



Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

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

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

Ministerio Público, Costa Rica



EL PRESENTE BOLETÍN está dirigido a fiscales y fiscalas del Ministerio Público y tiene como finalidad exclusiva el servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. Sin embargo, no debe interpretarse que el Ministerio Público necesariamente comparte los criterios jurídicos vertidos en los votos referidos. Periódicamente se enviará también una actualización de los índices numéricos, alfabéticos o temáticos respectivos. **SE ADJUNTA EL VOTO COMPLETO** con las restricciones establecidas en la ley N° 8968, Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y en el “Reglamento de actuación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial (Ley No. 8968)” (Circulares N° 193-2014 y 88-2016). Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **58**
2016

RESOLUCIÓN

Resolución N°: **2015-01526**

Órgano emisor: Sala de Casación Penal

Fecha resolución: 27 de noviembre del 2015

Recurso de: Casación



UNIFICA CRITERIOS

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

- ⇒ **Descriptor:** **Consumación y tentativa en los delitos contra el patrimonio**
- ⇒ **Restrictor :** Disponibilidad del bien

SUMARIO

- En los delitos contra el patrimonio, el ilícito se consuma cuando el sujeto activo tiene la posibilidad de disponer del bien con independencia de la proximidad temporal y espacial entre la sustracción y la detención del autor.

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

“Se mantiene como criterio unificador que en casos de delitos contra la propiedad, el ilícito se consuma cuando el agente ha tenido la posibilidad de disponer del bien

mueble, desapoderado a la víctima, con independencia de la proximidad espacio temporal entre la sustracción, la detención del autor y la recuperación de los bienes”.

VOTO INTEGRO N°2015-01526, Sala de Casación Penal

Res: 2015-01526. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas y treinta y cinco minutos del veintisiete de noviembre del dos mil

quince. Recurso de Casación, interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001]; por el delito de Hurto Simple, cometido en perjuicio de Supermercado [Nombre 002].





Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Doris Arias Madrigal, María Elena Gómez Cortés y Rafael Ángel Sanabria Rojas, éstos últimos en condición de Magistrados suplentes. También intervienen en esta instancia, Jeimmy Alfaro Araya, en su condición de Defensora Pública del encartado. Se apersonó el representante del Ministerio Público.

Resultando: 1. Mediante sentencia N° 2015-00405, dictada a las catorce horas y cincuenta minutos del veinticuatro de junio del dos mil quince, el Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, sede San Ramón, resolvió: **“POR TANTO:** Se declara con lugar el primer motivo del recurso de apelación de sentencia promovido a favor de [Nombre 001]. En consecuencia, se enmienda directamente el vicio conforme a la ley aplicable y se revoca parcialmente la resolución venida en alza, declarando a [Nombre 001] autor responsable del delito de hurto simple en grado de tentativa en perjuicio de supermercado [Nombre 002], por el que se le impone la pena de cinco días de prisión. En todo lo demás, el fallo impugnado permanece incólume. Por innecesario, se omite pronunciamiento en cuanto al segundo motivo de impugnación. **NOTIFIQUESE. David Fallas Redondo Alberto Alpízar Chaves José Alberto Rojas Chacón Jueces de Apelación de Sentencia”** (sic). 2. Contra el anterior pronunciamiento, la licenciada Marcela Araya Rojas, Representante del Ministerio Público, interpuso Recurso de Casación. 3. Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso. 4. En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes. Informa el **Magistrado Ramírez Quirós** ; y,

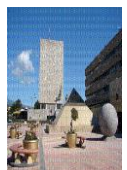
Considerando: I.- En escrito visible de folios 50 a 59 del expediente, la licenciada Marcela Araya Rojas, en su condición de representante del Ministerio Público, interpone recurso de casación contra la resolución número 2015-00405, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera, a las catorce horas cincuenta minutos, del veinticuatro de junio del dos mil quince.

II.- Mediante resolución N° 2015-01192, de las nueve horas y veintidós minutos, del dieciocho de setiembre de dos mil quince, esta Sala admitió para su trámite, los dos motivos del recurso de casación formulado por la representante fiscal, ambos por la existencia de precedentes contradictorios. De seguido se procede con el conocimiento de fondo del recurso y se emite la decisión que corresponde a derecho de acuerdo con los fundamentos de la presente resolución.

