



BOLETÍN TEMÁTICO

ARRESTO DOMICILIARIO CON MONITOREO ELECTRÓNICO

FISCALÍA ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

2019

Este compendio jurisprudencial tiene como finalidad servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. Contiene la posición jurídica de cada órgano jurisdiccional que pretende ser un insumo para lo atinente al tema bajo estudio. Se ha omitido el nombre de las partes involucradas así como los testigos atendiendo a 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)” (Circular N° 193-2014).

I- Pena sustitutiva

Art. 50 del Código Penal: *“Las penas que este Código establece son: [...] 4) Arresto domiciliario con monitoreo electrónico”.*

Art. 57 bis del Código Penal, párrafo primero: *“El arresto domiciliario con monitoreo electrónico es una sanción penal en sustitución de la prisión y tendrá la finalidad de promover la reinserción social de la persona sentenciada con base en las condiciones personales y sociales reguladas para la fijación de la pena. Para facilitar la reinserción social de la persona sentenciada, las autoridades de ejecución de la pena promoverán la educación virtual a distancia mediante el uso del Internet”.*



“Las penas no privativas de libertad son castigos alternativos a la prisión e implican que la persona cumple esta pena en un medio abierto, en la comunidad” (Elena Laurrauri. Introducción a la criminología y al sistema penal. Madrid, España: Editorial Trotta, 2015, p.147).

“Un arresto domiciliario (house arrest o “home supervision”), es una pena de prisión que se cumple en el hogar del convicto en vez de una cárcel. La propia infraestructura del hogar se metamorfosea en una cárcel se encuadra dentro del género de las penas de Community custody, con el que se designan las penas de prisión que se cumplen en lugares distintos a un establecimiento penitenciario” (Faustino Gudín Rodríguez Magariños y Javier Nistal Burón. La historia de las penas: De Hammurabi a la cárcel electrónica. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2015, p. 220).

“Requisitos comunes a todos estos supuestos es que una pena sustituida no se puede volver a sustituir, y que, si se quebranta o incumple, se regresa a la pena inicialmente impuesta descontando el tiempo cumplido” (Vicenta Cervelló Donderis. Derecho Penitenciario. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2001, p. 305).

N°2017-952 de las nueve horas cincuenta minutos, del ocho de agosto de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**: *“La norma de cita describe el arresto domiciliario con monitoreo electrónico como una sanción, que se aplica en sustitución de la pena de prisión con la finalidad de promover la reinserción social de la persona sentenciada, con base en las condiciones personales y sociales reguladas para la fijación de la pena; siendo una facultad del juez de juicio el aplicarla cuando concurren los siguientes presupuestos: “1) Que la pena impuesta no supere los seis años de prisión. 2) Que no sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, según el artículo 2 de la Ley N.º 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, de 22 de julio de 2009, ni delitos sexuales contra menores de edad, ni en delitos en que se hayan utilizado armas de fuego. 3) Que se trate de un delincuente primario. 4) Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena”. En este orden, los tres primeros supuestos se consideran del tipo objetivo, sea de mera constatación, ya que con sólo recurrir al quantum de la sanción privativa de libertad impuesta, al tipo de procedimiento empleado para llegar a la sentencia condenatoria o confrontando los hechos demostrados (para*



determinar si existió el uso de armas en la comisión de los delitos), se puede concluir sobre la procedencia de la medida indicada; mientras el último es de carácter subjetivo, por cuanto se consideran las circunstancias personales del condenado para determinar su peligrosidad (entendida como la posibilidad de que vuelva a delinquir) y la probabilidad de evasión (que no cumpla la pena en la condiciones fijadas); siendo este aspecto uno que conlleva, indiscutiblemente, un mayor esfuerzo de motivación, sea para acceder o rechazar la medida, en tanto debe ponderarse conforme a los criterios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad”.



II-Domicilio

“De ahí que el domicilio se caracterice como “la morada que la ley conceptua que tiene toda persona para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de ciertos actos”. En otros términos, el domicilio es el lugar donde legalmente se considera que la persona se halla” (Alberto Brenes Córdoba. Tratado de las personas. Vol. I, San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2012, p. 232).

“El domicilio tiene como fin localizar al individuo en un solo lugar” (Gérard Cornu. Derecho Civil: Las personas. Vol. II, San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 1998, pp. 171-172).

N°2017-446 de las trece horas diez minutos, del diecinueve de abril de dos mil diecisiete **del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**: *“Como se aprecia, la exposición utilizada por los juzgadores de juicio para justificar el rechazo de la petición de sustitución de la pena de prisión por la de arresto domiciliario a través de monitoreo electrónico, parte del hecho de que ambos imputados carecen de un domicilio estable dónde poder cumplir con la pena sustitutiva que solicitan, y ello es un indicio que acredita un peligro latente de que estos, bajo dicha modalidad, incumplirían con la pena. Y es que, tal y como lo señala el órgano juzgador, la existencia de un domicilio, entendido éste como “2. m. Lugar en que legalmente se considera establecido alguien para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos” (cfr. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española en línea: <http://dle.rae.es/?id=N4FAL6E>) es un requisito esencial para que prospere la sustitución de la pena privativa de libertad, en tanto será en dicho lugar donde el sentenciado cumpla con la restricción a la libertad que se le ha impuesto como sanción, en tanto sólo en caso de ser autorizado podría permitirse la salida del domicilio por razones laborales, salud, educación u obligaciones familiares, previo informe rendido por el Instituto Nacional de Criminología. En este sentido, el vicio de falta de fundamentación que alegan los recurrentes es inexistente; más aún cuando el tribunal de juicio, contrario a lo que reclama el justiciable [Nombre 001], sí valoró que el domicilio que éste indicó tener donde su madre, era imposible verificarlo, primero, porque las señas que otorgó impidieron en etapas tempranas del proceso ubicarlo como su residencia y, segundo, porque el mismo encartado manifestó ante la autoridad jurisdiccional que conoció de la audiencia inicial del proceso de flagrancia, que ese no era su domicilio, sino que residía en el Hotel La Central, lo cual, como expusieron los juzgadores de juicio, son indicios que descartan que la dirección aportada sea la morada fija y permanente de [Nombre 001]; argumentos sobre los cuales el impugnante no demuestra vicio alguno (ni advierte esta cámara existan) capaz de*



evidenciar algún yerro en la valoración de la prueba sobre estos aspectos. Paralelamente, en cuanto al sentenciado [Nombre 002], tal y como se señala en el fallo recurrido, se estableció que carece de un domicilio estable dónde cumplir con la sanción que pretende se le aplique por sustitución; argumento contra el cual no se esgrime tampoco reclamo alguno, siendo su inconformidad, únicamente, en cuanto a que no pudo hacer llegar al debate a la persona que le “ofrecía” un domicilio, sin embargo, como se advierte del propio recurso de apelación interpuesto, el quejoso ahora aporta otro lugar donde cumplir con el arresto domiciliario, señalando una dirección y una persona diferentes a las que ofreció durante el contradictorio (dónde residir y con quién trabajar), lo que acredita aún más que el justiciable carece de ese domicilio estable y permanente que, como requisito esencial se requiere para la aplicación del arresto domiciliario mediante monitoreo electrónico, en tanto lo que posee hasta este momento (según él dice) son ofrecimientos particulares que, como lo señaló el órgano jurisdiccional, resultan indemostrables a efectos de desvirtuar la carencia de domicilio que se acreditó”.

N°2017-609 las nueve horas treinta minutos del veinticuatro de agosto de dos mil diecisiete de **Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela.** *“En el caso bajo estudio, los juzgadores explicaron que, pese a que el justiciable cumple con el resto de los requisitos que exige el numeral 57 bis del Código Penal, en relación con la previsibilidad de cumplimiento de la pena de arresto domiciliario, al momento del dictado del fallo el encartado no contaba con las condiciones particulares de poseer un domicilio, donde poder hacer efectivo el mismo. Al respecto y conforme se indicó en la sentencia examinada, para tomar la decisión correspondiente, los juzgadores ponderaron los datos de identificación y generales, otorgados por el propio encartado durante el debate, (visibles en el acta de folio 107) en donde brindó como domicilio la dirección de una casa en Barrio Belén en San Ramón, misma a la que en fecha 29 de mayo de 2017 se envió citación por parte del Tribunal sentenciador, citación que no pudo efectuarse debido a que según dejó constando el oficial de notificación [...], en el lugar se informó que el justiciable se había ido de allí y se desconocía su paradero actual. Esta situación, tal y como también fue analizada dentro del fallo, produjo que el 6 de junio de 2017, se ordenara la rebeldía y captura del encartado, detención que se materializó el 21 de junio de 2017, en vía pública, costado sur del mercado municipal de este cantón, por lo cual se ordenó la prisión preventiva del encartado desde entonces. Dicha situación de carencia de domicilio de parte del encartado, no fue objeto de discusión o prueba en contrario durante el contradictorio, por lo cual el Tribunal de Juicio, al analizar tal extremo junto con el resto de las condiciones personales del justiciable, relativas a ausencia de trabajo o lugar de estudio (dijo ser soltero, con un hija, secundaria incompleta, vendedor informal), emitió un juicio negativo sobre el cumplimiento de la pena de arresto domiciliario, argumentos que encuentra esta Cámara apegados al mérito de los autos y al numeral 57 bis, inciso 4) del Código Penal. Conforme con la definición en el lenguaje español del término domicilio, este se entiende como la morada fija y permanente de una persona, la casa en la que habita o bien se hospeda, de ahí que el contar con domicilio es sinónimo de garantía de*



ser habido en un lugar específico o particular, en el cual se habita bajo cualquier título, ya sea gratuito u oneroso (mera tolerancia, alquiler, propiedad, entre otros). A contrario sensu, la ausencia de domicilio convierte el paradero de una persona en indeterminado o desconocido, de ahí la previsión legal en materia penal de que toda persona sujeta a un proceso, pueda ser habida en un lugar específico, con el fin de citarla y/o informarla del estado del caso en su contra, de forma tal que se asegure el cumplimiento de la ley”.

N°2018-410 de las nueve horas treinta minutos del cuatro de abril de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**: *“En primer lugar, debe tenerse presente que independientemente de que el acusado al momento de los eventos por los que resultó condenado no tuviera un domicilio fijo, ello no constituye una razón suficiente para rechazar la posibilidad de cumplir la sanción en una casa de habitación” [...]*



III- El juzgador debe fundamentar su imposición o rechazo

Art. 57 bis del Código Penal, párrafo

segundo: *“Al dictar sentencia, el juez tendrá la facultad de aplicarla [...]”.*

“Motivar significa, como es obvio, expresar las razones que se tienen para llegar a una decisión determinada” (Alfredo Vélez Mariconde. Derecho Procesal Penal. Vol. I., Córdoba, Argentina: Editorial Marcos Lerner, 1982, pp.363-364).

