sancionado con pena de prisión de seis meses a tres años, quien sustraiga, ilegítimamente, algún bien o valor de* ***la posesión o patrimonio*** *a una mujer con quien mantenga una* ***relación de matrimonio****, en unión de hecho declarada o no, siempre que su acción no configure otro delito castigado más severamente”* (el subrayado no pertenece al texto original). Esa configuración típica se da por las razones expuestas en aquella ocasión: *“Si bien los numerales citados mencionan que aplican siempre que no se dé otro delito, castigado más severamente, conforme a lo que se dijera atrás, aquí no nace a la vida jurídica el robo, que hubiera sido más severamente castigado, desde que este parte de un concepto jurídico más estrecho (la propiedad) y de un elemento que no logró llenarse de contenido (la ajenidad). La sustracción patrimonial operaría* (…) *porque, nótese, que* ***en ese tipo penal se usan conceptos mucho más amplios que los del Código Penal: se menciona posesión y patrimonio, de modo que aunque los bienes sean de otra persona (del encartado) eran poseídos por la ofendida****. (i) Es sabido que los derechos de propiedad y de posesión son distintos y aunque el titular de un bien puede tener ambos, estos atributos también pueden dividirse, conforme lo regulan los artículos 264 y 277 del Código Civil. Así, a modo de ejemplo, una persona puede ser dueña de una cosa y prestarla o alquilarla, por cierto tiempo, a alguien, en cuyo caso la titularidad sigue siendo del dueño pero la posesión pasa a quien se le prestó o alquiló* (...) *(ii) Por otro lado,* ***el concepto de patrimonio es, también, mucho más amplio que el de propiedad. Inclusive, hay diferentes teorías sobre cuál es su contenido (teoría jurídica, teoría económica, teoría jurídico-.económica, teoría personal), optándose, en la mayoría de los países y en la doctrina dominante, por la tesis jurídico-económica*** *que, en palabras del profesor CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco (El delito de Estafa. Editorial Juritexto, San José, 2001, pág. 71) "...establece que pertenecen al patrimonio todos los bienes económicamente valorables de una persona, sobre los cuales tiene poder dispositivo con el respaldo del orden jurídico o, al menos, que no tienen desaprobación del orden jurídico."*

***Con esta postura, son objeto de protección los derechos subjetivos patrimoniales, las expectativas de derecho*** *(como en el caso que nos ocupa), las situaciones jurídicas consolidadas, las obligaciones naturales, la posesión -aún mediata- de una cosa,* ***las simples pretensiones jurídicas que no provengan de negocios ilícitos*** *y hasta la fuerza de trabajo de una persona”* (se suplen las negritas). Debe indicarse que, por inadvertencia de la asesoría legal de la ofendida o de las autoridades judiciales que intervinieron inicialmente en el asunto, en el supuesto que ahora se analiza no hubo una orden del juez contra la violencia doméstica que le confiriera, a la quejosa, la posesión de muebles o inmuebles en los términos en que lo regul*a* la Ley contra la Violencia Doméstica (artículo 2 inciso ñ) que establece: *"Cuando se trate de situaciones de violencia doméstica, la autoridad competente podrá acordar cualesquiera de las siguientes medidas de protección:* (...) *ñ) Otorgar el uso exclusivo, por un plazo determinado, del menaje de casa a la persona agredida. Deberán salvaguardarse especialmente la vivienda y el menaje amparado al régimen de patrimonio familiar"* . Esa norma le permite al juez de esa materia conferir la custodia o administración de los bienes a la mujer y esa es, justamente, una norma que logra desligar la titularidad formal del derecho de posesión en forma de medida temporal, ya que, conforme al numeral 45 de la Carta Fundamental y 266 del Código Civil (así como el 269 ibídem para inmuebles), las limitaciones a la propiedad solo pueden imponerse mediante ley y han de serlo por lapsos específicos. Aunque eso no se estableció en específico, resulta que la posesión del inmueble la detentaba, de hecho, la afectada, junto con su familia y en el concepto de patrimonio suyo, estipulado en el numeral 34 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres también se contempla, como se ha dicho, las expectativas de derecho, de modo que era esa la normativa que, de mejor manera, regulaba el tema. Sin embargo, ya se verá que no estaba vigente para la fecha de los hechos acusados. **(D.7)** Ahora bien, en lo que atañe al tipo penal aplicado por la mayoría del Tribunal, estipulado en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, artículo 38, este dispone: “ *Distracción de las utilidades de las actividades económicas familiares. Será sancionada con pena de prisión de seis meses a un año, la persona que unilateralmente sustraiga las ganancias derivadas de una actividad económica familiar o disponga de ellas para su exclusivo beneficio personal y en perjuicio de los derechos de una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.”* Lo primero que salta a la vista es que, aún asumiendo que se dieran todos sus elementos objetivos (lo que debe suponerse, por ahora, solo para efectos analíticos) tiene una sanción inferior a la prevista por el numeral 34 de dicha normativa, que es de seis meses a tres años, lo que, en atención a l os principio s de especialidad y subsidiariedad, hace aplicable el numeral 34 y no el 38 , porque el numeral 34 contiene una conducta similar y expresamente menciona que su inaplicación solo se da cuando haya un tipo penal que contenga una sanción mayor, que no es el caso del numeral 38 citado. P or otro lado, este último numeral alude , desde su título, a "utilidades" y luego, en el texto, a “ganancias” y “actividades económicas familiares”. El efectuar un préstamo y depositar parte de ese dinero en una cuenta no genera ni ganancias ni utilidades. Lo primero está ausente en la medida en que siempre deben pagarse intereses sobre esa suma de dinero, lo que es una erogación y no una ganancia y el otro concepto, que aunque está en el título del tipo penal y no en su cuerpo sirve para interpretar este, está circunscrito a lo obtenido producto del ejercicio de la actividad mercantil efectuada mediante sociedades, que no es el caso. **(D.8)** En síntesis, para esta Cámara la calificación correcta que debieron tener los hechos fue la de sustracción patrimonial previsto en la ley número 8589, empero, esta ley entró en vigencia el 30 de mayo de 2007 con su publicación en La Gaceta No. 103 y, según el hecho sétimo de la querella, los hechos atribuidos de esta sustracción del dinero, datan del 3 de enero de 2005, es decir, fueron cometidos antes de la vigencia de esa normativa. Esto quiere decir que, para el momento en que suceden, los eventos eran atípicos , pues el principio de aplicación de la norma penal más favorable opera cuando se mantiene la tipicidad de la conducta, pero la sanción disminuye en la ley posterior lo que, conforme a lo expuesto, no sucede en el presente caso. **(D.9)** Pese a que no opera para este supuesto, esta Cámara no quiere dejar pasar la oportunidad para señalar que estima incorrectas otras apreciaciones de la parte querellante-impugnante a propósito de este principio , quien señaló que, en virtud de tratados que combaten la violencia contra las mujeres *"cuando una ley se contraponga a la tutela de la protección de bienes jurídicos fundamentales"* deba aplicarse lo más perjudicial al endilgado (folio 1368), ya que, se insiste, en aquellos tratados referentes a la protección de las mujeres contra la violencia y la discriminación no se crean tipos penales ni sanciones, sino que su ámbito de cobertura es compeler al Estado a que tutele, a través de leyes penales que cumplan con los requisitos necesarios para ello, tutele tales bienes jurídicos. En este caso, esa tutela puede encontrarse en el Código Penal o mediante la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. Por otra parte, debe indicársele a la parte querellante, que si un Estado describe una misma conducta en dos tipos penales, hay normas de derecho internacional (cuyo incumplimiento implica responsabilidad para el Estado y para sus funcionarios públicos) que obligan a que se aplique, en primer lugar, la norma que estaba vigente al momento de los hechos y solo aquella posterior si resulta más beneficiosa para la persona acusada, desde que se parte de la idea filosófica de que el Estado no puede resultar contradictorio y que si lo es, debe asumirse lo que resulte más beneficioso para el administrado en la medida en que ello supone una decisión estatal de despenalizar o minimizar el rigor punitivo de una norma. Ese principio, inclusive, tiene rango superior a la ley y a la misma Constitución Política, en la medida en que está estipulado en un tratado sobre derechos humanos debidamente suscrito y ratificado por Costa Rica. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (suscrita y ratificada por Costa Rica) refiere, en su numeral 26, que cuando un Estado suscribe un convenio internacional no puede alegar su derecho interno para desconocer las obligaciones contraídas en instrumentos internacionales (principio *pacta sunt servanta*) y en dicho instrumento normativo se le da a la costumbre estatal el mismo valor que a los convenios. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9 *in fine* establece este principio de aplicación de la norma pena l más beneficiosa y, en el numeral 62 obliga a acatar lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto interpreta dicho instrumento. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay del 31 de agosto de 2004 ha indicado que este principio se aplica inclusive a materia procesal penal y sin importar si el hecho se encuentra con sentencia firme o no, o en fase de ejecución: *“178* . (…) *el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra contemplado en el artículo 9 in fine de la Convención* (...) *179. En este sentido, debe interpretarse como* ***ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad,*** *entre otras. Dichos supuestos* ***no constituyen una enumeración taxativa*** *de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece un límite en este sentido. 180. De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos* (...)*",* con lo que se le da a ese precepto un rango de cobertura muchísimo más amplio que el que han reconocido, en el derecho interno, los órganos supuestamente llamados a supervisar el uso adecuado del Derecho (vgr. Sala Tercera, votos N° 2010-211, 2010-381 y 2013-716). Este voto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta aplicable en Costa Rica no solo porque la Sala Constitucional ha indicado, mediante jurisprudencia vinculante, que cuando un tratado de derechos humanos contenga mayores garantías que las recogidas en la Constitución Política predomina sobre esta y que la Corte Interamericana es el intérprete natural de la Convención (ver, al respecto, los votos números 3435-92, 2313-95, 1319-97, 4356-98 y 6830-98), con lo cual ha creado costumbre internacional de darle a estos instrumentos un valor superior a la Carta Magna, sino porque la misma Corte Interamericana ha obligado a los jueces ordinarios de todos los países del sistema regional a aplicar su jurisprudencia al tenor de lo estatuido en los numerales 33 y 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos, desconociendo la de los órganos internos que sea contraria. Dicha obligación, en el caso de Costa Rica es mayor, ya que a l aceptar la sede de la Corte Interamericana, mediante la Ley-convenio No. 6889, en su artículo 27 se obligó a cumplir con su jurisprudencia. Así lo ha dispuesto la Corte IDH, por ejemplo y entre otros, en los casos Almonacid Arellano vs Chile: *"123.* (…) *la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios el Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado* (…) *La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.* ***Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana***(…)” (Las negritas son suplidas). Esto ha sido ratificado y ampliado en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú: *“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras,* ***los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio*** *entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto...”* así como también en el caso Gelman vs. Uruguay (del 20 de marzo de 2013): *“El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, por lo que los mismos, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, deben controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados, con lo que adquiere sentido el mecanismo convencional,* ***el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse en el fuero interno, utilizando como parámetro las interpretaciones de la Corte****”* (apartado 72 de la resolución; se suplen las negritas). Dicho esto, debe indicársele a la parte querellante que no es una “simple aplicación mecánica” el hacer uso de ese precepto, sino que lo que hizo la mayoría del Tribunal de instancia fue, ni más ni menos, que aplicar normas y principios convencionales y constitucionales de derechos humanos, a partir de un escrutinio riguroso. Ciertamente hay un principio de acceso a la justicia y de “justicia” pero estos deben tener cumplimiento en el marco de respeto al resto de la normativa y no asumiendo criterios axiológicos sin correspondencia en las normas. Aunque las normas vigentes estén equivocadas o sean insuficientes, no corresponde a la judicatura de ningún país subsanarlas y menos mediante interpretaciones extensivas y contrarias al principio de legalidad, sino que ello compete, para casos futuros, al Parlamento. Sin embargo, como se dijo, el Código Penal, a la fecha de los hechos, no regulaba las conductas atribuidas y la nueva ley, aunque sí lo haga parcialmente, no puede aplicarse en perjuicio del endilgado, pues a ese momento no estaba vigente. Por todo lo expuesto, aunque no se comparte necesariamente los fundamentos dados por el Tribunal de instancia para absolver al endilgado, el alegato aquí expuesto no puede prosperar y así debe declararse, al no darse los elementos propios de los delitos del Código Penal que se pretenden.

