



Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

Tel. 2222-0501 / Fax 2222-0531 / faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr

I Circuito Judicial de San José, de la esquina sureste de la Corte Suprema de Justicia, 100 m. sur y 50 m. este, Av.10, C.21-23. Edificio AFE, 5° piso.

Ministerio Público, Costa Rica



EL PRESENTE BOLETÍN está dirigido a fiscales y fiscalas del Ministerio Público y tiene como finalidad exclusiva el servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. No debe interpretarse que el Ministerio Público necesariamente comparte los criterios jurídicos vertidos en los votos referidos. El **Sumario** es una herramienta que sintetiza el contenido del voto para una rápida elección en cuanto a su utilidad, pero no lo sustituye ni lo modifica. **SE ADJUNTA EL VOTO COMPLETO** con las restricciones establecidas en la ley N° 8968, Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y en el "Reglamento de actuación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial (Ley No. 8968)" (Circulares N° 193-2014 y 88-2016). Periódicamente se envía una actualización del índice de boletines enviados. Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **81**
2017

RESOLUCIÓN

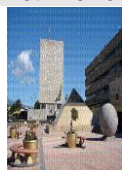
Resolución N°: **2017-97**
Órgano emisor: Sala de Casación Penal
Fecha resolución: 17 de febrero del 2017
Recurso de: Casación de sentencia penal

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

- ⇒ **Descriptor 1:** **Amenazas agravadas**
- ⇒ **Restrictor 1:** Seriedad de las amenazas
- ⇒ **Descriptor 2:** **Fijación jurisdiccional de la pena**
- ⇒ **Restrictor 2:** Improcedencia de las resoluciones del TASP que terminan resolviendo en única instancia

SUMARIOS

- **Sumario # 1:** La doctrina ha desarrollado el requisito de la seriedad de las amenazas, entendiéndolo por ello que el daño anunciado tiene que ser, por lo menos, posible, es decir, que pueda realmente ocurrir. Las amenazas son serias, aunque sean materialmente imposibles, si el sujeto pasivo tiene razones para pensar que pueden suceder.
- **Sumario # 2:** Se reitera que los Tribunales de Apelación de Sentencia Penal no pueden fijar directamente las penas. En caso de que el TASP estime que la valoración hecha por el a quo fue incorrecta, debe ordenar necesariamente el juicio de reenvío para no lesionar el derecho a la doble instancia que asiste a las partes.
- VID. BOLETINES JURISPRUDENCIALES: BJUR-07-2015 (VOTO 1745-2014 SALA DE CASACIÓN PENAL); BJUR-23-2015 (VOTO 658-2015 SALA DE CASACIÓN PENAL); BJUR-35-2015 (VOTO 1022-2015 SALA DE CASACIÓN PENAL); BJUR-02-2016 (VOTO 712-2015 SALA DE CASACIÓN PENAL); BJUR-07-2016





(VOTO 1044-2015 SALA DE CASACIÓN PENAL); BJUR-17-2016 (VOTO 1394-2015 SALA DE CASACIÓN PENAL); BJUR-22-2017 (VOTO 2016-1026 SALA DE CASACIÓN PENAL); Y BJUR-42-2017 (VOTO 2017-32 SALA DE CASACIÓN PENAL).

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

Seriedad de las amenazas

“La seriedad de la amenaza corresponde a la verosimilitud del mal anunciado, excluyendo de esta forma aquellas que sean imposibles o con alto grado de improbabilidad, para lo cual es necesario hacer un análisis del caso concreto y determinar conforme al contexto, el cumplimiento de dicha condición. Sobre este requisito, la doctrina señala que: “La doctrina exige la seriedad de la amenaza, con lo que, al fin, no se señalan más que las características que debe revestir el daño anunciado. Éste tiene que ser, por lo menos, posible, es decir, que pueda realmente ocurrir; en principio es atípico el anuncio de un mal de imposible realización porque por su carácter es naturalmente imposible o por la particular imposibilidad física o jurídica del agente para realizarlo” (CREUS, Carlos, **Derecho Penal, Parte Especial**, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Arg., sexta edición, 1997, pag. 328)”.