III.- En el **primer motivo** del recurso de casación admitido, se acusa que existen precedentes jurisprudenciales contradictorios entre lo dictado por el fallo recurrido, y las resoluciones número 2012-228, de las 13:35 horas, del 30 de marzo de 2012, del Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, la número 2011-455, de las 14:25 horas, del 14 de abril de 2011 y el voto número 2011-711, de las 11:30 horas, del 10 de junio de 2011, ambos del otrora Tribunal de Casación Penal de San José; y por último, lo resuelto por la Sala Tercera en su voto 2013-1742, de las 09:30 horas, del 03 de diciembre de 2013. En dichos precedentes, se resolvió que los delitos contra la propiedad se consuman cuando la víctima pierde la posibilidad de disponer el bien y éste se saca de la esfera de

custodia, por lo que se afecta de esa manera el bien jurídico tutelado, lo anterior, independientemente de la proximidad espacial y temporal con que los bienes fueron recuperados o si intervinieron terceros para la detención del imputado. Dicho criterio se contrapone a lo resuelto por el Tribunal de Apelación en el voto que se recurre al considerar que, a pesar de que el bien fue sacado de la esfera de custodia de la ofendida - propiamente, del supermercado de su propiedad- y que ésta ya no tenía ninguna posibilidad de ejercer actos de posesión sobre el bien, el hurto no se consumó porque, en su opinión, el imputado no pudo disponer del objeto sustraído ilegítimamente antes de ser detenido a setenta y cinco metros del lugar por oficiales de la Fuerza Pública. Por ese motivo, según el cuadro fáctico que se tuvo por acreditado, consideró que el Tribunal de Apelación se equivocó en la calificación jurídica otorgada a los hechos, al tener por configurado un delito de hurto simple en grado de tentativa y no consumado, como lo dispuso el *a quo*. Insta a que se deje sin efecto la calificación de los hechos otorgada en apelación de sentencia, manteniendo la emitida por el Tribunal de Flagrancia sentenciador.

El motivo se declara con lugar. El reclamo sobre el cual la impugnante construye su queja en cuanto que existe contradicción entre lo que resolvió el fallo recurrido y los citados precedentes en el escrito de casación, tiene que ver con el tema de cuándo se considera que un delito contra la propiedad -hurto simple en este caso-, es consumado o bien, es tentado, el cual ha sido abordado en innumerables ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala. Al respecto, esta Cámara apuntó en su resolución número 628, de las 10:15 horas, del 31 de julio de 2003 lo siguiente: *“...la jurisprudencia de esta Sala, han establecido que tanto en el hurto —en sus diversas modalidades— como en el robo —simple o agravado— para fijar el momento consumativo, debe seguirse la teoría de la disponibilidad, en virtud de la cual, el delito se entiende consumado cuando aparte del desapoderamiento de bienes al ofendido, se logra su apoderamiento por parte del agente. Esto quiere decir, que para que el robo se estime consumado, el agente activo no sólo debe haber sustraído la cosa mueble de la esfera de custodia de su tenedor, poseedor o propietario, sino que además, debe haber quedado en capacidad de ejercer actos efectivos de posesión sobre el bien.... Precisamente, esa posibilidad de disponer, significa asumir un poder de hecho respecto al objeto sustraído, que confiere al nuevo tenedor condiciones efectivas para conservarlo, dañarlo, venderlo, cambiarlo, o perderlo, entre otras formas comunes de disposición...”*. También ha dicho al respecto que: *“No existe tentativa en todos los casos en que exista proximidad espacial y temporal entre la sustracción y la detención de los autores del ilícito, ni siempre que se logren recuperar los bienes en forma expedita, existe tentativa. Sobre el iter criminis en delitos contra la propiedad existe abundante producción doctrinaria y jurisprudencial, y en este punto, se han ensayado varias teorías para definir el momento a partir del cual el delito se estima consumado. En este sentido ha analizado esta Sala: “...Para determinar si hubo robo consumado o no, es necesario examinar si el desapoderamiento se perfeccionó. Este ha sido entendido de diversas maneras por la doctrina. En general se acepta que implica no solamente la pérdida de poder de parte de la víctima, sino la adquisición de ese poder de parte del autor para llegar a disponer de la cosa. Los tribunales se han preocupado por delimitar cuándo acontece la consumación del*