“Desde esta perspectiva, debe conceptuarse la motivación del fallo como derecho fundamental, pues es por su intermedio que puede prevenirse o corregirse la arbitrariedad en la toma de decisiones sumamente relevantes” (José Manuel Arroyo Gutiérrez y Alexander Rodríguez Campos. Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2003, p.32).

N°2018-486 de las once horas veintidós minutos del diecinueve de junio de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela:** *“Sobre lo que sí lleva razón la apelante, es en cuanto a la aplicación de las penas sustitutivas de la prisión. En la sentencia recurrida, únicamente se aborda el tema de la denegatoria de la condena de ejecución condicional de la pena, la cual -por la pena impuesta-, resultaba improcedente. Sin embargo, no hubo pronunciamiento sobre la posibilidad de aplicar una sanción sustitutiva, como la de arresto domiciliario con monitoreo electrónico. Si bien es cierto, el otorgamiento de la pena sustitutiva es una facultad del juzgador, denegar o conceder la misma debe ser una decisión debidamente fundamentada, máxime en un caso como el presente, en el cual -en apariencia- se cumplen con los requisitos formales para su aplicación. Por lo antes indicado, se declara parcialmente con lugar el recurso de apelación formulado por la defensa técnica del encartado, se anula el fallo apelado únicamente en cuanto a la denegatoria tácita del reemplazo de la pena de prisión impuesta, por una sanción sustitutiva. En lo demás el fallo permanece incólume”.*

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones
22220501/ 22220531
faimpugnaciones@Poder-Judicial.go.cr



En sentido similar: **N°2018-389** de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de mayo de dos mil dieciocho **Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela.**



IV- La defensa tiene la carga de la prueba de que el encausado cumple los requisitos para su imposición

Art. 57 bis del Código Penal, párrafo

segundo: “[...] *siempre que concurran los siguientes presupuestos*”.

N°2016-1175 de las nueve horas y cincuenta y nueve minutos del cuatro de noviembre del dos mil dieciséis de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:** *“Si bien, el tema de la carga de la prueba, cuando se está en discusión la dinámica fáctica del hecho acusado que pretende demostrar el quebranto del principio de inocencia, le corresponde a la representación fiscal. La demostración de que el encartado reúne ciertas condiciones personales, que le son favorables para la aplicación de una norma en particular, en un determinado momento procesal, le son también asequibles a la defensa del mismo. A modo de ejemplo, respecto al deber de la defensa del imputado, de aportar los medios de prueba idóneos que fundamenten sus peticiones, nos encontramos el artículo 238 del Código Procesal Penal, cuando se está en frente de una audiencia que conoce respecto de la prisión preventiva. Así que inferir, como lo pretende hacer el defensor del encartado en el presente escrito impugnativo, que es ilegítimo el razonamiento del Tribunal de Apelación, por evidenciar que no se aportaron elementos de prueba suficientes, que permitieran al órgano jurisdiccional determinar si el encartado se encontraba en condiciones apropiadas que justificaran la sustitución de la pena privativa de prisión, por considerar que con ello se contraviene el principio de legalidad, es manifiestamente improcedente. La defensa del encartado, al estar en presencia de la solicitud que establece el artículo 57 bis del Código Penal, debió de prever y aportar los medios probatorios idóneos, que demostraran que a su representado se le podía aplicar dicha norma”.*

En sentido similar: **N°2017-639** de las nueve horas y cuarenta y cinco minutos del treinta de mayo de dos mil diecisiete; **N°2018-627** de las ocho horas treinta y cinco minutos del dieciocho de mayo de dos mil dieciocho; **N°2019-35** de las diez horas cincuenta minutos del diecisiete de enero de dos mil diecinueve; y **N°2019-230** de las quince horas y treinta minutos del doce de febrero de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.**



VA- Se pueden sustituir penas de hasta seis años de prisión

Art. 57 bis del Código Penal, inc. 1: “*Que la pena impuesta no supere los seis años de prisión*”.

N°2019-257 de las diez horas cinco minutos, del quince de febrero de dos mil diecinueve **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:** “*El artículo 57 bis del Código Penal establece, en lo que es de interés, lo siguiente: "El arresto domiciliario con monitoreo electrónico es una sanción penal en sustitución de la prisión y tendrá la finalidad de promover la reinserción social de la persona sentenciada con base en las condiciones personales y sociales reguladas para la fijación de la pena. Para facilitar la reinserción social de la persona sentenciada, las autoridades de ejecución de la pena promoverán la educación virtual a distancia mediante el uso del Internet. Al dictar sentencia, el juez tendrá la facultad de aplicarla, siempre que concurran los siguientes presupuestos: 1) **Que la pena impuesta no supere los seis años de prisión.** 2) *Que no sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, según el artículo 2 de la Ley N.º 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, de 22 de julio de 2009, ni delitos sexuales contra menores de edad, ni en delitos en que se hayan utilizado armas de fuego.* 3) *Que se trate de un delincuente primario.* 4) *Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*" (La negrita y el resaltado se suplen). Como se extrae de la norma citada, el requisito del inciso 1), limita su concesión cuando la pena impuesta supere los seis años, por lo que, bajo la aplicación del principio de interpretación restrictiva e inclusive de una interpretación literal de la norma, se sobreentiende que su uso sería improcedente solo cuando se fijen penas superiores a seis años de prisión, no propiamente la imposición de este número de años o menos”.*

VB- Inexistencia de agravio si el juez no valoró su imposición cuando el delito no lo permite

N°2018-26 de las once horas y tres minutos del veinticuatro de enero del dos mil dieciocho de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:** “*Desde esta óptica, el artículo 57 bis del Código Penal establece que el juez tiene la facultad de aplicar la pena de arresto domiciliario con monitoreo electrónico, siempre que concurran los siguientes presupuestos: “ 1) *Que la pena impuesta no supere los seis años de prisión.* 2) *Que no sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de**



crimen organizado, según el artículo 2 de la Ley N.º 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, de 22 de julio de 2009, ni delitos sexuales contra menores de edad, ni en delitos en que se hayan utilizado armas de fuego. 3) Que se trate de un delincuente primario. 4) Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena” (subrayado no corresponde al original). Desde esta óptica, aún cuando hubiese sido alegado por el recurrente en el recurso de apelación de sentencia penal, la aplicación de sanción prevista en el numeral transcrito supra no sería procedente por tratarse de un delito sexual cometido en contra de una persona menor de edad y por ello, la gestión carece de agravio”.



VI- Utilización de armas de fuego

Art. 57 bis del Código Penal, inc. 2: “*Que no sea delitos [...] en que se hayan utilizado armas de fuego*”.

“*La Ley de Armas y Explosivos (N°7530 de 10 de julio de 1995) se refiere a armas de fuego prohibidas o permitidas (art. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26)*” (Francisco Castillo González. Los delitos de apropiación. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012, p.221).

VIA- Objeto que aparenta ser un arma de fuego

N°2015-1008 de las ocho horas con veinte minutos del dieciséis de julio de dos mil quince del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José: “*Por otro lado, aunque la impugnante no lo alega, es deber de esta Cámara, de conformidad con lo establecido en los numerales 459 y 462 del Código Procesal Penal, declarar, de oficio, cualquier quebranto al debido proceso que verifique en la tramitación de la causa y, de acuerdo a lo que de seguido se dirá, es tal la no aplicación retroactiva de la norma penal más favorable (Sala Constitucional, voto número 2001-5726). Debe tenerse presente, como también se analizó en el voto de este Tribunal número 2015-292 (Chinchilla, García y Campos) que la aplicada no es, en el estado de cosas, actual, la única sanción posible. En efecto, mediante ley N° 9271 de "Mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal" , el legislador previó la existencia de formas de "vigilancia" electrónica, las cuales pueden tener la modalidad de medidas cautelares (artículos 5, 6 y 7), medidas de protección a la víctima (ver numeral 7 in fine), penas sustitutivas (artículos 4, 8, 9) y hasta formas de ejecución de la sanción (artículo 10). En lo que aquí interesa, estableció, mediante el numeral 8 de esa ley, una reforma al artículo 50 del Código Penal, mediante la que introdujo, en su inciso 4, como pena, el "arresto domiciliario con monitoreo electrónico". Aunque, expresamente, no se denominó así, ni se introdujo en el inciso 1 de las penas principales, dicha sanción debe considerarse **principal sustitutiva**, esto porque su naturaleza es la de reprimir, por sí misma (no junto con otras) una conducta, de allí que sea principal y no accesoria, pero solo cabe aplicarla cuando, entre otros requisitos, haya una pena impuesta (principal) inferior a seis años de prisión, de donde surge su carácter de sustitutiva. Nótese que, por una errónea técnica legislativa, tanto en esta ocasión, como cuando se introdujo el inciso 3 del referido numeral 50 del Código Penal, se elencaron **clases de penas**, pero se obvió la clasificación de los dos primeros incisos, que obedecía a la **naturaleza jurídica de cada sanción** que, no obstante, surge de su finalidad y función y no de la denominación que de ella haga el legislador. Esta sanción*



tiene requisitos objetivos , mencionados por los incisos 1 a 3 del artículo 57 bis del Código Penal, también adicionado por esa normativa y que son: que la pena impuesta no supere los seis años de prisión, que no se trate de delitos tramitados en el marco de la Ley contra la Delincuencia Organizada, que no sean delitos sexuales en perjuicio de menores de edad, que no se trate de ilícitos cometidos mediante armas de fuego y que el sujeto sea primario. También se prevén requisitos subjetivos entre los que destacan, en el inciso 4 del artículo 57 bis del Código Penal, que se realice alguna valoración específica de las circunstancias personales del encartado de las que se desprenda, razonablemente, que la medida no constituirá un peligro y que el sentenciado no evadirá el cumplimiento de la pena, así como la necesidad de un consentimiento previo, expreso e informado de los alcances y consecuencias de la sanción, de cómo puede ser revocada, etc. (artículo 2 de la ley N° 9271). En el presente caso, los presupuestos objetivos se cumplen, desde que, el hecho acreditado, que es un delito contra la propiedad tramitado por la vía ordinaria, se cometió con un objeto que no era, objetivamente, un arma de fuego (sino solo un objeto que aparentaba ser tal. Ver, al respecto, el voto de este mismo Tribunal número 431-2015; jueces Chinchilla, García y Campos); la pena impuesta fue de seis años (aspecto sobre el que se ordenó el reenvío, sin que, en este, se pueda superar la ya impuesta, ni ampliarse los argumentos en su contra) y, según consta en folio 148, el encartado es primario”.