“Desde esta óptica, carecería de seriedad la amenaza de lanzar una bomba atómica proferida por un indigente, cuando desde un punto de vista, atendiendo a las circunstancias del caso concreto como las características del sujeto activo, así como por las dificultades para obtener,

conservar y accionar un arma de destrucción masiva como la descrita, es muy poco probable (por no decir imposible) que ello suceda. En la presente causa, el recurrente afirma que la conducta resulta atípica por cuanto era imposible para el sujeto activo realizar la amenaza, ya que cuando afirmó “voy guilletearlo”, no poseía una navaja o guillete y por ello era carente de seriedad. Sin embargo, lleva razón el ad quem en la aplicación de la normativa sustantiva, toda vez que de acuerdo a las circunstancias concretas en que se dieron los hechos, la amenaza era seria, aunque con posterioridad se descubriera que era falaz, ante la ausencia del objeto cortante”.

Improcedencia de las resoluciones del TASP que terminan resolviendo en única instancia

“Del análisis de los argumentos planteados y las referencias de los antecedentes expuestos, se desprende que según la jurisprudencia de esta Cámara, ante defectos en la fijación de la pena, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal debe anular la sentencia del a quo y ordenar el reenvío de la causa, siendo improcedente la individualización de la sanción por parte del ad quem”.

VOTO INTEGRO N°2017-97, Sala de Casación Penal





Res: 2017-00097. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas y dieciocho minutos del diecisiete de febrero del dos mil diecisiete. Recursos de Casación interpuestos en la presente causa seguida contra [Nombre 001] por el delito de Amenazas a funcionario público, cometido en perjuicio de [Nombre 002]. Intervienen en la decisión de los recursos los Magistrados y Magistradas Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Doris Arias Madrigal, Celso Gamboa Sánchez y Rosibel López Madrigal, ésta última como Magistrada suplente. También intervienen en esta instancia, el Licenciado Farid Cordero Campos en calidad de defensor Público y la Licenciada Patricia Nuñez Alvarado como representante del Ministerio Público.

Resultando: 1. Mediante sentencia N° 2016-00565, dictada a las trece horas cuarenta minutos del veintinueve de junio de dos mil dieciséis, el Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela. Sección segunda. Sede San Ramón, resolvió: *“POR TANTO: Se rechazan los cuatro primeros motivos del recurso de apelación planteado por la defensa del imputado. Se acoge el quinto motivo del recurso, anulándose el fallo únicamente en cuanto a la pena impuesta, la cual esta cámara fija en un mes de prisión, que el imputado deberá descontar en el lugar y forma que determinen los respectivos reglamentos carcelarios. En todo lo demás, el fallo queda incólume. Notifíquese. Jorge Luis Morales García Eduardo Rojas Sáenz Martín Alfonso Rodríguez Miranda Jueces de Apelación de Sentencia.”* Sic 2. Contra el anterior pronunciamiento, el Licenciado Farid Cordero Campos, defensor público y la Licenciada Patricia Nuñez Alvarado representante de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones del Ministerio Público, interpusieron sendos Recursos de Casación. 3. Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso. 4. En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes. y,