**II.-**

En el **segundo apartado** de su recurso se queja de la falta de aplicación del artículo 216 inciso 2 y 217 del Código Penal y la errónea aplicación del principio *in dubio pro reo* en relación con el delito de estelionato querellado por la hipoteca de la casa de habitación familiar —finca inscrita en el sistema de folio real matrícula [Valor 005]— que era un bien susceptible de integrar el haber ganancial. Menciona que en la demanda de liquidación anticipada de bienes gananciales se le ordenó al endilgado pagar las mensualidades del préstamo hipotecario (en que se gravó la casa de habitación en donde vivía la familia para obtener un préstamo con el cual se compró un vehículo del año y el resto del dinero se depositó en una cuenta mancomunada del endilgado con la ofendida que, luego, el primero sacó y dispuso) y en el debate se acreditó que, desde el año 2012 y hasta el presente, el endilgado no paga la deuda. Pese a ello, la mayoría lo absolvió por el delito de desobediencia a la autoridad al estimarse que se carecía de un elemento objetivo del tipo penal, cual era el apercibimiento de que el incumplimiento de la orden acarrearía la comisión de delito en comentario. Señala que no es sobre este hecho que versa la aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la ley *"de Penalización de Violencia Doméstica"* (sic, folio 1376) sino sobre el destino del dinero depositado en el CECOR y que las juezas concluyeron que la ofendida no le cuestionaba nada a su marido respecto a las decisiones patrimoniales que adoptaba, con lo que se soslaya la prueba obtenida en juicio (testimonial, pericial y documental) que determina que había un ciclo de violencia doméstica entre ellos, por lo que [Nombre 001] estaba imposibilitada, en tales condiciones, a hacerlo, pues la ofendida requirió terapias intensivas para poderse empoderar y denunciar, ya que estaba inmersa en la invalidez aprendida. Estima que el dolo se reafirma porque el encartado, en ese contexto, convenciera a la ofendida de hipotecar la única propiedad que poseía: una casa de habitación, que era donde vivían; que lo hiciera por un monto superior al valor del carro diz que para, con los intereses generados por el dinero, pagar el préstamo y luego, de que el remanente se depositara en una cuenta mancomunada, él sacara el dinero y lo depositara en una cuenta suya en el Banco Popular. Por último, cuando ya vivía en la casa de su madre, pues se habían interpuesto en su contra procesos por esa violencia, dejara de pagar las cuotas de la hipoteca, con lo que cumplía la amenaza de que dejaría a la denunciante en la calle, pues ella carece de medios para pagar esas cuotas y ha efectuado ingentes esfuerzos, con ayuda de familiares, para no perder la casa. El apelante realiza otras afirmaciones como las siguientes *"Sorprende que la Administración de Justicia, que es admirada a nivel internacional por sus avances en materia de género y gran aporte al tema de la violencia intrafamiliar, que ha invertido significativas sumas de su presupuesto en capacitación sobre el tema, pueda tener aún razonamientos en sus juzgadores como el que nos ocupa* " (folio 1378); *"...cómo puede entonces válidamente sostener la sentencia recurrida que no hay dolo en la falta de pago, si precisamente el imputado sustrae el dinero que se tenía dispuesto para esos fines, solo ignorando lo que las mismas juzgadoras fundamentaron anteriormente, pueden afirmar luego* (...) *que por desempeñarse en esta época como taxista, puede ser probable que la omisión de pago fuera por carencia de ingresos suficientes. No existe prueba alguna, más que el dicho del imputado en juicio al respecto, más aún nunca se presentó en la demanda de su familia, de su parte, alegación alguna para justificar el incumplimiento de un mandato expreso del juez, de donde no puede existir la menor duda sobre la existencia del elemento subjetivo del tipo penal, a saber la voluntad de no realizar una acción que produce el resultado que el tipo activo doloso contempla, la llamada omisión impropia, donde el imputado, al encontrarse en posición de garante, por haber constituido hipoteca sobre la casa de habitación de la familia, estaba obligado a realizar todo acto tendiente a proteger dicho inmueble"* (folios 1380-1381). Advierte que es relevante, para efectos de adecuación típica, considerar que la omisión de pagar las cuotas de los préstamos tornó litigioso e incierto el derecho que la ofendida tenía sobre el bien susceptible de ser ganancial y que, el argumento de la mayoría, de que había duda sobre el período de sospecha en el que ya no se puede hablar de libre disposición de los bienes, no tomó en consideración que desde el año 2003 ya se había interpuesto una primera denuncia por violencia doméstica. Luego el encartado regresó a la casa pero a partir de ahí inició actos para desbaratar los derechos de la ofendida y ya desde el año 2006 había operado entre los cónyuges una separación de hecho. Pide que en esta sede se revoque lo resuelto, se condene al imputado y se ordene el reenvío para la imposición de la pena y la fijación de las consecuencias civiles. Al contestar el recurso, el Ministerio Público se limitó a señalar lugar para atender sus notificaciones, y el licenciado Adán Carmona mencionó que el hecho nunca fue acusado y, de forma oficiosa (sin que extrañe porque el juez Rivera mostró especial interés, a lo largo del proceso, por no compartir las tesis de su representado), el voto salvado condenó al endilgado por tal evento pese a que han habido varios jueces (para lo que remite a los folios 441, 457, 851 y 958 del legajo principal) que han estimado tales hechos como atípicos en diferentes etapas procesales. Alude a diversos votos de la Sala Tercera; cita a Creus para sustentar dicha atipicidad y refiere que el período de sospecha es parte de la imaginación de la parte acusadora. Indica que la hipoteca fue una decisión tomada en conjunto por toda la familia antes de que se diera el problema de violencia doméstica de 2006 y que, aún después de la separación del encartado y de su salida de la casa, él siguió pagando hasta que por razones de incapacidad económica dejó de hacer lo . Señala que a diferencia de como se quiere presentar la ofendida, ella es una mujer sumamente activa, empresaria, emprendedora, líder de grupos religiosos que, desde 2005 cuenta con entradas económicas producto de la explotación de un parqueo público y de una placa de taxi, por lo que recibe montos aproximados al millón y medio de colones, además de que los dos hijos del matrimonio, que viven en la casa hipotecada, perciben salarios exuberantes pues uno es administrador de un bar y restaurante y el otro es administrador de un condominio y recibe un salario mensual de millón trescientos mil colones aproximadamente con lo que señala que no es cierto que ellos no puedan ayudar en la manutención de la casa, mientras que el encartado vive en la casa de su mamá, t iene 60 años y es taxista con un salario promedio mensual de trescientos cincuenta mil colones, con lo que apenas logra sufragar sus gastos personales. Además, todos dijeron que el divorcio para ellos no era una opción, ni siquiera una posibilidad por lo que, en tales condiciones es absurdo aludir a un período de sospecha. Considera que la denunciante trata de desviar la atención aludiendo a un panorama sombrío de violencia doméstica y el Tribunal asume el dicho de testigos que no solo fueron asesoras legales de la afectada sino que son amigas, compañeras y hasta subordinadas de la denunciante, por lo que el análisis de la prueba es parcializado desde que nunca se ponderó que la misma ofendida aceptó que ella agredía física y psicológicamente a su esposo, por lo que pide el rechazo del reclamo. **El alegato no es de recibo.** No se observa yerro alguno en la absolutoria emitida en su contra, por las razones que se indicarán. En este caso, con respecto al uso del dinero de préstamo, estima esta Cámara que n o surge a la vida el delito de estelionato previsto en el numeral 217 del Código Penal que estipula: *“Se impondrá la pena señalada en el artículo anterior, según la cuantía de lo defraudado, en los siguientes casos: 1) Al que recibiendo una contraprestación, vendiere o gravare bienes litigiosos, o bienes embargados o gravados, callando u ocultando tal circunstancia; 2) Al que tornare imposible, incierto o litigioso* ***el derecho sobre un bien*** *o el cumplimiento de una obligación referente a éste,* ***acordados a otro por un precio o como garantía,*** *ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo; 3) Al dueño de una cosa mueble que privare de ella a quien la tenga legítimamente en su poder, o la dañare o inutilizare, frustrando así, en todo o en parte,* ***el derecho de otro****. La misma pena será aplicable al tercero que obre con asentimiento y en beneficio del propietario; y 4) Al deudor, depositario o dueño de un bien embargado o pignorado que lo abandone, deteriore o destruya, con ánimo de perjudicar al embargante o acreedor, o que, después de prevenido, no lo presente ante el juez”* (se suplen los destacados). Ya se indicó que este delito, e n sus incisos 2 y 3, presupone la existencia de un derecho y, conforme al análisis ya efectuado, se ha podido corroborar que, en materia de la ganancialidad de bienes, no hay un derecho que surgiera con el solo vínculo matrimonial, sino que lo que existe es una **expectativa de derecho** que se concreta ante la disolución del vínculo, lo que no se había dado en la especie. Este solo elemento, de falta de un derecho subjetivo en los términos clásicos de la teoría de las obligaciones, impediría un mayor análisis pero, para mayor precisión, debe ampliarse diciendo que no se da el inciso 1 pues, respecto a la hipoteca de la casa familiar, este no era un bien litigioso, gravado o embargado a esa fecha. Estas últimas palabras no han sido discutidas y en cuanto a “bien litigioso”, este se define cómo *“aquellos sobre los que se ha suscitado cuestión de propiedad o posesión y se discutan ante juez o Tribunal”* (CABANELLAS, Guillermo . *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Eliastra S.R.L., 1988 , pág. 37); no hubo un contrato que implicara la recepción de una contraprestación, sino que se menciona un acto unilateral del endilgado. Tampoco se da el inciso 2 desde que no se dio un acuerdo de precio o garantía, sin que baste que se den algunos elementos del tipo y otros no, como parece entenderlo la parte querellante sino que la garantía de respeto a la legalidad estricta hace necesario que se cumplan todos los elementos. El inciso 3 no es aceptable desde que alude a un mueble y no a un inmueble y, se insiste, tampoco existía un derecho ya declarado sino una simple expectativa de tal y, por no estarse frente a casos de deudores o depositarios ni de bienes pignorados o embargados a favor de la ofendida. Finalmente, esa hipoteca no fue u n acto simulado, sino que el encartado efectivamente la pignoró, con anuencia y conocimiento de la ofendida, de modo que tampoco podría aludirse a un fraude de simulación en los términos contenidos en el numeral 218 del Código Penal: “ *Se impondrá la pena* (…) *al que, en perjuicio de otro para obtener cualquier beneficio indebido, hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados, o excediere falsos recibos o se constituyere el fiador de una deuda y previamente se hubiere hecho embargar, con el fin de eludir el pago de la fianza.”* En otro orden de ideas, la parte recurrente se queja de que, como en la demanda de liquidación anticipada de bienes gananciales se le ordenó al endilgado pagar las mensualidades del préstamo hipotecario de la casa en que vivía la ofendida, hay un delito de desobediencia a la autoridad, pero esta posición no es de recibo pues, como lo dijeron la mayoría de las juezas de instancia, no hubo un apercibimiento de que el incumplimiento de esa orden acarrearía la comisión de l delito en comentario. Tampoco es de recibo la queja de que la omisión de pagar las cuotas de los préstamos tornara litigioso e incierto el derecho que la ofendida tenía sobre el bien, pues, como se dijo, a esa fecha no había surgido ningún derecho subjetivo sino que lo que habían eran expectativas de tales. Cabe indicar que se avalan los argumentos dados por la mayoría del Tribunal pues, aunque a la parte recurrente le *"Sorprende que la Administración de Justicia, que es admirada a nivel internacional por sus avances en materia de género y gran aporte al tema de la violencia intrafamiliar, que ha invertido significativas sumas de su presupuesto en capacitación sobre el tema, pueda tener aún razonamientos en sus juzgadores como el que nos ocupa* " (folio 1378) ello no es otra cosa que aplicar el principio de legalidad y nunca capacitación a nivel de género podría inaplicar un principio que ha sido una cara conquista de la humanidad frente a la arbitrariedad del poder estatal, como es el principio de legalidad que requiere la configuración previa de una conducta por parte del legislador para poderla sancionar. Los hechos acusados fueron antes de la vigencia de la L ey de Penalización de la Violencia contra las Mujeres —y no “Ley de Penalización de la Violencia Doméstica” como, con error, se cita en el recurso, desde que justamente una de las críticas que ha recibido el Estado costarricense es que no ha cumplido con la obligación aceptada en aquellos convenios y que se limitó a tutelar algunas formas de violencia contra las mujeres y no todas ni en favor de todas las mujeres (al punto que se deja en desprotección a las mujeres menores de quince años) y sin que se penalice la violencia doméstica que es un concepto más amplio, que abarca no solo a las mujeres sino incluye otros grupos desprotegidos (niñez, vejez, personas con discapacidad, grupos sociales vulnerables, etc.)— y, en esa medida, los tipos penales posteriores no podrían aplicarse para suplir deficiencias del legislador a la fecha de los hechos. Finalmente, en cuanto a la afirmación de que “… *no puede existir la menor duda sobre la existencia del elemento subjetivo del tipo penal, a saber la voluntad de no realizar una acción que produce el resultado que el tipo activo doloso contempla, la llamada omisión impropia, donde el imputado, al encontrarse en posición de garante, por haber constituido hipoteca sobre la casa de habitación de la familia, estaba obligado a realizar todo acto tendiente a proteger dicho inmueble"* (folios 1380-1381) solo debe decirse que el no pago de las cuotas del préstamo ordenado por un Tribunal hubiera sido un delito de desobediencia a la autoridad (en su tipicidad, sin perjuicio de temas de antijuridicidad formal) que es un delito de mera actividad y respecto a los cuales no cabe la comisión por omisión u omisión impropia que, al tenor de lo establecido en el artículo 18 del Código Penal, aplica solo a delitos de resultado, sin que tampoco puedan considerarse como tales los de estelionato, administración fraudulenta o fraude de simulación que, conforme a la doctrina, son delitos defraudatorios de resultado cortado (en que no se precisa que el sujeto activo consiga la finalidad propuesta para su consumación). Por lo expuesto, ya sea en cuanto al tema de la hipoteca de la casa familiar, los alegatos deben rechazarse.