VIB- Arma de juguete

N°2019-236 de las trece horas cincuenta minutos del veintinueve de marzo de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela**: “Asimismo, este Tribunal tampoco considera debidamente fundamentada la afirmación de que por el hecho de que el [Nombre 004] tuviera un lugar de residencia ello no constituyó contención para evitar la comisión del delito, y que por estar dispuesto a realizar actos de intimidación con arma de fuego esta persona constituye un peligro real para la sociedad (cf. folios 93 vto. y 94 fte.). En primer lugar, se trata de un argumento que no guarda coincidencia con la relación de hechos probados del fallo (c. folios 83 vto. a 85 vto.), en donde se estableció que [Nombre 004] y su acompañante no utilizaron un arma de fuego verdadera, sino un juguete con apariencia de arma. Si bien conforme al criterio que mayoritariamente sigue nuestra jurisprudencia (cf. Sala de Casación Penal, voto No. 2019-00031 del 18 de enero de 2019), el empleo de un arma de juguete para la sustracción de bienes ajenos, califica jurídicamente la conducta como configurativa del delito de robo agravado, de la redacción del artículo 57 bis del Código Penal, particularmente del inciso segundo, se desprende que para que exista impedimento al sentenciado de acceder a la sustitución de pena, se requiere que el delito sí haya sido cometido empleando específicamente armas de fuego. En segundo lugar, se trata de una argumentación meramente especulativa, impregnada de criterios de derecho penal de autor. En efecto, el razonamiento del tribunal se reduce, básicamente, a sostener que



como esta persona ya cometió un delito de robo agravado usando un arma de juguete, automáticamente habría que “presumir” que lo hará de nuevo”.

VIC- Arma que dispara proyectiles no letales

N°2015-1568 de las quince horas con treinta y cinco minutos del veinticuatro de noviembre de dos mil quince del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José** “[...] *la sentencia impugnada carece de cualquier referencia tanto al tema del tipo de arma usada (si era de fuego o no a estos efectos, pues solo se hace, en el contador horario 19:18:31 para los efectos de tipicidad que requiere solo arma y no "de fuego" como sí se precisa para la pena sustitutiva) como a la sustitución de la pena de prisión negociada, por la de arresto domiciliario con monitoreo electrónico, por lo que llevan razón las recurrentes. El primer tópico era esencial que se emitiera un pronunciamiento expreso porque de este depende si se cumplen, o no, los requisitos objetivos para optar por la pena sustitutiva de la prisión por el arresto domiciliario. En efecto, mediante ley N° 9271 de "Mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal", el legislador previó la existencia de formas de "vigilancia" electrónica, las cuales pueden tener la modalidad de medidas cautelares (artículos 5, 6 y 7), medidas de protección a la víctima (ver numeral 7 in fine), penas sustitutivas (artículos 4, 8, 9) y hasta formas de ejecución de la sanción (artículo 10). En lo que aquí interesa, estableció, mediante el numeral 8 de esa ley, una reforma al artículo 50 del Código Penal, mediante la que introdujo, en su inciso 4, como pena, el "arresto domiciliario con monitoreo electrónico". Aunque, expresamente, no se denominó así, ni se introdujo en el inciso 1 de las penas principales, dicha sanción debe considerarse **principal-sustitutiva**, esto porque su naturaleza es la de reprimir, por sí misma (no junto con otras) una conducta, de allí que sea principal y no accesoria, pero solo cabe aplicarla cuando, entre otros requisitos, haya una pena impuesta (principal) inferior a seis años de prisión, de donde surge su carácter de sustitutiva. Nótese que, por una errónea técnica legislativa, tanto en esta ocasión, como cuando se introdujo el inciso 3 del referido numeral 50 del Código Penal, se elencaron **clases de penas** , pero se obvió la clasificación de los dos primeros incisos, que obedecía a la **naturaleza jurídica de cada sanción** que, no obstante, surge de su finalidad y función y no de la denominación que de ella haga el legislador. Esta sanción tiene requisitos objetivos , mencionados por los incisos 1 a 3 del artículo 57 bis del Código Penal, también adicionado por esa normativa y que son: que la pena impuesta no supere los seis años de prisión, que no se trate de delitos tramitados en el marco de la Ley contra la Delincuencia Organizada, que no sean delitos sexuales en perjuicio de menores de edad, que no se trate de ilícitos cometidos mediante armas de fuego y que el sujeto sea primario. También se prevén requisitos subjetivos entre los que destacan, en el inciso 4 del artículo 57 bis del Código Penal, que se realice alguna valoración específica de las circunstancias personales del encartado de las que se desprenda, razonablemente, que la medida no constituirá un peligro y que el sentenciado no evadirá el cumplimiento de la pena, así como la necesidad de un*



*consentimiento previo, expreso e informado de los alcances y consecuencias de la sanción, de cómo puede ser revocada, etc. (artículo 2 de la ley N° 9271). En el presente caso, los presupuestos aparentemente se cumplen, desde que, el hecho acreditado, que es un delito contra la propiedad tramitado mediante el procedimiento abreviado pero siempre dentro de una vía ordinaria (no especial), **podría no haberse cometido con un arma de fuego real, sino que lo pudo haber sido con un arma impropia, por ser de salva (nótese que en el acta de decomiso de folio 4 se alude a que en el cargador iba un proyectil no letal, pero se alude a un arma de fuego, aspecto que debe definirse si tenía esas características o no, es decir, si podía ser mixta y emitir tanto uno como otro tipo de proyectiles)**".*

VID- Utilización de armas blancas y delitos que lesionan la integridad física

N°2017-202 de las trece horas cinco minutos, del veintitrés de febrero de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**: *"Esta Cámara estima que la fundamentación expuesta por el Juzgador para no sustituir la pena es incorrecta, ya que la gravedad de los hechos por la utilización de un arma blanca y la aplicación de un candado chino, no son impedimento para que proceda el arresto domiciliario con monitoreo electrónico. De esta forma, debemos atenernos a la letra de la ley (artículo 2 del Código Penal). Para mayor claridad, debe citarse, en lo que interesa, el artículo artículo 57 bis del Código Penal, el cual señala como requisitos para la imposición de la sanción sustitutiva de arresto domiciliario lo siguiente: "Al dictar sentencia, el juez tendrá la facultad de aplicarla, siempre que concurren los siguientes presupuestos: 1) Que la pena impuesta no supere los seis años de prisión. 2) Que no sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, según el artículo 2 de la Ley N.º 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, de 22 de julio de 2009, ni delitos sexuales contra menores de edad, ni en delitos en que se hayan utilizado armas de fuego. 3) Que se trate de un delincuente primario. 4) Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena (...)". De acuerdo con el principio de legalidad, no podrían agregarse otras causales en detrimento del sentenciado, sobre todo porque en la decisión impugnada no se argumentó que el motivo para no sustituirla, sea que él constituya un peligro o que evadirá el cumplimiento de la pena que son los únicos aspectos que la ley ordena ponderar y sin que la presunta muerte del ofendido pueda valorarse porque nunca se imputó una tentativa de homicidio ni consta que efectivamente, la vida de él se pusiera en peligro. Cabe hacer hincapié en que el juez de sentencia, para denegar la sustitución de la pena, únicamente utilizó argumentos correspondientes a la fundamentación de la sanción, concretamente, la importancia de la lesión o el peligro previsto en el inciso b) del artículo 71 del Código Penal, aspecto que no resultaba propio dentro de la ponderación que debía hacerse para la concesión o no de la sustitución de la pena. Los presupuestos objetivos para la sustitución de la sanción, en*



apariencia, en este caso, se cumplen. Sin embargo, corresponde al Tribunal Penal, valorar si también se cumplen los presupuestos subjetivos”.

En sentido idéntico: **N°2017-245** de las trece horas quince minutos, del veintiocho de febrero de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal** del **Segundo Circuito Judicial de San José**.



VII- Condición de primario

Art. 57 bis del Código Penal, inc. 3: “*Que se trate de un delincuente primario*”.

“En efecto, la existencia de una previa condena, aunque ya se haya cumplido o se haya extinguido de otro modo la responsabilidad criminal, puede influir de diversas maneras en un posterior proceso penal” (Luis Roca Agapito. El sistema de sanciones en el derecho penal español. Barcelona, España: Bosh, 2007, pp.643-644).

VIIA- Condición de primario

N°2017-496 de las diez horas cincuenta y siete minutos del cinco de julio de dos mil diecisiete del Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela: “*De conformidad con lo que se aprecia a folio 88, al momento del dictado de la sentencia venida en alzada, el encartado contaba ya con un registro por haber sido condenado, en el año 2011, a una pena por seis años de prisión como autor de un delito de robo agravado. Ello implica -para quienes dictamos el voto de mayoría- que para cuando debía analizarse si procede o no la sustitución privativa de libertad por la de arresto domiciliario con monitoreo electrónico, el encausado no podía ser (ni puede serlo ahora, puesto que por la pena impuesta aún no ha transcurrido el plazo que permitiría cancelar el asiento) calificado como "delincuente primario". Sobre este punto, es necesario reiterar que -en criterio de los Jueces de Apelación de Sentencia Fallas Redondo y Rojas Chacón- la valoración de "primario" debe hacerse después de dictada la condena. Esta última es un presupuesto indispensable para poder determinar si cabe otorgar el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena o si ésta puede sustituirse. Entonces, sólo después de condenada una persona es que procede analizar su condición de "delincuente primario", de modo que esa calidad debe estar presente en ese instante y no al momento del hecho. Aunque se trataba de un asunto relacionado con el otorgamiento del beneficio de condena de ejecución condicional, los Jueces de Apelación de Sentencia Fallas Redondo y Rojas Chacón reiteramos el criterio que externamos en la resolución número 2015-00186, de las 9:45 horas del 26 de marzo de 2015, aclarando que consideramos que es aplicable cuando se debe discutir la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por otra menos gravosa. Así las cosas, en este caso no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 57 bis del Código Penal, para poder sustituir la prisión por el arresto domiciliario con monitoreo electrónico, pues para el momento en que cabía discutir dicha*



sustitución, [Nombre 001] no era "delincuente primario". Siendo esto así, debe rechazarse el reclamo, por cuando no se causa agravio a la parte apelante”.

