

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Facultad de Derecho

**Tesis para optar por el grado de
Licenciatura en Derecho**

Tema

***La causal de revisión por atipicidad posterior del hecho
punible en la jurisprudencia costarricense.***

Consideraciones y recomendaciones

Elaborado por:

JOSE PABLO MIRANDA HURTADO

Carné: A53472

Octubre, 2010

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 29 de octubre del 2010

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Área de Investigación
Dr. Olivier Rémy Gassiot

Estimado señor:

Por medio de la presente le extiendo un cordial saludo, y a la vez hago de su conocimiento que en calidad de lector apruebo la tesis titulada con el nombre de “*La Causal de Revisión por Atipicidad Posterior del Hecho Punible en la Jurisprudencia Costarricense*”, realizada por el estudiante **JOSE PABLO MIRANDA HURTADO**, carné A53472.

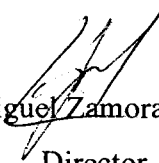
El postulante realiza un análisis de los diversos fallos del Tribunal de Casación Penal, en los cuales, ante la derogatoria del tipo penal de resistencia, cuando se les presenta la revisión de personas condenas por éste delito, reenvían, pero para que se conozca la causa por otro tipo penal, el atentado.

Lo anterior, constituye una serie de violaciones a los derechos de la personas, sobretodo de políticas de persecución penal del Ministerio Público en la aplicación de los criterios de oportunidad con el fin de esclarecer no solo si el Ministerio Público costarricense cuenta con políticas de persecución penal homogenizadas, sino que también analizan en qué medida estas políticas de persecución son acordes con el principio de igualdad. tomando en cuenta el desarrollo dogmático y jurisprudencial del Principio de Igualdad en el marco de un Derecho Penal democrático.

La forma crítica en que se realiza la investigación demuestra un interés por realizar un aporte significativo a nuestro ordenamiento jurídico, lo que demuestra real esfuerzo de parte del joven egresado.

En virtud de lo anterior en mi condición de Director del trabajo final de graduación informo que el trabajo cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por el área de investigación que usted dirige, por lo que apruebo la tesis para su discusión oral frente al tribunal que se designe para el efecto.

Se suscribe atentamente,


Msc. Miguel Zamora Acevedo
Director

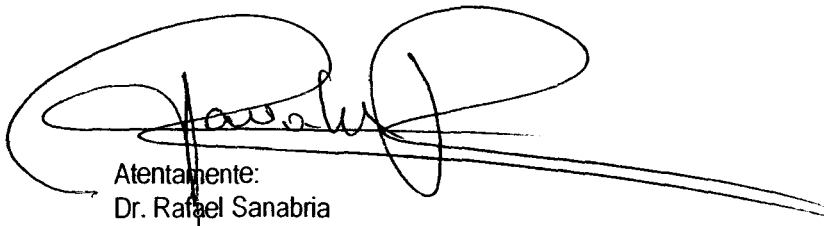
Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 10 de septiembre del 2010

Sr. Dr Oliver Remy Gassiot
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

En mi condición de Lector de Trabajo Final de Graduación de la egresada de nuestra facultad JOSÉ PABLO MIRANDA HURTADO carne A53472 cédula 1-1316-0340;el cual lleva por título "La Causal de Revisión por Atipicidad Posterior del Hecho ", me es un placer hacer de su conocimiento por la presente que he dado mi aprobación para que sea discutida en réplica ante el Tribunal Examinador correspondiente, dado a que luego de una revisión minucioso del mismo, estimo que cumple con cada uno de los requisitos de fondo y forma requeridos .

Por lo expuesto, no queda duda que el presente trabajo final de graduación satisface los requerimientos necesarios para su respectiva aprobación.



Atentamente:
Dr. Rafael Sanabria
Lector

c.c. Archivo

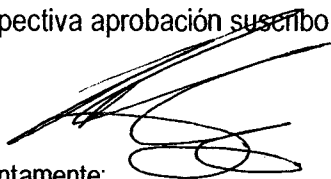
Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 29 de septiembre del 2010

Sr. Dr Oliver Remy Gassiot
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

En mi condición de Lector de Trabajo Final de Graduación del egresado de nuestra facultad JOSE PABLO MIRANDA HURTADO carne A53472 cédula 1-1316-0340; el cual lleva por título **"La Causal de Revisión por Atipicidad Posterior del Hecho Punible en la Jurisprudencia Costarricense" Consideraciones y Recomendaciones**, me es un placer hacer de su conocimiento por la presente que he dado mi aprobación para que sea discutida en réplica ante el Tribunal Examinador correspondiente, dado a que luego de una revisión minucioso del mismo, estimo que cumple con cada uno de los requisitos de fondo y forma requeridos .

Siendo que el presente trabajo final de graduación satisface los requerimientos necesarios para su respectiva aprobación suscribo la presente.



Atentamente:
Dr. Álvaro Burgos Mata
Lector

c.c. Archivo

San José, 20 de noviembre, 2010

A quien interese:

La suscrita, Andrea Aguilar Calderón, en su condición de correctora de estilo, licenciada en periodismo y filóloga por graduarse, ha realizado la corrección filológica de la tesis titulada *La causal de revisión por atipicidad posterior del hecho punible en la jurisprudencia costarricense. Consideraciones y recomendaciones*, elaborada por Jose Pablo Miranda Hurtado para optar por el grado de licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Esta, cumple con los requisitos filológicos para ser publicada.

Sin más por el momento, se despide atentamente,



Andrea Aguilar Calderón
Cédula 1 1093 0337



3 de noviembre de 2010
FD-AI-T-1774-10

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis) del (de la) estudiante **JOSÉ PALBO MIRANDA HURTADO**, carné A53472, titulado: "LA CAUSAL DE REVISIÓN POR ATIPICIDAD POSTERIOR DEL HECHO PUNIBLE EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE".

Fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por este Área.

En el mismo orden de ideas, le presento a los (as) miembros (as) del **Tribunal Examinador** de la presente Tesis, quienes firmaron **acuse de la tesis (firma y fecha)** en conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**

Tribunal Examinador	
Presidente (a)	Dr. Álvaro Burgos Mata
Secretario (a)	Dr. Rafael Sanabria Rojas
Informante	Lic. Miguel Zamora Acevedo
Miembro (a)	Dr. Ronald Salazar Murillo
Miembro (a)	Dr. Manuel Rojas Salas

Por último, le informo que la defensa de la tesis será el **22 de noviembre de 2010**, a las **7:00 p.m.**, en la **Sala Tesis**, ubicada en el **quinto piso** de la Facultad de Derecho.

Atentamente,



Dr. Olivier Rémy Gassiot
DIRECTOR

Marta

Dedicatoria

A mis padres, Roberto y Elsie, por darme la vida,
su amor, cariño y todo lo que estuvo a su alcance,
y por los cuales, créanme, les debo lo que soy.
A mis hermanos, Roberto y Andrea, por todas las alegrías
y tristezas que hemos compartido.
A Pipe y Titis por llenar de alegría y amor mi corazón.
A todos mis tíos, tías y Tita, y resto de mi familia, por ese
apoyo y cariño incondicional que siempre me han dado.
A Nano por ser la mejor persona y la mayor
inspiración que tengo en mi vida.
A Juan José y Giovanna, mis otros hermanos, por su
amistad y mano amiga que siempre me han brindado
en los momentos más difíciles y por acompañarme
en los más felices.
A todas aquellas personas que me han apoyado y
han marcado una huella en mi vida,
ustedes saben quiénes son...
Muy especialmente a mi Pitita y a Tito, dos ángeles
que me cuidan desde el cielo...
Finalmente a Dios... simplemente... Gracias.

Tabla de contenido

Dedicatoria	II
Tabla de contenido	III
Índice analítico	VI
Resumen	VII
Introducción	1
Justificación	1
Objetivos	5
Antecedentes	6
Metodología	6
Hipótesis	7
Estructura	8
<u>Capítulo primero: Fallos judiciales del tribunal de casación penal y su roce con el derecho internacional de los derechos humanos</u>	9
<u>Sección I: Violación a los principios generales de los derechos humanos</u>	10
1. Violación al principio de dignidad de la persona humana	10
2. Violación a los principios <i>pro homine</i> y <i>pro libertate</i>	15
<u>Sección II: Violación a normas positivas del derecho</u>	19

internacional de los derechos humanos

1. Garantías judiciales	20
1.1 Violación al principio <i>non bis in idem</i>	24
1.1.1 Violación al principio de no reforma en perjuicio	29
<u>Capítulo segundo: Violación a disposiciones del derecho interno por parte del Tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José</u>	32
<u>Sección I: Violación al principio de legalidad</u>	32
1. Atribución de funciones no delegadas por ley expresamente	35
a. Potestad recalificadora del tribunal de juicio	36
1.1.1 Realización de aplicación de ley por analogía <i>in malam partem</i> por parte del tribunal de casación penal	40
2. Errónea aplicación del concurso aparente de normas	42
2.1 Hipótesis sobre el disvalor jurídico como factor determinante de un doble juzgamiento	51
<u>Capítulo tercero: Análisis jurisprudencial del tribunal de casación penal con respecto de la causal de revisión por atipicidad posterior del hecho</u>	58
<u>Sección I. Cambios de criterio con respecto de la atipicidad posterior del hecho</u>	58
1. Primer momento jurisprudencial, la absolutoria directa	60
2. Segundo momento jurisprudencial, el periodo de transición y tanteo	67

3. Tercer momento jurisprudencial, la recalificación e imposición de pena de forma directa	76
4. Observación con respecto de los cambios jurisprudenciales, posibles respuestas que expliquen la situación	82
A. Posición actual con respecto de la figura del atentado y la resistencia	84
Conclusiones	89
Bibliografía	91
Dedicatoria	II
Tabla de contenido	III
Índice analítico	VI
Resumen	VII
Introducción	1
Justificación	1
Objetivos	5
Antecedentes	6
Metodología	6
Hipótesis	
Estructura	8
<u>Capítulo primero: Fallos judiciales del tribunal de casación penal y su roce con el derecho internacional de los derechos humanos</u>	9
<u>Sección I: Violación a los principios generales de los</u>	9

derechos humanos

- 3. Violación al principio de dignidad de la persona humana 10
- 4. Violación a los principios *pro homine* y *pro libertate* 15

Sección II: Violación a normas positivas del derecho 19

internacional de los derechos humanos

- 2. Garantías judiciales 20
 - 1.1 Violación al principio *non bis in idem* 24
 - 1.1.1 Violación al principio de no reforma en perjuicio 28

Capítulo segundo: Violación a disposiciones del derecho interno por parte del Tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José 31

Sección I: Violación al principio de legalidad 31

- 3. Atribución de funciones no delegadas por ley expresamente 34
 - a. Potestad recalificadora del tribunal de juicio 35
 - 1.1.1 Realización de aplicación de ley por analogía *in malam partem* por parte del tribunal de casación penal 39
- 4. Errónea aplicación del concurso aparente de normas 41
 - 2.1 Hipótesis sobre el disvalor jurídico como factor determinante de un doble juzgamiento 51

Capítulo tercero: Análisis jurisprudencial del tribunal de casación penal con respecto de la causal de revisión 57

por atipicidad posterior del hecho

Sección I. Cambios de criterio con respecto de la atipicidad posterior del hecho	57
5. Primer momento jurisprudencial, la absolutoria directa	59
6. Segundo momento jurisprudencial, el periodo de transición y tanteo	66
7. Tercer momento jurisprudencial, la recalificación e imposición de pena de forma directa	75
8. Observación con respecto de los cambios jurisprudenciales, posibles respuestas que expliquen la situación	82
B. Posición actual con respecto de la figura del atentado y la resistencia	83
Conclusiones	88
Bibliografía	90

Índice analítico

Miranda Hurtado, José Pablo (2010). La causal de revisión por atipicidad posterior del hecho punible en la jurisprudencia costarricense, consideraciones y recomendaciones. Tesis de licenciatura Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica 229.

Director: Miguel Zamora Acevedo

Palabras clave

Derechos humanos - Procedimiento especial de revisión - Imputado- Principio de dignidad de la persona humana - No reforma en perjuicio-*Non bis in idem* - Principio *pro homine*- Principio *pro libertate*- Concurso aparente de normas- Potestad recalificadora del juez.

Resumen

La presente investigación tiene como fin no ser una fuente meramente informativa, sino una fuente crítica sobre una problemática concreta y actual. Se analizará la jurisprudencia de uno de los tribunales de casación de nuestro país, específicamente el que se encuentra ubicado en el II circuito judicial de San José.

Está estructurada en tres capítulos. El primero hace referencia al derecho internacional de los derechos humanos, y se menciona el posible roce de la jurisprudencia de este tribunal, que puede existir tanto por principios generales como por normas positivas del derecho internacional. Al respecto, se discutirán temas como la violación al principio de dignidad de la persona humana, principios *pro homine* y *pro libertate*, así como derechos específicos y positivizados como los de las garantías judiciales.

Un segundo capítulo nos ubica en el contexto nacional. En él se discutirá sobre violaciones que puedan existir en temas específicos, como lo es el principio de legalidad. Asimismo, se analizará la figura del concurso aparente de normas, se intentará contextualizar dentro de la jurisprudencia actual, y se propondrá una hipótesis sobre la correcta aplicación de esta figura en el caso concreto, a criterio del autor.

Un último capítulo analizará la variación que, en los últimos años, ha sufrido la línea jurisprudencial del tribunal en estudio. También se examinarán otros casos en los que la causal de atipicidad posterior del hecho punible ha sido invocada en los procedimientos especiales de revisión y, finalmente, se considerará la presión que ciertos grupos, tales como el llamado “populismo unitivo”, pudo haber ejercido sobre la decisión de los jueces de casación penal.

Como última nota, se aclara que en varias partes de la investigación se encontrarán las consideraciones y recomendaciones personales del autor sobre los temas expuestos en cada apartado, con el fin de realizar una investigación realmente crítica y constructiva.

Introducción

Límites a la búsqueda de la verdad material en el proceso penal

Justificación del tema

El tema escogido encaja dentro de la legislación procesal penal, y se titula *La causal de revisión por atipicidad posterior del hecho punible en la jurisprudencia costarricense. Consideraciones y recomendaciones*. Es muy importante señalar desde ya, que esta tesis no busca abordar la ya muy trillada discusión sobre si la revisión consiste en un procedimiento especial o un recurso. Busca, por el contrario, enfocarse en los efectos prácticos de este proceso y, en específico, de esta causal.

Es bien sabido que la causal de atipicidad posterior del hecho en materia penal no es muy común, ya que esta, en la gran mayoría de los casos, solo se da por causas de una mala redacción legislativa.

En la actualidad vivimos un ejemplo de lo anterior. Por causa de un “error legislativo¹”, se derogó el artículo 307 del código penal. En este

¹ La ley número 8508, Código procesal contencioso-administrativo en su título XI *Disposiciones derogatorias y de reforma*, capítulo único, artículo 203, modifica el texto del artículo 305 del Código Penal, por lo que queda de la siguiente manera: “Se impondrá prisión de seis meses a tres años, a quien no cumpla o no haga cumplir, en todos los

artículo se encontraba la conducta tipificada del delito de resistencia. Otros ejemplos de lo anterior, que bajo circunstancias similares tornaron en atípicos son el abandono dañino de animales² y varios de los delitos sexuales, por contener pena pero por no especificar de qué.

El objetivo principal de la presente tesis será proponer un nuevo manejo y correcta aplicación, a humilde criterio del autor, de esta causal en la vida práctica, propuesta que sería contraria a la aplicada actualmente por el tribunal de casación penal. En resumen, la tesis investigación intentará demostrar que cuando esta causal se concreta, y se plantea la revisión ante el órgano competente, este no tiene más opción que acoger el recurso, siempre y cuando cumpla con los requisitos formales, y absolver al imputado de la condena que se basó en un tipo penal ya inexistente. Esta resolución se basa en principios generales básicos como el de legalidad, y su correcta armonización con los principios que lo rodean, como lo son los de *non bis in idem* y la prohibición de reforma en perjuicio.

extremos, la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, siempre que se le haya comunicado personalmente, salvo si se trata de la propia detención”.