**III.-**

En el **tercer argumento** alude a la errónea aplicación del principio *in dubio pro reo* y la falta de aplicación del numeral 217 del Código Penal respecto a la venta de la propiedad de Pozos de Santa Ana, ya que se le absolvió por eso al considerarse que había duda de si ese inmueble fue adquirido con dinero perteneciente a la madre del encartado o era producto del esfuerzo de los cónyuges. Indica el recurrente que lo que se querelló, y demostró, era que el imputado dispuso, en el período de sospecha, de bienes susceptibles de ser considerados gananciales, que es lo que comprende el tipo penal y que esa duda de si era ganancial o no ya habla de esa susceptibilidad requerida por el tipo penal, pero que, en todo caso, un examen adecuado de la prueba habría llevado a la conclusión de que sí era ganancial pues fue adquirido por el endilgado, a título personal y oneroso, el 22 de marzo de 1990, cuando ya tenía más de nueve años de casado con la ofendida, y estuvo en el haber del matrimonio hasta el 2006, es decir, por 16 años y 4 meses. Cita, en apoyo de su tesis, el voto número 1226-2015 de la Sala Segunda y menciona que el artículo 41 del Código de Familia no dice cuáles bienes son gananciales sino cuáles no lo son y ninguna de esas excepciones se daban en este caso. Considera fantasiosa la versión del encartado de que él era administrador de los bienes de sus padres, lo que, estima, no tiene asidero probatorio más que el dicho del endilgado y de sus familiares, entre ellos su madre, quien dio una declaración complaciente al punto de desconocer toda la dinámica matrimonial y mencionar que ella cree que invirtió dinero suyo para comprar el carro que se financió con el préstamo hipotecario y mantener viviendo al encartado bajo su propio techo, pese a su avanzada edad y problemas de memoria. Cuestiona las diversas afirmaciones de testigos de descargo (ver folios 1391 y 1392) y reprocha que no se ponderara correctamente la prueba testimonial y documental que daba cuenta que esa finca se adquirió no solo estando ya ambos casados, sino entregando dos vehículos de alto valor y que el negocio de venta de automotores había sido puesto por el encartado con ayuda de su esposa, de donde deriva el esfuerzo mutuo. Se queja de que el Tribunal considerara que no era posible adquirir, en aproximadamente doce millones de colones, un inmueble que se vendió en más de quinientos mil dólares y que se ubica en una zona de alta plusvalía, afirmación que desconoce el tiempo en que se adquirió y valor que, para la época, tenían los vehículos entregados como parte del pago dadas sus marcas (Mercedes Benz y Malibú) y eventuales modelos así como que, para la fecha de compra, la zona era de pastizales y no contaba con el desarrollo actual, nada de lo cual se exploró. Tampoco se ponderó adecuadamente, según dice, que el encartado declarara ese bien, tanto en documentos como ante terceros, como suyo ni que era inminente el divorcio pues si bien la ofendida conocía de la relación extramatrimonial del endilgado y de los hijos que de esa relación tenía, desde 2003 y por sus arraigadas convicciones católicas se negaba a un divorcio voluntario, ella misma narró un contexto de agresión que hacía inminente esa voluntad del endilgado de romper el vínculo (presentando a su nueva compañera ante la familia y diciendo que desde hacía años no tenía contacto con su esposa de quien estaba separado de hecho), al punto que los traspasos de bienes se dan entre 2003 y 2006 y, pese a aquellas creencias, la ofendida interpuso procesos de violencia intrafamiliar y una demanda de liquidación de bienes gananciales. Así las cosas, reafirma que la libertad de disposición de bienes no es plena en esos períodos de sospecha, cuando el vínculo entra en conflicto y se vislumbra su disolución. Refiere que todos los actos efectuados por el endilgado revelan su afán de despojar a la ofendida del haber patrimonial obtenido durante el vínculo. Por otro lado, critica la decisión de la mayoría del Tribunal, al señalar que hubo duda de si esos actos de disposición patrimonial obedecían, simplemente, a malos negocios que hiciera el endilgado en su vida pues, con tales referencias, se desconoció el contexto de violencia doméstica que rodeaba el asunto pues hubo prueba de que dicha violencia tenía manifestaciones físicas, psicológicas y económicas, para lo que transcribe extractos de las declaraciones de [Nombre 016], [Nombre 005] y [Nombre 013] y [Nombre 018], de modo que no puede entenderse que el saqueo de dineros, la hipoteca y no pago de la casa familiar y la venta de un inmueble valioso sean actos aislados sino delictivos. En cuanto a la referencia contenida en el voto de mayoría, de que se dudaba si la misma ofendida estimaba que la propiedad de Santa Ana era ganancial pues olvidó incluirla en un listado de bienes ante una demanda, refiere el recurrente que se perdió de vista que esa demanda fue interpuesta solo para sentar precedentes y en medio de un ambiente agudo de agresión y estrés, al punto que la misma testigo [Nombre 014] relató que la ofendida estaba temerosa de la reacción de su esposo si se enteraba de que se había presentado y ella misma le aconsejó que si no quería entregar los documentos al Registro Público no lo hiciera y fue tiempo después que la quejosa se dio cuenta que ya la finca no estaba a nombre de su esposo. Alude a que el encartado extorsionaba a la afectada con publicar una fotografía en que, supuestamente, [Nombre 001] aparecía desnuda si ella efectuaba gestiones en contra suya y que eso, en un ambiente de una líder de un grupo de oración y con una formación muy conservadora, era una amenaza constante para no actuar. Se queja de que no se valorara la parcialidad de la prueba aportada por el encartado y pide que se modifique lo resuelto en los términos inicialmente mencionados. Al contestar el recurso, el Ministerio Público solo señaló lugar para atender notificaciones en tanto que el licenciado Carmona, defensor del encartado pidió que se declarar a sin lugar el alegato ya que existe harta prueba documental y testimonial que refiere que esa propiedad no tenía vocación de bien ganancial, sino que fue adquirida con dineros de la mamá del endilgado aún y cuando, por razones prácticas, de administración y confianza, había quedado inscrito a nombre de este. Refiere que así lo concluyó la sentencia del Juzgado de Familia y que, en todo caso, la ofendida no solo participó activamente como vendedora de dicho inmueble (para ganarse la comisión de ventas a sabiendas de que era de la mamá de su esposo) sino que conocía de antemano que no era ganancial y que fue vendido, al punto que , al instaurar uno de los procesos de violencia doméstica ( debidamente asesorada por abogados y abogada s de gran trayectoria judicial como lo eran una ex-magistrada, una ex-jueza de Tribunal y un ex-fiscal de la República ) , nunca mencionó esa propiedad ni llevó registros documentales de ella, pese a que dijo que era la de más valor. Agrega que, en todo caso, aceptando de forma hipotética que fuera un bien ganancial, el encartado podía disponer libremente del bien, por el principio de libre disposición que rige en el país, ya que los gananciales surgen por la participación diferida. Cita, en apoyo de su tesis, el voto de este Tribunal número 13-2014, así como otros de la Sala Segunda y del Tribunal de Familia que también referencia. **El alegato no es procedente.** En lo referente a la venta de la propiedad de Santa Ana se contrae a lo narrado en la querella en el hecho décimo y que, temporalmente, se ubica el 4 de agosto del 2006, fecha en la que el Querellado vendió (efectivamente) la finca que era patrimonio familiar, inscrita al Folio Real [Valor 001], ubicada en Pozos de Santa Ana. Esta contextualización es importante hacerla porque, entonces, salvo que sea más favorable para el endilgado, conforme a lo dicho atrás, no resultaría aplicable la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres , normativa que entró en vigencia el 30 de mayo de 2007 con su publicación en La Gaceta No. 103. Puede convenirse, con la parte apelante, que había un contexto de violencia intrafamiliar general (que incluye la patrimonial) y que todos los hechos, analizados en conjunto, podrían generar un lapso de sospecha respecto a que el vínculo se iba a romper, aunque no lo quisiera la ofendida, pero nada de ello es relevante para la materia delictual sino, a lo sumo, para la materia civil, aspecto que, por haberlo abordado el impugnante en un acápite separado, será tratado de esa misma forma más delante. Al margen de que pueda aceptarse que la venta de la propiedad de Santa Ana pudo hacerse en un período de sospecha y que había violencia intrafamiliar, lo cierto es que, en la especie, no podía configurarse el delito de estelionato acusado, tal y como lo dispusieron las juezas integrantes de la mayoría del Tribunal, ni se da, según se ha venido analizando, ninguna otra figura penal. En lo penal, baste reiterar que el numeral 217 del Código Penal no se configura porque no existía ningún derecho declarado para la ofendida (solo expectativas) y aunque el bien pueda considerarse, mediante una interpretaci ó n amplísima ajena al Derecho Penal (que, por ello, no es válida y que se expone solo de forma hipotética), que fuera litigioso, no estaba dado a la ofendida mediante precio o garantía, que eran los elementos típicos a ese entonces, sin que baste que se den algunos y otros no. Tampoco se dan otras figuras penales del Código ni era aplicable la ley posterior que llegó, luego, a incriminar algunas conductas pero ya cuando el encartado había desplegado tales actos, por lo que el alegato debe rechazarse en cuanto a lo penal y se retomará aparte en lo civil.