N°2016-829 de las quince horas veinticinco minutos del cuatro de octubre de dos mil dieciséis del **Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela**: “En cuanto a la condición número tres de dicha norma (se trate de un persona primaria), no establece la legislación qué debe entenderse por tal, aunque se trata del mismo concepto utilizado en el artículo 60 del C.P. en donde se regula el instituto del beneficio de ejecución condicional de la pena, y en lo que interesa, sobre los requisitos, establece: “[...]Es condición indispensable para su otorgamiento que se trate de un delincuente primario ”. En una lectura contrario sensu, del artículo 39 del C.P. podemos deducir que, si una persona es considerada reincidente cuando “[...] comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal ”, será primaria cuando al cometer el hecho no cuente con juzgamientos anteriores en firme. Esta interpretación es coincidente con la línea jurisprudencial que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en este tema, advirtiendo que la condición de primario tiene directamente que ver con la existencia o no de sentencias en firme al momento de la comisión del hecho que se le atribuye al imputado y con base en su condición al momento del juzgamiento”.

VIIIB- Antecedentes penales en el extranjero

N°2017-415 de las nueve horas treinta minutos, del tres de abril de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**: “Como se aprecia, la redacción utilizada por la juzgadora de juicio para justificar el rechazo de la petición de sustitución de la pena de prisión, por la de arresto domiciliario a través de monitoreo electrónico, parte del hecho de que ambos imputados solicitaron se les sustituyera la pena, cuando en realidad el único que lo hizo fue [Nombre 001] (cfr. escritorio virtual, registro digital del acta de debate a partir del contador 19:27); yerro que sin bien, prima facie, no pareciera tener ninguna trascendencia, ello es así en tanto le sean afines a ambos encartados los mismos aspectos que se tomaron en consideración para el rechazo de la pena sustitutiva en forma genérica; ya que de lo contrario, la decisión caería en una falta de fundamentación palmaria. Y es que, resulta evidente, tres fueron las razones en las que el a quo basó la denegatoria de la sustitución de la pena: i. Que los imputados han hecho de la actividad ilícita su actividad habitual, ya que los hechos se dieron desde 2014 hasta principios de 2016, cuando fueron aprehendidos; ii. Cuentan con antecedentes penales en Colombia y; iii. Son personas extranjeras que no cuentan con arraigo familiar, domiciliario y laboral en



nuestro país. Sin embargo, las dos primeras argumentaciones no obedecen a presupuestos legalmente establecidos, ya que el hecho de que [Nombre 001] registre supuestamente antecedentes penales en Colombia (aspecto que de paso no fue adecuadamente motivado, por cuanto nunca se expuso de que elemento probatorio se derivó tal conclusión), no puede eclipsar que éste en nuestro país carece de condenatorias anteriores (cfr. certificación del Registro Judicial de Delincuentes de fecha 23 de noviembre de 2016), por lo que la juzgadora nunca explicó por qué el justiciable no estaría dentro del supuesto de “delincuente primario” que describe la norma de cita; y, en cuanto a la multiplicidad de hechos, aunque importante para la fijación de la dosificación de la pena privativa de libertad, es inocua para efectos de la sustitución de la misma, en tanto no se acredite que junto con las condiciones personales del agente, represente un indicio de que éste en libertad bajo la medida de monitoreo electrónico, pueda continuar con la actividad delictiva por la cual se le condenó. Empero, ninguno de esos aspectos fue justificado en el fallo, como tampoco lo fue la falta de arraigo que determinó la juzgadora de juicio presenta el imputado, ya que aunque mencionó que no tiene arraigo familiar, domiciliario y laboral (lo que constituyen circunstancias personales que sí pueden ser consideradas para determinar la viabilidad o no de la medida y la posibilidad de que el encartado en libertad quebrante la pena impuesta) nunca explicó de qué elementos probatorios derivó ello o sobre qué criterios fundó su decisión; lo cual incluso resulta contradictorio con los datos de identificación del imputado [Nombre 001] (que se describen en el encabezado de la sentencia, entendida ésta como una unidad lógica jurídica), en tanto se tuvo por demostrado que pese a ser extranjero, el justiciable tiene la condición de residente en Costa Rica, labora como comerciante y tenía su domicilio en Barrio México. Aunado a ello, es notoria la falta de motivación del fallo con respecto a la falta de arraigo familiar del encartado, por cuanto el órgano juzgador soslaya que dentro de los datos de identificación otorgados por el justiciable durante el proceso (declaración indagatoria), éste informó que estaba casado y tenía tres hijos menores de edad, quienes vivían y dependían económicamente de él; no obstante, como lo reclama la defensa, tal aspecto también dejó de ser considerado”.

VIIC-Prisión preventiva del enjuiciado por otra causa no es motivo para denegarla

N°2017-511 de las catorce horas veinte minutos del once de julio de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela**: “Sobre la no sustitución de la pena de prisión al encartado [Nombre 001], el fallo examinado lo único que señala es lo siguiente: “En relación al encartado [Nombre 001], se deniega la sustitución de la pena en razón de que se encuentra privado de libertad por otra causa y la medida resulta inidónea. No obstante, en caso de que su situación jurídica cambie, podrá acceder a la sustitución acordada para los otros dos condenados” (copia textual, folio 292 vuelto). Dicho fundamento, tal y como lo reclama el recurrente, no solo resulta escaso sino también erróneo, puesto el Tribunal de Juicio que no



otorgó, razones legales, que en este caso concreto, impidan la sustitución de la pena de prisión. El hecho de que el encartado [Nombre 001], se encontrara bajo prisión preventiva (por otro asunto), no es motivo legal para negarle la sustitución de la pena de prisión, puesto que los motivos que impiden otorgar dicha sustitución, se encuentran descritos en el artículo 57 bis del Código Penal, y ninguno de ellos contempla el supuesto de que la persona se encuentre privada de libertad al momento del dictado de la sentencia. Si bien el legislador previó que la sustitución de la pena de prisión, operara solo en casos en que el encartado sea un delincuente primario, -por lo que, en principio, se esperaría que no hubiera sido encarcelado con anterioridad-, lo cierto es que la circunstancia de que el condenado haya sido encarcelado con ocasión de la misma u otra causa, es una situación común dentro de la tramitación de los procesos penales. Lo anterior porque existen múltiples circunstancias, por las cuales los hechos delictivos no son conocidos y juzgados en orden cronológico -como es lo ideal-, sino que, el proceso penal puede dar respuesta a diversas denuncias penales, en diferentes momentos históricos, sin que tal situación pueda perjudicar la aplicación del debido proceso penal y el reconocimiento de los derechos legales del encartado, puesto que esto conllevaría a que la Administración de Justicia, por retraso -justificado o no- en el juzgamiento de los hechos delictivos sometidos a su conocimiento, perjudicara la situación jurídica del administrado, lo cual no resulta tolerable en nuestro Estado de Derecho. En todo caso, las sentencias penales son ejecutadas en forma sucesiva -muy excepcionalmente dentro del sistema penitenciario se ejecutan en simultáneo, y siempre que las características propias de la pena así lo permitan-, de ahí que, las sentencias que dispongan una sanción penal privativa de libertad, pueden ejecutarse o no de forma inmediata, dependiendo del momento en que las condiciones del encartado así lo permitan, o sea, cuando goce -o recupere- el derecho a la libertad”.

En igual sentido **N°2017-479** de las diez horas cuarenta y tres minutos del veintiocho de junio de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela**.

VIID-Sentencia por otro delito posterior a los hechos reprochados

N°2017-92 de las quince horas del diez de febrero de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela**: “El tribunal de juicio decide no dar al acusado [Nombre 001] la posibilidad de arresto domiciliario con monitoreo electrónico. En relación a ello, en un primer momento menciona el juzgador que el acusado, en efecto, para la fecha de los hechos es un delincuente primario, lo cual es un requisito para tal beneficio. Continúa analizando el juez de instancia la situación de [Nombre 001], en relación con los demás circunstancias que implica la aplicación del Artículo 57 bis, sin embargo, decide rechazar la solicitud de la defensa por el



hecho de que, a criterio del Tribunal de sentencia, la única formalidad que no cumple es lo establecido en el inciso 4) de dicha norma, el cual menciona textualmente: "que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena." El tribunal de juicio considera que el hecho de que el acusado [Nombre 001] cuente con otra sentencia condenatoria por robo agravado (cfr. folio 100), le imposibilita beneficiarse con una sustitución de la pena, porque esa situación lo hace ver como un reincidente en ese tipo de delincuencia. En ese sentido, considera esta Cámara de Apelación que el fallo es contradictorio, pues en un primer momento y de forma acertada, el Tribunal explicó que el acusado [Nombre 001] es primario, pues el hecho acusado en este proceso data del año 2008 y el otro hecho juzgado fue cometido en el año 2013, y la sentencia emitida en el 2014, pero después el cuerpo sentenciador toma en cuenta ese segundo hecho para decir que el encartado es proclive en ese tipo de delitos. En ese sentido, como se indicó líneas atrás, la sentencia resulta contradictoria, además, esa circunstancia que toma en cuenta el Tribunal a quo para negar el beneficio de sustitución de la pena bajo lo estipulado en el artículo 57 bis de la norma procesal penal, tal y como lo indica la defensa, se aleja de toda valoración de las circunstancias bajo las cuales se desenvuelve el acusado, pues a criterio de este Tribunal de Apelación, no basta fundamentar el rechazo de dicho beneficio argumentando únicamente que existe otro fallo sobre el mismo imputado por el mismo delito, sino que se deben analizar y valorar otros aspectos esenciales, tanto objetivos como subjetivos, relativos al acusado, que le permitan establecer al Tribunal, si el encartado posee las condiciones personales para cumplir la pena bajo esa modalidad de ejecución, o si por el contrario existen elementos objetivos que revelen un peligro de incumplimiento de la sanción y con base en ese estudio valorar si procede o no la sustitución de la pena por el arresto con monitoreo electrónico".



VIII- Circunstancias personales del condenado

Art. 57 bis del Código Penal, inc. 4: *“Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena”.*

“No basta averiguar si existe un delito y en qué circunstancias objetivas se cometió; es menester que la atención se dirija hacia la personalidad moral y psíquica del imputado, a fin de que la sanción, en caso de ser impuesta, sea adecuada a ella”. (Alfredo Vélez Mariconde. Derecho Procesal Penal. Vol. II., Córdoba, Argentina: Editorial Marcos Lerner, 1982, pp.362).