² Por medio del voto 18486-07 la sala constitucional declaró inconstitucional el artículo 229 bis del Código Penal.

La tesis también analizará la evolución que ha tenido la jurisprudencia de este órgano con respecto de este tema y su comparación práctica con la posición actual y anterior a la derogación del tipo penal, evolución que, a criterio del autor, se torna confusa y, a veces, contradictoria.

En pocas palabras la evolución de la tesis del tribunal de casación penal va desde un comienzo, cuando se absolvía al imputado, seguido por un proceso que podría denominarse de transición. En este, en vez de absolver, se decide reenviar a juicio, con el criterio de que, aunque la conducta dejó de encajar en una de tipo penal específico (ya que se despenalizó la conducta por una norma posterior), la conducta *puede* encajar dentro de cualquier otro tipo penal o contravención en la legislación costarricense. Por lo tanto, necesariamente, antes de absolver, debe haber una nueva sustanciación. Finalmente existe el periodo final, en el cual el tribunal, con base en los hechos acusados, reenvía a juicio pero especifica el nuevo tipo penal sobre el que versará el nuevo proceso. Esta evolución denota un inmenso intento, por parte del órgano jurisdiccional, de solventar un error legislativo.

Asimismo, la investigación procurará responder, entre varias otras, interrogantes como las siguientes: ¿el actuar del órgano jurisdiccional afectará el principio de separación de poderes? ¿Se verán violentadas las garantías procesales del imputado? ¿Se estará utilizando la potestad del órgano jurisdiccional de recalificación del hecho de manera abusiva, incluso de forma correcta? ¿Estaremos volviendo a una era predominantemente inquisitiva por parte de los órganos jurisdiccionales? ¿Reenviar a juicio afectará el principio de *non bis in idem*, visto desde la perspectiva propia de la figura en la revisión en materia penal y, en especial, con una armonización de la prohibición de reforma en perjuicio?

Como corolario a lo anterior, se debe indicar que la tesis también se verá influenciada, aunque esta no sea su finalidad principal, por corrientes que van en contra de un derecho penal máximo y un derecho penal del enemigo³. Más bien, irá a favor de un derecho penal mínimo y garantista como el que propone Luigi Ferrajoli.

El país está en una situación de cambio, de transición, en la cual las políticas de miedo y ciertas personalidades difunden equivocadamente un ambiente de inseguridad excesivo, por lo que el propósito de esta tesis

³ Sobre el tema, ver Günther, Jakobs y Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Editorial Thomson, primera edición, 2003-

será, entonces, presentar una nueva corriente. Esta no es ingenua sobre los elementos anteriormente citados, pero a diferencia de la actual posición del tribunal de casación, no está contaminada y plagada, y logra así que las garantías penales que nos cubren a todos no se vean disminuidas o hasta eliminadas.

Objetivos

Objetivo general

Determinar la violación, tanto a los derechos humanos como al derecho interno, por parte del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José al reenviar a un nuevo juicio, en los casos en los que se ha interpuesto el recurso de revisión por la causal de atipicidad posterior del hecho por el que fue condenado.

Objetivos Específicos

1. Indicar cuáles derechos humanos se ven violentados con la decisión de reenvío para una nueva sustanciación.
2. Señalar los roces legales que surgen con la disposición del tribunal de casación penal a la hora de reenviar a un nuevo juicio.

3. Analizar la jurisprudencia del órgano controlador, con el fin de determinar si ha existido un cambio de criterio con respecto del punto en estudio y su posible razón de ser.

4. Emitir recomendaciones con base en las repercusiones de las violaciones, tanto al derecho interno como internacional, por la decisión del tribunal de casación.

Antecedentes

Realmente no existe una investigación tan específica como la que se planea realizar. Hay varias sobre derechos humanos o sobre el procedimiento de revisión, las cuales servirán para respaldar la presente y que buscan desarrollar, de forma práctica y crítica, el análisis de la jurisprudencia.

Metodología

Para el desarrollo del tema planteado se emplearán, en gran medida, las fuentes documentales. También se hará necesario el uso de la investigación de campo.

Para explicar una norma jurídica, se tomarán en cuenta los diversos esquemas metodológicos que han sido utilizados en la interpretación del derecho escrito. Dichos métodos son conocidos en la función hermenéutica como el método literal-gramatical, los métodos psicológico-voluntaristas, los métodos lógico-dogmáticos, métodos axiológico-teleológicos, o bien, métodos realista-sociológicos, entre otros⁴.

En esta investigación se utilizará el método deductivo, por medio del cual, a partir de nociones generales, se llega a conclusiones específicas. También será necesario exponer, en primera instancia, el análisis de los diversos conceptos que integran el objeto de estudio. Por esta razón será empleado el método descriptivo, el cual permite brindar al lector un marco conceptual que le facilite comprender cuál es el estado de la cuestión existente en la materia.

Posteriormente, se entrará a un nivel de comprensión, en el cual se verificará la hipótesis una vez analizados todos los objetivos propuestos. Cuando la investigación se haya desarrollado, se culminará con la formulación de conclusiones y propuestas.

⁴ Nomenclatura adoptada en Haba Müller, Enrique Pedro. (1972). *Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito. En cuadernos de filosofía del derecho*. Caracas, Venezuela. Universidad Central de Venezuela.

Hipótesis:

Existe la imposibilidad, a la luz del ordenamiento jurídico¹, de reenviar para nueva sustanciación un caso con sentencia condenatoria firme, si es interpuesto el procedimiento especial de revisión por la casual de atipicidad posterior del hecho. Quedando así, si el recurso es acogido, como única opción, la absolutoria del condenado.

Estructura

La presente investigación se estructura en un título compuesto de tres capítulos. El primero se divide en dos secciones, las cuales, a su vez, se dividen en dos apartados cada una.

El segundo capítulo, por su parte, cuenta con una sección, la cual se divide en cinco apartados.

Finalmente, el tercer capítulo presente una estructura idéntica: una sección dividida en cinco apartados.

Título: La causal de revisión por atipicidad posterior del hecho punible en la jurisprudencia costarricense, consideraciones y recomendaciones

Capítulo primero: Fallos judiciales del tribunal de casación penal y su roce con el derecho internacional de los derechos humanos

Sección I. Violación a los principios generales de los derechos humanos

Como en toda rama del derecho, el derecho internacional de los derechos humanos se nutre de diferentes fuentes, dentro de los cuales debemos mencionar los principios generales.

Los principios generales del derecho son, como su nombre lo indica, fuentes de información generalizada, máximas que siguen una línea. De esta se desprenden, en muchas ocasiones, normas más específicas, las cuales nacen a la vida jurídica positivizadas.

Los principios generales del derecho tienen una enorme importancia, ya que, como se hizo mención, son el génesis de casi, sino de la totalidad, de las normas positivas. Esto significa que, ante la posible discusión sobre la

aplicación de una u otra manera de una norma positiva, se debe analizar a la luz del principio general del cual se extrae. El objetivo es descartar la interpretación que convierte en contradictoria a la norma positiva con el principio general.

Con base en lo anterior, podemos concluir que efectivamente se puede ver violentado un principio general del derecho si se crea una norma específica positiva que vaya en su contra, o bien, si a esa norma positiva específica se le da una interpretación no armónica con el principio general.

En un sistema jurídico armónico y coherente, las normas jurídicas no deberían entrar en contradicción entre sí, ni por sí mismas ni por su interpretación, y mucho menos con los principios generales. Si esto sucede, nos encontramos ante una violación a los principios generales, que significaría, efectivamente, una violación al ordenamiento jurídico visto de forma integral.

1. Violación al principio de dignidad de la persona humana

Este principio debe ser entendido como la columna vertebral sobre la cual giran los demás derechos humanos. Parte de que todo ser humano,

por el solo hecho de serlo, tiene una serie de derechos y se prohíbe el trato discriminatorio.⁵

Dentro de lo más relevante con respecto de este concepto, es lo indicado por el profesor Llobet Rodríguez, cuando señala: "(...) se trata el principio de dignidad de la persona humana como base de los derechos humanos, haciéndose referencia a la importancia que tiene en la justicia penal y como límite a consideraciones meramente utilitaristas, que pretendan convertir al imputado o al condenado en un chivo expiatorio. En lo atinente a ello mismo (sic), **se resalta este principio como infranqueable, incluso a la voluntad de las mayorías expresadas democráticamente**⁶". (Resaltado no es del original).

Este principio cuenta con referencias en varios instrumentos de derecho internacional de derechos humanos, como en el preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos y la Declaración americana de derechos del hombre. También existe referencia a este principio en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

⁵ Llobet Rodríguez, Javier. *Derechos humanos en la justicia penal*. 1era edición, San José, C.R. Editorial Jurídica Continental, 2008. Página 79.

⁶ *Ibíd.* Página 26-27.

Para ejemplificar lo anterior, tenemos que la Declaración universal señala: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base **el reconocimiento de la dignidad intrínseca** y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. (Resaltado no es del original). Asimismo, la Declaración americana establece en su preámbulo: “Todos los hombres nacen **libres e iguales en dignidad** y derechos y, dotados, como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros (...)”. (Resaltado no corresponde al original).

Finalmente, en el preámbulo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos se lee: “(...) estos derechos **se derivan de la dignidad inherente a la persona humana** (...)”. (Resaltado es propio).⁷

En la jurisprudencia costarricense, el principio de dignidad de la persona humana también ha sido reconocido. La sala constitucional lo hizo plenamente al señalar:

“Tales principios de los derechos generales postulan y defienden una filosofía profundamente humanista. **En la base de todas esas normas, se encuentra el principio capital de la dignidad de la persona humana -sin distinción de ninguna especie- que parte del postulado que todos los hombres, por su condición de tales, tienen un -y un mismo- valor intrínseco. Cualquier excepción indica una derogación del principio. El que de**

⁷ Llobet, Op. Cit. Página 80.

alguna manera quede inmerso dentro de la función represiva del sistema penal, trátese, en consecuencia, de un menor o un adulto, tiene derecho a que se le respete su dignidad y su condición de sujeto de derecho. La normativa de derechos humanos no sólo implica el cumplimiento de los derechos ahí consagrados, sino que significa una interpretación, más aun, una relectura de las legislaciones internas en función de estas disposiciones internacionales y de los postulados incorporados a las legislaciones nacionales como parte del ordenamiento. Es por esto que las garantías procesales revisten una particular importancia para los derechos humanos, e identifican, por esencia, al Estado Democrático, de Derecho”.⁸ (Resaltado es propio).

En la sociedad costarricense actual, existe una sensación de inseguridad enorme, lo que ha influenciado notablemente la presión sobre el sistema punitivo nacional, exigiendo altas penalidades y menos garantías para los imputados. Este tipo de tendencias demuestra una clara confrontación al principio de dignidad de la persona humana, ya que violentan, marginan y discriminan a la población privada de su libertad y a la sujeta a procesos penales pendientes.

Este tipo de influencias ha llegado en gran medida a los juzgados, tribunales y, por desgracia, a los tribunales superiores penales de nuestro país. La presión social, esa supuesta “mayoría expresada democráticamente”, le exige al poder judicial de Costa Rica “mano dura” contra los delincuentes, dejar de lado muchas garantías procesales por considerárseles “alcahuetas”.

⁸ Voto de sala constitucional número 319-97 del 4 de marzo de 1997.

En el caso concreto de análisis, se considera que se ha visto violentado este principio general por parte del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José a todas aquellas personas que, una vez derogado el delito de resistencia de forma tácita por el Código contencioso administrativo, se apersonan ante ese despacho con apego a sus garantías legales y constitucionales, a solicitar la revisión de su respectiva sentencia condenatoria. Aun así, dicho tribunal opta por resolver de la forma menos “socialmente dañina”, dando pocos argumentos realmente legales, y verdaderamente influenciados por esta aplanadora presión social.

Estamos ante un verdadero problema que violenta las más básicas garantías procesales que toda persona tiene, las cuales serán analizadas más adelante. Pero, aun más importante, es el hecho de que se violenta la dignidad de todos esos ciudadanos, al tratárseles de una manera desigual con tal de realizar lo que se considera socialmente adecuado.

Para finalizar este tema, se debe traer a consideración el artículo 33 de nuestra Constitución Política la cual, de forma clara, establece: “Toda persona es igual ante la ley y **no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana**”. (Resaltado es del autor). El artículo es

más que claro al establecer que no cabe ningún tipo de excepción para violentar el principio de dignidad de la persona humana. En ningún lugar se establece que se pueda realizar por razones de orden social. Se puede dejar de lado el interés individual si es contrario al colectivo, pero solo en caso de ciertos derechos (como propiedad), y esto únicamente cuando no se discrimine ni atente contra su dignidad humana.

2. Violación a los principios *pro homine* y *pro libertate*

Para la correcta aplicación de los derechos humanos existen ciertos principios interpretativos. Uno de ellos es el llamado principio *pro homine*, el cual es un criterio hermenéutico básico del derecho de los derechos humanos. De acuerdo con este, se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer límites permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el

rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.⁹

El artículo 29 de la Convención americana sobre derechos humanos, en su inciso b, deja plasmado este principio, al establecer que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de: “(...) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Llobet nos señala que las normas establecidas en las convenciones de derechos humanos suponen, entonces, estándares mínimos, susceptibles de ser ampliados por otras convenciones, o bien, por la legislación interna¹⁰. De la afirmación anterior debemos resaltar el hecho de que, si bien es cierto los derechos humanos deben ser interpretados ampliamente, sí aceptan limitaciones, siempre y cuando estas no vayan en contra de la dignidad humana, se respete su núcleo básico y respondan a una correcta proporcionalidad.

⁹ Llobet, Op. Cit. Página 106.

¹⁰ *Ibíd.*

La sala constitucional ha hecho referencia a este principio en varias de sus sentencias. Sin embargo, el voto más significativo (ya que es citado por muchos otros) señala que:

“El orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con **el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos: según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano**”¹¹. (Resaltado no es del original).

En materia penal, ambos principios deben ser interpretados en armonía con lo dispuesto en el artículo 2 del actual Código procesal penal, el cual marca la regla de interpretación en la materia, al establecer: “Deberán **interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal**, o limiten el ejercicio de un poder o derechos conferidos a los sujetos del proceso. En esta materia, **se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezca la libertad del imputado** ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento”. (Resaltado no corresponde al original).

Finalmente, cabe resaltar que el voto 3550-92 abre las puertas para que la sala constitucional, en repetidas ocasiones, interprete que los

¹¹ Voto de la sala constitucional número 3550-92 del 24 de noviembre de 1992.

derechos consagrados en instrumentos internacionales imperan por encima de la constitución misma, debido al principio *pro homine*. Gracias a este criterio es que se dieron votos importantes y controversiales, tales como el número 2771-2003 del 4 de abril del 2003, en el cual, por voto de mayoría, se declara inconstitucional la restricción total de la reelección presidencial y la gran mayoría de condenatorias al Seguro Social por alegar problemas económicos y negar el tratamiento a pacientes.

Recayendo al caso en estudio, se puede extraer que la decisión del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José violenta de forma clara los dos principios citados. En efecto, se decide por parte del órgano juzgador optar no por lo que restrinja menos la libertad, ni por lo que vaya más a favor del hombre. Por el contrario, se escoge una vía innecesariamente restrictiva a la libertad y a los derechos humanos de las personas que acuden a ellos mediante el procedimiento especial de revisión.

Es importante resaltar que este tema será retomado más adelante, cuando se expliquen las violaciones a las garantías judiciales básicas, con el fin de lograr un mayor y mejor entendimiento.

Sección segunda: Violación a normas positivas del derecho internacional de los derechos humanos

Derivados de los principios generales del derecho, se encuentran las normas positivas, las cuales son concretizadas mediante una norma jurídica específica y escrita.

Las normas positivas son fácilmente reconocibles, son mucho más concretas a un principio, pero debido a la gran cantidad que existe, para mantener un orden, se necesita que exista una jerarquía entre ellas. En el tope, se encuentra, en la mayoría de los casos, las constituciones políticas de cada país, seguidas por los tratados internacionales que hayan suscrito y ratificado y, en tercer lugar, las leyes dictadas por su órgano legislativo.