**IV.-**

En un **último** **apartado**, destinado a atacar lo resuelto sobre la acción civil resarcitoria, el recurrente informa que esta se rechazó bajo dos argumentos: que el numeral 96 del Código Penal, posterior, derogó el artículo 871 del Código Civil de 1888 y que, por ende, el reclamo de los dineros sustraídos de CECOR estaba prescrito y, en lo referente a la hipoteca de la casa de habitación de [Nombre 015], cuyo pago ha incumplido el demandado civil, se dijo que no cabía indemnización civil al dudarse de si había existido un hecho delictivo. Aparte de señalar la necesidad de resolver los temas civiles al elegirse una vía, la parte apelante refiere que no se analizó si hubo actos de interrupción de la prescripción, como lo era la fecha de la demanda interpuesta el 4 de junio de 2010 y el posterior traslado de la misma y, en cuanto al otro tópico, señala que se atacó la pérdida de contexto en que sucedió, que revela la existencia de un delito, por lo que pide que se ordene el reenvío también en materia civil. Al contestar el recurso, el Ministerio Público se limitó a señalar lugar para atender sus notificaciones y el defensor del imputado expresó que la parte apelante carecía de razón en todos sus alegatos y que pedía que el recurso se rechazara. **Por las razones que aquí se indicarán, e** **l alegato debe rechazarse** **.** Respecto a la acción civil resarcitoria, el Tribunal de instancia, por mayoría, resolvió declararla sin lugar con base en los siguientes argumentos: " *La señora [Nombre 001] se constituyó en actora civil, demandando a [Nombre 005] para que sea condenado a pagarle por concepto de daño material, en lo que respecta al retiro del dinero de la entidad CERCOR la suma de seis millones ochocientos setenta y un mil quinientos colones (₡6,871.500), que es la mitad de lo que originalmente se depositó en dicha entidad. En lo que respecta a la venta del Terreno ubicado en Pozos de Santa Ana la suma de doscientos sesenta mil dólares ($260.000) que es la mitad del precio de la venta. Sobre estas sumas intereses con la tasa del Banco Nacional para los depósitos a seis meses plazos en moneda nacional a partir del momento del retiro del dinero en el primer caso y de la fecha de la venta del inmueble en el segundo caso. Además liquidó el daño moral por ambas acciones en la suma de cincuenta mil dólares ($50.000). Solicitó la condena del demandado civil al pago de ambas costas por la acción, calculadas sobre estas sumas. Por su parte el demandado civil [Nombre 005] solicitó a través de su defensor que se declararan sin lugar las petitorias de la accionante* (...) *Sin entrar en análisis de fondo, sobre el hecho denominado retiro del dinero de CERCOR* (sic) *, este acaeció el día tres de enero de dos mil cinco y a la fecha ha transcurrido la prescripción decenal. Originalmente, tanto la Sala Primera como la Tercera, estableciendo la aplicación del artículo 871 del C.C., determinaron que en materia de prescripción de la acción civil, existía una excepción al plazo de 10 años cuando se tratara de responsabilidad civil derivada de delito, teniendo aquélla el mismo plazo de prescripción que la acción penal. Sobre el punto había resuelto la Sala Primera mediante resolución de las quince horas del quince de abril de mil novecientos noventa y cuatro: “.. El artículo 868 del Código Civil establece que todo derecho y su correspondiente acción se prescriben por diez años. Esta regla admite las excepciones que prescriben los artículos siguientes y las demás establecidas expresamente por la ley, cuando determinados casos exigen para la prescripción más o menos tiempo. El artículo 871 de interés para el presente caso, dispones que: las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito se prescriben junto con el delito o cuasidelito de que proceden. De manera que el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad civil extracontractual procedente de un delito o cuasidelito, no es de diez años sino el del delito o cuasidelito que genera dicha responsabilidad... ” Sin embargo esta tendencia fue sustituida por otro criterio jurisprudencial reiterado que establece una independencia entre los términos de prescripción de la acción civil y los de la acción penal. De esta forma el criterio actual es que el artículo 871 del C.C. quedó derogado por el artículo 96 del Código Penal. Dice la Sala Primera: “ El camino para dilucidar la controversia está dado por el artículo 96 del Código Penal de 1970, que acoge definitivamente la Teoría Clásica en nuestro ordenamiento cuando dispone: el otorgamiento de la amnistía, el indulto, la rehabilitación, el perdón judicial, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional no afectan la responsabilidad y el comiso. La extinción de la acción penal y de la pena no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado, ni impedirá el decomiso de los instrumentos del delito... Esta norma independiza la obligación de reparar el daño, de las vicisitudes que lleven a la acción penal a extinguirse. Naturalmente la prescripción es una causa de extinción de la acción penal, (doctrina del artículo 30 inciso e) del Código Procesal Penal vigente). Esto contraría lo estipulado en el artículo 871 del Código Civil. Sin embargo, tomando en cuenta la fecha de promulgación de ese artículo del Código Penal (1970), frente a la norma del Código Civil (1888) y encontrándose identidad en la materia regulada, esto es, los efectos que tiene la prescripción de la acción penal sobre las responsabilidades civiles que como consecuencia de la conducta nacen a la vida jurídica, debe aplicarse el principio general de derecho lex posterior derogat lex prior, por lo cual ha de concluirse* ***871 ibídem fue derogado tácitamente por el numeral 96 del Código Penal. Si un hecho ilícito, con consecuencias civiles, es constitutivo de delito, el fenecimiento de la competencia de los tribunales punitivos, por el decurso del tiempo necesario para la prescripción de la acción penal no merma el derecho del damnificado de acudir a la jurisdicción civil a peticionar el resguardo de sus intereses.*** *La Sala Tercera, así lo dispuso en su resolución No. 2002- 861 de las a10 horas del 30 de agosto del 2002 donde expresó: “...concluye la Sala que se impone variar aquí el criterio que se ha mantenido; esta vez sin recurrir a cuestiones de constitucionalidad sino aplicando los principios que rigen la abrogación de las leyes (tema propio de los tribunales ordinarios y no de la Sala Constitucional) y ello permite establecer que la primera norma de* ***cita (871) fue tácitamente derogada a través del Código Penal de 1970 V.- En armonía con lo expuesto, la prescripción de la acción penal pierde todo interés para determinar la suerte de las pretensiones civiles, debe atenderse a la causa petendi de la demanda*** *para determinar cuál es el plazo de prescripción de la pretensión que se ruega […] (Voto No. 482 de las 10:00 hrs. del 12 de agosto de 2003)”. Compartimos esta línea jurisprudencia y por ende se declara prescrita la acción civil interpuesta por [Nombre 001] contra [Nombre 005]. En lo que respecta a la indemnización que se peticionó en relación con* ***la venta de la finca inscrita al folio real número [Valor 001]-000, de las normas arriba citadas se desprende con diáfana claridad que la actora civil no tiene derecho a que se le indemnice por los daños*** *que reclama. En efecto, al no haberse acreditado que el encartado realizó el delito que le endilga este proceso, no se ha acreditado, conforme corresponde, que le asista alguna obligación de indemnizar a la actora civil, así como tampoco que asiste a esta algún derecho a verse resarcida por parte del demandado civil. En ese sentido la normativa legal mencionada es clara en establecer que la indemnización procede cuando se haya acreditado al menos* ***la realización por parte del demandado civil un hecho punible, es decir, un hecho al menos típico y antijurídico****; consiguientemente si esta sentencia no logró establecer la veracidad del hecho acusado, no se cumple con la exigencia que genera esa obligación y/o derecho al resarcimiento. En consecuencia, se declara sin lugar la acción civil resarcitoria incoada por [Nombre 001] contra [Nombre 005]. Se resuelve de conformidad con los artículos 265 y 267 del Código Procesal Penal, la acción civil resarcitoria sin especial condenatoria en costas por existir razones plausible para litigar que se derivan del hecho que el fallo absolutorio en lo que respecta al retiro del dinero se debió a la prescripción de la acción penal y en lo que respecta a la venta del terreno a la aplicación del principio universal in dubio pro reo."* (cfr. folios 1338-1339 frentes y vueltos; se suplen los destacados). Es decir, la mayoría del Tribunal consideró que, al estar prescrita la acción penal, lo estaba también la acción civil resarcitoria en el caso de los dineros producto de la hipoteca y, en el evento de la finca de Santa Ana, que no había derecho a resarcir porque no se había configurado ningún delito. Este Tribunal concluye, con la parte apelante, que es cierto que esas referencias fueron omisas . Sin embargo, por las razones que aquí se indicarán, no es posible variar lo resuelto. Es claro que la decisión adoptada sobre el tema de la prescripción de la acción civil no es completa ya que los jueces no analizaron si, en la especie, concurría alguna causal para la interrupción o la suspensión de la prescripción en materia civil, por un lado y, por el otro, tampoco escrutaron si, aunque no hubiera delito, surgía alguna responsabilidad civil derivada de una conducta atípica pues, por ejemplo, el hecho de que no se configuren elementos del tipo de libramiento de cheques sin fondos porque un cheque se haya dado en garantía, no significa que no haya una deuda que honrar o el que no se configuren elementos de estafa no conlleva a que , necesariamente , deba excluirse el incumplimiento de un contrato, tópico este, sobre la razón jurídica que sustenta la pretensión civil relacionada con un hecho presuntamente delictivo, que este Tribunal ha abordadoantes (voto número 848-2016 de esta Cámara integrada por Chinchilla, Solís y Campos) de la siguiente forma: "... *en cuanto al rechazo de la acción civil, consta que la jueza* (...) *dio las razones para ello, que tienen que ver no solo con aquella duda* (...) *sino que, en lo que atañe a la entidad dueña del vehículo, porque se estimó que fue demandada solo en su condición de propietaria registral y no como responsabilidad objetiva derivada del riesgo y lucro generado por efectuar una actividad riesgosa* (...) *en virtud del principio iura novit curia, (aplicable también a la materia civil en que rige el principio dispositivo) será el Tribunal el que deba establecer el vínculo jurídico que genere la responsabilidad, bastando que se haga una descripción de los hechos y las pretensiones y en los primeros sí se indicó que uno de los automotores era un bus de transporte público, lo que denota explotación comercial* (...)*. Así lo ha entendido la propia Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto número 421-2013 y lo ha aceptado este Tribunal (con una integración diversa a la actual, que aquí se comparte en tal extremo: ver voto número 587-2016 de Acon, Cortés y Murillo) al decirse: "El recurrente estima que la "causa" se varió en sentencia, toda vez que la demanda civil se sustentó en una responsabilidad civil de tipo subjetivo, por negligencia del Banco Nacional en sus controles sobre el sistema de internet banking (art.1045 Código Civil), y la sentencia condenó al Banco por una responsabilidad civil objetiva fundada en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Sin embargo,* ***los hechos por los cuales fue demandado el Banco Nacional de Costa Rica y que constituyen la causa de la relación procesal, son los mismos*** *por lo que fue condenada la entidad recurrente. Nótese que el hecho se sustentó desde la acción civil en que por medio del sistema de internet banking del que ella era clienta y cuyo servicio puso a su disposición el citado banco, le fueron extraídos en forma fraudulenta varios miles de dólares, los cuales fueron depositados en las cuentas de los aquí imputados y de otros implicados que no fueron condenados. En todo momento, la acción civil se dirige contra el Banco como responsable de que por ser ellos quienes pusieron ese servicio a su disposición, deben pagar los daños sufridos producto del fraude. Si bien, la demanda hace alusión a pobres controles del banco en ese servicio, a la escasa seguridad del sistema, y lo sustenta en derecho en el numeral 1045 del Código Civil, ello no equivale a interpretar que la causa de pedir se esté variando, violando el principio de congruencia de la entidad demandada. La jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente con relación al principio de congruencia: “Desde este plano, el principio de congruencia se complementa con el denominado postulado “iura novit curia”, (el juez conoce el Derecho), el cual implica que es a él a quien corresponde determinar cuáles son las normas aplicables al caso concreto, observando los límites impuestos por la congruencia, a saber: la causa petendi, que corresponde a los hechos narrados por los litigantes (que constituyen la base de la petitoria), y a partir de esta, sus pretensiones y excepciones. Por ende,* ***el Juzgador, sin variar los hechos ni los pedimentos o excepciones, debe emplear su conocimiento en la fundamentación jurídica invocada por los litigantes, de manera que esa eventual deficiencia no constituya una limitante para resolver el objeto fundamental del proceso****. La correcta comprensión de lo anteriormente indicado permite concluir, por un lado, que la armonía que el Ordenamiento disponen entre el marco de las pretensiones y la decisión jurisdiccional, no supone una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las parte (sic) y la redacción de las sentencias. En realidad, implica que el juzgador debe pronunciarse categóricamente sobre aquellos pedimentos que sean objeto del proceso, de suerte que no quede fuera cuestión alguna relacionada con la petitoria. De otra parte,* ***la congruencia procesal no requiere una subordinación o sujeción plena a los alegatos y fundamento de derecho de las partes. Basta que exista una correspondencia entre el cuadro fáctico debatido, la pretensión material y los pronunciamientos de la sentencia penal****” (ver Sala Primera, Nº 421-2013 de 02:50 hrs. de 09 de abril de 2013). De lo anterior se desprende en forma clara que* ***en tanto los hechos sean los mismos, y la pretensión material no varíe, el sustento jurídico puede ser distinto, pues el juez conoce el derecho, y será quien en definitiva aplique las normas jurídicas que correspondan al caso concreto****. Por ende, en este asunto, lo que ha variado no es el marco fáctico (causa petendi), sino el derecho en el cual se sustenta la condena civil, el cual en principio se fundamentó en el numeral 1045 del Código Civil, pero que tanto en las conclusiones en el debate de la parte actora civil, como en la sentencia impugnada, se basó en la responsabilidad civil objetiva del Banco Nacional por el servicio de internet banking, mediante el cual se cometió el fraude. Todo según lo dispone el numeral 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. La responsabilidad del Banco emerge por el riesgo que creó al poner a disposición de la ofendida el servicio de internet banking, y por medio del cual dicha entidad lucra" (el destacado se suple). Así las cosas, también el sustento para rechazar la demanda civil, ya no solo contra el encartado-demandado civil sino también para el tercero civilmente demandado, no fue completa."*