VIIIA- No es indispensable un estudio técnico que dictamine que el encartado no constituye un peligro para la sociedad o evadirá la pena

N°2018-153 las once horas dos minutos del veintitrés de marzo del año dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago:** *“La aplicación de una pena es el ejercicio del poder estatal a sancionar y repercute, sin lugar a dudas, sobre los derechos esenciales de un ciudadano. Cualquier restricción a esas garantías individuales debe ser razonablemente sustentada, pero en un Estado republicano, respetuoso de la dignidad humana, la limitación de la libertad ambulatoria por su naturaleza excepcional, no puede ser ordenada sin una fundamentación legítima que descarte la aplicación de posibilidades menos gravosas; tal es el basamento de las penas sustitutivas, justamente derivado del principio de proporcionalidad y con la finalidad de la resocialización de quien ha delinquido, según lo ha dicho reiteradamente la Sala Constitucional en sus pronunciamientos (en tal sentido son de relevancia los votos 1465-2001 y 1053-2001) y resulta conforme al derecho convencional (Numerales 10.1 y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Bajo esa premisa, se concluye que la decisión del órgano de instancia exige, más allá de lo razonable, un criterio técnico que ni siquiera la norma lo indica, pues si se observa la literalidad del artículo 57 bis del Código Penal, lo que señala en su punto 4 es: “...Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena.” ; ello implica que es una valoración del juzgador la herramienta para establecer ese riesgo procesal o de*



incumplimiento, que sí puede requerir un criterio profesional cuando tenga dudas fundadas, pero en este asunto el a quo nunca estableció cuál era la necesidad para exigir ese estudio técnico. Si se observa la fundamentación de la pena impuesta, que fue de seis años de prisión, el mismo juzgador señala: " [Nombre 001] es una persona joven que al día de hoy cuenta con treinta y cinco años de edad, que según se observa de su indagatoria vive en Unión de Hecho (sic) y de esa relación tiene un hijo de siete años de edad, se tiene además que trabaja como porteador y operario de electromecánica, y que según se desprende de su hoja de juzgamiento, no cuenta con antecedentes penales, y es por todos estos factores positivos de [Nombre 001], que este Tribunal considera que la pena de prisión pactada en la audiencia de homologación del Procedimiento Abreviado (sic) del veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, donde [Nombre 001] aceptó cometer los cargos, se considera que la pena de seis años de prisión es una pena que casi está al mínimo de lo que se pueda imponer para que el sentenciado pueda de cierta manera resocializarse, y de manera positiva vuelva a la sociedad como un hombre de bien, que al final es lo que se pretende" (copia textual, se respeta la redacción original). Si el a quo consideró para la fijación de la pena los aspectos positivos del justiciable, mismos que incluso lo llevaron a establecer una escala mínima de la sanción, sin mencionar ninguna razón que allegara elementos subjetivos negativos, resulta contradictorio que rechace la pena sustitutiva, alegando que carece de un estudio que determine que no es un peligro que esté gozando de una pena sustitutiva, que se impone, precisamente, para buscar una mejor readaptación social del sentenciado".

VIIIB- Rebeldía del endilgado

“Si el imputado no cumple el deber de comparecer ante el Tribunal cuando es citado, ya sea porque desobedece la orden impartida, o porque fuga del establecimiento o del lugar donde está detenido, o se ausenta sin autorización del lugar que se le asignó para que residiera, asume la condición de contumaz o rebelde” (Alfredo Vélez Mariconde. Derecho Procesal Penal. Vol. II., Córdoba, Argentina: Editorial Marcos Lerner, 1982, pp.367).

“Importante es el voto 5029-94 de la Sala Constitucional, en el que se indicó que como se ha dicho en reiteradas ocasiones el imputado tiene el deber de estar pendiente sobre el desarrollo del proceso que se tramita en su contra, por consiguiente, se encuentra en la obligación de presentarse con cierta regularidad al juzgado correspondiente, a fin de atender cualquier requerimiento de aquel y si de manera negligente obvió esa obligación, provocando con ello una obstaculización en el proceso que se



sigue en su contra, no se observa que la declaratoria de rebeldía resulta ilegítima, ya que lo que se pretende con esa medida es salvaguardar los fines del proceso penal” (Javier Llobet Rodríguez. Proceso Penal Comentado. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015, p.242).

Nota del compilador: Sobre este punto se han identificado dos vertientes jurisprudenciales: la primera considera que la rebeldía del sentenciado constituye una causal para determinar que evadirá el cumplimiento de la pena mientras que la segunda estima que no se trata de una imposibilidad legal para conceder la pena sustitutiva del arresto domiciliario bajo monitoreo electrónico.

VIIIB1- Constituye una causal para determinar que evadirá el cumplimiento de la pena

N°2017-1386 de las catorce horas diez minutos, del diecisiete de noviembre de dos mil diecisiete del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José: *“En cuanto a la no sustitución de la sanción de prisión por la de arresto domiciliario con monitoreo electrónico, el Tribunal decide rechazarlo (ver a partir de la secuencia 00:17:01 del archivo audiovisual c0000170610000000.vgz). Para esto, consideraron los jueces que no se daba uno de los supuestos del artículo 57 bis del Código Penal que consiste en la certeza de que el sentenciado no evadirá el cumplimiento de la pena. Según indicó el juez relator, los hechos ocurrieron el 16 de abril de 2017, mismo día en el cual se efectuó la audiencia inicial y el juez que la presidió le concedió la libertad y le advirtió que debía presentarse a una audiencia que se llevaría a cabo el 26 de abril. No obstante, no lo hizo y fue declarado rebelde, ordenándose su captura, la cual se ejecutó el 16 de mayo de este mismo año. En ese lapso, no se presentó a justificar la razón por la que no llegó al tribunal de flagrancia, lo cual fue interpretado por el tribunal de instancia como un indicio unívoco de que su comportamiento va encaminado a evadir el cumplimiento de la sanción. Luego de examinar lo dicho, esta Cámara considera que no existe defecto alguno en la decisión del a quo. En primer lugar, es importante acotar que la sustitución de la pena por el arresto domiciliario con monitoreo electrónico no es ni un derecho del acusado, ni una obligación para el juez, siempre y cuando se motiven las razones por las que se deniega tal variación. Así lo dispuso el legislador en el artículo 57 bis del Código Penal, en el cual se autorizó al tribunal de sentencia que, de acuerdo con una serie de requisitos objetivos y subjetivos, y amparado en el principio de dignidad humana, pudiera considerarse que el sentenciado no tuviera que institucionalizarse para lograr su resocialización y rehabilitación. Así, el inciso 4 de la norma indicada supra, establece que el juzgador debe hacer una proyección de cómo*



será el comportamiento del imputado en la ejecución de la sanción, de tal forma que pueda tenerse la convicción de que no será un peligro (lo que podría entenderse como una protección para quienes fueron parte del proceso como denunciantes o testigos, pues interpretarlo distinto sería aplicar criterios de derecho penal de autor, los que no corresponden a un Estado democrático como el nuestro) y que no evadirá el cumplimiento de la pena. Ambos supuestos solo pueden obtenerse del análisis de la conducta del justiciable durante el proceso. En el presente caso, el Tribunal de juicio observó cómo se comportó el imputado durante el trámite de su causa, observando, con tino, que ante la primera oportunidad que tuvo, evadió la responsabilidad de presentarse ante los estrados judiciales para ser juzgado, lo que motivó la declaratoria de rebeldía y una orden de captura, medio coercitivo utilizado por el despacho para poder someter al encartado a juicio y de esta forma lograr los fines del proceso. Esta actuación de [Nombre 001] permite derivar que la contención requerida para cumplir la sanción es la institucionalización, ya que, voluntariamente se ha podido corroborar que no lo hará (en este mismo sentido, ver resolución número 1364, de las 13:00 horas del 15 de noviembre de 2017, emitida por esta Cámara de apelación). Por lo dicho, debe declararse sin lugar el reclamo”.

En el mismo sentido se puede ubicar la **Resolución N°2018-164** las trece horas treinta y cinco minutos del seis de abril de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago**.

N°2018-458 de las diez horas veintisiete minutos del veintiocho de setiembre de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago**: “*El inciso 4) del artículo 57 bis del Código Penal expresamente establece que además de los requisitos objetivos necesarios para que proceda el arresto domiciliario con monitoreo electrónico (pena inferior a 6 años de prisión, que el imputado sea delincuente primario, que no se trate de delincuencia organizada, delitos sexuales contra menores de edad o en delitos cometidos con armas de fuego), es necesario “4) Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena”.* En el presente asunto, si bien es cierto no hay elementos para señalar que el encartado es un peligro para la víctima o para la sociedad en general, sí existían elementos que debían ser tomados en cuenta por el tribunal en relación con la prognosis de cumplimiento de la pena por parte del encartado, situación que a diferencia de lo sostenido por el recurrente, tiene que ver con una situación procesal como es el cumplimiento de las medidas cautelares y el sometimiento del encartado al proceso. En este caso, tal como lo señala la sentencia impugnada, fue necesario decretar la rebeldía del encartado y dictar la prisión preventiva debido a que no fue ubicado en el domicilio que este aportó en su declaración indagatoria, lo que constituye un elemento importante para



determinar la posibilidad de cumplimiento de una pena que implica que el condenado cuente con un domicilio estable desde el cual efectuar el monitoreo electrónico”.

VIIIB2- No constituye una causal para determinar que evadirá el cumplimiento de la pena

Nota del compilador:. En esta segunda línea jurisprudencial se pueden mencionar las siguientes sentencias:

N°2018-452 las quince horas cuatro minutos del cinco de junio de dos mil dieciocho **del Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela**; y **N°2018-570** de las diez horas diecinueve minutos del catorce de diciembre de dos mil dieciocho **del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago**.

VIIIC- Gravedad de los hechos reprochados no es una causal para su denegatoria

N°2017-245 de las trece horas quince minutos, del veintiocho de febrero de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**: *“Esta Cámara estima que si lo que se pretendía con el resumen de los hechos demostrados, era justificar el rechazo de la sustitución de la pena por una supuesta gravedad en los hechos, ello es incorrecto, ya que la gravedad de los acontecimiento por la utilización de un arma blanca y la posterior búsqueda de la impunidad, son aspectos a considerar conforme a los incisos b) y f) del numeral 71 del Código Penal, pero no son impedimento para que proceda el arresto domiciliario con monitoreo electrónico. De esta forma, debemos atenernos a la letra de la ley (artículo 2 del Código Penal). Para mayor claridad, debe citarse, en lo que interesa, el artículo artículo 57 bis del Código Penal, el cual señala como requisitos para la imposición de la sanción sustitutiva de arresto domiciliario lo siguiente: "Al dictar sentencia, el juez tendrá la facultad de aplicarla, siempre que concurran los siguientes presupuestos: 1) Que la pena impuesta no supere los seis años de prisión. 2) Que no sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, según el artículo 2 de la Ley N.º 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, de 22 de julio de 2009, ni delitos sexuales contra menores de edad, ni en delitos en que se hayan utilizado armas de fuego. 3) Que se trate de un delincuente primario. 4) Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado*



se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena (...)". De acuerdo con el principio de legalidad, no podrían agregarse otras causales en detrimento de la sentenciada, sobre todo porque en la decisión impugnada no se argumentó que el motivo para no sustituir la sanción, sea que ella constituya un peligro o que evadirá el cumplimiento de la pena que son los únicos aspectos que la ley ordena ponderar y sin que el eventual riesgo para la ofendida o para su integridad física pueda valorarse porque nunca se imputó una tentativa de homicidio ni consta que efectivamente, la vida de ella se pusiera en peligro. Los presupuestos objetivos para la sustitución de la sanción, en apariencia, en este caso, se cumplen”.