No obstante, en algunos países, incluido Costa Rica, a los tratados internacionales sobre derechos humanos se les ha dado un rango igual a la Constitución, e incluso superior, cuando el tratado protege más algún derecho fundamental. La violación de las normas positivas, por su carácter escrito, suele ser reconocible de forma más clara que un principio general y, de igual manera, significa una violación al ordenamiento jurídico.

1. Garantías judiciales

Al hablar de garantías judiciales, necesariamente debemos remitirnos a la Constitución Política y a los diferentes instrumentos internacionales que regulan el tema.

Mientras que nuestra carta magna no regula de forma explícita bajo un título exclusivo, sí lo hace el en el título de garantías individuales, en concreto mediante los artículos del 33 al 44. Estos establecen varios derechos de las personas con respecto del acceso a la justicia, así como las restricciones que el poder coercitivo del Estado tiene en relación con ellas. En la mayoría de instrumentos internacionales sí existe un artículo o título exclusivo, en el cual se detallan este tipo de derechos. Así, por ejemplo, la Convención americana de derechos humanos, en su artículo 8 denominado *Garantías Judiciales* establece:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

“2. 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:

“a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

“b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

“c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

“d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

“e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

“f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

“g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

“h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

“3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

“4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

“5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

En el mismo sentido, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en su artículo 14, establece que:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

“2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (sic).

“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

“a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

“b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

“c) a ser juzgado sin dilaciones indebidas;

“d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

“e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

“f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

“g) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

“4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

“5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (sic).

“6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley (sic), a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

“7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Como se puede observar, las garantías judiciales se encuentran claramente positivizadas al encontrarse plasmadas en la Constitución Política de nuestro país y en importantes instrumentos internacionales.

Estas garantías establecen, de forma general, una multitud de derechos que protege a la población de actos arbitrarios del Estado,

mediante derechos básicos como lo son el debido proceso, el derecho e inviolabilidad de la defensa, el principio de imputación, la prohibición de doble juzgamiento, la no reforma en perjuicio, entre otros.

En las próximas secciones se comentará sobre algunas de las garantías judiciales que se consideran violentadas con la decisión tomada por el tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José.

1.1 Violación al principio del *non bis in idem*

El principio de *non bis in idem* se refiere al hecho de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible. Este principio está previsto en varios instrumentos internacionales. Entre los más relevantes se encuentra el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el cual, en su artículo 14 inciso 7, establece:

“(...) nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Por otra parte, la Convención americana sobre derechos humanos, en su artículo 8.4, señala:

“(...) el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

Finalmente, nuestra Constitución Política actual contempla este principio en el artículo 42, el cual reza:

“(...) nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible.

“Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.”

La sala constitucional ha señalado que, con el fin de que opere dicha garantía, debe darse identidad de sujeto, objeto y causa. Ampara a aquella persona que, habiendo sido ya perseguida penalmente, vuelve a serlo en otro proceso, que tiene como objeto la imputación de los mismos hechos. La imputación debe ser idéntica, o sea, debe estar referida a la misma acción u omisión atribuidas a la misma persona. La litispendencia y la cosa juzgada son corolarios de este principio. La litispendencia impide perseguir simultáneamente a una persona por hechos idénticos y la cosa juzgada prohíbe reabrir causas penales fenecidas.¹²

La misma cámara se ha pronunciado con respecto de este principio en su sentencia 17195-05 del 14 de diciembre del 2005, al establecer:

“El principio de ‘non bis in ídem’ que en su acepción general constituye una prohibición a la doble persecución judicial por un mismo hecho, es tutelado en el artículo 42 de la Constitución Política y en el 1° del

¹² Voto de la sala constitucional número 13433-2008 del 3 de septiembre de 2008.

Código Procesal Penal, y determina una protección más a la libertad personal y una conquista de la seguridad individual. La prohibición que impide el doble pronunciamiento frente a una misma incriminación, integra en su contenido dos principios fundamentales: a) La cosa juzgada que es atributo que la ley asigna a la sentencia cuando se dan los requisitos necesarios para que quede firme y sea inmutable, y es contemplada como uno de los principios integrantes del debido proceso, consagrado específicamente en el artículo 42, párrafo 2° de la Constitución Política. Es garantía de seguridad jurídica que impide que por un proceso posterior se altere el contenido de lo resuelto por pronunciamiento definitivo sobre el fondo de una causa. La firmeza de la sentencia, que tiene como consecuencia la inmutabilidad de lo resuelto, se da fundamentalmente por la no interposición en tiempo de los recursos autorizados por ley para el caso concreto o porque se resolvieron los planteados, agotándose la instancia en alzada [...]. De conformidad con lo expuesto, existen resoluciones en el proceso penal que cuentan con el carácter de cosa juzgada en la medida que cumplan con el requisito de firmeza o irrevocabilidad de la sentencia". (Resaltado del autor).

Finalmente, es necesario señalar la resolución número 1739-92 del 1 julio de 1992, en la que nuestra cámara constitucional estableció: "(...)En general, el principio de cosa juzgada, en materia penal se vincula al denominado *non bis in ídem*, consagrado a texto expreso en el artículo 42 de la Constitución Política **según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, en lo cual debe enfatizarse, porque es violatorio del derecho al debido proceso reabrir causa penal ya fallada por unos mismos hechos, aun cambiando su calificación penal o aun a la luz del surgimiento de nuevas o incontestables pruebas de cargo...**". (Resaltado no es del original).

Por su parte, el tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José ha señalado, con respecto de este principio, en su voto número 2002-923 del 24 de noviembre del 2000:

“Sobre el principio *non bis in ídem*, se ha establecido que comprende tanto la cosa juzgada como la litispendencia. Requiere identidad de la persona perseguida ‘*eadem persona*’; identidad del objeto de persecución ‘*eadem res*’ e identidad de la causa de la persecución ‘*eadem causa petendi*’. Sobre el particular señala Maier ‘(...) Identidad personal: El principio representa una garantía de seguridad individual. Por lo tanto, sólo ampara a la persona que, perseguida penalmente (...) vuelve a ser perseguida en otro procedimiento, que tiene como objeto la imputación del mismo hecho. La identidad de la persona perseguida penalmente en varios procesos es, pues, una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar una persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra a un mismo tiempo. Debe tratarse, entonces, de un mismo imputado en una y otra persecución penal (...) Identidad objetiva: Para que la regla funcione y produzca su efecto impidiendo característico la imputación tiene que ser idéntica, y la imputación es idéntica cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona (identidad de objeto= *eadem res*). (...) Se trata de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado, en una y otra ocasión, el ‘*nomen iuris*’ empleado para calificar la imputación o designar el hecho. Se mira el hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o período determinados, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior. (...) Dos objetos procesales son idénticos, y no permiten persecuciones penales distintas simultáneas o sucesivas, cuando la imputación consiste en la misma acción u omisión concreta aun cuando sólo afirmadas hipotéticamente como ciertas (...) la identidad de causa o de la pretensión punitiva (*‘eadem causa petendi*’): aquí no se trata de una identidad, ni tan siquiera de una comparación, como en las exigencias anteriores, sino, antes bien, de delinear ciertos límites racionales al funcionamiento del principio, en el sentido de permitir la múltiple

persecución penal de una misma persona por un mismo hecho, cuando la primera persecución, o una de ellas, no haya podido arribar a una decisión de mérito o no haya podido examinar la imputación (el 'mismo hecho'), objeto de ambos procesos, desde todos los puntos de vista jurídico penales que merece, debido a obstáculos jurídicos(...). Se trata de las decisiones que, según la terminología procesal, afirman su fuerza de cosa juzgada formal, pero rechazan la fuerza de cosa juzgada material (...)"'. (Resaltado del autor).

Debe hacerse una aclaración muy importante, en especial con respecto del voto número 856-2006 de la sala III del 1 de septiembre del 2006, el cual establece que el juicio de reenvío para nueva calificación y fijación de pena no violenta el principio de *non bis in idem*. Se debe dejar muy en claro que el juicio de reenvío del que habla la sala III en la resolución se da cuando, por medio de sentencia del tribunal de juicio, se absuelve al imputado. Antes de adquirir firmeza la resolución, se presenta un recurso de casación contra ella y, ya sea el tribunal de juicio o la sala III, anula la sentencia y el juicio que lo precedió, y reenvía para un nuevo juicio.

Lo anterior se refiere, entonces, a los procesos que ordinariamente **no han concluido, ya que su sentencia no se encontró firme en ningún momento**. En estos casos es claro que el juicio de reenvío no es violatorio del principio de *non bis in idem*.

1.1.1 Violación al principio de no reforma en perjuicio

Esta prohibición se encuentra explícitamente contemplada en el artículo 432 de nuestro código procesal penal, al establecer:

“Cuando la resolución sólo fuere impugnada por el imputado o su defensor, no podrá modificarse en su perjuicio”. (Resaltado del autor).

La sala constitucional ha señalado que la no reforma en perjuicio forma parte del debido proceso, ya que es a través de esta figura que se intenta evitar el miedo de los imputados a recurrir a una sentencia que consideran injusta por temor a que el superior jerárquico le imponga una sanción mayor a la ya conferida, o le revoque algún beneficio o todos los ya conseguidos. Al respecto, la sala constitucional señala en su voto **2373-96** lo siguiente:

“Considera la Sala que la no reforma en perjuicio (*non reformatio in peius*) **es un elemento del debido proceso**, que garantiza que no se pueda reformar la sentencia en perjuicio de quien la ha recurrido (...)”. (Resaltado no es del original).

Asimismo, en su voto **2379-96**, señala lo siguiente:

“Por último, reclama una infracción a la regla de la ‘non reformatio in peius’, que conlleva que cuando se emite una segunda sentencia por haberse anulado la primera, deban respetarse ciertos elementos como lo son el que no puede imponerse más de la pena fijada en la sentencia anulada o bien que deben respetarse los beneficios acordados en ella.

Esta Sala ha señalado que la reforma en perjuicio (*non reformatio in peius*) es un elemento que integra el debido proceso, que garantiza que no se pueda reformar la sentencia en perjuicio de quien la ha recurrido. Ahora bien, en este caso se está en presencia de una particular modalidad de este principio, dado que no se trata del caso general del límite impuesto para la revisión de la misma sentencia mediante un recurso ordinario o extraordinario, sino de la supervivencia de ciertos efectos jurídicos de una decisión que ha sido anulada y que deben respetarse al dictar una nueva sentencia sobre el caso; constata la Sala que para tal situación específica las reglas de derecho positivo aplicables son diferentes según el caso corresponda juzgarse de acuerdo al (sic) Código de Procedimientos Penales anterior, o se trate de cuestiones sometidas al Código Procesal Penal vigente, que recogió el principio citado en su artículo 451. Así pues en el caso reclamado habrá infracción al debido proceso, si el Tribunal sentenciador dejó de tomar en cuenta la regla de no reforma en perjuicio, cuando –de acuerdo con la legislación aplicable– estaba obligada a acatarla al dictar su fallo".

Incluso, en su momento, esta misma sala, por voto 7497-98 del las 15 horas y 39 minutos, obligó a los órganos de casación, cuando conocían un recurso del ministerio público, a que se tuviera que ordenar el reenvío, cuando la pretensión del fiscal era la condena. Si bien es cierto, no se hizo porque estuviera de por medio la no reforma en perjuicio, sí evidenció que resolver el recurso en contra del imputado le negaba a este la oportunidad de defensa.

Ahora bien, siendo claro que el principio de no reforma en perjuicio integra el debido proceso, y es de obligatoria aplicación también para la materia contravencional, ¿qué sucede con los casos en que se detecta que ha habido una errónea calificación legal y que esto afecta la competencia del tribunal que conoce de un recurso? En este punto debe hacerse la siguiente acotación: el artículo 432 del Código procesal penal regula la norma general sobre el principio que interesa y le da un contenido amplio al decir: "Cuando la resolución sólo fue impugnada por el imputado o su defensor, no podrá modificarse en su perjuicio".

Véase que no se limita ni a la calificación legal, ni a la pena o los beneficios acordados, de manera que podría creerse que todos estos aspectos deben respetarse para no violentar dicho principio. Sin embargo, también es importante tener presente el artículo 451 del mismo código, el cual indica: "Cuando el recurso ha sido interpuesto sólo por el imputado, o

en su favor, en el juicio de reenvío no se podrá imponer una sanción más grave que la impuesta en la sentencia anulada, ni desconocer los beneficios que en esta se hayan acordado."

Aunado a lo anterior, y de acuerdo con nuestra cámara constitucional, la no reforma en perjuicio forma parte del debido proceso, por lo que es aplicable a todos los demás, ordinarios y especiales, y contempla, así, el procedimiento especial de revisión.

Capítulo segundo: Violación a disposiciones de derecho interno por parte del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José

Sección I: Violación al principio de legalidad

El principio de legalidad constitucional es el límite del poder estatal, es la línea que se traza para definir los actos legítimos del Estado y sus dependencias. Es, por lo general, la norma positiva, que regula las facultades y competencias específicas del ente u órgano estatal, y le otorga legitimidad para actuar y convertir en legales todos los actos que se realicen. Este principio de rango constitucional se encuentra plasmado en el artículo 11 de nuestra carta magna.

En pocas palabras, podemos establecer que las actuaciones del sector público se encuentran restringidas a lo legalmente establecido mediante una norma positiva, por lo que *a contrario sensu* toda actuación que se realice sin estar expresamente permitida o que exceda lo que establece la norma, se debe considerar ilegítima e ilegal.

La sala constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este principio, pero en la resolución número 440-1998 de las 15 horas y 27

minutos del 27 enero de 1988 da una explicación bastante clara, al establecer:

“Aunque el principio de legalidad y el correspondiente derecho de todas las personas a la legalidad -y, desde luego, por encima de todo, a la legalidad y legitimidad constitucionales- parecen referirse más a problemas de fondo que procesales, tienen sin embargo, repercusiones importantes en el debido proceso, aun en su sentido estrictamente procesal.

“En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, **a partir de su definición básica, según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-**; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto. En nuestra Constitución Política, el principio general de legalidad está consagrado en el artículo 11, y resulta, además, del contexto de éste con el 28, que recoge el principio general de libertad -para las personas privadas- y garantiza la reserva de ley para regularla, con el 121, especialmente en cuanto atribuye a la Asamblea Legislativa competencias exclusivas para legislar (incisos 1º, 4º y 17), para crear tribunales de justicia y otros organismos públicos (incisos 19 y 20) y para disponer de la recaudación, destino y uso de los fondos públicos (incisos 11, 13 y 15); potestades que no pueden delegarse ni, por ende, compartirse con ningún otro poder, órgano o entidad (artículo 9º), y que generan consecuencias aun más explícitas como las que se recogen en la Ley General de la Administración Pública, principalmente en sus artículos 5º y 7º -que definen las jerarquías normativas-, 11 -que consagra el principio de legalidad y su corolario de regulación mínima-, 19 y 59.1 -que reafirman el principio de reserva de la ley para régimen de los derechos fundamentales y para la creación de competencias públicas de efecto externo-. Téngase presente, asimismo,

que en Costa Rica tal reserva de ley está confinada a la ley formal emanada del órgano legislativo, por estar prohibida constitucionalmente toda delegación entre los poderes públicos (art. 9º), haciendo así impensables los actos con valor de ley, por lo menos en situaciones de normalidad.

“Es en virtud de la presencia de todos esos elementos del principio de legalidad, que prácticamente toda la materia procesal está reservada a la ley formal, es decir, a normas emanadas del órgano legislativo y por los procedimientos de formación de las leyes, con exclusión total de reglamentos autónomos y casi total de los propios reglamentos ejecutivos de las leyes; así como que la ley procesal debe ser suficiente para disciplinar el ejercicio de la función jurisdiccional y de la actividad de las partes ante ella, en forma tal que no queden lagunas importantes por llenar reglamentaria ni subjetivamente; y, por último, **que las exigencias de la ley procesal han de tener garantizada eficacia, material y formal, al punto de que en esta materia las violaciones a la mera legalidad se convierten, por virtud del principio, automáticamente en violaciones al debido proceso, por ende de rango constitucional**”. (Resaltado es propio).