Es decir, el Tribunal debió haber fundamentado si, al margen de que no existiera delito, era procedente alguna indemnización de las reclamadas con base en los institutos propios del derecho de familia y civil (si hubo abuso de un derecho, si el bien era ganancial, etc.), aspecto que, a su vez, ten ía importancia porque si se determina que los hecho s acusados eran, para el momento de su comisión, atípico s y no deli ctivos , debe dilucidarse, entonces, a partir de ello...¿cuál e ra el régimen de prescripción aplicable? pues parecería un contrasentido que se utilicen las reglas de prescripción de hechos delictivos cuando se ha indicado que los acusados no lo son, aspecto que tampoco fue objeto de profundización por el órgano de instancia. Empero, como se dijo atrás, no es posible modificar lo resuelto sobre este tema (que es a lo que se circunscribe el recurso y, por ende, a lo único que tiene competencia esta Cámara al tenor del numeral 446 del Código Procesal Penal) porque, tal y como en su momento lo informara la propia actora civil en otro proceso pero que consta en el documento admitido que rola en folio 1107 y siguientes del tomo II, además del proceso penal, la parte actora planteó un proceso ordinario de familia, expediente 09-000860-186-FA, en el que la aquí ofendida y actora civil reclamaba la declaratoria de ganancialidad, entre otros, del vehículo Mitsubishi 2003 placa [Valor 002] (comprado con parte del dinero obtenido de la hipoteca de la casa familiar), del inmueble familiar finca del partido de San José matrícula [Valor 005] ubicado en Dos Ríos y de la finca inscrita en el Registro Público, ubicada en Santa Ana e inscrita bajo la matrícula del Partido de San José [Valor 001]-000. En ese proceso hubo una primera sentencia número 458-2015 emitida por el Juzgado de Familia, la que fue anulada por el Tribunal de Familia según voto número 1004-2015 y luego, el 13 de abril de 2016, se emitió la sentencia número 838-2016 del Juzgado de Familia en que se declara la "ganancialidad" del carro referido; del inmueble de la casa familiar pero se rechaza el del lote en que se edificó dicha vivienda y se rechaza el carácter o vocación de ganancial de la propiedad de Santa Ana, decisión esa que, mediante el escrito de referencia, la parte actora civil está impugnando (ver folios 1107 y 1139 a 1274 del tomo II). Ante ello, no es procedente modificar lo resuelto ya que es evidente que, al no haber delito alguno que perseguir en este asunto, no cabe indemnización alguna por tal concepto y, en cuanto al tema de fondo referente a la declaratoria de ganancialidad, ya hay proceso en trámite con las mismas partes ([Nombre 001] contra [Nombre 005]), objeto (propiedades de Santa Ana y casa familiar, más dineros depositados en la cuenta de la Conferencia Episcopal) y causa de pedir (declaratoria de ganancialidad de dichos bienes), por lo que surgen a la vida jurídica alguno de estos dos institutos, según el resultado de aquel proceso, que se ignora: si la sentencia de familia ya está firme, hay cosa juzgada material, porque aquellas pretensiones se discutieron en la vía ordinaria civil que es la equivalente a la de la acción civil resarcitoria tramitada en sede penal y, si no lo estuviera, hay litis pendencia. Ambos institutos, por referirse a presupuestos materiales, pueden revisarse y declararse de oficio, conforme al artículo 298, incisos 6) y 7) del Código Procesal Civil, norma que se aplica de forma supletoria. Sobre este tema (enfocado hacia la cosa juzgada pero aplicable, también, a la litis pendencia desde que ambos constructos teóricos parten de la existencia de partes, objeto y causa en común entre dos procesos, aunque se distinguen porque el proceso tenga sentencia firme o no) la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia número 933-2006, en lo de interés, señaló: *“La cosa juzgada está sujeta a dos límites: el objetivo, en razón del objeto sobre el cual versó el proceso al igual que la causa o título del cual se dedujo la pretensión; y el subjetivo, en razón de las personas que han sido partes en el proceso. El objeto de la pretensión está referido a lo reconocido o negado en la sentencia ejecutoriada. Sea, a la cosa o relación jurídica sobre la cual se aplica su fuerza vinculante. El objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado en la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada, según el caso. Además, la cosa juzgada en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión jurisdiccional, por consecuencia necesaria o por depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente. Así, cuando una sentencia ha decidido sobre un todo del cual forma parte la cosa objeto de la nueva demanda, existirá sin duda, identidad de objeto. El segundo aspecto del límite objetivo es la identidad de la causa petendi, sea, el fundamento o razón alegada por el demandante para obtener el objeto de la pretensión contenida en la demanda. La causa petendi debe ser buscada exclusivamente dentro del marco de la demanda, con un criterio amplio el cual conduzca a su interpretación lógica. No remitiéndose a su simple tenor literal. Ella configura la razón de hecho enunciada en la demanda como fundamento de la pretensión. Está formada por el conjunto de hechos alegados como base de la demanda. No para cada uno de ellos aisladamente. El límite subjetivo o identidad de partes se refiere a los sujetos del proceso, partes en sentido formal: demandantes, demandados y terceros intervinientes; y debe tenerse en cuenta que los causahabientes de las partes a título universal o singular están obligados por la sentencia, como si se tratara de ellas. Al respecto, lo importante es la identidad jurídica de las partes, no su identidad física. En consecuencia, a quien no ha sido parte en el proceso no se le puede vincular con la sentencia dictada; es decir, no se le pueden imponer las sujeciones y obligaciones derivadas de ella… ”* Al constatarse que esa identidad existe en este caso, no procede aceptar el argumento de la parte impugnante para mantener vigente el trámite de esta demanda civil para la declaratoria de ganancialidad de esos bienes pues la parte deberá atenerse a lo que, en definitiva, se haya resuelto o resuelva en la vía ordinaria civil. Es cierto que existe el principio de que la parte puede elegir una vía para el cobro de los extremos civiles, pero ese precepto no abarca las dos vías: penal y civil, de modo que si la misma parte interpuso procesos en ambas, no podría ahora continuarse en esta sede para la determinación de la ganancialidad o no de los bienes (y no de indemnizaciones por el carácter delictivo de las conductas, lo que se ha rechazado) pues, al margen de lo que se decidiera en la vía ordinaria de familia, ya ese proceso inició y cuenta con una sentencia. El artículo 41 del Código Procesal Penal es muy claro al respecto pues señala: "*La acción civil podrá ejercerse en el proceso penal, conforme a las reglas establecidas por este Código o intentarse ante los tribunales civiles;* ***pero no se podrá tramitar simultáneamente en ambas jurisdicciones***" (el destacado es suplido). Por lo expuesto, aunque la fundamentación de lo resuelto sobre el tema civil fue omisa porque no se abordó el tema de si había abuso de derecho o, incluso, si existía o no prejudicialidad respecto a lo eventualmente resuelto sobre el tema de los gananciales por la jurisdicción de familia, lo que —en otras condiciones— hubiese obliga do a su anulación, no procede hacerlo ya que los temas aquí discutidos están siendo conocidos, paralelamente, en un proceso ordinario de familia y, respecto al remanente de las pretensiones (vgr. por daño moral) no caben al haberse determinado que no hubo delito alguno. Así las cosas, por estas razones y no por las esbozadas en la sentencia impugnada, debe rechazarse el alegato.