delito, y han adoptado la denominada teoría de la disponibilidad. Si el autor ha tenido la posibilidad de disponer de la cosa, el delito se consuma. La jurisprudencia dominante se inclina por calificar como robo agravado consumado, cuando el autor del hecho tuvo la posibilidad de disponer del bien, aún cuando se le persiga después del hecho, pero como delito tentado cuando se inicia la persecución desde el momento de apoderamiento, sin que el sujeto haya tenido la posibilidad de disponer del bien. En este sentido La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, V-179-F, de las 9:55 Hrs. del 23 de abril de 1993...” (N° 185 de las 9:15 horas del 26 de abril de 1996). Si bien en algunos casos en que se ha detenido al sujeto activo y se ha logrado recuperar la totalidad de los bienes a poca distancia del sitio donde ocurrió el robo, también se ha estimado que existe tentativa, al estimarse que no existió disponibilidad, debe hacerse hincapié en que dicho concepto debe entenderse como posibilidad de disponer de los bienes, y no disponibilidad efectiva, porque ello sería llevar demasiado lejos los límites de la consumación, confundiéndola con la fase de agotamiento, de acuerdo al plan ideado por el autor.” (Sala Tercera, Res. N° 2007-00639, 10:50 horas, del 08 de junio de 2007). También se ha reflexionado en los siguientes términos: “El tipo penal de Robo simple dispone que: El que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido con las siguientes penas.. (artículo 212 del Código Penal). Resulta claro que en este tipo penal (al igual que en el Hurto) el núcleo de la acción es el apoderamiento, entendido como la acción y efecto de apoderar o apoderarse (Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Espasa Calpe S.A., 1992, pág. 119). En la primer sentencia citada, V-519-F de 1995, entre otras cosas, se indican cuales son los sentidos que históricamente se han asignado al concepto de apoderamiento: el tocar (adtrectare), mover (amotio), quitar la cosa de la esfera de custodia de la víctima (ablatio), ponerla en lugar seguro (illatio), criterios que han sido empleados para determinar cuando se tiene por cometido el delito, de modo que según se adopte uno u otro, la tentativa se desplaza al momento inmediato anterior. Sin embargo esta Sala ha considerado que el hecho de apoderarse de una cosa mueble no se reduce simplemente a tocarla o moverla o quitarla de la esfera de custodia de la víctima o ponerla en un lugar seguro, pues el sentido común que se asigna a la palabra apoderarse es el de hacerse alguien... dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder (Real Academia Española: Op. cit., pág. 119). Que el autor de este delito se apodere de la cosa implica necesariamente que el ofendido se vea desapoderado de ella, pues solamente así se lesiona el concreto bien jurídico tutelado en esa norma (a saber, la posibilidad exclusiva de realizar actos materiales de disposición sobre la cosa que se posee o tiene). Hay desapoderamiento cuando el autor logra desposeer, despojar a alguien de lo que tenía o de aquello de que se había apoderado (Real Academia Española, Op. cit., pág. 489), es decir, hay apoderamiento y desapoderamiento cuando la acción del agente impide que el ofendido ejerza sobre la misma sus poderes de disposición o hacer efectivas sus facultades sobre la cosa, porque ahora es el autor quien puede someter la cosa al propio poder de disposición. Por eso esta Sala, considerando el bien jurídico tutelado, alude al criterio o teoría de la disponibilidad para determinar la consumación del delito cuando el autor logra colocar la cosa mueble en orden o situación o condición conveniente para deliberar, determinar o