Considerando: I. El Defensor Público Farid Cordero Campos, en representación del imputado [Nombre 001], interpuso recurso de casación en contra de la resolución 2016-00565, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, a las 13:40 horas, del 29 de junio de 2016 (f. 91-93). Dicha sentencia, también fue impugnada por la representante del Ministerio Público Patricia Nuñez Alvarado (f. 104-112). Ambos recursos, fueron declarados admisibles mediante resolución 2016-01123, de las 15:32 horas, del 25 de octubre de 2016, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (f. 133-134). **II.- Recurso presentado por la Defensa Pública.** Único motivo: errónea aplicación de un precepto legal sustantivo, concretamente del artículo 316 del Código Penal. Reclama que cuando el imputado dijo la frase *“arrímese para guiletearlo”*, no tenía ninguna guillete y con base en los votos 2007-00172 del Tribunal de Casación Penal, 1146-2010 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Goicochea y 261-2009 del Tribunal de Casación Penal de San Ramón, todos utilizados en la fundamentación del *ad quem*, concluye que no existió delito, por cuanto la amenaza a funcionario público no fue seria, determinada y ni susceptible de ser cumplida, según se desprende del mismo dicho del ofendido. Expone que cuando el oficial del Organismo de Investigación Judicial [Nombre 002] le entregó el almuerzo a las personas detenidas, el encartado lo

insultó, sacó su mano de la celda y le indicó *“arrímese para guiletearlo”*, sin embargo, el ofendido no observó ninguna guillete, a pesar que en días anteriores, en otra celda donde se encontraba el encartado con otros detenidos, había escuchado que se decomisaron guilletas a otra persona detenida. Agrega que según el testimonio del Jefe de Cárceles [Nombre 003], ni el día de los hechos, ni cuando compartía con los otros detenidos, al encartado se le decomisó ninguna guillete, por lo que a su criterio, no existió amenaza en sentido jurídico. Señala que si el ofendido se hubiera acercado al encartado, nada hubiera pasado, porque [Nombre 001] no tenía ninguna guillete. Como agravio, indica que de haberse aplicado correctamente el artículo 316 del Código Penal, el encartado hubiera sido absuelto. Como pretensión, solicita declarar con lugar el motivo y absolver al encartado de toda pena y responsabilidad por el delito de amenaza a funcionario público. El recurso presentado por el Defensor Público debe ser declarado sin lugar. En esencia, la Defensa Pública reclama que cuando el imputado le indicó al ofendido *“arrímese para guiletearlo”*, no contaba con una navaja o guillete, por lo que era imposible cumplir su dicho y por ende ante la ausencia de seriedad, la conducta resulta atípica. Es un hecho no controvertido que efectivamente, el día de los hechos, el imputado no portaba una guillete o navaja, sin embargo, considerando las circunstancias concretas en que se dan los hechos, ello no resta seriedad a la amenaza y la conducta, se adecua a los elementos del tipo penal. En este orden de ideas, el artículo 316 del Código Penal tipifica el delito de amenazas a funcionario público, indicando que: *“Será reprimido con prisión de un mes a dos años quien amenazar a un funcionario público a causa de sus funciones, dirigiéndose a él personal o públicamente, o mediante comunicación escrita, telegráfica o telefónica o por la vía jerárquica”*. De la lectura de la norma, se desprende que el sujeto activo de la acción es común, es decir, el delito puede ser realizado por cualquier sujeto, sin embargo, el sujeto pasivo debe ser necesariamente un funcionario público. Para entender éste último elemento normativo, es posible recurrir a una norma de carácter jurídico, concretamente al artículo 2 de la Ley 8422, donde se establece que: *“se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes”*. En relación con la acción, de momento basta con señalar que ésta configura con el verbo amenazar, pero dicha amenaza, debe ser realizada en razón de las funciones del funcionario público. Finalmente, el tipo penal prevé un elemento modo, por lo que la amenaza debe ser realizada dirigiéndose al funcionario público por alguno de los medios señalados, sea en persona o públicamente, mediante comunicación escrita, telegráfica, telefónica o vía jerárquica. Finalmente, aún cuando el delito se ubica en el Título XIII del Código Penal denominado *“Delitos contra la autoridad pública”* y a pesar de la condición de funcionario público del sujeto pasivo, el bien jurídico tutelado en el artículo 316 de la normativa sustantiva es la libertad psíquica, aunque cabe agregar que al cometerse el delito, de manera secundaria se lesiona el bien jurídico autoridad pública, conclusión a la que se arriba tomando en cuenta que: a) el sujeto pasivo del delito únicamente puede ser un funcionario público; b) la amenaza