El extracto de la sentencia es claro al establecer que si el principio de legalidad se violenta, se está violentando el debido proceso en sí mismo, con lo que se ven transgredidos los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A continuación se analizará si, en el caso en estudio, el tribunal de casación del II circuito judicial de San José realmente se atribuye funciones no delegadas expresamente por ley y si, en algún momento, realizan la llamada analogía *in malam partem*.

1. Atribución de funciones no delegadas por ley expresamente

Como se resaltó anteriormente, toda actuación, o incluso omisión del Estado, que se realice fuera de las potestades expresamente delegadas por medio de ley positiva emitida legalmente por el órgano legislativo, es totalmente arbitraria.

En el caso que nos ocupa debemos analizar concretamente las actuaciones que se realizan por parte del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José, en las cuales, al ser el poder coercitivo y represivo del Estado, el principio de legalidad se torna extremo.

El voto de la sala constitucional que hemos venido tratando nos aclara el tema:

“Pero es que, además, las exigencias del principio general de legalidad se extreman en el campo del proceso penal, en el cual se manifiestan, amén de en aquellos aspectos generales, en los siguientes, entre otros:

“a) En la aplicación de la regla de oro del derecho penal moderno: el principio ‘nullum crimen, nulla poena sine previa lege’, recogido en el artículo 30 de la Constitución, el cual también obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que, en esta materia sobre todo, excluye totalmente, no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley -sustancial o procesal-; unos y otras en función de las garantías debidas al reo, es decir, en la medida en que no lo favorezcan.

No es ocioso reiterar aquí que el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo.

“b) Cabe también enmarcar aquí, en la medida de su trascendencia procesal, **principios como el de igualdad y no discriminación**, ya mencionados (art. 33 Const.), **los de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del reo y de retroactividad en su beneficio (art. 34 id.)**, el de **‘in dubio pro reo’ y la presunción o, más que presunción estado de inocencia -ambos derivables también del artículo 39 Constitucional-**, en el tanto en que deben presidir todas las actuaciones del proceso y, desde luego, la sentencia misma¹³.” (Resaltado es propio).

Ahora bien, analicemos, conforme con los principios citados, si la decisión del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José se encuentra acorde o no a derecho.

1.1. Potestad recalificadora del tribunal de juicio

Nuestro código penal, en su artículo 365, en su segundo párrafo, otorga la potestad recalificadora de los hechos acusados por el ministerio público o el querellante al **tribunal de juicio en sentencia, al establecer:**

“En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica diferente de la acusación o querella (...)”. (Resaltado del autor).

¹³ Voto de la sala constitucional 440 del 27 de enero de 1998.

No obstante, este artículo debe verse en concordancia con el numeral 346 del mismo código, el cual reza:

“Si en el transcurso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al imputado sobre esta posibilidad, **para que prepare su defensa**”. (Resaltado no es del original).

En síntesis tenemos una contradicción entre dos normas, ya que por un lado, el artículo 346 señala la advertencia al imputado sobre una posible recalificación jurídica de los hechos acusados, mientras que el artículo 365 autoriza expresamente al tribunal, para que, en sentencia, varíe la calificación jurídica de los hechos presentes en la pieza acusatoria. Al respecto, Llobet Rodríguez, en su *Código procesal comentado*, tercera edición, señala lo siguiente: “El código costarricense no fue categórico en la redacción del artículo en comentario, como sí se fue en el correspondiente del C.P.P. iberoamericano, mencionándose que el tribunal ‘podrá advertir’, a lo que se una a la redacción del Art. 365 párrafo 2) CPP. **Todo ello lleva a la conclusión de que la advertencia sobre el cambio de calificación jurídica no es obligatoria, siendo necesaria cuando el cambio de calificación jurídica pueda afectar el derecho de defensa.**

De modo que pueda llevar a una condenatoria sorpresiva...¹⁴". (Resaltado no es del original).

En conclusión, y tal como lo señala Llobet, **el tribunal de juicio** podrá recalificar los hechos sin dar previa advertencia al imputado, cuando a su criterio y en su posición objetiva de juez de garantías constitucionales, su derecho de defensa no se vea violentado.

Dentro del voto número 1329-99 de sala III, existe un voto de minoría (4-1), el cual afirma que un cambio de calificación jurídica tan radical (se acusó de violación de domicilio y se condenó por tentativa de homicidio), y sus graves consecuencias con respecto de la pena desembocan en una clara infracción al principio de inviolabilidad de la defensa, por lo que en este tipo de circunstancias la prevención debe ser obligatoria.

Finalmente, en otro orden de ideas, se debe tener claro que la potestad antes expuesta es expresamente otorgada hacia el tribunal de juicio, potestad que responde a principios de inmediación e inmediatez, que surgen durante el juicio oral y público. Esta posición encuentra su lógica en el principio de inviolabilidad de defensa, en concordancia con el principio de saneamiento de los procedimientos. Si es necesario proteger el

¹⁴ Llobet Rodríguez, Javier. *Código procesal comentado*. San José, Costa Rica, tercera edición, Editorial Jurídica Continental, 2006. Página 436.

derecho de defensa ante una posible recalificación grosera, que amenace los derechos del imputado, la única manera de lograrlo (que no sea retrotrayendo el proceso nuevamente a la etapa de investigación para una nueva imputación formal), es mediante la prevención mediante audiencia que se otorga al imputado y su defensor durante la etapa de juicio. Así, se les garantiza la posibilidad de pronunciarse e, incluso, de solicitar la suspensión del debate para preparar su defensa.

Ahora bien, dejando en claro los alcances de la ley positiva, debemos especificar que el órgano encargado de recalificar los hechos es el tribunal de juicio. Por lo tanto, los tribunales superiores (casación y sala III) carecen de esta potestad. De este modo, existe una excepción al principio de delegación de competencia por jerarquía, que popularmente se conoce como “el que puede lo más puede lo menos”.

Actualmente, en el proceso penal el recurso de casación no implica una segunda instancia en el estricto sentido de la palabra. Por tanto, una recalificación por parte de los tribunales superiores penales dejaría en indefensión a los imputados, ya que en una supuesta recalificación grosera o posible quebranto al derecho de defensa no habría forma de subsanar la violación.

Cabe preguntarnos, entonces, ¿cómo realiza el tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José para “legitimar” su actuar y recalificar los hechos a la hora de resolver los procedimientos especiales de revisión? La respuesta a la pregunta anterior se da mediante lo que se conoce como fundamentación por analogía.

1.1.1 Realización de aplicación de ley por analogía *in malam partem* por parte del tribunal de casación penal

En el derecho, en general, se habla de razonamiento analógico o a *simile* cuando se aplica el presupuesto normativo de una determinada disposición a un caso que, sin ser exactamente previsto en esa regulación, no difiere de este en aspectos que resulten esenciales.¹⁵

Este tipo de razonamiento no encuentra límites claros. Sin embargo, tal como se aclaró al principio del capítulo, en materia penal, debido al principio de legalidad, este tipo de razonamiento se encuentra prohibido, excepto cuando se realice en favor o beneficio del imputado. Esto es conocido como aplicación analógica de la ley *in bonam partem*. En *contrario sensu* a la interpretación analógica en favor del imputado, se

¹⁵ Arroyo Gutiérrez, Jose Manuel y Rodríguez Campos, Alexander. *Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal*, San José, Costa Rica, 2da Edición, Editorial Jurídica Continental, 2003. Pág. 76.

encuentra la aplicación analógica de la ley *in malam partem*, la cual se halla completamente prohibida.

Sobre este tema, los autores José Manuel Arroyo Gutiérrez y Alexander Rodríguez Campos establecen lo siguiente:

“De todas maneras, no podemos perder de vista que la analogía *in malam partem* (en perjuicio del reo) está clara y expresamente vedada en materia penal, **sobre todo en el ámbito de la calificación jurídica de los hechos**. Lo anterior, según sabemos, ocurre en virtud de la naturaleza misma de esta rama jurídica –la así llamada materia odiosa, por ser restrictiva de derechos- y, en particular del principio de legalidad constitucional y jurídicamente establecido (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*)¹⁶”. (Resaltado es propio).

Dicho lo anterior, volvemos a situarnos en el caso en estudio. En este punto podemos establecer como hipótesis que, si un tribunal superior, a la hora de resolver un procedimiento especial de revisión por la causal de atipicidad posterior del hecho, decide recalificar él mismo los hechos y establecer la condena en su fallo, como así lo realiza el tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José, violenta el principio de

¹⁶ *Ibíd.* P. 78.

legalidad, ya aplicada por analogía la potestad de recalificar los hechos que se le otorga al tribunal de juicio. Al mismo tiempo que realiza este acto, que debe calificarse como arbitrario, violenta el debido proceso, no solo por atribuirse funciones que no posee, sino por violar los derechos del imputado, al dejarlo en total indefensión frente a la recalificación realizada.

En otro orden de ideas, cabe aclarar que hasta el momento se ha discutido sobre los errores o vicios procesales que poseen los fallos del tribunal de casación del II circuito judicial de San José. Sin embargo, se deben analizar también los argumentos de fondo que, si bien son realmente escasos, existen también dentro de las sentencias que emite el órgano de casación.

2. Errónea aplicación del concurso aparente de normas

En cuanto al razonamiento del tribunal de casación para afirmar que no se debe absolver al imputado del tipo delictivo que fue condenado y que posteriormente fue eliminado, el único argumento de fondo que esgrime es que, independientemente de la calificación jurídica por la que fue condenado el imputado, la sentencia establece una lista de hechos probados, y esos hechos pueden encajar en otro tipo penal diferente al

tipo penal eliminado, por lo que existe una imposibilidad, a criterio del tribunal de casación, de absolver directamente.

En términos técnicos, lo que el tribunal establece es que por la figura del concurso aparente de normas, los hechos probados y que sirvieron de base para la condenatoria pueden encajar dentro de un delito, que anteriormente concurría aparentemente con el tipo penal eliminado. Esta es la única explicación lógica para establecer que los hechos no sean atípicos, ya que si bien existen hechos probados, estos no encuadrarían, ya sea objetiva o subjetivamente, dentro de otro tipo penal que no concurre aparentemente con el eliminado.

A continuación, se ejemplifica el razonamiento mediante un caso hipotético adaptado al tema:

El 25 de mayo del 2005, fui condenado por el delito de resistencia, se me impuso una pena de tres meses de prisión y se me otorgó el beneficio de ejecución condicional de la pena.

El 1 de enero del 2008, el Código procesal contencioso administrativo elimina el tipo penal de resistencia.

El 5 de marzo del 2008, presento ante el tribunal de casación del II circuito judicial de San José formal procedimiento especial de revisión con fundamento en el artículo 408 inciso f de nuestro código procesal penal.

El 19 de mayo del 2008, el tribunal de casación penal resuelve y en el por tanto establece: se declara parcialmente con lugar la revisión que a folios 547 a 549 formula el sentenciado J.P.M. En virtud de ello, se ordena lo siguiente: (i) **se recalifican los hechos que se tuvieron por probados en la sentencia impugnada (que en su oportunidad fueron calificados como un delito de resistencia agravada) y se declara que configuran un delito de atentado en daño de la autoridad pública. (ii) Se mantiene la pena de un año de prisión pactada y aceptada por los encartados con ocasión de la aplicación del procedimiento abreviado y que fuera así establecida en la sentencia objeto de revisión.** En lo demás, permanece incólume la sentencia impugnada. Proceda el tribunal de instancia a comunicar lo pertinente para la rectificación del asiento de inscripción en el Registro judicial, así como la remisión de las respectivas comunicaciones al Instituto Nacional de Criminología y al juzgado de ejecución de la pena, para lo de sus cargos. NOTIFÍQUESE.

Ahora que el ejemplo está claro, se ahondará un poco más en lo que se conoce como concurso aparente de normas. Al respecto, el jurista Francisco Castillo señala:

“Suele ocurrir que una misma acción entre en varios tipos penales, que protegen un mismo bien jurídico o que varias acciones penales que protegen distintos bienes jurídicos, pero relacionados entre sí, de menor a mayor. En tales casos hay una sola lesión jurídica (de una lesiona al bien jurídico tutelado) y, **por tanto, un solo delito.** Podemos hablar, entonces, de concurso aparente de delitos, -los viejos autores, se referían a estas hipótesis con la denominación concurso ideal ‘aparente’ y concurso real ‘aparente’-, porque, en realidad, **hay una sola lesión jurídica**¹⁷”. (Resaltado es propio).

Dentro de la doctrina costarricense, son pocos los autores que se refieren a esta figura. Por eso, aparte de la definición que presenta el doctor Castillo, se agrega el concepto desarrollado por el jurista Fernando Velásquez en su libro *Derecho penal parte general*, el cual define así el concurso aparente de normas:

¹⁷ Castillo González, Francisco, *El concurso de delitos en el derecho penal costarricense*, San José, Costa Rica, Editorial Litografía LIL, S.A. 1981. Pág. 27.

“Se presenta cuando en apariencia hay un fenómeno de concurrencia de tipos penales para gobernar una conducta; en otras palabras: es un nuevo evento en cuya virtud el analista o estudioso tiene la impresión inicial de estar frente a un caso de concurso ideal, pero un estudio detenido producto de la emisión de los correspondientes juicios de tipicidad lleva a la conclusión de que no es así; tal vez por ello, se prefiere denominar este instituto como *conurrencia de leyes*, pues eso es lo que sucede: dos o más normas penales son aplicables, en apariencia, al caso concreto¹⁸”.

Ahora bien, se sostiene que para poder aplicar el concurso aparente de normas, se debe cumplir una serie de requisitos y principios, de los cuales se explican, a continuación, los que se consideran importantes para el presente trabajo:

Requisitos

a) La unidad de acción: significa que este evento solo se presenta cuando una acción parece encajar en dos o más tipos penales. Es decir, que no es posible hablar de concurso aparente en contra de una opinión

¹⁸ Velásquez V., Fernando. *Derecho Penal, Parte General*, Medellín, Colombia, 4ta Edición, Editorial Comlibros, 2009. P. 1004.

disidente cuando concurren, en potencia, diversas conductas. Para configurar un supuesto *concurso material aparente*, por sustracción de materia, parece claro que esta elaboración no se debe extender hacia esos terrenos¹⁹.

En pocas palabras, el supuesto de unidad de acción establece que, para poder hablar de un concurso aparente de normas, no se debe estar ante los supuestos del concurso material o concurso ideal.

b) La pluralidad de tipos: es indispensable un número plural de descripciones típicas que, de manera aparente, concurren para gobernar la acción. Ello es apenas lógico si se tiene en cuenta que este evento se caracteriza justamente por el esfuerzo interpretativo que debe llevar a cabo el analista para descartar la concurrencia de las demás figuras típicas, y concluir que la conducta indagada (constitutiva de acción en sentido ontológico-normativo) solo encaja en un supuesto hecho²⁰.

Este requisito nos establece simplemente que, para que exista un concurso aparente de normas, los hechos acusados encajen en dos o más normas (tipos penales) distintos.

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 105-106.

²⁰ Velásquez, *Op. Cit.* Pág. 106.

Principios interpretativos

a) Principio de especialidad: según este axioma, cuando un supuesto de hecho reproduce los elementos típicos de otro más general y caracteriza de manera más precisa al hecho o al autor para añadirle elementos adicionales, es este el que se toma en cuenta y no aquel²¹.

Según este principio, la norma general cede ante la especial, por lo que entonces, si alguien utiliza la violencia sobre otra persona para despojarla de sus bienes, se aplica el tipo especial de robo simple, y no el general de coacción.

b) Principio de la consunción: cuando la realización de un supuesto de hecho más grave incluye la de otro menos lesivo, es el primero que se aplica y no el último, pues se parte del presupuesto de que el legislador ya ha considerado esos eventos al redactar la descripción típica más severa. Por ello, el tipo consumiente prefiere al consumido: *lex derogat legi consumptae*.²²

Lo que se describe tiene relación con el fin de los tipos penales, el cual es proteger bienes jurídicos. Así pues, si dos tipos penales diferentes,

²¹ Velásquez, Op. Cit. P. 106-107.