VIIID-Ciclo de la violencia doméstica puede constituir un peligro para denegar el monitoreo

N°2018-157 de las once horas treinta minutos, del ocho de febrero de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**: “Esta Cámara observa que en el IV Considerando de la sentencia, se desarrolló el tema de la pena y, sobre el tema específico que se cuestiona, se consideró que, si bien el imputado cumple con la mayoría de los requisitos establecidos en el numeral 57 bis del Código Penal, no era posible sustituir la prisión por el arresto domiciliario con monitoreo electrónico dado que no cumple con el inciso 4) de dicha norma. En efecto, se determinó que de acuerdo con las circunstancias personales del enjuiciado, se desprende razonablemente que constituye un peligro y podría no cumplir con esta pena principal sustitutiva. Se valoró que el hecho de que en la actualidad conviva con la ofendida, no disipa tal riesgo, pues en esa relación de convivencia existe un ciclo de violencia doméstica que, precisamente, generó la imposición de medidas de protección a favor de ella, fueron incumplidas por el acusado y por ello fue condenado en la sentencia impugnada. Observa esta Cámara que esa decisión es correcta porque el imputado no solo representó un peligro para la víctima al incumplir las medidas de protección impuestas por una autoridad judicial, sino, también, porque se presentó e incendió la puerta de la casa de ella. Ante este panorama, mantener al encartado arrestado dentro del lugar donde habita la ofendida, que es precisamente, donde ha ejercido todas las acciones gravosas para ella y por las que está siendo condenado, sería venir a aumentar el peligro que ya de por sí es el imputado para la víctima, máxime que ese es el domicilio actual del sentenciado. En relación con las otras circunstancias mencionadas por el recurrente, en el sentido de que el imputado tiene trabajo (lo que acreditó con el documento citado) y una hija menor de edad, no son circunstancias que confrontadas con todo lo anteriormente expuesto, sean de recibo para variar lo resuelto. En consecuencia, esta Cámara avala la decisión adoptada en el fallo para no sustituir la pena de prisión por la solicitada por el impugnante, y por no observarse el yerro alegado, procede desestimar el reclamo”.



VIIIE-Arrepentimiento del endilgado no es requisito para el monitoreo

N°2018-642 de las dieciséis horas diez minutos del veintiuno de mayo de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**: *“Tal y como se observa, y lo reafirmó el representante del Ministerio Público cuando contestó el recurso en estudio, las juezas denegaron la sustitución de la pena de prisión por arresto domiciliario con monitoreo electrónico a partir de premisas incorrectas, entre las que señaló que no hubo arrepentimiento por parte de la encartada y que eso denotaba que no se había podido resocializar. Esto, de ninguna manera es un requisito estipulado en el artículo 57 bis del Código Penal, donde se contempla que el sentenciado debe enfrentar una sanción no mayor a los seis años de prisión, que el hecho no se haya cometido con la utilización de armas de fuego, que no se trate de los delitos descritos en el inciso 2) del numeral indicado, que se trate de una persona primaria y que de "acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena". Dentro de ninguno de estos requisitos, se encuentra la mención al arrepentimiento, por lo que denegar la sustitución a partir de este criterio, violenta los artículos 39 de la Constitución Política y 1 y 2 del Código Penal. Aunado a ello, esta Cámara, en pronunciamientos anteriores, ha referido que el hecho de que el imputado declare rechazando su responsabilidad, no puede ser una razón para perjudicar su situación jurídica”.*

En el mismo sentido: **N°2018-1386** de las catorce horas veintiséis minutos del cinco de octubre de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**.

VIIIF-Trabajo formal no es requisito para su imposición

N°2018-650 de las nueve horas veinticinco minutos del veintitrés de mayo de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**: *“En primer lugar, no comparte esta Cámara de Apelación que para la consideración de la sanción penal solicitada se le exija al acusado [...] mantener un trabajo formal, porque no solo esta no es una exigencia normativa, desde que la norma penal no establece que el beneficiado debe tener necesariamente un trabajo remunerado, sino únicamente que se pueden autorizar salidas restringidas por razones laborales, lo que, incluso, no excluye que pueda ser para*



que salga en busca de trabajo si no lo tiene, o para ejecutar labores ocasionales, desde que no se puede obviar que lo que se persigue es la reinserción social de la persona sentenciada”.

En el mismo sentido: **N°2019-279** de las once horas veinte minutos, del veintiuno de febrero de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.**



IX- Salidas restringidas

Art. 57 bis del Código Penal, párrafo tercero:

“[...] El juez competente podrá autorizar salidas restringidas por razones laborales, salud, educación u obligaciones familiares, previo informe rendido por el Instituto Nacional de Criminología”.

N°2017-691 de las nueve horas quince minutos, del nueve de junio de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**: *“La recurrente fundamenta su agravio en una errónea interpretación del artículo 57 bis del Código Penal que la lleva a considerar que el único juez competente para autorizar las salidas restringidas en el caso de imposición de la sanción penal de arresto domiciliario con monitoreo electrónico, es el juez sentenciador. Considera, además, de manera errónea, que el juez sentenciador, al imponer tal sanción penal, tiene la obligación de conceder y regular lo relativo a las salidas restringidas, aunque la defensa no haya hecho solicitud alguna en ese sentido. Para lograr una mejor exposición de que se resolverá, conviene referirse a las dos columnas sobre las que erige la recurrente su reclamo: (i) **Sobre el juez competente para autorizar las salidas restringidas en el caso de que se haya aplicado la sanción penal de arresto domiciliario con monitoreo electrónico.** Ciertamente una lectura aislada del artículo 57 bis del Código Penal, puede prestarse para confusión, pues no es claro en indicar a cuál juez se refiere como competente cuando dispone -en su último párrafo-, que: "El juez competente podrá autorizar salidas restringidas por razones laborales, salud, educación u obligaciones familiares, previo informe rendido por el Instituto Nacional de Criminología". Sin embargo, si se procede a realizar una interpretación conjunta y sistemática de la legislación vigente, la duda puede despejarse fácilmente. En primer lugar, el artículo 478 del Código Procesal Penal establece que "Las resoluciones judiciales serán ejecutadas, salvo disposición en contrario, por el tribunal que las dictó en primera o en única instancia. El tribunal de sentencia será competente para realizar la primera fijación de la pena o las medidas de seguridad, así como de las condiciones de su cumplimiento. Lo relativo a las sucesivas fijaciones, extinción, sustitución o modificación de aquellas será competencia del tribunal de ejecución de la pena". Esta disposición permite dar luz sobre las competencias que existen dentro del proceso penal y las que surgen durante el proceso de ejecución de la pena: el juez sentenciador impone la sanción penal y las condiciones de cumplimiento, pero el juez de ejecución también puede fijar nuevas condiciones de cumplimiento, extinguirlas, sustituirlas o modificarlas. Ahora bien, siendo más específicos, el reglamento que invoca la recurrente sobre la aplicación de los mecanismos alternativos al cumplimiento de la privación de libertad (número 40117-JP del Ministerio de Justicia) y que regula el tema del arresto domiciliario con monitoreo electrónico, señala en el artículo 6, lo siguiente: "El arresto domiciliario es una sanción que restringe la libertad personal y obliga a la persona*



*sentenciada a permanecer en su domicilio en las condiciones, días y horarios que establezca el tribunal en sentencia o el juzgado de ejecución de la pena. Las restricciones impuestas procurarán que la persona condenada pueda realizar un proceso de reinserción social efectivo" (El resaltado es suplido). A partir de una interpretación integral, se infiere que tanto el juez sentenciador como el juez de ejecución de la pena tienen competencia para establecer las condiciones para la ejecución de la sanción de arresto domiciliario con monitoreo electrónico. [...] Así, para que el juez autorice salidas, debe conocer, por ejemplo, aspectos como dónde labora o estudia el imputado, cuál horario tiene, dónde se ubica su centro de estudios o trabajo. (ii) **¿Tiene el juez sentenciador obligación de pronunciarse sobre salidas restringidas en arresto domiciliario con monitoreo electrónico, si no fue debida y expresamente solicitado por la defensa?** La impugnante considera que el juez tiene el deber de pronunciarse sobre este aspecto, aunque no haya sido solicitado. Olvida quien recurre, que esta pena, en general, necesita de la aquiescencia del imputado, como se desprende del artículo 2 de la Ley 9271 ya citada. De manera que, si el juez accede a imponer esa sanción, las condiciones de cumplimiento también debe solicitarlas la defensa. No resulta posible que el juez conozca de antemano cuáles son las necesidades del imputado para salir de su arresto domicilio. A manera de ejemplo, la defensa debe demostrarle al tribunal aspectos tales como: ¿quién es el patrono o cuál es su centro de estudios?, ¿dónde se ubica el lugar al que necesita trasladarse para estudiar o trabajar?, ¿cuál es el horario que cumple?, etc. El principio iura novit curia que invoca la petente, quiere decir que el juez conoce el derecho, pero no puede traducirse -como lo pretende la quejosa- en la obligación del juez de conocer las circunstancias personales del imputado y sus necesidades, con el fin de autorizar -sin la información pertinente y la solicitud expresa de la parte-, las salidas restringidas cuando impone una sanción de arresto domiciliario. En otras palabras: **el juez sentenciador no tiene la obligación de conceder salidas restringidas en arresto domiciliario con monitoreo, si no fue debida y expresamente solicitado por la defensa.** Lo anterior, debe interpretarse en el sentido de que tampoco podría el juez autorizar salidas de manera abstracta y genérica, cuando carece de la información que sólo la defensa y el imputado pueden proporcionarle. Debe recordarse que el dispositivo se coloca para seguimiento y control de cumplimiento de la sanción de arresto en el domicilio, de manera que, si la salida que se autoriza es totalmente amplia y sin delimitar con lugares y horarios, la pena se torna en una libertad sin vigilancia y control, pues el sentenciado podría trasladarse a cualquier lugar (incluso fuera del país) y al cualquier hora, lo que definitivamente no es lo que se pretende con la implementación de estos mecanismos. Resulta claro que se habrán circunstancias que el juez sentenciador no puede prever o bien, circunstancias nuevas o que presentarán variaciones de diversa índole cuyo conocimiento será entonces del juez de ejecución de la pena, al no poder ser anticipadas por el juez sentenciador”.*



X- Abreviado

“Se trata de un procedimiento especial, bilateral o multilateral, a través del cual, las partes pueden voluntariamente, suprimir ciertas fases del proceso ordinario – entre ellas el juicio – fijando los hechos y negociando la pena a imponer.” (Ronald Salazar Murillo. El juicio Abreviado: Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal., San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2003, pp.59).