debe ser proferida con ocasión de las funciones del sujeto pasivo. Desde esta óptica, es claro que no basta con dirigir la amenaza al funcionario público, sino que ésta debe estar motivada en las funciones públicas que competen al sujeto pasivo, razón adicional para considerar que la conducta también transgrede el bien jurídico autoridad pública. Finalmente, retomando los alcances de la acción prevista en el tipo penal, en una primera aproximación al verbo típico, debe indicarse que según el Diccionario de la Real Academia Española, amenazar en su primera acepción significa: “*Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien*” (consultado en <http://dle.rae.es/?id=2JbmgVX>). En este mismo sentido, la doctrina ha indicado que la amenaza «*es la “manifestación de voluntad del agente de ocasionar o de concurrir a ocasionar al sujeto pasivo el daño futuro de que se trate” (Manzini); queda, pues, fuera de significación típica, la simple expresión de deseos de que a alguien le ocurra un mal (“ojalá te maten”)*» (CREUS, Carlos, **Derecho Penal, Parte Especial**, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Arg., sexta edición, 1997, pag. 328). Adicionalmente, tomando como referencia la norma española que distingue la amenaza constitutiva de delito, de la amenaza no constitutiva de delito, se ha señalado que: “*la amenaza en sentido jurídico-jurídico penal prácticamente coincide con el sentido gramatical de la expresión, pudiendo, por tanto, definirse simplemente como la exteriorización hecha por una persona a otra del propósito de a él, a su familia o persona allegada un mal*” (MUÑOZ CONDE, Francisco, **Derecho Penal, Parte Especial**, Tiranto lo Blanch, Valencia, Es., décimo octava edición, 2010, pag. 159). Desde esta óptica, podemos concluir que la amenaza, es el anuncio de un mal futuro, sin embargo, aunque el carácter de injusto no se encuentra previsto de forma expresa en el tipo penal, (como sí ocurre en otras legislaciones como la Argentina, mientras se encontraba vigente la Ley 17.567, según se expone en: BASILICO, Ricardo, POVIÑA, Fernando, VARELA, Cristián, **Delitos contra la libertad individual**, Editorial Astrea, Buenos Aires, Arg., Editorial Astrea, 2011, pag. 287; CREUS, Carlos, **Derecho Penal, Parte Especial**, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Arg., sexta edición, 1997, pag. 329; DONNA, Edgardo Alberto, **Derecho Penal, Parte Especial**, Tomo II-A, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Arg., 2005, pag. 248), la amenaza debe ser injusta, tal y como lo apunta gran parte de la doctrina. Así, una amenaza justa, es aquella que corresponde al ejercicio de un derecho, debiendo ser soportada por el sujeto pasivo, como lo sería por ejemplo, si ante una irregularidad, se “amenazara” con denunciar el hecho ante la autoridad policial o administrativa según corresponda. En estas circunstancias donde el sujeto activo hace uso de un derecho y la acción debe ser soportada por el sujeto pasivo, la conducta no es típica, siendo innecesario que el análisis en cuanto al ejercicio de un derecho se realice en el estadio de la antijuridicidad de la conducta, como lo supondría la aplicación del artículo 25 del Código Penal. Adicionalmente, para que el anuncio de un mal futuro e injusto resulte típico, ésta también debe ser determinada, dependiente de la voluntad del sujeto activo y serio. La determinación, hace referencia a la individualización de la amenaza o al menos, a la posibilidad de individualización, señalando la doctrina que: “*Es requisito de la figura analizada la determinación de los destinatarios de la amenaza, pero puede conformarse cuando la amenaza va dirigida a un grupo donde los sujetos pasivos pueden determinarse*” (DONNA, Edgardo Alberto, **Derecho Penal, Parte Especial**, Tomo II-A,

Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Arg., 2005, pag. 250). Sin embargo, debe precisarse que a diferencia del tipo penal utilizado como base en la doctrina argentina transcrita *supra*, tal y como fue apuntado anteriormente, el delito previsto en el numeral 316 del Código Penal requiere como sujeto pasivo un funcionario público, por lo que el sujeto individualizado o individualizable debe ostentar tal condición y resulta insuficiente que la amenaza se dirija a la totalidad de los funcionarios públicos. En relación con la dependencia de la voluntad del sujeto activo, se requiere que la ejecución de la amenaza se encuentre bajo el dominio de quien la realiza, mediante su ejecución de propia mano como lo sería el anuncio directo “*te voy a matar*” o bien, través de un tercero, como ocurriría con el líder de un grupo criminal dedicado al sicariato, que ha sido detenido y como amenaza refiere que “*apenas me liberen, te voy a mandar a matar*”. En doctrina, la dependencia de la voluntad del sujeto activo, también referida como gobernabilidad del daño, se desprende de la seriedad de la amenaza y aunque dichos requisitos no se encuentran de forma expresa en el tipo penal objetivo, si se engloban dentro del concepto jurídico-penal de amenaza. En este sentido, Creus analizando la seriedad de la amenaza señala que: “*Correlativamente es una exigencia implícita de la tipicidad lo que se ha llamado gobernabilidad del daño; como un mínimo tiene que mostrarse como dependiente de la voluntad de quien formula la amenaza, por su propia acción o por la acción de un tercero supeditado a la voluntariamente a él (como podría ser un eventual partícipe o un supuesto de autoría mediata)*” (CREUS, Carlos, **Derecho Penal, Parte Especial**, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Arg., sexta edición, 1997, pag. 329). Sobre este último aspecto, es necesario indicar que la seriedad de la amenaza corresponde a la verosimilitud del mal anunciado, excluyendo de esta forma aquellas que sean imposibles o con alto grado de improbabilidad, para lo cual es necesario hacer un análisis del caso concreto y determinar conforme al contexto, el cumplimiento de dicha condición. Sobre este requisito, la doctrina señala que: “*La doctrina exige la seriedad de la amenaza, con lo que, al fin, no se señalan más que las características que debe revestir el daño anunciado. Éste tiene que ser, por lo menos, posible, es decir, que pueda realmente ocurrir; en principio es atípico el anuncio de un mal de imposible realización porque por su carácter es naturalmente imposible o por la particular imposibilidad física o jurídica del agente para realizarlo*” (CREUS, Carlos, **Derecho Penal, Parte Especial**, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Arg., sexta edición, 1997, pag. 328). Desde esta óptica, carecería de seriedad la amenaza de lanzar una bomba atómica proferida por un indigente, cuando desde un punto de vista, atendiendo a las circunstancias del caso concreto como las características del sujeto activo, así como por las dificultades para obtener, conservar y accionar un arma de destrucción masiva como la descrita, es muy poco probable (por no decir imposible) que ello suceda. En la presente causa, el recurrente afirma que la conducta resulta atípica por cuanto era imposible para el sujeto activo realizar la amenaza, ya que cuando afirmó “*voy guiletearlo*”, no poseía una navaja o guillete y por ello era carente de seriedad. Sin embargo, lleva razón el *ad quem* en la aplicación de la normativa sustantiva, toda vez que de acuerdo a las circunstancias concretas en que se dieron los hechos, la amenaza era seria, aunque con posterioridad se descubriera que era falaz, ante la ausencia del objeto cortante. Nótese que el Tribunal de Apelación de