²² Velásquez, Op. Cit. P. 107.

que protegen el mismo bien jurídico, son aplicables ante un caso concreto, se debe aplicar la norma que proteja la totalidad de la violación al bien jurídico tutelado. El mejor ejemplo de lo anterior se da con los tipos base en relación con los tipos agravados, ya que si bien los tipos base encajan dentro de los hechos que califican a su tipo agravado, existe un mayor disvalor y violación del bien jurídico que protege el tipo agravado. Por lo tanto, debe aplicarse solo el tipo agravado (si se despoja a una persona de sus bienes, mediante intimidación con un arma blanca o de fuego, se debe calificar el hecho como robo agravado, ya que este protege el disvalor extra de realizar el tipo penal al ayudarse con un arma de fuego o blanca).

La consecuencia inmediata de establecer un concurso aparente de normas es, por supuesto, que, a pesar de las apariencias, hay solamente una violación jurídica (un delito) y no varias. El efecto inmediato que se produce es la absorción total de un tipo penal por otro, **porque este cubre todo el contenido injusto de aquel** desde el punto del derecho penal de fondo²³.

²³ Castillo, Op. Cit. P. 31.

La jurisprudencia, en cuanto a la teoría, es clara y sigue los conceptos antes mencionados, ya que en la práctica, la materia concursal es de los temas que más genera polémica y discrepancia en el ámbito jurisprudencial. Sin embargo, no se ahondará más en el tema, ya que no es el punto central de la presente investigación.

La sala III de la corte suprema de justicia considera que:

“(…) Es decir, debe descartarse que se esté ante un caso de concurso aparente de normas por consunción del disvalor. Pero, para explicar más paulatinamente el asunto, es oportuno recapitular acá las nociones básicas de un concurso aparente de normas. **Este, como es sabido, se da cuando dos o más preceptos concurren a regular una acción, pero se excluyen entre sí. En tales casos, según reza el artículo 23 del Código Penal, la regla especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra sobre la contenida, y la que la ley ha establecido como dominante lo hace sobre las subordinadas. En consecuencia, antes de entrar a discutir cómo se resuelve este asunto, a fin de determinar si es que hay un tipo penal especial o uno que contiene el disvalor del otro, o cuya aplicación se haya supeditado a que no se aplique otra,** debe definirse para el primer argumento (esto es, la autorización de actos indebidos versus la administración fraudulenta) si es que ambos artículos, amén de constituir delitos en sí mismos, se refieren a la comisión de otros actos delictivos a su vez. La respuesta es negativa y ello ahorra, una vez más, tener que ahondar en el tema del concurso aparente. Esto resulta innecesario sencillamente porque las dos normas citadas aluden a situaciones diferentes. Hay otras características que es menester acotar aparte de las características determinantes de los intereses tutelados a que se hizo referencia arriba; es decir que ni el artículo 239 ni el 241 del Código Penal reprimen el daño patrimonial, cosa que sí hacen los artículos 216 y 222 de esa misma ley, por lo que resultan ser los que mejor describen la especie fáctica comprobada. Así, mientras que la administración fraudulenta se refiere a una actividad compuesta por hechos delictivos por sí mismos, la autorización de actos indebidos se refiere a hechos que no son delictivos; esto es, la autorización de actos

indebidos consiste en prestar su consentimiento o concurso para que se efectúen actos contrarios a la ley o estatutos, pero que no sean delictivos, pues en tal caso no se aplicaría el tipo penal del 241 del Código Penal, sino la figura delictiva correspondiente. O, para ponerlo de otro modo, el tipo penal del artículo 241 es subsidiario, se aplica si es que esos hechos no están sancionados por otra norma especializada, resultando que esta es la que califica como delictivos los actos que componen la actividad sancionada, a diferencia de los meros 'actos indebidos' que es una calificación genérica de ilicitud en daño de la buena fe en los negocios. Es decir, que además no contempla la posibilidad de un daño patrimonial, sino la mera realización de los actos indebidos, siendo esta una circunstancia más que lo diferencia de la administración fraudulenta (...) ²⁴". (Resaltado es propio).

Ahora, teniendo clara la teoría, y desde el derecho penal de fondo, que significa la concurrencia aparente de dos delitos, se procederá a recrear las razones del porqué se considera que en las resoluciones del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José violentan los derechos de los ciudadanos. Es importante aclarar que el siguiente segmento representa una idea propia del autor, y que el objetivo es aportar ideas sobre el tema en discusión.

2.1. Hipótesis sobre el disvalor jurídico como factor determinante de un doble juzgamiento

Según la teoría antes expuesta sobre el concurso aparente de normas extraemos que, por el principio interpretativo de consunción, la norma penal que violenta el bien jurídico tutelado de la forma más

²⁴ Voto 2009-00870 de las 14 horas y 23 minutos del 9 de julio del 2009.

gravosa absorbe **totalmente** el tipo penal con el que concursaba aparentemente.

Según nuestro punto de vista, lo anterior tiene una serie de importantes repercusiones a nivel de un posible análisis sobre un doble juzgamiento, teniendo en cuenta los siguientes dos aspectos:

- En primer lugar, debemos tomar en consideración que, cuando hablamos de un procedimiento especial de revisión, estamos frente a una sentencia que adquirió firmeza y que, debido a alguna de las causales establecidas en nuestro código procesal penal, se admitió una revisión del fallo.

- Esta revisión está protegida por los principios de no reforma en perjuicio y de *nos bis in idem* o prohibición de doble juzgamiento. La decisión de los jueces debe ser acorde con el principio de dignidad de la persona humana, y en caso de discrepancia debe aplicarse los principios *pro homine* y *pro libertate*, todo esto a favor del sentenciado recurrente.

Con estos elementos claros, analicemos la procedencia de un resultado como el que nos presenta el tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José, es decir, una condenatoria directa en esa instancia por recalificación de los hechos.

Según la teoría expuesta, y acorde con el caso concreto, el argumento de fondo del tribunal es el siguiente:

“Ahora bien, cabe aclarar que **no siempre la falta de encuadre en este tipo penal generaría la absolutoria de los acusados por la atipicidad de la conducta**. Nótese que el artículo 408 inciso f) del Código Procesal Penal establece la procedencia de la revisión ‘*cuando una ley posterior declare que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal...*’. Es decir, se trata de supuestos en que la conducta no es sancionada bajo ninguna forma, pero en aquellos casos en los que lo que operó fue un concurso aparente que hizo que una norma subsumiera a otra y luego aquella desaparece del ordenamiento jurídico sin que lo haga la absorbida, el hecho sigue siendo punible pero bajo otra denominación legal. El juzgador debe valorar, en tales supuestos, si la conducta acusada encuadra en alguna otra figura delictiva o contravencional²⁵”.

Lo que se establece por parte del órgano de casación es que una sentencia penal no castiga la calificación jurídica *per se*, sino los hechos que encuadran dentro de la calificación jurídica en sí. Por lo tanto, mientras los hechos probados sigan encuadrando dentro de algún tipo penal (aunque sea distinto del que se condenó), no existe atipicidad del hecho.

Esta es la hipótesis que se pretende contradecir, ya que se considera que este tipo de argumento-decisión violenta el principio de *non bis in idem* y el del no reforma en perjuicio.

²⁵ Sentencia del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José 2008-0640 de las 09 horas con 40 minutos del 16 de julio del 2008.

Se ha establecido, por medio de la doctrina y la jurisprudencia, que el objeto del juzgamiento penal está concentrado en los hechos típicos. Sin embargo, en nuestra opinión, se debe ir un poco más allá, y establecer que el objeto del juzgamiento penal se encuentra en el disvalor jurídico que representan los hechos cometidos.

Esta postura no es descabellada, ya que si hablamos de juzgamiento, en la teoría del delito se realiza propiamente en el juicio de reproche, en el cual, una vez establecido un hecho como típico, antijurídico y culpable, se juzga la violación al bien jurídico tutelado (o disvalor jurídico) y, dependiendo de la violación, se establece una pena razonable y equitativa con la violación realizada.

Si partimos de nuestra hipótesis, y tomamos como punto de referencia del juzgamiento judicial el disvalor jurídico, en el caso en concreto, cuando se presenta un procedimiento especial de revisión, el argumento de fondo sobre el concurso aparente de normas pierde fuerza.

Si es sobre la violación al bien jurídico o disvalor jurídico de una acción, en la cual recae realmente el juzgamiento, y se parte que al establecer un concurso aparente de normas, el disvalor jurídico del delito desplazado es **completamente absorbido** o **subsumido** por el delito con

mayor disvalor, es lógico establecer que si existe una sentencia firme, la violación al bien jurídico ha sido analizada y juzgada en su totalidad (la del delito mayor y todos los que concursan aparentemente con él).

En el mismo orden de ideas, podemos establecer que el reenvío o recalificación por parte del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José, ante un procedimiento de revisión por atipicidad posterior del hecho, sería completamente violatorio tanto al principio de *non bis in idem* como al de prohibición de reforma en perjuicio. Si bien es cierto que los hechos pueden ser encuadrados dentro de algún otro tipo penal (el cual concursaba aparentemente con el tipo derogado), la totalidad del disvalor que cualquiera de los nuevos tipos en que puedan encajar los hechos probados ya han sido juzgados mediante una sentencia condenatoria firme.

Estamos, entonces, antes un encrucijada, ya que, si bien es cierto, los hechos probados en la sentencia podrían considerarse no exactamente atípicos, no pueden ser juzgados nuevamente, ya que con su disvalor fueron sometidos anteriormente a un juzgamiento judicial, por lo que procesalmente y sustancialmente existe un impedimento para proseguir. Además, de acuerdo con los principios *pro homine* y *pro libertate* ante una

decisión de esta índole, se debe escoger lo que favorezca más al hombre y restrinja menos la libertad. Esto, sería, la absolutoria directa.

Es importante aclarar que la derogatoria expresa de algún tipo de delito generalmente se da por algún error legislativo, y no deben, ni tienen que pagar los ciudadanos por este tipo de situaciones.

En otro orden de ideas, pero siempre relacionado con el tema concreto, deseamos hacer ver otro posible error mediante la utilización de esta hipótesis. En los casos en que el tribunal de casación recalifica él mismo los hechos al delito subsumido, establece o mantiene la misma sanción que le fue impuesta en un principio²⁶.

Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que la violación al bien jurídico, debido a la misma lógica del concurso aparente de normas, en un delito subsumido es menor al del delito que lo subsume, por lo que es realmente necesario realizar una adecuación de la pena establecida. De lo contrario, estaríamos equiparando los dos delitos y sus respectivos bienes

²⁶ Ver, por ejemplo, resolución 2008-866, del tribunal de casación penal, segundo circuito judicial de San José, Goicoechea, resolución de las 8 horas 55 minutos del 4 de setiembre de 2008.

jurídicos tutelados, situación que dentro de una estricta lógica jurídica es completamente contradictoria.

Finalmente, quisiéramos aclarar que la hipótesis antes presentada es aplicable a procesos de revisión, es decir, cuando una sentencia haya adquirido firmeza, ya que si nos encontramos ante la hipótesis de una casación (sentencia no firme), no se verían afectados los principios de *non bis in idem* y, dependiendo de la resolución, tampoco la no reforma en perjuicio.

Capítulo tercero: Análisis jurisprudencial del tribunal de casación penal con respecto de la causal de revisión por atipicidad posterior del hecho

Sección I. Cambios de criterio con respecto de la atipicidad posterior del hecho

Como es constante en nuestra jurisprudencia, existen cambios. Sin embargo, cuando se producen a raíz de modificaciones en el sistema legal del país, vale la pena analizarlos más a fondo.

El caso que nos ocupa no es la excepción, ya que analizaremos cómo poco a poco se ha cambiado de forma radical el criterio de un tribunal de casación, en lo que creemos que se debe a un intento del poder judicial de corregir un evidente error del legislativo.

Comenzaremos definiendo lo que, a nuestro parecer, y según la ley, se define como atipicidad posterior del hecho.

En nuestro código procesal penal, en su título VII, se señala el procedimiento para la revisión de las sentencias, una vez que estas adquieren firmeza. En el artículo 408 del mismo código se contempla la procedencia de esta figura; en específico su inciso f reza:

“Cuando una ley posterior declare que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal o cuando la ley que sirvió de base a la condenatoria haya sido declarada inconstitucional”. (Resaltado es propio).

Lo anterior debe verse en concordancia con el artículo 13 de nuestro código penal, el cual reza de la siguiente manera:

“Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta más favorable al reo se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el tribunal competente modificar la sentencia, de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley”. (Resaltado del autor).

Las normas antes citadas regulan la figura de la “atipicidad” posterior del hecho, lo cual resulta ser, en palabras simples, la eliminación de un tipo penal específico, que trae como consecuencia lógica la liberación de responsabilidad penal a la persona que cometiere, o cometió los hechos detallados en el tipo penal derogado. Esto, en concordancia con el principio de legalidad y tipicidad, así como de los principios *nulla poena sine lege* y *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Aunque dicho concepto, en un principio resulta bastante simple, estudiaremos a continuación varias resoluciones que son realmente

contradictorias. Para efectos prácticos se dividirá en tres momentos los cambios jurisprudenciales: el primero, cuando se absolvía de forma directa; el segundo, de transición; y finalmente, el tercer momento, de recalificación de los hechos. Para ilustrar cada uno de ellos se discutirán unas cuantas resoluciones que ejemplificarán la posición del momento.

1. Primer momento jurisprudencial: la absolutoria directa

Este primer momento se da inmediatamente después de la derogatoria del tipo penal de resistencia, y lo consideramos la época más acertada y lógica dentro de este cambio jurisprudencial. El tribunal de casación opta por una tendencia garantista y acorde con los derechos del condenado.

En este periodo, las resoluciones absuelven de forma directa a los imputados, como se hace en la resolución 749-2008 de las 11 horas del 8 de agosto del 2008, la cual establece:

“II. Esos hechos, así descritos, y de conformidad con el contenido que nutría al tipo penal del antiguo artículo 305 del Código Penal, que contenía el tipo base del *delito de resistencia*, en relación con el inciso 4 del artículo 306 del mismo cuerpo legal, que contenía un subtipo agravado del delito de *resistencia agravada*, fueron calificados por la sentencia que se ha solicitado revisar como un delito de *resistencia agravada a la*

autoridad y en tal sentido le fue impuesta al señor justiciable J. M. Z. C. la pena de 8 meses de prisión, que empezó a descontar y se hallaba descontando al momento en que fue interpuesto el presente procedimiento de revisión de sentencia.

“III. Antes de la reforma, el tipo base del artículo 305, continente (sic) del *delito de resistencia*, disponía: 'Se impondrá prisión de un mes a tres años al que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para impedir u obstaculizar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones'. Por su parte, el inciso 4 del artículo 306, correspondiente a uno de los subtipos agravados del delito de *resistencia agravada*, establecía que la pena será de uno a 5 años 'si el autor agrediere a la autoridad'.

“IV. El 15 de febrero de 2008, se publicó en el Alcance N.º 38 de La Gaceta del 22 de junio de 2006 la Ley N.º 8508 del 28 de abril de 2006, que es el Código Procesal Contencioso Administrativo, cuyo artículo 203 eliminó en su totalidad el contenido que alimentaba al tipo base de la *resistencia*, que estaba previsto en el artículo 305 del Código Penal vigente, y dispuso: *Refórmese el artículo 305 del Código Penal, Ley No. 4573, de 4 de mayo de 1970, y sus reformas. El texto dirá: 'Artículo 305.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años, a quien no cumpla o no haga cumplir, en todos los extremos, la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones siempre que se haya comunicado personalmente, salvo si se trata de su propia detención'*.