**V.-**

El licenciado Adán Carmona Pérez, defensor público del encartado alega, como **primer reproche** contra la decisión que, por unanimidad, condenara a su representado a un año de prisión por el delito de falsedad ideológica descrito en el punto 6 de la acusación fiscal (folio 802), que se violentó el debido proceso y los principios de legalidad, acusatorio, imparcialidad, objetividad, equilibrio procesal y separación de funciones. Para contextualizar su reclamo efectúa un recuento procesal (que no presenta en orden cronológico y así se resume) en el que destaca que la ofendida interpuso denuncia el 18 de mayo de 2009 y allí mencionó, como testigos y a la vez asesoras legales en el proceso por violencia doméstica, a sus amigas [Nombre 016] y [Nombre 014]. El 7 de febrero de 2012 se rechazó una gestión fiscal de levantamiento de secreto bancario al considerarse que los hechos denunciados eran atípicos, decisión que, según señala, como todas las de primera instancia en este proceso y favorables al encartado han tenido la particularidad de ser revertidas en las instancias recursivas. El 4 de junio de 2010 se presentó querella y acción civil por los delitos de fraude de simulación y subsidiariamente por estelionato y el 31 de enero de 2014 se presentó otra querella pero solo por estelionato. El 19 de enero de 2012 se indagó al encartado únicamente por los delitos de fraude de simulación y estelionato descrito en la primera querella y el 6 de setiembre de 2013 el Ministerio Público acusó por el delito de fraude de simulación y no por la falsedad ideológica (remite al folio 800). El 23 de febrero de 2014 se dictó sentencia de sobreseimiento definitivo que fue apelada solo por la parte querellante, sin que lo hiciera la Fiscalía (ver folio 864), decisión aquella que "*cumpliendo con la constante en este proceso (la efectividad en la instancia de apelación de la parte acusadora)* " (ver folio 1425) fue acogida y el Tribunal, integrado por la jueza Patricia Solano, en lo que el apelante califica de forma *"bastante interesada y extraña*" (folio 1425), asumió atribuciones que no le competían al dictar el auto de apertura a juicio sin enviar la causa para celebrar una nueva audiencia preliminar (lo que debió hacerse según se describe en el voto de la Sala Tercera número 51-2006 y en el del Tribunal de Casación Penal de San José número 685-2004). El Tribunal admitió no solo la querella y la acción civil sino, también, la acusación fiscal, con lo que obligó al Ministerio Público a continuar con una causa para la que ya este ente había decidido desistir, al no apelar el sobreseimiento. El Tribunal elevó la causa a juicio admitiendo, a bulto, toda la prueba ofrecida, sin cumplir ninguna disposición legal e impidiéndole a la defensa proponer vías alternas, aportar prueba, etc. Señala que tan particular fue lo actuado en instancia que la jueza de juicio, Ana Patricia Araya, interpuso una solicitud de aclaración y adición (folio 958) en que advirtió lo que para ella eran cinco errores en lo actuado, que incluían la atipicidad de la conducta (ya señalada en dos oportunidades anteriores), lo indebido de obligar al ente fiscal a continuar con una acción que ya había referido no querer proseguir. Esa petición fue rechazada a partir de simples formalidades. Asimismo, la defensa gestionó una actividad procesal defectuosa que le fue declarada inadmisible, decisiones en las que intervino ya no solo la jueza Solano Castro sino, además, el juez Manuel Rivera Solano, que ha integrado el Tribunal sentenciador (folio 1010). Ya en debate, la defensa efectuó los mismos alegatos y a pesar de que el Ministerio Público aceptó que no tenía interés de participar en el juicio, se le obligó a hacerlo, **actividad procesal defectuosa que pide que en esta sede sea nuevamente valorada**. De la misma manera, la defensa recusó al juez Manuel Rivera Solano por haber participado activamente en la decisión de la actividad procesal defectuosa previa al juicio para lo que, necesariamente, los jueces debieron imponerse del fondo del asunto, petición que también le fue rechazada. Adicionalmente este juez mostró un interés particular en el desarrollo del proceso al excederse en el interrogatorio efectuado, lo que hizo con, al menos, 15 testigos y mediante una línea que la defensa tuvo que objetar repetidamente; al no prestar la misma atención a la parte querellante que a la defensa en sus conclusiones, al punto que cuando esta inició sus alegatos finales, cerró la computadora en la que tomaba apuntes y dejó de hacerlo y, finalmente, fue el juez que salvó el voto respecto a algunos extremos de lo resuelto. Además de lo anterior, ya en la etapa de conclusiones, el Ministerio Público solicitó absolutorias y la parte querellante pidió condenas pero por los delitos de estelionato y desobediencia a la autoridad, sin que nadie lo hiciera por el delito de falsedad ideológica ni nunca se advirtió a la defensa sobre la posibilidad de que se recalificaran los hechos, tal y como lo ordena el numeral 347 del Código Procesal Penal y el voto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, párrafo 73, por lo que, en sus conclusiones, la defensa no aludió a ese tipo penal y el Tribunal decidió condenar por este ilícito indicando que, aisladamente en el punto 6 de la acusación fiscal, se describía ese ilícito, pero inobservando que ese hecho no había sido indagado. Señala que, irónicamente, el Tribunal de instancia reprochó a las partes no haberse referido a tal delito. Indica que si las diferentes autoridades que intervinieron en el proceso hubieran respetado el debido proceso, nunca se habría podido condenar al encartado por ese hecho, ya que este solo se describió en una pieza fiscal que no se sostuvo por el interesado y por hechos por los que él no fue indagado, a más de que, por no haberse intimado nunca al encartado sobre esto, a esta fecha la acción penal contra él se encuentra prescrita y así pide que este Tribunal lo declare. Con lo actuado considera que se inobservó el principio acusatorio y de separación de funciones y pide que se anule lo resuelto y, por economía procesal, se absuelva de toda responsabilidad a su representado o, en su defecto, se ordene un reenvío. Al contestar el recurso, la parte querellante y actora civil indicó que el que se le diera la razón en apelaciones no era indicador de violaciones al debido proceso sino de su aplicación y que *"...con ello se demuestra que la razón se le da a quien comprueba tenerla y se demuestra también, que quien ‘constantemente fracasa en sus actuaciones’ es porque no tiene la razón y el porqué de ser de los recursos, es enderezar las irregularidades"* (folio 1436). Considera que no hubo irregularidad en que el Tribunal de alzada revocara lo resuelto respecto al sobreseimiento pues así lo ha indicado el voto número 2004-4410 de la Sala Constitucional. El Ministerio Público se limitó a señalar lugar para atender sus notificaciones. **Lleva razón el apelante.** La condena, emitida por unanimidad por el Tribunal de instancia, se sustentó en el hecho 6 de la pieza acusatoria del Ministerio Público que señala: " *En fecha 04 de agosto del 2006 el imputado procedió a vender de forma fraudulenta y con finalidad de sustraer del patrimonio de la ofendida, un bien que era susceptible a ser considerado ganancial, así mediante la escritura número 82 del tomo uno de la notario público Gabriel Valverde Mena, propiamente la finca inscrita al folio real número [Valor 001]-000 ubicada en Pozos de Santa Ana; por lo que el acusado traspasó dicha finca a la sociedad Pakira S.A, cédula jurídica 3-101-287435, por la suma de $520.000 dólares, sin embargo, y* ***de forma fraudulenta en acusado falsamente consignó en la escritura de venta que el valor de la transacción era de 0500 mil colones, cuando el valor real pactado fue de $520.000 dólares****"* (ver folio 862; se suplen las negritas). Para analizar adecuadamente los alegatos del impugnante, en efecto, es necesario hacer una breve descripción de lo acontecido en autos para constatar que, ciertamente, se han producido defectos absolutos que, al tenor de lo elencado por el numeral 17 8 inciso c el Código Procesal Penal, deben declararse de oficio en cualquier estado del proceso y que, en este caso, atañen a la intervención de la parte acusadora. Para evidenciar el yerro, es necesario hacer una descripción (cronológica) de lo sucedido en autos: *(i)* En este asunto, el 4 de junio de 2010 se presentó querella y acción civil por los delitos de fraude de simulación y subsidiariamente por estelionato . Los hechos de ambas acusaciones eran lo referente al uso del dinero de la hipoteca y a la venta, por una precio irrisorio (según se consignó) de quinientos mil colones de la propiedad de Santa Ana, sin estipularse, en dicha querella, el valor real de la venta, sino que se partió de que se trataba de un acto simulado (ver legajo de querella, folio 1 a 31); *(ii)* El encartado fue indagado de dichos hechos el 29 de febrero de 2012 (ver folios 472-473 del tomo I); *(iii)* El 06 de setiembre de 2013 Ministerio Público presentó acusación por tales hechos agregándose, en el enumerado como 6, que el precio real de la venta de la propiedad en Santa Ana había sido de quinientos veinte mil dólares (ver pieza fiscal en folios 800 a 809); *(iv)* El 27 de enero de 2014 se amplió la querella agregando en esta -hecho décimo- el precio real de la venta de la propiedad de Santa Ana (ver folios 90 a 105 y 111 a 126 del legajo de querella); *(v)* El 25 de febrero de 2014 se efectuó la audiencia preliminar y, mediante auto del día siguiente, se declaró extemporánea la querella y se rechazó la acusación fiscal, declarándose el sobreseimiento definitivo por atipicidad al descartarse que la venta de la propiedad de Santa Ana fuera simulada sino real, lo mismo que el retiro del dinero; que no había estelionato desde que no se le impidió el ejercicio de sus derechos al adquirente del inmueble y que cualquier delito descrito en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres ya estaría prescrito (folios 813-814, 851 a 859 del tomo II principal); *(vi)* Esa decisión fue recurrida solo por la ofendida, actora civil y querellante (ver folios 864 a 877 del tomo II principal); *(vii)* El Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, constituido unipersonalmente con la jueza Patricia Solano Castro y mediante resolución oral, al conocer del recurso lo acogió y dispuso el auto de apertura a juicio, aludiendo a que la decisión era ineficaz y que la revocaba. Se admitió la querella y la acción civil, así como la prueba ofrecida (ver acta de folios 954 a 957); *(viii)* Al llegar el asunto a la fase de juicio, la jueza Ana Patricia Araya Umaña solicitó adición y aclaración de aquella decisión pues se desconocía cuál de varios escritos titulados de querella servían de base al juicio; cuál era la prueba admitida y la resolución era omisa respecto a la participación del Ministerio Fiscal, que no había recurrido. Igual la defensa planteó una actividad procesal defectuosa al respecto en que hizo ver no solo que el ente fiscal no había recurrido sino que, de adecuarse los hechos a la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, ya la acción penal estaría prescrita (ver folios 958 a 964; 974-981); *(ix)* El Tribunal de juicio (esta vez integrado en forma colegiada con intervención del juez Manuel Rivera Solano) consideró que no cabía la actividad procesal defectuosa contra resoluciones judiciales y la jueza Solano Castro estimó que era improcedente la adición pues esta procedía a solicitud de parte (folios 991 a 993). Del anterior recuento pueden derivarse, con toda claridad y como antes ha sido expresado por otros funcionarios, las siguientes conclusiones: 1.- Este proceso no puede sustentarse sobre la base de la pieza fiscal porque el sobreseimiento, aunque fue impugnado, solo lo fue por la parte querellante, nunca por el Ministerio Público, de modo que la competencia del *ad quem* para pronunciarse al respecto estaba circunscrita a los agravios y no podía excederse de ese marco (artículo 446 del Código Procesal Penal); 2.- En la querella inicial nunca se estipuló el verdadero precio de venta del inmueble de Santa Ana, sino que eso se mencionó en la ampliación de la querella y en la pieza fiscal y, respecto a la primera, nunca se indagó formalmente al encartado pues fue admitida por el *ad quem* luego de decretarse la extemporaneidad de dicha pieza en la audiencia preliminar, por lo que tampoco en esa sede puede indicarse que hubiera una intimación que subsanara aquel defecto. Si bien esta Cámara no comparte la referencia del defensor de que el hecho no se enviara a una n ueva audiencia preliminar generaba una afectación al debido proceso (porque la imposibilidad real de no poder solicitar o discutir meca n ismos alter n os al proceso o al debate podía subsanarse proponiéndolos en etapa de juicio, lo que no sucedió) no puede menos que convenir con él (y con otra funcionaria que fue recusada por externar tales consideraciones) que el proceder de la jueza de apelaciones no fue correcto, primero porque la decisión era confusa respecto a si declaraba ineficaz o revocaba, términos que no son sinónimos y que, en la práctica, se confunden con harta frecuencia, inclusive por los órganos jurisdiccionales de mayor rango (anular o declarar ineficaz es dejar sin efecto porque lo decidido no cumple con los requisitos de una motivación completa y reenviar para que otro decida; revocar implica que la decisión es válida pues tiene todos los requisitos legales pero no es compartida en su razonamiento y se modifica desde la misma sede) y, segundo, porque se hizo intervenir en forma obligatoria a quien ya había expresado, en definitiva, su interés de no intervenir, obligándosele a mantener una pretensión punitiva en contra del principio de objetividad que ya había expresado. Esto trae como consecuencia, para el evento que interesa, que la circunstancia del precio real de la venta del inmueble de Santa Ana (que fue lo que motivó la condena por falsedad ideológica al estipularse en la escritura un precio diferente del real de venta) no fue acusada oportunamente por la única parte punitiva de intervención válida y, cuando lo fue, el encartado nunca fue intimado sobre tales hechos, de modo que el basar la condena de este evento en la pieza fiscal, como hiciera el Tribunal de instancia, es un error y en ello debe dársele la razón, anulándose lo resuelto pero sin ordenar el reenvío desde que, como se dijo, no se ha indagado al encartado por tales hechos de la ampliación de la querella, de modo que, sin tal indagatoria, no podría dictarse una sentencia de sobreseimiento a su favor (ni aún por prescripción de la acción penal al no haberse dado ningún acto interruptor de esa imputación) ni condenatoria en su contra.