Nota del compilador: Sobre este punto se han identificado dos vertientes jurisprudenciales: la primera considera que el acuerdo entre la defensa y el Ministerio Público debe respetarse y la segunda estima que la sustitución de la pena por el arresto domiciliario es una facultad del tribunal sobre la que las partes no pueden pactar. Por medio de sentencia **N°2019-740** de las doce horas y veinticinco minutos del veinticinco de mayo del dos mil dieciocho la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** unificó criterios inclinándose por la primera vertiente jurisprudencial.

XA- El acuerdo entre la defensa y el Ministerio Público respecto de la imposición -o no- del arresto domiciliario bajo monitoreo electrónico debe respetarse

N°2019-740 de las doce horas y veinticinco minutos del veinticinco de mayo del dos mil dieciocho la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:** *“Se unifica criterio en el entendido de que el tribunal de sentencia no está facultado para reemplazar de oficio la pena principal pactada por las partes en un abreviado, por el arresto domiciliario con monitoreo electrónico”.*

N°2017-312 de las nueve horas doce minutos, del diecisiete de marzo de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:** *“En primer término, debe indicarse que conforme al artículo 373 del Código Procesal Penal, se establece que para la procedencia del procedimiento abreviado en un proceso penal, debe existir la conformidad del Ministerio Público para su aplicación. Así, si el órgano fiscal no está de acuerdo en que*



se aplique tal procedimiento extraordinario, el mismo no puede siquiera tramitarse. En la especie, eso hubiere significado que el fondo del asunto se hubiese tenido que resolver en fase de juicio, lo cual no sucedió, precisamente, porque la defensa técnica y el encartado negociaron y estuvieron de acuerdo en con el ente fiscal en la aplicación de un abreviado, pactando la pena en el tanto de 3 años y 4 meses de prisión, siendo expresa la oposición del Ministerio Público en que se aplicara la pena alternativa de arresto domiciliario con monitoreo electrónico en el subjuice. Si el criterio de la defensa era el de optar por la sanción alternativa antes referida, pues no era dable aceptar el acuerdo antes apuntado, sin embargo, lo hizo, toda vez que el procedimiento abreviado implicó la imposición de una pena de prisión mucho menor a la mínima establecida en el artículo 213 del Código Penal para el delito de robo agravado. Debe precisarse, que lo que se discute en este asunto difiere de situaciones jurídicas relativas a la concesión de un beneficio en la manera de cumplir la pena de cárcel impuesta, así como de las potestades discrecionales que la ley concede al Tribunal Penal en caso de delitos tentados a efecto de rebajarla por debajo del mínimo previsto en el tipo penal. Es decir, no se equipara a lo referente al beneficio de ejecución condicional de la pena ni a la manera en que se sanciona la tentativa en materia penal, ello en virtud de que tanto la cárcel como el arresto domiciliario con monitoreo electrónico, son dos tipos de penas o sanciones distintas (no un beneficio), de modo que su aplicación en un abreviado dependerá, conforme a la normativa del artículo 373 de referencia, del acuerdo del Ministerio Público en tal sentido, sea en el tipo de sanción (cuando sea procedente alguna alternativa a la prisión) y en el monto de la pena, ya que, precisamente, lo que se negocia es el aspecto o consecuencia punitiva de la conducta ilícita acusada que es aceptada por la persona imputada sin necesidad de la realización de un juicio oral y público, lo cual se reitera que se distingue de la concesión de algún beneficio en la ejecución de la sanción, así como de la potestad discrecional de rebajarla en virtud de la existencia de una tentativa”.

N°2017- 389 de las ocho horas diez minutos, del treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José: *“En primer término, debe indicarse que conforme al artículo 373 del Código Procesal Penal, se establece que para la procedencia del procedimiento abreviado en un proceso penal, debe existir la conformidad del Ministerio Público para su aplicación. Así, si el órgano fiscal no está de acuerdo en que se aplique tal procedimiento extraordinario, el mismo no puede siquiera tramitarse. En la especie, eso hubiere significado que el fondo del asunto se hubiese tenido que resolver en fase de juicio, lo cual no sucedió, precisamente, porque la defensa técnica y el encartado negociaron y estuvieron de acuerdo con el ente fiscal en la aplicación de un abreviado, pactando la pena en el tanto de 8 años de prisión, aunque el Ministerio Público no se opuso a un rebajo adicional de ella por haber quedado el delito en grado de tentativa, siendo que así lo reconoce el propio impugnante. La oposición del Ministerio Público se dio con respecto a la imposición de una pena sustitutiva a la de prisión, ya que no fue parte del acuerdo. Si el criterio de la defensa era el de solicitar por la sanción alternativa antes referida, debió asegurarse que fuera parte del acuerdo pactado, puesto que la negociación*



abarca la pena. El procedimiento abreviado implicó la imposición de una pena de prisión mucho menor a la mínima establecida en el artículo 111 del Código Penal para el delito de homicidio simple en la modalidad de tentado. Debe precisarse, que lo que se discute en este asunto difiere de situaciones jurídicas relativas a la concesión de un beneficio en la manera de cumplir la pena de cárcel impuesta, así como de las potestades discrecionales que la ley concede al Tribunal Penal en caso de delitos tentados a efecto de rebajarla por debajo del mínimo previsto en el tipo penal. Es decir, no se equipara a lo referente al beneficio de ejecución condicional de la pena ni a la manera en que se sanciona la tentativa en materia penal, ello en virtud de que tanto la cárcel como el arresto domiciliario con monitoreo electrónico, son dos tipos de penas o sanciones distintas (no un beneficio), de modo que su aplicación en un abreviado dependerá, conforme a la normativa del artículo 373 de referencia, del acuerdo del Ministerio Público en tal sentido, sea en el tipo de sanción (cuando sea procedente alguna alternativa a la prisión) y en el monto de la pena, ya que, precisamente, lo que se negocia es el aspecto o consecuencia punitiva de la conducta ilícita acusada que es aceptada por la persona imputada sin necesidad de la realización de un juicio oral y público, lo cual se reitera que se distingue de la concesión de algún beneficio en la ejecución de la sanción, así como de la potestad discrecional de rebajarla en virtud de la existencia de una tentativa. Así las cosas, le asiste razón a la recurrente en cuanto a que la posibilidad de aplicar una pena sustitutiva a la prisión, cuando quepa ésta posibilidad, debe ser parte del convenio pactado, y dejar dicho extremo a criterio del juez, ya que lo resuelto, es éste caso, resultó sorpresivo para una de las partes. Además, la aplicación de una pena sustitutiva implicó una variación drástica del acuerdo pactado que permitió la aplicación del abreviado. Si la defensa tenía interés en la fijación de la pena alternativa debió negociar la previamente con el Ministerio Público, y si no había acuerdo, pues proseguir con el proceso ordinario y procurar su dictado en juicio. En ese sentido, máxime por la gravedad del delito acusado, tentativa de homicidio simple, es potestad del ente fiscal determinar si se considera procedente aceptar la fijación de una pena sustitutiva de la prisión como parte del acuerdo pactado. La aplicación efectiva de una pena sustitutiva como resulta ser el arresto domiciliario mediante monitoreo electrónico, es parte de los aspectos que deberá considerarse por el ente acusador, a la hora de conceder o no dicha posibilidad, ante los requerimientos de la defensa, con relación a los extremos del pacto convenido. Siendo que, la aplicación o no de una pena sustitutiva resulta un extremo esencial, que debe ser parte de una negociación, ya que su concesión o no, podría desmotivar o incentivar a cualquiera de las partes en el acuerdo”.

N°2018-159 de las once horas veintiocho minutos del veintiocho de febrero de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela:** “Con su recurso, la defensa pública soslaya los límites de la composición lograda con el Ministerio Público para obtener una reducción de pena con su patrocinado, y pretende que este Tribunal entre a conocer sobre la fundamentación de una pena sustitutiva respecto de la cual expresamente existió oposición del ente fiscal al pactar el procedimiento abreviado. Sobre el tema, este Tribunal de



Apelación de Sentencia Penal, ha sostenido en reiteradas ocasiones que el juez de juicio tiene la obligación de respetar el marco delimitado por las partes en relación con la pena pactada en un procedimiento abreviado. Esto significa que el ente jurisdiccional competente debe ceñirse a la pena negociada por aquellas partes y que, precisamente, es lo que se toma como base para optar por un abreviado, con la conformidad del Ministerio Público, y en su caso del querellante y la parte actora civil (artículo 373 del Código Procesal Penal). Dicho en otros términos, si la defensa ha solicitado una pena sustitutiva en un procedimiento especial como el que nos ocupa, pero el Ministerio Público la ha rechazado expresamente, el juez competente para el dictado de la sentencia no tiene la potestad para aplicarla. Lo contrario implicaría obviar el acuerdo que, precisamente, es la base del instituto de justicia compositiva en estudio. En síntesis, el arresto domiciliario con monitoreo electrónico, puede ser aplicado como pena sustitutiva en un procedimiento abreviado si (i) las partes lo han pactado expresamente, o bien (ii) si la defensa solicitó dicha sanción y el Ministerio Público no manifestó una oposición a la misma como condición para aceptar el procedimiento especial analizado. En estos casos la negociación o composición sobre la pena, es la que autoriza al juez a rebajar la pena de prisión, o incluso a imponer la sanción de arresto domiciliario con vigilancia electrónica, si se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos establecidos para la misma en el ordenamiento jurídico. En un procedimiento como el descrito, que tiene como base fundamental una composición sobre la pena a imponer, si no se ha convenido la aplicación de la sanción que sustituirá la de prisión, o si la representación fiscal se ha opuesto a la misma ante la petición de la defensa, entonces la potestad del juzgador queda limitada en el sentido de que no puede imponer de oficio una pena más beneficiosa, o menos restrictiva de la libertad de tránsito (y la de arresto domiciliario lo es), pues eso implicaría obviar, en contra del principio de igualdad de armas y de lealtad procesal, las atribuciones que la ley le asigna al ente acusatorio del Estado, o en su caso el querellante y el actor civil, llamados por Ley, en el caso concreto del procedimiento abreviado, a manifestar su conformidad también en relación con esta forma de sanción”.