Sentencia Penal realiza una contextualización de los hechos imputados y refiere que en días anteriores, mientras el imputado se encontraba detenido en una celda, en ese lugar fue decomisada una guillete y además, el día de los hechos [Nombre 001] se encontraba muy molesto, moviéndose de un lado a otro, mientras señalaba al ofendido (f. 86 vuelto). En relación con la seriedad de la amenaza, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal señaló que: «El entorno en que suceden los hechos, el encierro que sufría el inculpado, al que no se le decomisara (sic) el objeto con el que dijo iba a “yiletar” al ofendido, en nada le resta el carácter de seriedad a la amenaza. En efecto, la experiencia nos muestra que personas privadas de libertad, en condiciones similares a las que se encontraba el imputado al momento de los hechos, pueden significar un verdadero peligro para la vida e integridad de otros, pues no podemos obviar el de que a diario se decomisan objetos filosos, puntiagudos, etc., en las celdas de las cárceles, así como fuera de ellas y eso pese a las constantes requisas o precauciones que se tengan para evitar dichos hechos (...) En ese contexto, no podemos negar que la amenaza era seria, cierta, posible de cumplir, puesto que se había realizado decomiso de navajillas en una celda donde estaba el encartado, y, aun cuando fuera él la persona a quien se le decomisó, lo cierto es que, por las circunstancias que rodearon la frase amenazantes antes descrita, era dable que el ofendido pensara que si el acusado estaba profiriendo la amenaza antes descrita, era porque tenía el objeto con el que amenazaba, y, de acuerdo con la experiencia, la tenencia de este tipo de objeto en una celda carcelaria, no situación imposible ni fantástica» (f.87). Es claro que la amenaza era seria y no solo puso en peligro el bien jurídico protegido, sino que lo afectó, al punto que el ofendido tuvo que modificar la forma de ejercer su función, tal y como lo expone al *ad quem* al indicar que: “Es decir, por la forma en que el imputado lanza la amenaza contra el oficial de investigación, cualquier persona, lo hubiera apreciado como un peligro para la integridad física, y tan es así, que el oficial tuvo que tomar precauciones para hacer llegar el almuerzo a la celda del encartado, aprovechar que éste se alejó un poco para ponerle la comida en la celda y alejarse él de inmediato, procediendo el acusado acto seguido a lanzar la comida fuera de la celda, concluyéndose que, su estado de ánimo era de alteración, capaz de cumplir, sea, hacer efectivas las palabras proferidas contra el citado funcionario público” (f. 86-87, subrayado no corresponde al original). Por estas razones, considerando que los hechos imputados de conformidad con el contexto en que se desarrollaron, corresponden a una amenaza injusta, determinada, dependiente de la voluntad del sujeto activo y sería, afectando con ello el bien jurídico protegido, el recurso presentado por la Defensa Pública se declara sin lugar. **III. Recurso presentado por la representante del Ministerio Público.** Único motivo: existencia de precedentes contradictorios en relación con la anulación de la sentencia por parte del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal y la fijación directa de la pena. Con base en el numeral 468 inciso a) del Código Procesal Penal, señala que existe una contradicción entre la resolución impugnada y los precedentes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, concretamente con las resoluciones 2014-00781 de las 11:34 horas del 21 de mayo de 2014 y 2015-00658 de las 8:50 horas del 27 de mayo de 2015, donde se reitera la imposibilidad del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de fijar directamente la pena, cuando lo procedente es ordenar el reenvío para que las