**VI.-**

Como un **segundo argumento** del recurso menciona la errónea aplicación del artículo que describe el delito de falsedad ideológica. Copia el punto 6 de los hechos acusados por el Ministerio Público y señala que, por más esfuerzos que hizo el Tribunal, el marco fáctico descrito implica la atipicidad de la conducta, pues se penalizó al encartado por haber consignado falsamente en la escritura de traspaso de la propiedad de Santa Ana que el precio de venta del inmueble era de quinientos mil colones cuando fue de quinientos veinte mil dólares. Indica que "consignar" no es un verbo típico, sino solo “insertar” o “hacer insertar” y en la sentencia no se indica si el verbo usado es sinónimo de los descritos en la norma. Además, de la prueba recibida no es posible derivar que fuera el encartado el que consignara esa información, pues en las escrituras públicas quien lo hace es solo el notario público, legitimado para efectuar dicho instrumento y, en este caso, la notaria fue Gabriela Valverde Mena, quien no ha figurado como parte en este asunto. Cita, en apoyo de su tesis, los votos de la Sala Tercera números 480-2001 y 351-2005. Además, señala que no es cualquier declaración falsa la que se reprocha en el tipo penal (para lo que se apoya en el autor Creus), sino solo aquellas concernientes a lo que el documento debía probar y en la sentencia nada se dijo respecto a este elemento objetivo del tipo penal, lo que denota ausencia de fundamentación, pero, además, de la prueba documental y testimonial se deriva que lo que ese documento debía probar era la venta del inmueble, que fue real. Asimismo, el tipo penal exige la necesidad de que pueda resultar perjuicio, elemento que no deriva de la prueba, ya que el único potencial perjudicado con el acto era el comprador, quien no sufrió afectación ni ha sido parte de este asunto (para lo que transcribe parcialmente los votos número 412-2001 del Tribunal de Casación Penal y números 738-2007 y 509-2014 de la Sala Tercera). Finalmente, señala que no se demostró el dolo, porque, respecto de este, el Tribunal solo se limitó a decir que el encartado sabía que no era el precio real del inmueble pero sin especificar qué se entendía por tal: si el valor registrado, el pericial (que no hubo), el de mercado o un valor subjetivo dado por las partes que, en este caso, fue aquella suma en dólares que los otorgantes no están obligados a declarar, por los riesgos que ello pueda representarles para su seguridad personal, sin que se describiera en la sentencia en qué consistió la potencialidad de ese peligro. Señala que el único interesado de modificar ese precio era el Estado, por las posibilidades de evasión fiscal, pero en este caso actuó pasivamente, sin que sea función de los jueces penalizar esa aparente evasión fiscal por una vía diferente, aplicando un tipo como el usado en este caso, ya que ellos no son guardianes del fisco. Además, la prueba de descargo determinó que quien hizo la negociación fue la hermana del endilgado, [Nombre 017] y el endilgado solo fue a firmar (aspecto que los jueces de instancia aceptan y le dan credibilidad), por lo que no puede derivarse, tampoco, que él hiciera insertar ese dato. Considera subjetiva y especulativa la referencia a que fue el encartado quien hizo agregar ese dato, ya que no era él quien se beneficiaba con pagar menos impuestos, pues estos corren a cargo del comprador. Agrega que, en tal caso, de ser ilícita la conducta, lo sería para los representantes de la empresa compradora, no acusados por la Fiscalía y que no se da el dolo directo exigido para este tipo penal (para lo que cita el voto número 120-2016 del Tribunal de Apelación de Sentencia de San José y los votos número 509-201 y 315-2009 de la Sala Tercera). Considera que la descripción de la acusación no fue clara en tales aspectos y tampoco la sentencia. Pide la ineficacia de lo resuelto y que se absuelva su patrocinado. Al contestar el recurso, la parte querellante y actora civil se limitó, sobre este extremo, a solicitar que se rechazara, sin dar más argumentos. El Ministerio Público solo señaló lugar para atender sus notificaciones**. El reclamo es de recibo.** Aunque, en virtud de lo resuelto atrás, sería innecesario conocer de este otro reclamo, esta Cámara no puede omitir indicar que, aunque el vicio procesal a ntes descrito no se hubiera producido y la conducta se hubiera imputado adecuadamente, lo cierto es que en este caso nunca, salvo que se pretenda derogar los más elementales principios del Derecho Penal, podría considerarse que el consignar en una escritura un precio diferente (inferior) al realmente pactado entre las partes para efectuar un acto jurídico , puede ser constitutivo del delito de falsedad ideológica sino, a lo sumo, de un fraude fiscal, ilícito estipulado en el Código Fiscal y que no fue descrito. Esto es así porque , en primer lugar, la sentencia no se ocupa de explicar ni analizar si fue el encartado quien hizo constar ese precio o si lo hizo insertar el comprador o hasta el mismo notario, aspecto que no deriva de prueba alguna y que vicia el razonamiento pero que, a pesar de ser un vicio formal no genera ningún reenvío no solo porque lo que se echa de menos no se imputa en la pieza acusatoria, es decir, no se dice quién efectuó tal acto, sino, también, porque a nada conduciría dicho reenvío si tampoco ese elemento deriva de ninguna prueba. Además, en cuanto al fondo del asunto, aunque se asumiera hipotéticamente (solo para efectos analíticos) que fue el encartado quien pidió que se consignara dicho precio, resulta que las partes de un negocio jurídico pueden darle a sus bienes el valor que estimen procedente y venderlos por este, pues rige el principio de autonomía de la voluntad y la discordancia solo tiene efectos ante el fisco, que en este caso no ha intervenido o si se demuestra que se genera perjuicio, que, para el comprador, nunca lo hubo ni lo ha alegado y, en cuanto a terceros, tampoco existen pues la querellante supo del precio real de la venta por otros medios de prueba, de modo que podía ejercer las acciones de protección de sus derechos (que eran personales y no reales, es decir, eran sobre el valor económico real y no sobre el inmueble en sí mismo) por otras vías. El tipo de falsedad ideológica requiere un perjuicio y que el vicio recaiga sobre lo que el acto debe probar que, en este caso, como bien lo señala el recurrente, era la venta, que se ha aceptado que era real y, entonces, no se da este otro de los elementos configurativos. Por ello, lo procedente es, también por esta razón, acoger el recurso y dejar sin efecto lo resuelto, sin ordenar ningún reenvío desde que la conducta de falsedad ideológica no está descrita ni en la pieza fiscal no proseguida ni en la querella.

**VII.-**

En el **tercer acápite** del recurso de la defensa se acusa la violación al principio de correlación entre acusación y sentencia y el acusatorio. Con cita de los votos de la Sala Constitucional (números 1739-92, 4619-98, 4961-98) y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, párrafo 67) señala la importancia de este principio como parte del debido proceso y refiere que, aunque en la sentencia se dijo que el hecho acreditado derivaba del punto 6 de la acusación de folio 802, en lo medular dista mucho de lo atribuido, lo que causó indefensión pues las circunstancias de tiempo y modo son diferentes y también lo fue el propósito de mención de ese evento en la pieza fiscal, que nunca fue objeto de acusación por parte de la Fiscalía y respecto al que ninguna de las partes se refirió en conclusiones, por lo mismo. Pide acoger el reclamo y absolver a su representado. Al contestar el recurso, la parte querellante y actora civil se limitó, sobre este extremo, a gestionar su rechazo, sin dar más argumentos y el Ministerio Público solo señaló lugar para atender sus notificaciones. **Lleva razón la defensa.** Es claro que en este asunto ninguna de las partes acusadoras, pese a que han hecho uso de una amplia gama de figuras jurídico-penales para tratar de acomodar los hechos acusados, nunca describieron o acusaron, ni en sus hechos ni en su calificación legal, el delito de falsedad ideológica, por lo que la condena por este evento, descrito de forma superficial, ligera y simplemente accidental, para contextualizar una afirmación, en una pieza fiscal no proseguida y en una ampliación de la querella de la que no se indagó al encartado, no puede catalogarse de otra forma que una grosera violación al derecho de defensa, desde que se generó sorpresa a la defensa a quien nunca se le dio oportunidad de rebatir el elemento de quién y por qué se insertó el tema del precio en la escritura, razón, adicional a las otras, para acoger el reclamo y anular lo resuelto sin que, por lo ya indicado, proceda generar ningún reenvío. Es cierto que, conforme al numeral 365 párrafo segundo del Código Procesal Penal, el Tribunal puede darle a los hechos acusados otra calificación legal, sin embargo, resulta que, en este caso, de las piezas acusatorias (en particular de la fiscal que fue donde se acusó e intimó ese dato de hecho) no deriva quién fue quien consignó (que, conforme a lo indicado por la Sala Tercera, en el voto número 480-2001 y con el apoyo de la doctrina que allí se cita, esta modalidad del delito solo podría cometerlo el notario) o hizo consignar ese dato, que es el aspecto fáctico central de la figura. Además, esa facultad de recalificación, debe ponderarse en conjunto con la facultad, establecida en el numeral 346 del Código Procesal Penal, de que se advierta de esa nueva calificación para evitar afectar el derecho de defensa, máxime cuando, como en este asunto, las partes esbozaron, a lo largo del proceso, una amplia gama de normas jurídico-penales para enmarcar los hechos, lo que obligaba a que otra posibilidades debieran ser advertidas por el Tribunal, lo que no se cumplió.

**VIII.-**

Para finalizar, no debe omitir esta Cámara señalar que llama la atención la sentencia impugnada porque es la única que ha sido conocida por esta integración desde su ejercicio profesional que cuenta con dos “por tantos”, lo que denota un incorrecto manejo del tema de cómo consignar los votos disidentes en una decisión. La parte dispositiva de una sentencia debe ser una y debe recoger todas las cuestiones debatidas de modo tal que, si un juez salva su voto, lo indica así luego de la referencia a que se ha dado un voto de mayoría y no emite su propia parte dispositiva como se hiciera aquí, lo que debe expresarse porque, además de los errores de bulto (en materia jurídica) en que se ha determinado que incurrió el juez de instancia disidente (y que esta misma Cámara ha tenido ocasión de conocer antes y en este asunto ) , este otro revela uno, muy grave, en materia procesal que no debió ser tolerado por la mayoría del Tribunal , pues una decisión con dos " por tantos " resulta confusa para las partes y para el órgano revisor, máxime que, en el contenido de ese pronunciamiento, tampoco se alude a un pronunciamiento minoritario sino que, por la forma en que fue redactado, parece inferirse que se trata de un criterio unánime lo que, en lo sucesivo, deberá ser evitado.

**POR TANTO:**

Se declara sin lugar el recurso interpuesto por el licenciado Carlos Alberto Arias Núñez como abogado de la parte querellante y actora civil y, en consecuencia, permanece incólume la sentencia absolutoria, penal y civil, a favor del encartado .

Se acoge la apelación interpuesta por el licenciado Adán Carmona Pérez, defensor público del encartado y, por ende, se anula la condena recaída sobre el endilgado, sin que quepa ordenar reenvío alguno pues no hubo imputación y acusación válidas en su contra por el hecho por el que recayó dicha condena. Ergo, dicho proceso fenece sin consecuencias en su contra.

