



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, 5° piso.

Ministerio Público, Costa Rica



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

N° **70**
2017

RESOLUCIÓN

Resolución N°: **2017-651**

Órgano emisor: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Goicoechea

Fecha resolución: 31 de mayo del 2017

Recurso de: Apelación penal

DESCRIPTOR / RESTRICTOR

⇒ **Descriptor 1:** **Desistimiento**

⇒ **Restrictor 1:** Distinción entre desistimientos involuntario y voluntario

⇒ **Descriptor 2:** **Tentativa**

⇒ **Restrictor 2:** Tentativa fracasada

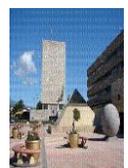
SUMARIOS

- **Sumario #1:** El desistimiento voluntario es motivado por razones éticas (arrepentimiento, sentimiento de culpa u otros), mientras que el involuntario lo es por motivos interesados (miedo a la sanción, a la realización del delito o sus consecuencias, imposibilidad de obtener la ventaja patrimonial, entre otros supuestos).
- **Sumario #2:** La tentativa fracasada se produce cuando el agente reconoce que el fin perseguido con su acción es inalcanzable.

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

Distinción entre desistimiento involuntario y voluntario

"Recuérdese que el presupuesto del desistimiento voluntario es justamente la voluntariedad, actitud psíquica cuya demostración, en palabras de Muñoz



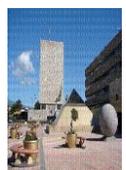


Conde y García Arán, obliga al operador jurídico a valorar los motivos que hayan inducido al sujeto a desistir, "...pues no es lo mismo que se desista por motivos éticos (arrepentimiento, sentimiento de culpa, etc.), que por motivos interesados (miedo a la pena, miedo a la realización del delito o a sus consecuencias, posibilidad de obtener alguna ventaja patrimonial, etc.). Los motivos éticos son, desde el punto de vista preventivo, valiosos y deben conducir siempre a admitir la voluntariedad. Los motivos interesados, en cambio, se deben valorar diferenciadamente, teniendo presente siempre la finalidad preventiva, general y especial, y no una consideración moral o política extraña al Derecho penal. Así, por ejemplo, el miedo abstracto a la pena (el sujeto desiste porque teme la pena que puede imponérsele), debe considerarse, desde el punto de vista preventivo, como un motivo que merece la impunidad y, por lo tanto, el desistimiento como voluntario. El miedo concreto a la pena (el sujeto desiste porque ha sido descubierto, porque va a ser detenido a la salida del lugar del robo, etc.) debe, por el contrario, ser valorado, desde el punto de vista preventivo, negativamente. El desistimiento por esta causa debe considerarse, por lo tanto, involuntario y no excluyente de la pena. El miedo ante los peligros que encierra la realización del delito (saltar un despeñadero para llegar al lugar del delito, vencer la resistencia de la víctima) y el miedo a causar un mal de más gravedad que el deseado merecen, generalmente, la impunidad, ya que reflejan una actitud poco decidida a cometer el delito." MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 8º edición, 2010, pp. 424-425. En un sentido similar, Francisco Castillo González dice que el tema de la voluntariedad debe entenderse desde una óptica normativa, que parte de que

solo hay desistimiento voluntario cuando hay en el autor una vuelta a la legalidad, pues su comportamiento se vuelve incompatible con la motivación del hecho concreto. Así, "Hay un comportamiento del autor incompatible con la motivación del hecho concreto, y por lo tanto, desistimiento voluntario, cuando el autor desiste por lástima de la víctima, porque de improviso le entró un gran miedo infundado o porque perdió el valor de realizar el hecho. Cuando esto ocurre es porque el autor volvió, con su comportamiento, de nuevo a la legalidad, sin que se le exija que el motivo del desistimiento tenga un alto contenido moral...". CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. Derecho penal. Parte General. San José: Editorial Jurídica Continental, Tomo III, 2010, p. 327. En resumen, en este asunto, si es que llegase a determinar que era plausible la penetración (pues no siéndolo, debía considerarse el tema del delito imposible), de seguido debían examinarse las razones por las cuales este acto no se consumó, determinando si fue el autor quien lo decidió así, o si hubo una situación que impidió al endilgado ejecutar una acción voluntaria que se presentaba, se reitera, como posible".