En el mismo sentido: **N°2017-290** de las trece horas treinta minutos del veintisiete de abril de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela.**

N°2016-254 de las dieciséis horas veintidós minutos del veintiocho de abril de dos mil dieciséis del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago:** “Según lo considera ese Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, el juez de juicio tiene la obligación de respetar el marco trazado por las partes en relación con la pena pactada en un procedimiento abreviado. Esto significa que, salvo excepciones (como en el tema de los delitos tentados) el ente jurisdiccional competente debe ceñirse a la pena negociada por aquellas partes. De este modo, en aquellos casos en que, mediante el procedimiento indicado, no se ha solicitado la aplicación de una pena sustitutiva como la analizada, o bien en que la defensa la ha pedido pero el Ministerio Público no la ha aceptado, el juez no podrá aplicarla unilateralmente



porque ello implicaría obviar el acuerdo que, precisamente, suscitó el procedimiento en estudio, sobre todo en casos como el presente en que uno de los requisitos para aplicar el arresto domiciliario con vigilancia electrónica (como lo es el monto de pena impuesto, inferior a los seis años de prisión) se suscita o emerge precisamente de un convenio con el Ministerio Público, en el que no se consideró aquella sanción alterna. La sanción sustitutiva de la prisión, consistente en el arresto domiciliario con monitoreo electrónico, puede ser aplicada por el Tribunal en un procedimiento abreviado en el tanto que las partes la hayan pactado expresamente, o bien si la defensa la solicitó y el Ministerio Público no manifiesta oposición a la misma. En estos casos la negociación de una pena sustitutiva, más beneficiosa para el sindicado incluso que la sanción de prisión con la reducción de un tercio, es la que autorizaría al juez a rebajar la condena de prisión, o incluso a imponer la sanción de arresto domiciliario con vigilancia electrónica, si se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos establecidos para la misma en el ordenamiento jurídico. De manera que, así se reitera, en un procedimiento como el descrito, que tiene como base fundamental una composición sobre la pena a imponer, si no se ha convenido la aplicación de la sanción que sustituirá la de prisión, o si la representación fiscal se ha opuesto a la misma ante la petición de la defensa, entonces la potestad del juzgador queda limitada en el sentido de que no puede imponer de oficio una pena más beneficiosa, o menos restrictiva de la libertad de tránsito (y la de arresto domiciliario lo es), pues eso implicaría obviar, en contra del principio de igualdad de armas y de lealtad procesal, las atribuciones que la ley le asigna al ente acusatorio del Estado, o en su caso el querellante y el actor civil, llamados por Ley, en el caso concreto del procedimiento abreviado, a manifestar su conformidad también en relación con esta forma de sanción. En lo que respecta al procedimiento abreviado, la potestad jurisdiccional para la fijación de la pena, en general, está trazada claramente por los límites que le impone la composición entre partes acerca de los márgenes de aquella, lo cual también incluye las penas de naturaleza sustitutiva o alternativa, ya que sostener lo contrario implicaría negar la naturaleza compositiva misma del procedimiento aludido”.

XB- Monitoreo: Una facultad exclusiva del juzgador sobre la que las partes no pueden pactar

Nota del compilador: En esta segunda línea jurisprudencial se pueden mencionar las siguientes sentencias:

N°2016-452 de las trece horas cincuenta y dos minutos del veintiséis de julio de dos mil dieciséis; **N°2016-451** de las trece horas cuarenta y seis minutos del veintiséis de julio de dos mil dieciséis; **N°2016-371** de las once horas cincuenta y dos minutos del catorce de junio dos mil dieciséis, las tres **del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer**



Circuito Judicial Cartago; N°2018-556 de las once horas quince minutos del siete de mayo de dos mil dieciocho; **N°2018-1391** de las diez horas veinte minutos del ocho de octubre de dos mil dieciocho; **N°2018-899** de las trece horas treinta minutos, del nueve de julio de dos mil dieciocho **N°2017-1202** de las catorce horas veinticinco minutos, del veintinueve de setiembre de dos mil diecisiete; **N°2017-474** de las diez horas cincuenta minutos del veintiséis de abril de dos mil diecisiete; las últimas cinco del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.**



XI- Los tribunales de apelación de sentencia no pueden sustituir directamente la prisión por el monitoreo y deben ordenar el reenvió

N°2016-340 de las nueve horas y treinta minutos del veintidós de abril del dos mil dieciséis de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:** *“La regulación moderna sobre el recurso de apelación, en su inteligencia ha prohijado el derecho real de controlar tanto el juicio, como la sentencia pronunciada y así lo ha entendido la Sala. Empero, esas potestades amplias no pueden restringir el ejercicio recursivo de aquella parte que quedó conforme con el fallo del ad quo, sintiéndose lesionado con el del superior, puesto que si la naturaleza del fallo es modificatoria, se produciría una suerte de imposibilidad recursiva para el vencedor satisfecho en primera instancia. En ese punto, debe cuidarse el proceso, puesto que entender las facultades del Tribunal de Apelaciones como ilimitadas cuando de conocer en grado se trata, puede quebrantar derechos fundamentales de las partes, desnaturalizándose el instituto de la actual. Al respecto, esta Cámara ha sido de una línea reiterada y clara, indicando que: “Como ya se ha señalado por la amplia doctrina y jurisprudencia que precedieron la modificación legal que, en aras de garantizar una instancia de alzada para las sentencias penales en Costa Rica, se operó mediante la ley 8837 del 3 de mayo del 2010, esta es una posibilidad para todas las partes, y no de carácter unilateral. De manera que si alguna o todas no están conformes con lo resuelto, puedan apelar y discutir nuevamente el punto. Sin embargo, ello no es posible si, por mérito del recurso interpuesto por una de ellas, el tema es decidido en única instancia por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, sin que la parte que no impugnó pueda acudir a otra instancia, dado el carácter extraordinario de nuestra casación. Esto implicaría que la doble instancia es únicamente viable, en el caso concreto, para quien quedó inconforme con la decisión de primera instancia, mas no para quien quedó conforme con ella y luego se vio insatisfecho por lo dispuesto en alzada, lo cual no podría discutir ni a su vez impugnar. Siendo así, lo que se ha debatido en los diversos foros es si la apelación de sentencia tiene el carácter de cierre únicamente en cuanto es confirmatorio o si también cuando es modificatorio, siendo que, por las razones antes dichas, lo correcto es la primera solución, o sea cuando es un cierre confirmatorio. En los casos en que no se confirme y halle algún motivo de nulidad, lo que cabe, en resguardo de los derechos igualitarios de las partes procesales, es declarar la irregularidad, dejando sin efecto lo decidido y ordenando el reenvío, como debió haberse hecho en este asunto. En consecuencia de todo lo antes dicho, debe acogerse el reparo planteado por la representante del Ministerio Público. Se decreta la nulidad de la fijación sancionatoria hecha en la resolución venida en casación.” (Cfr. Res: 2015-01552. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las diez horas y nueve minutos del veintisiete de noviembre del dos mil quince). Así las cosas, dado que esta Cámara constata que el Ad quem se excedió en sus competencias, corresponde declarar*



con lugar el motivo presentado por el órgano fiscal. Se ordena la nulidad de la fijación sancionatoria y el reenvío del expediente para su sustanciación”.

N°2016-340 de las nueve horas y treinta minutos del veintidós de abril del dos mil dieciséis de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**: *“Es indiscutible que la Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal puede beneficiar al sentenciado y que su derecho es disfrutar de todo aquello que le favorezca, lo que sucede es que no correspondía al Tribunal de Apelación imponer de manera directa la condena, según se expuso en el Considerando II, pues al igual que la prisión ordenada inicialmente, la vigilancia con mecanismos electrónicos es una pena. En el caso, correspondía que el Tribunal de Apelación anulara el fallo y lo reenviara al inferior para una nueva sustanciación”.*

En igual sentido: **N°2016-747** de las diez horas y nueve minutos del veinte de julio del dos mil dieciséis de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**.



XII- Imposibilidad de alegar en sede de casación la imposición del monitoreo con brazaletes electrónicos si no se recurrió en apelación (prohibición de la casación “per saltum”)

N°2017-692 de las diez horas y dieciséis minutos del once de agosto del dos mil diecisiete de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:** *“El defecto alegado corresponde a uno de los supuestos previstos por la normativa procesal penal para la interposición del recurso de casación y la impugnante expone las razones por las que considera que el artículo 57 bis del Código Penal fue mal aplicado y las consecuencias perjudiciales que de ello derivan para su defendido. [...] Pese a ello se advierte que el agravio que ahora se presenta no fue planteado en sede de apelación de sentencia, lo que inhibe la posibilidad de conocerlo en esta fase. Al respecto [...] (Sala Tercera, 2014-1904, a las 11:33 horas, del 10 de diciembre del 2014)”.*



XIII- Índice

I-Pena sustitutiva	1
II-Domicilio	4
III-El juzgador debe fundamentar su imposición o rechazo	7
IV-La defensa tiene la carga de la prueba de que el encausado cumple los requisitos para su imposición	9
VA- Se pueden sustituir penas de hasta seis años de prisión	10
VB-Inexistencia de agravio si el juez no valoró su imposición cuando el extremo mínimo de la pena no lo permite	10
VI-Utilización de armas de fuego	12
VIA-Objeto que aparenta ser un arma de fuego	12
VIB-Arma de juguete	13
VIC-Arma que dispara proyectiles no letales	14
VID-Utilización de armas blancas y delitos que lesionan la integridad física	15
VII-Condición de primario	17
VIIA-Condición de primario	17
VIIIB-Antecedentes penales en el extranjero	18
VIIIC-Prisión preventiva del enjuiciado por otra causa no es motivo para denegarla	19
VIIID-Sentencia por otro delito posterior a los hechos reprochados	20
VIII-Circunstancias personales del condenado	22
VIIIA-No es indispensable un estudio técnico que dictamine que el encartado no constituye un peligro para la sociedad o evadirá la pena	22
VIIIB-Rebeldía del endilgado	23
VIIIC-Gravedad de los hechos reprochados no es una causal para su denegatoria	26
VIIID-Ciclo de la violencia doméstica puede constituir un peligro para denegar el monitoreo	27
VIIIE-Arrepentimiento del endilgado no es requisito para el monitoreo	28
VIIIF-Trabajo formal no es requisito para su imposición	28
IX-Salidas restringidas	30
X-Abreviado	32
XA- El acuerdo entre la defensa y el Ministerio Público respecto de la imposición -o no- del arresto domiciliario bajo monitoreo electrónico debe respetarse	32
XB-Monitoreo: Una facultad exclusiva del juzgador sobre la que las partes no pueden pactar	36
XI-Los tribunales de apelación de sentencia no pueden sustituir directamente la prisión por el monitoreo y deben ordenar el reenvío	38
XII-Imposibilidad de alegar en sede de casación la imposición del monitoreo con brazalete electrónico si no se recurrió en apelación (prohibición de la casación	40
XIII-Índice	41