“V. Con la reforma anterior el legislador derogó tácitamente el tipo penal del *delito de resistencia simple*, previsto en el artículo 305 del Código Penal, como tipo base y en consecuencia y por rebote los subtipos agravados de la figura previstos y sancionados por el artículo 306 del Código Penal, pues sin tipo base que esté como cimiento de su estructura y de su contenido no pueden subsistir los subtipos agravados que dependen absolutamente de él para su existencia jurídica. Desapareció así del Derecho Penal costarricense tanto el *delito de resistencia simple* como el *delito de resistencia agravada a la autoridad*“.

En estos primeros cuatro considerandos, se explica de forma clara y sencilla cómo, debido a una derogación tácita del legislador, se elimina un

tipo penal. En el caso concreto, el condenado recurrente se encontraba privado de su libertad debido a esta condena. La sentencia se pone mucho más interesante en los considerandos, cuando establece:

“VI. En el caso presente el señor sentenciado y condenado J. M. Z. C. se encontraba privado de su libertad por el delito de *resistencia agravada*. Descontaba la pena impuesta por la sentencia citada y por hechos que hoy dejaron de ser delito, porque advinieron, por virtud de la reforma consabida, en **atípicos**”. (Resaltado es propio).

Nótese la palabra que utiliza el mismo tribunal de casación. Establece, de forma clara, que los hechos que antes encajaban dentro del tipo penal de resistencia y resistencia agravada ahora son atípicos, y que esto se debe a la reforma generada por la asamblea legislativa. A continuación, el tribunal da una explicación garantista y coherente de lo que significa la atipicidad posterior de un delito del cual alguien fue condenado:

“VII. Al tenor del **principio de retroactividad y aplicación de la ley más beneficiosa**, el hecho que esté vigente una nueva ley que derogó tácitamente el tipo penal base y por ende el subtipo agravado por el cual fue condenado el señor sentenciado, le beneficia, aun cuando para el momento en que fue condenado se hallaran en vigor tanto el tipo base como el subtipo agravado.

“VIII. **No es de recibo el argumento esgrimido por el Ministerio Público en el sentido que no debe acogerse la revisión, porque los hechos pueden calificarse como dos delitos de agresión con arma en concurso material. No es de recibo tal argumento porque el sentenciado y condenado fue sometido a proceso, intimado, juzgado, sentenciado y**

condenado por hechos que en aquel momento, por el principio de especialidad de la tipicidad, se adecuaban dentro del subtipo agravado de la resistencia agravada, el cual hoy se encuentra tácitamente derogado, al haber sido dotado el tipo base con un contenido totalmente distinto al de un delito de resistencia simple y depender éste de aquél". (Resaltado es propio).

El tribunal, en su considerando VII, habla de forma clara de los principios *pro homine* y *pro libertate* los cuales, como se ha explicado en capítulos anteriores, guían a aplicar la norma o la interpretación más beneficiosa para el ser humano. En el caso concreto, la interpretación que menos restringe la libertad ambulatoria y de una manera realmente simple establece que, debido a la derogación del tipo penal por el que fue condenado, debe ser beneficiado de dicha situación.

Posteriormente, en su considerando VIII, el tribunal rechaza la posición del ministerio público de declarar sin lugar el procedimiento especial de revisión, debido a que los hechos que se calificaron como resistencia agravada podrían recalificarse a dos delitos de agresión con arma. El tribunal fundamenta esta posición en el principio de especialidad de la tipicidad, y establece que el tipo de agresión con arma se encontraba adecuado dentro del tipo tácitamente derogado. Esta posición parece ser muy similar a la que propone el autor, en el sentido de

que el disvalor subsumido es juzgado al mismo tiempo que el tipo de mayor disvalor se juzga, y por ende, no pueden recalificarse los hechos.

“IX. El hecho de hallarse privado de libertad el señor sentenciado y condenado J. M. Z. C, por hechos que en su momento fueron un delito, pero que en la actualidad no son delito, le causaba un grave perjuicio. Esa situación fue superada por este tribunal al ordenar por auto de las 07:30 horas del 6 de junio de 2008 la suspensión de la ejecución del fallo y la inmediata puesta en libertad del señor J. M. Z. C. durante el trámite de la revisión, siempre y cuando otra sentencia o causa penal no lo impidiera.

“X. Hoy la situación de su libertad se consolida al acogerse y declararse con lugar el procedimiento de revisión y dictarse en este acto, por atipicidad, la sentencia absolutoria a su favor y ordenarse su definitiva libertad, con la salvedad que otra sentencia o causa penal no lo impida. Comuníquese lo correspondiente al Instituto Nacional de Criminología, al Juzgado de Ejecución de la Pena y al Registro y Archivo Judicial”.

En los dos últimos considerandos el tribunal explica su decisión final, e incluso debe observarse que en el considerando IX hasta se suspende la ejecución del fallo, situación que realmente es difícil de observar en este tipo de procedimientos. Finalmente el considerando X señala la declaratoria con lugar del procedimiento de revisión y ordena la definitiva libertad del condenado con la salvedad de que otra sentencia o causa penal lo impida.

Otra resolución que nos da un importante aporte a la presente investigación es la 2008-693 de las 9 horas 20 minutos del 29 de julio del 2008, la cual, en lo que interesa, establece:

“Como claramente se observa, el texto anteriormente transcrito, correspondería a los presupuestos de tipicidad atinentes al delito de desobediencia a la autoridad, previsto y sancionado en el artículo 307 del Código Penal, que ahora se advierte doblemente penalizado, por lo que la normativa contenciosa administrativa, con la referida reforma legislativa, quizá por error, **pero que en todo caso no puede interpretarse en detrimento de las garantías de los enjuiciados, dejó sin contenido el delito de resistencia que contemplaba el artículo 305 del Código Penal (tipo simple) y sus correlativas circunstancias de agravación contenidas en el numeral siguiente (306), lo que implica su inmediata desaplicación, en tanto la conducta delictiva atribuida a los justiciables (resistencia agravada), se tornó atípica, careciendo de soporte normativo, y por ende, de su sanción correspondiente, pues la interpretación contraria violentaría el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política y el código sustantivo. Por ello, conforme lo solicita el accionante, lo procedente es absolver de toda pena y responsabilidad a E. A. F. M., y por aplicación extensiva, al sentenciado C. B. G. por el delito de Resistencia Agravada cometido en perjuicio de la Autoridad Pública. Comuníquese lo resuelto al Juzgado de Ejecución de la Pena, Oficina de Registro y Archivo Judicial y al Instituto Nacional de Criminología, para lo de sus respectivos cargos.” (Resaltado es propio).**

En esta resolución se continúa con la filosofía de la absolutoria directa del imputado, y menciona un aspecto fundamental, el cual es la posible violación al principio de legalidad en caso de interpretar como típica la acción antes delictiva de los condenados. Esto violentaría de forma clara el principio de legalidad constitucional y legal.

Relacionado con lo anterior, la resolución 373-2008 es realmente garantista al establecer:

"(...) a través del artículo 203 del Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley No. 8630, publicada en La Gaceta No. 33 de 15 de febrero de 2008) el legislador modificó el tipo penal que reprimía la

resistencia simple, indicando: "Refórmase el artículo 305 de la Ley 4573 del 4 de mayo de 1970 y sus reformas. El texto dirá: Artículo 305: Se impondrá prisión de seis meses a tres años a quien no cumpla o no haga cumplir, en todos los extremos, la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, siempre que se le haya comunicado personalmente, salvo si se trata de la propia detención". Conforme se observa -y en apariencia, por error- se sustituyó el delito de resistencia por el de desobediencia a la autoridad, lo que conllevó la descriminalización de la primera figura y, desde luego, la de su forma agravada, que se remite a la simple (artículo 306 del Código Penal). **El error del legislador, sobre todo tratándose de materia penal sustantiva, no puede ser, como resulta obvio, corregido por los jueces, de modo que en el presente caso ha de entenderse que la conducta que el Ministerio Público le atribuye a la justiciable y que calificó como resistencia agravada, es en la actualidad atípica...**. (Resaltado es propio).

Lo más importante de esta resolución es el hecho de establecer que el error legislativo nunca puede ser corregido por medio de intervención judicial, y mucho menos en detrimento de los derechos de los ciudadanos, por más grosero u obvio que resulte el error. Esta afirmación se sustenta en el principio de separación de poderes y, especialmente, por el principio de legalidad que se mencionaba en las sentencias citadas anteriormente.

Estas resoluciones son sumamente claras y sencillas sobre la posición inicial del tribunal de casación penal. Sin embargo, dicha posición no duró mucho, ya que los diferentes jueces y secciones empezaron a hacer valer su punto de vista. Esta tendencia resultó en un primer cambio jurisprudencial, el cual dejó de lado la idea de que el error legislativo no

podía ser interpretado en detrimento de los derechos de los ciudadanos. Este tipo de sentencias se analizará a continuación.

2. Segundo momento jurisprudencial: el periodo de transición y tanteo

Este es realmente un momento de cambios, pruebas y tanteo. Muchos votos salvados se dieron, y dependiendo de la sección del tribunal que resolviera, las resoluciones podían ser muy diferentes.

Durante este periodo fue que surgió la idea del reenvío a un nuevo juicio antes de absolver directamente. También, fue cuando se empezó a hablar de que no existe atipicidad cuando un tipo penal es eliminado, ya que la conducta, para ser atípica, no debe ser aplicable a ningún otro tipo penal dentro del ordenamiento jurídico.

La sentencia 2008-0640 de las 9 horas con 40 minutos del 16 de julio del 2008, es un excelente ejemplo de esta posición. Dicha resolución establece lo siguiente en su considerando II:

"II.-Ahora bien, cabe aclarar que **no siempre la falta de encuadre en este tipo penal generaría la absolutoria de los acusados por la atipicidad de la conducta**. Nótese que el artículo 408 inciso f) del Código Procesal Penal establece la procedencia de la revisión '*cuando una ley posterior declare que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal...*'. "

“Es decir, se trata de supuestos en que la conducta no es sancionada bajo ninguna forma, pero en aquellos casos en los que lo que operó fue un concurso aparente que hizo que una norma subsumiera a otra y luego aquella desaparece del ordenamiento jurídico sin que lo haga la absorbida, el hecho sigue siendo punible pero bajo otra denominación legal... “. (Resaltado corresponde al original).

En esta resolución la idea de la absolutoria directa se descarta, y se introduce la idea de la utilización del concurso aparente de normas como una forma de realizar un nuevo encuadre de los hechos originalmente condenados como el delito eliminado. Este tipo de razonamiento es el que se intenta demostrar como violatorio en nuestra investigación.

Sin embargo, de esta resolución podemos rescatar algo muy importante, y es la justificación del juicio de reenvío, el cual establece en las siguientes líneas:

"(...) El juzgador debe valorar, en tales supuestos, si la conducta acusada encuadra en alguna otra figura delictiva o contravencional, **labor en la que no puede ser sustituido por este órgano de casación pues, proceder de ese modo, implicaría una afectación al derecho de defensa al no dársele ocasión al imputado de combatir esa posible calificación legal y las consecuencias de allí derivadas. Obviamente todo ello habrá de hacerse con respeto al principio de prohibición de reforma en perjuicio desde que la revisión es únicamente en beneficio del encartado (...)**". (Resaltado es del autor).

Esta posición es fundamental, ya que apoya de manera plena lo establecido en la presente investigación y sienta que una recalificación directa no puede ser realizada por parte del tribunal de casación o

cualquier otro órgano similar. Esta decisión afectaría de forma directa el derecho de defensa del imputado, ya que no se le dejaría combatir la nueva calificación y las consecuencias que pueda generar.

Es importante señalar que, en la presente resolución, se terminó absolviendo a los imputados, pero por otro argumento de fondo, al considerar que la recalificación de los hechos no encuadraba en ningún otro tipo penal atribuible en el caso concreto.

En esta resolución se empieza a notar el cambio jurisprudencial en contra de los recurrentes, cambio que se hace realmente notable en la resolución 2008-0458 de las 15 horas 10 minutos del 26 de mayo del 2008. Debe aclararse que esta es la resolución más radical de todas, y en la que se violan, a criterio del autor, de forma más clara los derechos de los condenados. La resolución, en lo que interesa, dispone:

"(...) Efectivamente el artículo 203 del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley número 8508 del 28 de abril de 2006, publicada en el Alcance número 38 a La Gaceta número 120 del 22 de junio de 2006) que entró en vigencia a partir del 01 de enero de 2008, le dio un nuevo contenido al artículo 305 del Código Penal, de manera que en esta norma ya no se prevé el delito de Resistencia simple, sino más bien una reformulación de la llamada Desobediencia a la autoridad. Al eliminarse la figura de la Resistencia simple, debe entenderse además que resultan inaplicables – para ese mismo delito – las agravantes contempladas por el artículo 306 del Código Penal (pues estas últimas dependen del tipo penal base, sin perjuicio, claro está de que esas agravantes mantiene su vigencia

respecto al numeral 304 del mismo Código). De acuerdo con lo expuesto, la condena impuesta al imputado por el delito de Resistencia agravada no puede subsistir. **Sin embargo, en todos los casos como el presente, es necesario que los tribunales examinen los hechos que interesan, a fin de determinar si eventualmente encuadran en otra figura, ya sea un delito o una contravención...**. (Resaltado del autor).

Volvemos a encontrarnos con la filosofía de que no existe una absolutoria directa, sino un examen previo y minucioso por parte de los tribunales, con el fin de analizar si los hechos encuadran dentro de alguna otra contravención o delito (misma hipótesis del concurso aparente de normas).

Sin embargo, lo más preocupante de la resolución es lo que se establece en sus siguientes líneas, cuando señala:

"(...) al imputado Keiths Díaz se lo condenó porque, según se indica en la sentencia, cuando los Oficiales del Organismo de Investigación Judicial trataron de detenerlo: '...con el afán de impedir la labor policial, con sus puños y pies golpeó en varias oportunidades en su cuerpo al oficial Fallas Obando'. (Folio 57). Para esta cámara, ese hecho constituye la **contravención de Lesiones levisimas, prevista en el artículo 380 del Código Penal, cuya acción penal aún no ha prescrito. **Véase que en este caso los golpes causaron un daño en la salud del ofendido, aunque sin llegar a provocarle -de conformidad con el cuadro fáctico acreditado- incapacidad para el desempeño de sus funciones. Por consiguiente, lo que corresponde es declarar con lugar el procedimiento de revisión formulado en autos y revocar parcialmente la sentencia de mérito, sólo en cuanto condenó al imputado Walter Adrián Keiths Díaz por el delito de Resistencia agravada y le impuso, por ese concepto, la pena de ocho meses de prisión. En su lugar, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 53, 71 y 380 del Código Penal, 46, 374, 375 y 416 del Código Procesal Penal, se debe declarar al encartado Keiths Díaz autor responsable de la****

contravención de Lesiones levísimas, en daño de Ramsés Fallas Obando, hecho por el cual se le impone el tanto de seis días multa (el mínimo previsto, disminuido en un tercio, sin contar fracciones), a razón de dos mil colones diarios, para un total de doce mil colones, suma que deberá depositar a la orden de Adaptación Social, dentro de los quince días posteriores a la notificación del presente fallo. Para calcular el monto de los días multa esta cámara ha partido del salario que el imputado expresamente señaló recibir, o sea, ciento veinte mil colones por mes, según consta en la indagatoria de folio 22 frente y vuelto, sin que la cantidad en que se está fijando cada día multa exceda del cincuenta por ciento del ingreso diario declarado en aquella oportunidad. En todo lo demás, la sentencia permanece incólume, de modo que el justiciable deberá, según corresponde, descontar la pena de tres años y cuatro meses de prisión impuesta en firme por el delito de Robo agravado (ver folios 55 a 66). Lo resuelto deberá comunicarse al Tribunal Penal de Juicio del Tercer Circuito Judicial de San José, como también al Instituto Nacional de Criminología, a Adaptación Social y al Registro Judicial". (Resaltado es del autor).

En el presente caso, el tribunal no solo decide recalificar los hechos, sino que condena al imputado por la contravención de lesiones levísimas, esto sin darle ni siquiera audiencia o forma alguna de defenderse. Este tipo de decisiones jamás puede analizarse desde una perspectiva minimalista, y pensar que como al imputado se le impone una pena más beneficiosa (días multa), está bien o no es importante la forma en como se haya visto beneficiado.