mandar libremente lo que ha de hacerse con ella, ya sea ejercer facultades de dominio, enajenarla, gravarla, poseerla o disfrutarla (cfr. las voces disponer y disponibilidad en Real Academia Española: Op. cit., pág. 539). De lo que se lleva expuesto resulta oportuno insistir en que no basta con el apoderamiento material para que se configure el delito sino que es necesario que se opere el desapoderamiento: si el sujeto pasivo, luego de que el agente se apodera de la cosa, conserva alguna posibilidad de disponer de la cosa, quiere decir que ésta no ha sido sacada de su dominio y que, por lo tanto, no se ha consumado el desapoderamiento. Por ello es que en la resolución citada por el recurrente se dice que, de acuerdo a esta teoría, en la dinámica de los delitos de Hurto y Robo pueden distinguirse hipotéticamente tres estadios de ejecución conforme a la teoría del delito: i) el iniciar la ejecución del delito sin llegar a apoderarse de la cosa (tentativa); ii) el apoderamiento material de la cosa sin que de el desapoderamiento -lo que excluye la disponibilidad-, porque se sorprende in fraganti al autor al momento en que se apodera de la cosa o -sin solución de continuidad- se le persigue ininterrumpidamente por parte de la fuerza pública, el ofendido o un grupo de personas, y se le detiene, recuperando íntegramente la totalidad de los bienes (delito frustrado); y iii) el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, aunque sea momentánea (delito consumado).” (Resolución número 348-F-96 de las 14:25 horas del 18 de julio de 1996. En esta misma línea ver resoluciones 0477-01 de las 8:48 horas del 25 de mayo del 2001; 525-03 de las 9:05 horas del 27 de junio del 2003, y más recientemente, la 0049-05 de las 9:35 horas del 4 de febrero y la 637-05 de las 12:00 horas del 17 de junio, ambas del año 2005, y la 0086-06 de las 15:10 horas del 13 de febrero del 2006, entre otras). (Sala Tercera, Res. N° 2013-01742, 09:30 horas, del 03 de diciembre del 2013). En jurisprudencia de reciente data, ante un caso por precedentes contradictorios similar al que nos ocupa, se aplicó la denominada Teoría de la Disponibilidad para examinar, según el caso en particular, si el desapoderamiento se perfeccionó. Al respecto, se indica: “... se ha adoptado la denominada Teoría de la disponibilidad, la cual consiste en que si el autor ha tenido la posibilidad de disponer de la cosa, el delito se consuma. Incluso, aún cuando se le persiga después del hecho. Se ha hecho hincapié que la disponibilidad debe entenderse como posibilidad de disponer de los bienes, y no disponibilidad efectiva, porque ello sería llevar demasiado lejos los límites de la consumación, confundiéndola con la fase de agotamiento, de acuerdo al plan ideado por el autor. (En este sentido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, V-179-F, del 23-4-1993, 185 del 26-4-1996, 628, del 31-7-2003 y, 639-2007 del 8-6-2007).” (Sala Tercera, Res. 2015-00483, nueve horas y dos minutos del ocho de abril del dos mil quince). Tomando en consideración las anteriores reflexiones, conviene establecer si el Tribunal calificó correctamente los hechos que se tuvieron por ciertos. La sentencia número 99-2015, de las 19:30 horas, del siete de abril del 2015, acreditó el siguiente marco fáctico: “El 18 de marzo de 2015, aproximadamente a las 16 horas cincuenta minutos, al negocio afectado Súper M y M, ubicado en avenida 0, calles 3 y 5 de Alajuela, propiamente frente al antiguo cine Futurama, se presentó el acusado [Nombre 001], quien sin ejercer fuerza ni violencia alguna tomó de la una estantería (sic) una barra de jabón dove que se encontraba dentro de caja blanca con azul, valorada en 975 colones, y se la introdujo en la bolsa delantera izquierda de su





pantalón. Posteriormente, el acusado salió del lugar sin cancelar el jabón del cual se apoderó ilícitamente. Sin embargo, el imputado fue detenido a unos setenta y cinco metros al oeste del negocio, por miembros del Departamento de Inteligencia Policial de la Fuerza Pública (sic) que lo observaron cometiendo el hecho, lo interceptaron, lo detuvieron y le decomisaron el bien." (folio 35). El Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera, acogió el recurso de apelación que formuló la defensora pública del acusado [Nombre 001], indicando en lo medular, que la circunstancia específica de la vigilancia policial que fue objeto del encartado cuando sustrajo el bien del local comercial, evidencia que el hecho es tentado y no consumado. En sustento de lo anterior, dijeron: "...aún cuando la barra de jabón fue extraída de la esfera de custodia de la ofendida (la señora [Nombre 003], encargada del negocio), lo cierto es que el acusado no logró tener la posibilidad de disponer el bien, pues fue observado por oficiales de la Fuerza Pública ejecutando el hecho. El que no fuera finalmente posible disponer del mencionado objeto evita que se configure el apoderamiento ilegítimo que exige el ordenamiento jurídico para tener por consumado el hurto simple" (folio 47 frente). Según lo anterior, el Órgano *ad quem* estimó que el delito resultó en tentativa porque el endilgado no tuvo la posibilidad de disponer del objeto, en razón de que la policía lo observó ejecutando el hecho, siendo posteriormente detenido a la distancia indicada. Sin embargo, la motivación del fallo incurrió en error al apreciar dicha circunstancia pues aunque la policía observó al encartado coger el bien y salir del sitio sin cancelarlo, se omite considerar que [Nombre 001] no sólo desapoderó del objeto a la ofendida; también contó con la posibilidad de disponer del mismo pues se marchó del lugar y aunque fuera perseguido por la policía y detenido a setenta y cinco metros del Supermercado, con el bien sustraído aún en su poder, ello no exime que contara con la posibilidad de destinarlo para lo que quisiera. Si no lo hizo, no puede concluirse que falló esa posibilidad, pues estuvo presente desde el momento que lo obtiene, lo saca de la esfera de custodia de la afectada y se marcha del lugar, siendo que su posterior detención y recuperación del bien es un aspecto distinto que no impide su consumación. Aunque el justiciable fuera aprehendido a menos de cien metros, no constituye un obstáculo para su acreditación, pues conforme lo ha señalado también esta Sala, la detención en flagrancia no representa obstáculo para considerar consumado el ilícito (sobre el particular, está la Res. N° 2009-01533, de las 15:20 horas, del 11 de noviembre del 2009). Llama la atención que el mismo fallo de segunda instancia admite que el imputado logra sacar el bien de la custodia de la agraviada -pues salió del establecimiento comercial-; no obstante, concluye que es tentado porque al final de cuentas, el enjuiciado no pudo finalmente disponer del mismo. El fallo recurrido deja ver entonces que el hecho es tentado si el autor no dispuso de forma real y efectiva del bien sustraído, al ser detenido por la Fuerza Pública a corta distancia del lugar y en un breve espacio de tiempo luego de ocurrida la sustracción, argumento que resulta opuesto al criterio que mantiene esta Sala, al establecer que la disponibilidad debe entenderse como posibilidad de disponer del bien hurtado y no como disponibilidad efectiva, como lo ha sostenido la jurisprudencia casacional. Por tanto, la solución de este caso es la que aplicó el *a quo* al establecer que se trata de