Tome nota el Tribunal de instancia, en particular el juez Manuel Rivera Solano, de lo indicado en el considerando final de esta resolución. **NOTIFÍQUESE.**

***Rosaura Chinchilla Calderón***

***Marianela Corrales Pampillo Ana Isabel Solís Zamora***

Juezas

*Expediente: 08-000737-672-TP*

*Imputado : [Nombre 005]*

*Ofendida : [Nombre 001]*

*Delito : FRAUDE DE SIMULACIÓN Y OTROS*

**…………………………………………………………………………………………………………………………………………**

**Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.**

**Resolución: 2016-00576.**

**Palabras clave:** penas alternativas – prisión como última ratio – prohibición de doble valoración

**Resumen:** se analiza la obligación de valorar la imposición de penas alternativas en caso de que las partes lo soliciten. Se recuerda además, la obligación del Estado de cumplir con el compromiso de utilizar la pena privativa de libertad como última opción y recalca la prohibición de doble valoración.

**SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las diez horas y tres minutos del diez de junio del dos mil dieciséis.

Recurso de Casación , interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001]**,** [...]; por el delito de **Incumplimiento de una Medida de Protección y otro,** cometido en perjuicio de [Nombre 002]. Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Alberto Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Doris Arias Madrigal y Celso Gamboa Sánchez . También intervienen en esta instancia, el licenciado Adán L. Carmona Pérez, en su condición de defensor público del encartado. Se apersonó el representante del Ministerio Público.

**Resultando:**

**1.** Mediante sentencia N° 2016-0184 **,** dictada a las once horas y cincuenta y dos minutos del cinco de febrero del dos mil dieciséis , el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José , resolvió: **“POR TANTO** Se declara sin lugar el recurso de apelación planteado por el licenciado Adán Carmona Pérez a favor de [Nombre 001]. Notifíquese **Kathya Jiménez Fernández Francini Quesada Salas Edwin Esteban Jiménez González Juezas y juez del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal** ” (sic).

**2.** Contra el anterior pronunciamiento, el licenciado Adán L. Carmona Pérez, en su condición de defensor público del encartado, interpuso Recurso de Casación.

**3.** Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

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

Informa **el Magistrado Arroyo Gutiérrez**; y,

**Considerando :**

**I.-**

El licenciado Adán L. Carmona Pérez, defensor público del imputado [Nombre 001], interpone recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, No. 2016-0184, de las 11:52 horas, del 05 de febrero de 2016, que declaró sin lugar el recurso de apelación que ese defensor interpuso a favor del encartado. En consecuencia, confirmó el fallo condenatorio No. 913-2015, del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, a las 15:00 horas, del 13 de noviembre de 2015. En ese voto se declaró a [Nombre 001]. autor responsable del delito de incumplimiento de una medida de protección, en perjuicio de [Nombre 002]., por el cual se impuso la pena de seis meses de prisión. A su vez, le otorgó el beneficio de ejecución condicional de la pena, por el término de tres años.

**II.-**

Mediante la resolución No. 2016-00391 de esta Sala Tercera, a las 14:17 horas, del 04 de mayo de 2016, se tuvo por admitido el segundo reclamo de casación, en virtud del artículo 468 inciso b) del Código Procesal Penal. El defensor público acusa la falta de fundamentación de la pena en lo referente a la aplicación de las sanciones alternativas a la prisión, que contempla la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, pese a que fue un aspecto cuestionado de forma concreta en el recurso de apelación. **El reclamo se declara con lugar.** La queja del recurrente es que ninguna instancia ha fundamentado por qué no procede imponer al acusado penas alternativas. Explica que la defensa técnica solicitó expresa, y subsidiariamente la absolutoria, en el debate oral y público, que se impusiera una pena alternativa a la prisión (cfr. f. 117). Después, ante la omisión de pronunciamiento por parte del Tribunal de Juicio, cuestionó ese aspecto ante el Tribunal de Apelación. Lo anterior repercute en que se confirmó la pena de prisión en contra de [Nombre 001], por el delito de incumplimiento de medidas de protección, contemplado por la Ley de Penalización de Violencia contra la Mujer, en los siguientes términos: *“Artículo 43-. 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 fijación de la sanción penal es el momento concreto en que se materializa el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Por esta razón, esta Sala ha dicho reiteradamente que es indispensable que el fallo condenatorio explique las razones por las que el juzgador considera razonable y proporcional la aplicación de un tipo de pena específico, así como del monto correspondiente (cfr. votos No. 1338-13 y 0419-12). Para fijar la pena, el juez debe tomar en cuenta, además de los aspectos subjetivos y objetivos del tipo penal, que ya corroboró en la tipicidad: la cantidad de delitos cometidos, la gravedad de cada uno, la importancia de la lesión, la forma en que se dio el hecho y la necesidad de pena de acuerdo al reproche, en cada caso concreto. Es decir, se analizan todas las circunstancias que rodean al delito. Con el objetivo de controlar la arbitrariedad, el artículo 71 del Código Penal ofrece parámetros para cuantificar la pena, sin que deba necesariamente analizarse cada uno de ellos, o entender aquel artículo como una lista taxativa. Ese numeral indica: *“El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta: a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible; b) La importancia de la lesión o del peligro; c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar; d) La calidad de los motivos determinantes; e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez*”. Específicamente sobre las penas alternativas que regula la Ley de Penalización de Violencia contra la Mujer del artículo 9 en adelante, debe tenerse claro que éstas son una potestad del juez y no un derecho del imputado. Pero sí son una opción que el legislador contempló para los delitos consignados en esa normativa. Lo que corresponde cuando esta opción sea instada por la defensa técnica, es que aquella solicite la aplicación de penas alternativas y respalde su petición con los elementos de juicio que considere pertinentes. Por su parte, el Ministerio Público tendrá la oportunidad de pronunciarse de forma fundamentada al respecto y, finalmente, el juez fundamentará su aceptación o denegatoria. El juzgador podrá otorgarlas si con ello no se colocan en riesgo la vida o la integridad de la víctima o si ésta es perjudicada en el ejercicio de otros derechos. En ese cuerpo legal se establecen una serie de requisitos, entre los que figuran que la persona sea primaria en materia de violencia contra las mujeres, que se le hubiera impuesto una pena de prisión menor de tres años, la realización de un examen psicológico y psiquiátrico completo, así como también, escuchar el criterio de la víctima. Es decir, la normativa especial establece otro tipo de requerimientos, que se complementan con los parámetros del artículo 71 de Código Penal, para valorar si a un encartado se le pueden imponer penas alternativas a la prisión. En el caso que nos ocupa, primeramente se constata que el defensor público sí solicitó la aplicación de penas alternativas en sus conclusiones durante la realización del debate oral y público (confrontar con el acta del debate, visible a folio 117). Después, se ve que el *a quo* no se pronunció sobre la posibilidad de aplicar penas alternativas. Para fundamentar la sanción, la Juez de juicio hace referencia a que los hechos son de mucha gravedad porque el imputado irrespetó una medida de protección y que, por lo tanto, estas no fueron suficientes para que él se inhibiera de perturbar a la víctima, por esa razón, concluye que la pena de prisión es la adecuada. Por otro lado, tomando en cuenta las características personales de [Nombre 001], considera que el monto mínimo de seis meses es el apropiado. Ante la queja del defensor público, el *ad quem* , en la sentencia que aquí se impugna, dictamina que esa fundamentación es suficiente para motivar la pena impuesta: “ *En parte de la argumentación se describe la conducta típica, pero ello conlleva al reproche jurídico penal que se hace al acusado por haber incurrido en conductas agresivas contra su familia. De ahí que el juzgador indique que el conflicto creado por el imputado es de grandes dimensiones”.* Luego, va más allá y hace incluso una interpretación de lo que aquella juzgadora quiso decir *: “Claro, siguiendo esa línea argumentativa y siendo un poco más amplio puede decirse que la afectación en el núcleo familiar y estabilidad emocional de la víctima es significativo”.* Finalmente, utilizando algunas referencias del fallo de juicio, el Tribunal de Apelación concluye que sí se valoraron todas las circunstancias personales y las que rodearon al hecho: *“A pesar de ello, y tomando en consideración que el imputado es una persona “relativamente joven” optó la juzgadora por imponer el extremo mínimo de la sanción. Entonces, no es que se valoró positivamente unos aspectos y luego, contradictoriamente, se sancionó con una pena desproporcional, sino que se ponderaron las circunstancias que rodearon el hecho, sus consecuencias, y las condiciones personales del acusado para determinar el quantum de la pena, con la que el recurrente se muestra en desacuerdo”* (f. 138 vuelto y 139). La Cámara de Alzada explica sus razones para considerar que la pena de prisión es proporcional y adecuada para los hechos delictivos cometidos. Pero salta a la vista que, en efecto, nunca se pronuncia específicamente sobre la queja del recurrente, que era: por qué no se le impusieron al imputado las penas alternativas a la prisión, que autoriza la Ley de Penalización de Violencia contra la Mujer. Debe resaltarse que no se pueden utilizar sólo los elementos subjetivos u objetivos que constituyen el tipo penal, para fundamentar el tipo de pena a imponer (o el monto de la misma). Ni tampoco procede utilizar la sola comisión del delito, para denegar penas alternativas que el propio legislador autorizó. En tal sentido, esta Sala de Casación ha hecho propio el siguiente criterio: *“…“En muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En este caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible –y necesario- tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisible agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia*…” *(Ziffer, Patricia S. LINEAMIENTOS DE LA DETERMINACION DE LA PENA, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1° ed., junio 1996, pag. 131)”* (ver en votos No. 1886-2012 y 1371-13). En el asunto investigado, el Tribunal de Apelación parece entender que la comisión del delito en sí mismo, es suficiente para considerar que la pena adecuada es la de prisión, sin tan siquiera valorar si, en el caso concreto, las penas alternativas pudieron ser una opción viable, tal y como había sido solicitado por el defensor público. Criterio que esta Sala no comparte, en virtud de las razones arriba explicadas. El juez tiene la facultad de aplicar penas alternativas y, en ese sentido, no tiene la obligación de justificar por qué no hace uso de dicha opción cuando fundamenta la sanción a imponer. Sin embargo, ante la solitud expresa de la defensa del imputado, sí debió explicarle al recurrente por qué, en ese caso concreto, dicha posibilidad no era factible. En consecuencia, la resolución impugnada carece de fundamentación por no responder el cuestionamiento específico que planteó el defensor público en su recurso de apelación. Por lo expuesto, se acoge el presente motivo de casación. Se anula la sentencia impugnada, así como la de primera instancia, *únicamente en lo relacionado a la fundamentación del tipo de pena a imponer y el quantum.* Se ordena el reenvío del presente asunto al Tribunal de Juicio, para que, con una nueva integración, resuelva sobre dicho extremo, respetando la prohibición de reforma en perjuicio del encartado. En lo demás, lo resuelto por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal permanece incólume.

**Por Tanto:**

Se declara con lugar el recurso de casación planteado por el licenciado Adán L. Carmona Pérez, defensor público de [Nombre 001]. Se anula la sentencia impugnada, así como la de primera instancia, *únicamente en lo relacionado a la fundamentación del tipo de pena a imponer y el quantum.* Se ordena el reenvío del presente asunto al Tribunal de Juicio, para que, con una nueva integración, resuelva sobre dicho extremo, respetando la prohibición de reforma en perjuicio del encartado. En lo demás, lo resuelto por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal permanece incólume. Notifíquese .

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | Carlos Chinchilla S.  |  |
|  |  |  |
| Jesús Alberto Ramírez Q.  |  | José Manuel Arroyo G.  |
| Doris Arias M.  |  | Celso Gamboa S. |