La resolución anterior es un claro ejemplo de un acto sumamente arbitrario de un órgano del Estado, y no puede permitirse bajo ninguna circunstancia este tipo de conductas.

Cambiando un poco de contexto, pero siempre bajo el análisis del periodo de transición que vive la jurisprudencia con respecto de este tema, analizamos un voto más, el cual contiene una nota salvada del juez Arce Viquez, que resulta realmente importante.

La resolución 2008-0607 de las 9 horas 15 minutos del 2 de julio del 2008 sigue una posición parecida a las anteriores, al establecer:

" **(i) Situación frente a la derogatoria del artículo 305 del Código Penal.** Si bien el artículo 203 del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley número 8508 de 28 de abril de 2006, publicada en el Alcance número 38 a La Gaceta número 120 del 22 de junio de 2006) que entró en vigencia a partir del 01 de enero de 2008, otorgó un contenido diverso al artículo 305 del Código Penal, despenalizando el delito de resistencia simple y reformulando el de desobediencia a la autoridad; no es admisible concluir que verificada la aplicación del referido precepto por imputación del delito de resistencia, opere de forma automática la absolutoria del sentenciado. Nuestro sistema procesal optó por admitir la revisión únicamente **a favor** del sentenciado o de aquel a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección; la pregunta sería ¿qué debe entenderse por 'a favor'? ¿Alude a lo que se resuelva?, ¿a lo que se alega?, o ¿acaso significa que sólo la defensa está legitimada para ir a revisión?, o sin importar quien gestione, ¿lo determinante será alegar un vicio en la sentencia que afecta la validez de una condenatoria? Este cuestionamiento está resuelto en el art. 409 CPP que define quiénes están legitimados para promover la revisión y es clara la referencia al alegato, uno a favor de los intereses del sentenciado. Enumera los siguientes sujetos legitimados: (a) Al condenado o al sometido a una medida de seguridad o corrección, si fuera incapaz a su representante legal. (b) Si el condenado falleció pueden formular revisión su cónyuge o el conviviente (por dos o más años de convivencia), los ascendientes, descendientes o hermanos. (c) El Ministerio Público. Es obvio que el condenado o sus parientes siempre gestionarán alegando vicios o defectos de la sentencia que le favorezcan en su pretensión de libertad; pero en el caso del Ministerio Público sólo es

admisible si sus argumentos son favorables al condenado, por el carácter objetivo de su gestión, nunca si su pretensión es buscar una condena mayor o desmejorar la situación jurídica del condenado, haciéndola más gravosa, ya sea en la cuantía de la sanción o la cantidad. **Sin embargo, al conocer y resolver la revisión, el órgano de casación tiene varias opciones: ordenar el reenvío o resolver directamente sobre el fondo del asunto si cuenta con los elementos suficientes para hacerlo (art. 416 CPP). En ese sentido bien podría decidir absolver de toda pena y responsabilidad, pero también se podría recalificar condenar por otro delito o imponer otra pena menos gravosa; sin embargo, es ahí donde el legislador una vez más intervino para establecer, acorde con esa pretensión de que la revisión es sólo a favor del condenado, la prohibición de reforma en perjuicio, a fin de evitar que en un reenvío se abriera la posibilidad al Ministerio Público de argumentar sobre otro tipo penal con consecuencias jurídicas más gravosas, o sobre una imposición de pena más elevada que la fijada previamente. Por esa razón se aclaró en el art. 417 CPP que no es admisible en un juicio de reenvío imponer una sanción más grave o desconocer beneficios acordados en la sentencia revisada (prohibición de reforma en perjuicio también previsto en los artículos 432 y 451 ibidem)**". (Resaltado del autor).

El tribunal, durante esta fundamentación, realmente se encuentra justificando las razones por las cuales dictar un juicio de reenvío es posible, siempre y cuando se respete la norma de no reforma en perjuicio, y el reenvío sea siempre a favor del imputado. Es importante señalar que este es un voto de mayoría, lo que se deja claro cuando establece:

" Hasta aquí, como se observa, nada impide el reenvío -en apego de dichas garantías- para conocer de los hechos imputados por el Ministerio Público, con el propósito de determinar -caso por caso- si la hipótesis fáctica encuadra o no en otra figura delictiva (cuando existan varias alternativas); o si a partir del elenco de hechos probados así resultara evidente, se subsuma de una vez en un tipo penal diferente y se reenvíe para la determinación de la pena; o si contando esta Cámara con elementos suficientes para resolver el fondo del asunto, pronuncia

directamente la sentencia que en Derecho corresponda. En estos supuestos donde se discute la derogación del delito de resistencia es indispensable descartar la posible aplicación de otros tipos penales no discutidos de previo, siempre que no se supere el monto de la pena acordada, o los beneficios concedidos, porque antes, existiendo el delito de resistencia, se estimó que el cuadro fáctico se adecuaba mejor a la configuración típica de ese tipo; revaloración que como se indicare, siempre deberá ajustarse a las garantías del principio de no reforma en perjuicio, dispuesto en el artículo 417 CPP (en función de la sanción y los beneficios otorgados), **pero que de ninguna forma implica optar por la absolutoria bajo el argumento de que resolver lo contrario (recalificar a otra figura u ordenar el reenvío) representa un quebranto al principio *ne bis in idem* como lo afirma en su nota el juez arce Víquez**". (Resaltado es del autor).

La nota del juez Arce Víquez da todavía una luz de garantismo, ya que considera, como lo señalamos aquí, que una recalificación o un reenvío violenta de forma clara y tajante el principio de *non bis in idem*. Dicha nota establece:

" Es necesario subrayar que en este asunto no procede el juicio de reenvío –que pretende la fiscalía– para juzgar si la conducta investigada se subsume en otra figura delictiva o contravencional (o para imponer otra pena en su lugar), porque se trata de una Revisión y esta materia se rige por el principio *non bis in idem*, según el cual ‘Nadie podrá ser juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho’ (artículo 11 del Código Procesal Penal), que también garantizan los artículos 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (‘Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país’) y 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (‘El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos’). Se declara con lugar el recurso de revisión que ha sido interpuesto, se revoca parcialmente la sentencia impugnada, únicamente en cuanto condenó a ocho meses de prisión al imputado Huberth Velásquez Alvarado por el delito de Resistencia

agravada. El resto de la sentencia se mantiene incólume (incluida la condena de cinco meses de prisión correspondientes a los delitos de Hurto simple y Receptación de cosas de procedencia sospechosa, que no fue objeto de impugnación)". (Resaltado es propio).

De una manera simple, el juez Arce Viquez confirma la posición inicial de la investigación, la cual es que la única vía posible ante la interposición de un procedimiento de revisión por atipicidad posterior del hecho es la absolutoria directa. Esta afirmación se debe al principio de *non bis in idem*, en relación directa con la prohibición de reforma en perjuicio entendida de pleno con el principio *pro homine* y *pro libertate*, ya que un juicio de reenvío es claramente una reforma en perjuicio del imputado, por el gravamen que se genera con un nuevo debate (reimputación).

Al mismo tiempo, estamos ante un error legislativo, en el cual está de por medio la libertad ambulatoria y no se opta por lo más beneficioso para el ser humano, ni lo que restrinja menos su libertad.

Lastimosamente, el criterio de dicho juez cambió en la última etapa de interpretación de la jurisprudencia sobre el caso en estudio, y toma la posición (radicalmente opuesta a la señalada) de la mayoría de los jueces integrantes del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José, interpretación que se analizará a continuación.

3. Tercer momento jurisprudencial: la recalificación e imposición de pena de forma directa

Durante este último momento, el tribunal tomó una posición radical en la cual consideraba innecesario el juicio de reenvío. Según esta decisión, la recalificación directa era posible, así como que la imposición de la pena podía ser realizada por el órgano de casación.

Vale resaltar que dicha posición se mantuvo hasta la reincorporación del delito de resistencia a nuestro ordenamiento jurídico. La resolución 2008-0866 de las 8 horas 55 minutos del 4 de setiembre de 2008 es un excelente ejemplo. Establece lo siguiente:

“(...) despenalizando el delito de resistencia simple y reformulando el de desobediencia a la autoridad; verificada por este tribunal la aplicación del referido precepto, por imputación del delito de resistencia, **es necesario analizar si en el sub examine procede la absolutoria solicitada por el gestionante.** Nuestro sistema procesal optó por admitir la revisión únicamente a favor del sentenciado o de aquel a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección, así se establece en el art. 408 CPP. Sin embargo, al conocer y resolver la revisión la sala o el tribunal de casación tienen varias opciones: no acoger el reclamo o, **admitiéndolo, analizar si ordena el reenvío o le es factible resolver directamente sobre el fondo del asunto, en caso de contar con los elementos suficientes para hacerlo (art. 416 CPP). En esta última hipótesis, bien podría decidir absolver de toda pena y responsabilidad, pero también sería factible tan solo una recalificación de hechos, eso sí, siempre a favor del sentenciado.** Si en cambio se ordena el reenvío, se pueden dar diversas hipótesis de resolución, pero siempre a favor del justiciable, en apego al principio de no reforma en perjuicio. El contenido de la expresión ‘a favor’ se establece en la misma regulación procesal, en concreto, en el artículo 417 del Código

Procesal Penal, que justamente aclara que en caso de reenvío o recalificación nunca podría resolverse en perjuicio del justiciable, ya sea imponiendo sanciones más gravosas (a las establecidas antes) o desconociendo beneficios (acordados en la sentencia revisada). Postura congruente con el art. 42 de la Constitución Política, que en lo que interesa establece: ‘... Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.’ (Resaltado es propio).

Hasta aquí, la resolución parece seguir con la filosofía del segundo momento antes expuesto. Sin embargo, el tribunal decide ir más allá esta vez, cuando establece:

“Aclarado lo anterior, en el caso *sub examine* donde se discute la derogación del delito de resistencia, **es indispensable** -conforme con el cuadro fáctico tenido por probado- **descartar la posible aplicación de otros tipos penales no discutidos de previo, precisamente porque al momento de contradictorio aún estaba vigente el tipo penal de resistencia.** En ese sentido, la sentencia N° 127-2007 dictada por el Tribunal del Primer Circuito Judicial de San José, de las 9:35 horas del 2 de febrero de 2007, establece en sus hechos probados que el día 20 de diciembre de 2005, los imputados Jeffrey Bermúdez Vargas, Marlon Eliot Sequeira y Francis Alonso Navarro Meza, después de apoderarse de varios objetos propiedad de Roberto Rojas Segura y de huir en un vehículo Hyundai Accent, son objeto de un operativo por parte de la policía, la cual es alertada mediante el sistema de información 911 y: ‘... le dan persecución al vehículo en que viajaban los encartados, acción efectuada por tres patrullas por las inmediaciones de la plaza de Hatillo con rumbo al Colegio Brenes Mesén de Hatillo. 4) Los imputados se resistieron al arresto, golpearon con su vehículo la unidad policial 299, hicieron cambios de carril, se brincarón cunetas, y accionaron sus armas contra la policía, propiamente contra los ocupantes de la unidad policial 431, a la cual también le lanzan su vehículo. 5) En forma inmediata los encartados dejan su vehículo y huyen a pie (cercañas del Colegio Brenes Mesén) momento en el cual son los tres detenidos a pocos metros por la fuerza pública, y en su poder se les decomisaron los bienes previamente sustraídos...’. (Cfr. folio 425). **Del anterior elenco de hechos probados, el tribunal de instancia establece la**

comisión del delito de resistencia (hoy derogado), los cuales, sin embargo, se adecuan al ilícito de atentado, previsto en el art. 304 del Código Penal, que dispone: 'Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público para imponer la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones...'. (Resaltado es propio).

Es aquí donde el tribunal da por sentada la base para su recalificación, al establecer que el cuadro fáctico que se tuvo por probado encuadra de manera exacta con el delito de atentado (es decir, establece la concurrencia en apariencia de los delitos de resistencia y atentado). Dicha afirmación queda demostrada en los siguientes párrafos de la resolución, cuando establece:

“Como se desprende de la transcripción realizada de los hechos probados, el a quo tuvo por demostrada la conducta dolosa de los imputados Jeffrey Bermúdez Vargas, Marlon Eliot Sequeira y Francis Alonso Navarro Meza, quienes de manera deliberada y conjunta, con pleno dominio funcional del hecho, golpean (con el vehículo que en ese momento utilizaban) las unidades policiales donde se desplazaban los oficiales y, no satisfechos, accionan el arma de fuego en dirección a las patrullas que iban en su persecución, unidades vehiculares ocupadas por varios oficiales, entre ellos los ocupantes de la unidad 431, Michael Fernández Leiva, Alexander Mora Mora y Cinthia Diez Guzmán. De ahí la efectiva vulneración al bien jurídico tutelado, pues el actuar de los sentenciados fue en directo ataque a la autoridad pública, con el propósito claro de disuadirla del cumplimiento de sus deberes. Debe aclararse que no se está propiamente en el caso de que una ley posterior declarara que no es punible el hecho que antes se consideraba ‘Resistencia agravada’ (artículo 305 y 306 del Código Penal), figura que derogó el artículo 203 de la Ley N° 8508 (Código procesal Contencioso Administrativo), pues lo cierto es que entre ese delito y el de ‘Atentado’ existía un concurso aparente, en el sentido de que el primer delito se aplicaba en lugar del segundo mencionado porque contenía en sí todo el

contenido injusto de este último, más un elemento especializante (artículo 23 del Código Penal). **El artículo 304 (Atentado) es una figura básica de los delitos contra la autoridad pública contenidos en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, respecto a la cual (sic) la Resistencia (artículos 305 y 306) y la Desobediencia (artículo 307) son modalidades agravadas (...). (...)De manera que la derogatoria de la 'Resistencia agravada' no implica la atipicidad de la conducta a la que se refiere este caso, pues esta es constitutiva del delito de 'Atentado' (como lo era a la fecha en que se dictó la sentencia), con la diferencia de que este delito ya no cede ante el delito derogado (...)**". (Resaltado es propio).

El anterior extracto es de suma importancia, ya que, de forma literal, el tribunal establece la figura del concurso aparente de normas, al indicar como figura base el atentado frente a delitos como resistencia y desobediencia, los cuales los considera una especie de delitos agravados frente al atentado.

Ahora bien, una vez sentadas todas las bases y argumentos para la recalificación de los hechos, el tribunal realiza un paso más, el cual es establecer el *quantum* de la pena, la cual, en todos los casos en estudio, resultó ser la misma que fue impuesta por el tribunal de juicio. Un ejemplo de lo anterior lo da la resolución en estudio, cuando establece:

"La pena fijada por el tribunal de juicio no ha dejado de corresponder proporcionalmente al disvalor de la conducta realizada por el encartado (cuya culpabilidad no ha mermado, sino que se mantiene incólume) en perjuicio de la autoridad pública. Por lo anterior se considera que el motivo que ha justificado la revisión del caso no implica la necesidad de corregir la fijación de la pena, que se encuentra dentro de los parámetros previstos para la penalidad del delito de 'Atentado'".

Nótese como el tribunal señala la misma pena que fue establecida anteriormente por el tribunal de juicio, situación que, como se indicó en el capítulo segundo, resulta jurídicamente contradictoria. ¿Cómo es posible que ante los mismos hechos, que antes constituían un delito de "modalidad" agravada, se imponga la misma pena ahora que se califica como "base"?

La pregunta anterior realmente solo refleja una posible respuesta, la cual es que en definitiva existe una contradicción jurídica. Si el disvalor total de una conducta (hechos) es condenado de forma proporcional a la penalidad establecida en un delito de carácter "agravado", si el agravante deja de existir y se recalifica a su tipo "base", esto conlleva a la despenalización de parte del disvalor total, por lo que la nueva pena, al no contener la totalidad del disvalor anterior (se eliminó el disvalor del agravante) jamás podría ser igual a la impuesta originalmente. Si es la misma, esto significa que el juzgamiento recae en la totalidad del disvalor de los hechos, incluso aquel disvalor que quedó despenalizado.