un delito de hurto simple consumado, pues tal y como se tuvo por demostrado, la ofendida perdió la posibilidad de disponer del bien sustraído, al ser desposeída del mismo por un espacio temporal breve, desapoderamiento que, aún catalogándose de momentáneo, resultó suficiente para llegar a la fase de consumación dentro del *iter críminis*, al contar el acriminado con la posibilidad, aunque breve, de disponer de alguna forma del bien en ese espacio temporal, sin que resulte relevante que fuera detenido a escasos setenta y cinco metros del local todavía con el bien en su poder. En consecuencia, se declara con lugar el primer motivo del recurso de casación formulado por la representante del Ministerio Público, se anula el fallo 2015-00405 de las 14:50 horas del 24 de junio del 2015, dictado por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera, que declaró al imputado [Nombre 001] autor responsable de un delito de hurto simple en grado de tentativa; en su lugar, se confirma la sentencia condenatoria número 99-2015, de las diecinueve horas con treinta minutos del siete de abril del dos mil quince, dictada por el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, que declaró a [Nombre 001] autor responsable de un delito de hurto simple consumado (se corrige el error material al referir que es un delito de hurto agravado) y le impuso la pena de dos meses de prisión. En atención a lo resuelto, se omite pronunciamiento en cuanto al segundo motivo del recurso, por carecer de interés su resultado. Se mantiene como criterio unificador que en casos de delitos contra la propiedad, el ilícito se consuma cuando el agente ha tenido la posibilidad de disponer del bien mueble, desapoderado a la víctima, con independencia de la proximidad espacio temporal entre la sustracción, la detención del autor y la recuperación de los bienes.

Por Tanto:

Se declara **con lugar** el primer motivo de casación formulado por la representante del Ministerio Público, se anula el fallo 2015-00405 de las 14:50 horas del 24 de junio del 2015, dictado por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Primera, que declaró al imputado [Nombre 001] autor responsable de un delito de hurto simple en grado de tentativa; en su lugar, se confirma la sentencia condenatoria número 99-2015, de las diecinueve horas con treinta minutos del siete de abril del dos mil quince, dictada por el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, que declaró a Mena Soto autor responsable de un delito de hurto simple consumado (se corrige el error material de que es un delito de hurto agravado) y le impuso la pena de dos meses de prisión. En atención a lo resuelto, se omite pronunciamiento en cuanto al segundo motivo del recurso, por carecer de interés su resultado. Se mantiene como criterio unificador que en casos de delitos contra la propiedad, el ilícito se consuma cuando el agente ha tenido la posibilidad de disponer del bien mueble, desapoderado a la víctima, con independencia de la proximidad espacio temporal entre la sustracción, la detención del autor y la recuperación de los bienes. **Notifíquese- Carlos Chinchilla S., Jesús Alberto Ramírez Q., Doris Arias M., María Elena Gómez C. Magistrada suplente, Rafael Ángel Sanabria R. Magistrado suplente.**