partes puedan discutir de manera amplia e integral el *quantum* de la sanción a imponer. Precisa que en la sentencia impugnada, excluyendo hipotéticamente el antecedente penal del imputado, el *ad quem* determinó que no existían razones para incrementar el mínimo establecido en el tipo penal y considerando que la resolución únicamente fue impugnada por la defensa, redujo la sanción de tres meses de prisión a únicamente un mes. Sin embargo, de conformidad con el voto de la 2015-00658 de las 8:50 horas, del 27 de mayo de 2015, en el que a su vez se hace referencia al antecedente fijado en el voto 2014-00781 de las 11:34 horas, del 21 de mayo de 2014, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia dispuso que el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal no puede fijar directamente la pena, debido a que coarta la posibilidad de las partes de discutir los elementos plasmados en el artículo 71 del Código Penal. Como agravio, señala que la fijación directa de la pena, implicó un rechazo a las pretensiones punitivas del Ministerio Público e impidió impugnar ante el superior, si la sanción impuesta se ajusta al artículo 71 del Código Penal, generando además, desigualdad en la aplicación del derecho e inseguridad jurídica. Como pretensión, requiere declarar la ineficacia del fallo impugnado en cuanto a la fijación de la pena, ordenar la correcta interpretación conforme a derecho y mantener incólume la sentencia dictada por el Tribunal de Flagrancia de San Ramón. El recurso presentado por el Ministerio Público debe ser declarado con lugar. De la análisis de los argumentos planteados y las referencias de los antecedentes expuestos, se desprende que según la jurisprudencia de esta Cámara, ante defectos en la fijación de la pena, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal debe anular la sentencia del *a quo* y ordenar el reenvío de la causa, siendo improcedente la individualización de la sanción por parte del *ad quem*. En primer lugar, es necesario precisar que en el voto 2014-00781 de las 11:34 horas, del 21 de mayo de 2014, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se analizó que mediante resolución 1103-2012 de las 11:00 horas, del 28 de noviembre de 2012, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, recalificó los hechos a un delito de tentativa de hurto simple y absolvió a los encartados. Contra dicha resolución, se interpuso un recurso por errónea aplicación de normativa sustantiva y con base en dicha impugnación, mediante resolución 2013-2250 de las 11:45 horas del 3 de octubre de 2013, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal varió la calificación jurídica y condenó a los encartados por el delito de tentativa de robo simple con violencia sobre las personas. En virtud de dicha recalificación, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal impuso directamente la pena. En cambio, la sentencia recurrida en esta causa, tiene como antecedente un recurso de apelación de sentencia en contra de la individualización de pena realizada por el Tribunal Penal (quinto motivo del recurso), el cual fue declarado con lugar, anulando la sentencia del *a quo* únicamente en cuanto a la sanción e imponiendo directamente la pena. Desde esta óptica, a pesar que existen argumentos en el precedente que podrían ser utilizados en la solución del caso concreto, la diferencia en la génesis de las causas, hace imposible que se utilice la sentencia mencionada como un precedente contradictorio, toda vez que no existe identidad fáctica entre ambas resoluciones. Por otra parte, la sentencia 2015-000658, de las 8:50 horas, del 27 de mayo de 2015, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, tiene como antecedente que mediante resolución 2015-00254, de las 9:30 horas, del 20 de febrero de 2015, el Tribunal de Apelación de





Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José acogió parcialmente el recurso de apelación de sentencia penal, revocando la resolución del *a quo* únicamente en cuanto a la pena, imponiendo directamente una sanción de 5 años de prisión, por lo que entre dicho antecedente y la resolución impugnada en esta causa, existe la identidad fáctica necesaria para ser opuesta como precedente contradictorio. En este orden de ideas, la resolución 2015-000658, de las 8:50 horas, del 27 de mayo de 2015, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal no puede imponer directamente la pena porque dicha actuación, violentaría el principio de doble instancia, negándole a las partes su derecho a discutir el punto ante el *a quo*, estableciendo que lo procedente es ordenar el reenvío de la causa para que las partes discutan de manera amplia e integral el *quantum* sancionatorio. En este sentido, la resolución de esta Cámara citada como precedente contradictorio, determinó que: «no se tomaron en cuenta los lineamientos de la Sala Constitucional, Cámara que en diversas ocasiones ha dispuesto que la debida fundamentación de la pena es un elemento integrante del debido proceso (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2001-05381, de las 14:37 horas, del 20 de junio de 2001 y 2001-09384, de las 14:46 horas, del 19 de setiembre de 2001). De igual forma ha indicado que “...el derecho a una adecuada, razonada y suficiente fundamentación de todas las circunstancias que pueden incidir tanto en la fijación del monto de la pena, como en la aplicación de uno u otro tipo de sanción, según haya sido dispuesto legalmente, forma parte del debido proceso...” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2000-07425, de las 14:33 horas, del 23 de agosto de 2000). Asimismo, ha sostenido: “...En caso de que la motivación de la pena no exista, sea irrazonable o no corresponda con los principios y derechos que la Constitución Política y los instrumentos internacionales establecen; el Tribunal o Sala de Casación Penal está obligada a anular la sentencia en ese extremo y ordenar el reenvío de la causa para una nueva sustanciación...” () “...es el Tribunal o Sala de Casación quien ante una inexistencia de motivación o motivación ilegítima de la sentencia dispone que se haga una nueva sustanciación en cuanto a ese aspecto...” () “...El juicio de reenvío no lesiona el debido proceso. No encuentra la Sala que en el juicio de reenvío para la determinación de la sanción aplicable se lesione el debido proceso de las partes. En éste deben otorgarse las mismas garantías y derechos que se reconocen en el proceso penal; la diferencia radica en que la discusión está limitada a los aspectos que tengan que ver con la individualización de la pena, porque el fallo se mantiene

incólume en los demás extremos...” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2011-07392, de las 14:58 horas, del 8 de junio de 2011 y 2000-05507, de las 14:45 horas, del 5 de julio de 2000). En el asunto examinado el ad quem, al imponer directamente la sanción, violentó el principio de doble instancia al que tienen derecho las partes del proceso.». Por esta razón, al existir una evidente contradicción entre la sentencia impugnada y el precedente citado como contradictorio, el cual corresponde a la posición de esta Cámara y ante la ausencia de motivos para variar el criterio expuesto en el antecedente invocado, se declara parcialmente ineficaz la resolución 2016-00565 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, de las 13:40 horas, del 29 de junio de 2016, únicamente en cuanto a la individualización de la pena. Por estas razones, se reitera el criterio previamente expuesto por esta Cámara, en el sentido de que impugnada la sentencia del *a quo* en cuanto a la individualización de la sanción, al declarar el recurso de apelación con lugar, corresponde al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal declarar la ineficacia parcial de la resolución y ordenar el reenvío de la causa para que las partes discutan de manera amplia acerca del *quantum* sancionatorio, sin que el *ad quem* pueda fijar directamente la sanción. En consecuencia, considerando que en este caso concreto el Ministerio Público únicamente cuestiona la individualización de la sentencia por parte del *ad quem* a través del recurso de casación por precedentes contradictorios, tal y como se dispuso en el precedente invocado por la recurrente, se ordena el reenvío de la causa al Tribunal Penal para que resuelva los aspectos relacionados con la pena conforme a derecho.

Por Tanto: Se declara sin lugar el recurso de casación presentado por el Defensor Público Farid Cordero Campos. Se declara con lugar el recurso de casación presentado por la Fiscal Patricia Nuñez Alvarado, se declara parcialmente ineficaz la resolución 2016-00565 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, de las 13:40 horas, del 29 de junio de 2016, únicamente en cuanto a la individualización de la pena. En consecuencia, considerando que en este caso concreto el Ministerio Público únicamente cuestiona la individualización de la pena por parte del *ad quem* a través del recurso de casación por precedentes contradictorios, tal y como se dispuso en el precedente invocado por la recurrente, se ordena el reenvío de la causa al Tribunal Penal para que resuelva los aspectos relacionados con la pena conforme a derecho. **Notifíquese. Carlos Chinchilla S., Jesús Ramírez Q., Doris Arias M., Celso Gamboa S., Rosibel López M. Magistrada Suplente.**