Siguiendo con el tema, a continuación se analizará una resolución en la cual se nota, de forma tajante, el cambio de criterio del juez Arce Viquez el cual, a nuestro criterio, resultaba ser uno de los más garantistas.

La resolución 2008-0767 de las 13 horas 45 minutos del 13 de agosto del 2008 pertenece a este momento jurisprudencial. Sin embargo, existe en él un voto salvado del juez antes citado, que sorprendentemente establece:

“Voto salvado del juez Arce Víquez

“El imputado Julio Alexander Castro Cano demanda la Revisión de la sentencia N° 1288, de las 15: 00 horas del 5 de diciembre de 2006, que lo declaró autor de un delito de resistencia agravada en perjuicio de la Autoridad Pública, imponiéndole un año de prisión (cfr. folios 295 a 305). **Al respecto debe aclararse que no se está propiamente en el caso de que una ley posterior declarara que no es punible el hecho que antes se consideraba ‘Resistencia agravada’ (artículo 305 y 306 del Código Penal), figura que derogó el artículo 203 de la Ley N° 8508 (Código Procesal Contencioso Administrativo), pues lo cierto es que entre ese delito y el de ‘Agresión calificada’ existía un concurso aparente, en el sentido de que el primer delito se aplicaba en lugar del segundo mencionado porque contenía en sí todo el contenido injusto de este último, más un elemento especializante (artículo 23 del Código Penal). De manera que la derogatoria de la ‘Resistencia agravada’ no aplica la atipicidad de la conducta a la que se refiere este caso, pues esta es constitutiva del delito de ‘Agresión calificada’ (como lo era a la fecha en que se dictó la sentencia), con la diferencia de que este delito ya no cede ante el delito derogado. En lo único que discrepo de la mayoría es respecto a la necesidad (sic) de ordenar un juicio de reenvío, pues lo cierto es que para este asunto sería de aplicación el párrafo segundo del artículo 141 del Código Penal, según el cual si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado procede aumentar la pena y -según la relación de hechos probados- salta a la vista que la agresión se realizó por un medio idóneo para crear un peligro común, que es uno de los motivos por los cuales se califica el delito de ‘Homicidio’ (cfr. artículo 112 inciso 6° del Código Penal), de manera que la pena fijada no ha dejado de corresponder proporcionalmente al disvalor de la conducta realizada por el encartado (cuya culpabilidad no ha mermado, sino que se mantiene incólume) en perjuicio de la autoridad pública. Por lo anterior, considero que el motivo que ha justificado la revisión del caso no implica la necesidad de corregir la fijación de la pena, que se encuentra dentro de**

los parámetros previstos para el delito de ‘Agresión calificada’(...)’.
(Resaltado es propio).

Este voto salvado es realmente sorprendente, y refleja de la mejor manera cómo, en un periodo tan corto de tiempo, se generaron cambios de pensamiento tan radicales como este. En poco más de un mes (desde la resolución citada donde existe la nota de Arce Víquez), el mismo juez cambia completamente su postura y opta por una posición, a nuestro criterio, mucho menos garantista.

Ahora bien, habiendo dejado claro los tres momentos fácilmente identificables en la jurisprudencia con respecto del tema en estudio, se procederá a realizar algunas observaciones que consideramos importante recalcar.

4. Observación con respecto de los cambios jurisprudenciales.

Posibles respuestas que expliquen la situación

De forma corta, esperamos plantear algunas ideas propias, sobre *posibles* respuestas que logren explicar la modificación de criterios en forma tan acelerada y que, por desgracia, se dan en detrimento de los derechos de los ciudadanos:

1. Como factor importante, se debe tener en cuenta que la derogación del tipo penal de resistencia se dio debido a un error legislativo, situación que, por supuesto, no estaba planeada. Por ende, todas las revisiones que se plantearon resultaron ser de cierta manera "inesperadas" para los jueces de casación que resolvieron los casos en específico.

2. El gremio realmente afectado por la derogación del tipo penal fue el de los policías, gremio con una gran influencia directa sobre el sistema penal.

3. El ataque actual que sufren los llamados "garantistas" en materia penal, el cual tiene un enorme peso social e incluso gubernamental. La derogación de un delito relativamente común, y por ende, la absolutoria de quienes fueron condenados, generaría un enorme descontento social y un ataque directo de los medios de comunicación masiva. De este modo, se debía buscar una solución judicial, mientras legislativamente se enmendaba el error.

En criterio propio, estos tres puntos son los pilares fundamentales que generaron los cambios jurisprudenciales tan repentinos, y que dieron paso a resoluciones tan contradictorias en tan poco tiempo.

5. Posición actual con respecto de la figura del atentado y la resistencia

Antes de terminar la presente investigación, y con el fin de demostrar el intento desesperado por parte del tribunal de casación de enmendar el error legislativo, se analizará la sentencia más actual disponible que estudia la posibilidad de un concurso aparente entre resistencia y atentado. Es importante señalar que esta resolución se dio después de la reincorporación del delito de resistencia al ordenamiento jurídico.

La resolución 2009-1245 de las 10 horas con 50 minutos del 13 de noviembre del 2009 establece lo siguiente:

*“Para esta cámara, lleva razón la juzgadora al concluir que la conducta recién descrita no puede encuadrarse en el delito de Atentado agravado, previsto en el artículo 304, en relación con el 306, ambos del Código Penal. Comentando tipos penales similares a los contenidos originalmente por nuestro Código Penal, la doctrina ha expresado lo siguiente: **‘Conceptualmente podría hacerse radicar la diferencia entre el atentado y la resistencia, en que esta supone una actitud de oposición al cumplimiento de un acto del funcionario público, el que comúnmente era dirigido contra él. En el atentado el funcionario puede o no haberse propuesto hacer o dejar de hacer nada, y es el sujeto activo quien se lo impone. En la resistencia, en cambio, el funcionario va a ejecutar o comienza a ejecutar algo a cuyo cumplimiento el autor se resiste. Por eso la opinión más generalizada sostiene que, en tanto el funcionario no haya tomado la resolución, el atentado es posible; después de tomada, sólo es imaginable la resistencia** (González Roura, Malagarriga, Soler, C.C.C., L.L., t. 37, pág. 545). El fallo plenario dictado por la Cámara del Crimen de la Capital en la causa ‘Palienko,b.’, el 28/XI/1947 (L.L., t. 49, pág. 125) precisa*

el distingo. Señala que comete atentado a la autoridad el que, por los medios del artículo 237 –intimidación o fuerza–, se impone, o exige, al funcionario público para que haga o se abstenga de hacer –ejecución u omisión– un acto propio de su función que no había sido dispuesto voluntariamente ni comenzado por aquél. Existe resistencia, se añade, si la persona se opone, valiéndose de medios violentos, a la acción directa del funcionario sobre ella para hacerle cumplir algo. (FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal. Parte especial*. Abeledo-Perrot, 14ava edición, Buenos Aires, 1995, p. 813). Asimismo, otro autor señala que: '...el atentado se puede conceptualizar como la exigencia de ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones, y la resistencia como el empleo de intimidación o fuerza contra los sujetos, antes descritos, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones. En ambos está en juego la actuación de los funcionarios y su actuar legítimo, pero la diferencia entre ellos es profunda. Por ello, más modernamente, la doctrina se ha preocupado especialmente en aclarar que los tipos penales son diferentes y, es más, excluyentes entre sí, debido a que los bienes jurídicos protegidos también lo son. El tipo penal de atentado salvaguarda la libertad de decisión del funcionario, que es lesionada por un comportamiento multiofensivo, de usurpación de autoridad y de privación de la libertad del funcionario en cuanto ser humano; mientras que con la figura de la resistencia, en cambio, se protege la libertad de acción del sujeto paciente, una vez que ha tomado la decisión de actuar.' (Resaltado es propio).

Nótese como la filosofía jurisprudencial vuelve a cambiar, en este caso al señalar que realmente no existe una concurrencia aparente entre los delitos de resistencia y atentado. Como se explica en la sentencia, ambos delitos son hasta excluyentes entre sí.

La resolución finalmente se concreta sobre el caso cuando señala:

“En el presente caso, de los hechos acusados y demostrados **se desprende que los policías no sólo habían tomado la determinación de sacar al encartado del colegio, sino que ya estaban realizando esa labor, de manera que es en virtud de esa decisión, previamente adoptada por**

las autoridades, que interviene el encartado A., obstaculizando su cumplimiento por medios violentos como fue el darle con su cabeza a la nariz del oficial. Es decir, en principio la conducta configuraba el delito de resistencia agravada a la autoridad y no la de atentado, desde que no se desprende que, antes de que los oficiales tomaran la decisión, el justiciable agrediera a uno de ellos con el fin de que no adoptaran la medida, sino que la determinación de sacarlo del centro educativo ya había sido tomada y el acto se estaba ejecutando cuando el menor de edad intentó impedirlo. Por ende, la conducta no calificaría como atentado agravado sino como resistencia agravada". (Resaltado no corresponde al original).

El tribunal concreta que realmente los delitos de resistencia y atentado son distintos, y que ambos deben analizarse de forma diferente. Sin embargo, lo más interesante es que esta posición ya existía en el tribunal. Véase, por ejemplo, la resolución 2008-0474 de las 16 horas 15 minutos del 29 de mayo del 2008, la cual establece:

"Esta Cámara, luego del estudio de los considerandos del fallo y de los hechos que se le imputan al joven acusado O. D. M. P, determina que la conducta acusada y descrita en la acusación (ver folios 23 a 26), versó sobre la fuerza utilizada por el imputado para impedir u obstaculizar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de las funciones de la autoridad, nunca se le imputó la conducta activa de ejercer fuerza contra un funcionario público para imponerle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones, o sea, la actividad funcional partió de la autoridad pública y no del imputado, el cual actuó a posteriori de tal actividad y no antes como lo requiere el tipo penal del atentado. La diferencia esencial entre ambas conductas se refiere a que, en la primer conducta típica lo que existe de parte del sujeto activo de la acción es una resistencia a la orden y en la segunda conducta típica se refiere a que éste ejecute una imposición al sujeto pasivo, de allí que el elemento esencial no coincide con la tipicidad descrita en la norma del 304...". (Resaltado es propio).

La resolución es realmente clara: ambos tipos regulan conductas **diferentes**, por lo que entre ellas no puede existir un concurso aparente de normas.

Esta situación es un nuevo indicio que refuerza los motivos antes de las razones verdaderas del interesante y “conveniente” cambio jurisprudencial, que se dio en el periodo en que la resistencia estaba despenalizada.

Quisiéramos acotar también, como último punto, otro error fundamental que existe en las sentencias en las cuales se recalifica a atentado por parte del tribunal.

Basándonos en la jurisprudencia moderna o actual, la cual establece que la resistencia y atentado no concurren aparentemente, al recalificarse los hechos a atentado y condenárseles por este delito, siempre se va a incurrir en un error nuevamente reclamable en una nueva revisión. Si los hechos señalados en la acusación describen la acción de los imputados, y esta encuadra dentro del tipo penal de resistencia, la recalificación al delito de atentado generaría una grave violación al principio de correlación entre acusación y sentencia. Según la jurisprudencia actual, el

cuadro fáctico del atentado es completamente distinto al de la resistencia.

Conclusiones

De la presente investigación se logran sustraer las siguientes conclusiones:

-Existe una imposibilidad, por el principio de *non bis in idem* en relación con la prohibición de reforma en perjuicio, entendido este último desde la perspectiva de los principios *pro homine* y *pro libertate*, de reenviar a nuevo juicio o recalificar una condena penal, si es presentado un procedimiento especial de revisión por atipicidad posterior del hecho. Queda, como única solución legal, la absolutoria directa en estos casos.

-El tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José violentó normas internacionales, constitucionales, legales y de derechos humanos, al decidir reenviar a nuevo juicio o recalificar las condenas penales en las cuales se presentó el procedimiento especial de revisión por atipicidad posterior del hecho.

- De acuerdo con la hipótesis del disvalor jurídico como factor determinante de un doble juzgamiento, en una sentencia firme, cuando se presenta un procedimiento especial de revisión por atipicidad posterior del hecho, pese a que los hechos descritos en la acusación puedan recalificarse como un delito que antes concurría aparentemente con el

derogado, existe una imposibilidad de volver a juzgar esos hechos, ya que la totalidad del disvalor fue juzgada ya por un tribunal de juicio.

- Las resoluciones del tribunal de casación penal que imponen pena pueden ser objeto de nueva impugnación, por violación al debido proceso al existir una clara incongruencia y falta de fundamentación con respecto del *quantum* de la pena. Asimismo, las resoluciones que recalificaron los hechos condenados originalmente como resistencia a atentado pueden ser objeto de impugnación, por violación al principio de correlación entre acusación y sentencia.

-El cambio jurisprudencial tan radical del tribunal de casación penal del II circuito judicial de San José se realizó con el fin de tratar de enmendar un error legislativo, y se respondió a un inminente peligro de presiones sociales y gubernamentales.

Bibliografía

Libros

- Aguilar, A., *Responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos*, San José, 1994.
- Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Rodríguez Campos, Alexander. *Lógica Jurídica y motivación de la Sentencia Penal*, San José, 2003.
- Castillo González, Francisco, *Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos*, Costa Rica, 1980.
- Castillo González, Francisco. *El bien jurídico penalmente protegido*, San José, 2008.
- Chirino Sánchez, Alfredo; González Valverde, Lorena y Tiffer Sotomayo, Carlos (compiladores). *Humanismo y Derecho Penal*, San José, 2007.
- Haba Müller, Enrique Pedro. *Esquemas metodológicos en la interpretación del derecho escrito. En cuadernos de filosofía del derecho*. Caracas, Venezuela. Universidad Central de Venezuela, 1972.
- Llobet Rodríguez, Javier (compilador). *Democracia, justicia y dignidad humana*, San José, 2004.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Código procesal comentado*, San José, 2006.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho procesal penal I. Aspectos generales*, San José, 2005.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho procesal penal II. Garantías judiciales (primera parte)*, San José, 2005.

- Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho procesal penal III. Garantías judiciales (segunda parte)*, San José, 2007.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Derechos humanos en la justicia penal*, San José, 2008.
- Velásquez V., Fernando. *Derecho penal, parte general*, Medellín, Colombia, 4ta Edición, Editorial Comlibros, 2009.

Tratados

Convención americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Leyes

Constitución Política de la República de Costa Rica

Código Procesal Penal

Código Penal

Jurisprudencia

Sala tercera de la corte

Resolución 856-2006 del 1 de septiembre del 2006.

Resolución 1999-01329 del 22 de octubre de 1999.

Resolución 2009-00870 del 9 de julio del 2009.

Tribunal de Casación Penal

Resolución 749-2008 del 8 de agosto del 2008.

Resolución 2008-693 29 de julio del 2008.

Resolución 373-2008 del 7 de mayo del 2008.

Resolución 2008-0640 del 16 de julio del 2008.

Resolución 2008-0458 del 26 de mayo del 2008.

Resolución 2008-0607 del 2 de julio del 2008.

Resolución 2008-0866 del 4 de setiembre del 2008.

Resolución 2008-0767 del 13 de agosto del 2008.

Resolución 2009-1245 del 13 de noviembre del 2009.

Resolución 2008-0474 del 29 de mayo del 2008.

Resolución 2008-0640 del 16 de julio del 2008.

Resolución 2008-866 del 4 de setiembre del 2008.

Resolución 2002-923 del 24 de noviembre del 2000.

Sala Constitucional

Voto 319-1997 del 4 de marzo de 1997.

Voto 3550-1992 del 24 de noviembre de 1992.

Voto 2771-2003 del 4 de abril del 2003.

Voto 17195-2005 del 14 de diciembre del 2005.

Voto 13433-2008 del 3 de septiembre del 2008.

Voto 1739-1992 del 1 julio de 1992.

Voto 2379-1996 del 17 de mayo de 1996.

Voto 440-1998 del 27 de enero de 1998.