Tentativa fracasada

"Dicho en otras palabras, en un asunto como el presente resultaba necesario que el órgano jurisdiccional, al fijar la plataforma fáctica, considerase en primer término si era posible cometer el hecho desde un plano objetivo y real (entiéndase, descartando un delito imposible), como el conocimiento y voluntad del sujeto activo sobre la acción que venía ejecutando (y que se acusó, consistía en introducir el pene en el ano de la víctima). Solo en caso de que lo fuese (lo que el tribunal de instancia descartó por error), debía proceder a examinar las razones por las





cuales el hecho no se consumó, especificando si fue por decisión del imputado (sea, si hubo un desistimiento activo); si fue por razones ajenas a él (tentativa), o incluso, si se trató de un caso de tentativa fracasada o frustrada (que, en todo caso, sigue siendo tentativa y sancionándose como tal) y que existe cuando el sujeto reconoce que el fin perseguido con su acción es inalcanzable [por ejemplo, por haber fallado en los medios que tiene a su disposición (el arma de fuego se encasquilla, o el agresor sexual eyacula prematuramente), o porque, por error, parte de una imposibilidad que no existe para realizar la tentativa (un sujeto dispara sobre otro una bala y no sigue haciéndolo tras creer que no tiene más balas, cuando sí las tenía, así, CASTILLO GONZÁLEZ, op. cit., p. 301)], supuestos donde, igualmente, no se daría ningún desistimiento voluntario pues esta exige que el autor crea que es posible consumir el delito. Como apunta Jescheck y Weigend al respecto, "El desistimiento de la tentativa presupone

siempre que el autor todavía estima posible la consumación. Si, por el contrario, llega a la convicción de que ya no puede alcanzar el resultado con los medios que se encuentran a su alcance en el curso inmediato del acontecimiento, entonces existe una **tentativa fracasada** ... en la que ya no es posible el desistimiento, puesto que no puede renunciarse a un dolo que ha dejado de ser realizable. En la cuestión relativa a si una tentativa es fracasada resulta siempre decisivo el estado de conocimiento del autor al final de la acción intentada (horizonte subjetivo del desistimiento). Un fracaso puede ser fundamentado tanto sobre circunstancias objetivas (falla el arma de fuego) como también sobre obstáculos subjetivos (el delincuente sexual es irritado de tal modo por la resistencia de la víctima que no puede continuar la ejecución del hecho proyectado)." JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada: Comares, S.L., 2002, p. 583".

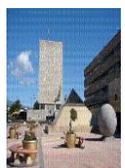
VOTO INTEGRO N°2017-651, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Goicoechea

Resolución: 2017-0651. TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las ocho horas veintiséis minutos, del treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete.- **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001]; por el delito de **VIOLACIÓN CALIFICADA**, en perjuicio de [Nombre 002]. Intervienen en la decisión del recurso, las juezas Patricia Vargas González, Francini Quesada Salas y el co-juez Mario Alberto Porras Villalta. Se apersonaron en esta sede el imputado [Nombre 001] ejerciendo su defensa material con el patrocinio de la licenciada Nury López Marchena y el licenciado Hector Chacón Chang fiscal de Impugnaciones del Ministerio Público.

RESULTANDO: I.- Que mediante sentencia número 322-2016, de las ocho horas treinta minutos, del cuatro de octubre de dos mil dieciséis, el Tribunal Penal de Segundo Circuito Judicial de San José, resolvió: "**POR TANTO:** Razones dichas, reglas de la sana crítica racional y artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1, 24, 30, 31, 45, 50, 51, 57 bis inciso 2), 71, 73, 157 en relación con el artículo 156 del Código Penal, 1, 360, 361, 363 a 365 y 367 todos del Código Procesal Penal, al resolver el presente asunto, se acuerda: Declarar a [Nombre 001], autor

responsable de la comisión de un delito de violación calificada, cometido en daño de [Nombre 002], imponiéndole como sanción seis años de prisión, pena que deberá descontar en el lugar y forma que lo determinen los reglamentos carcelarios previo abono a la preventiva sufrida. Comuníquese lo pertinente al Registro Judicial, Adaptación Social y Juez de Ejecución de la pena para lo de su cargo. Se resuelve el presente asunto sin especial condenatoria en costas. Notifíquese por lectura.- (sic.)". **II.-** Que contra el anterior pronunciamiento interpuso recurso de apelación el imputado [Nombre 001] ejerciendo su defensa material con el patrocinio de la licenciada Nury López Marchena. **III.-** Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso de apelación. **IV.-** Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes. Redacta la Jueza de Apelación de Sentencia Penal Vargas González; y,

CONSIDERANDO: I.- Mediante escrito autenticado y patrocinado profesionalmente por la licenciada Nury López Marchena, el imputado, [Nombre 001], interpone recurso de apelación contra la sentencia N° 322-2016, dictada por el Tribunal de Jui-





cio del Segundo Circuito Judicial de San José, a las 8:30 horas del 4 de octubre de 2016. Dada la relación existente, esta cámara resolverá los tres reclamos de forma conjunta. **Primer motivo. Inconformidad con el fallo dictado por falta de fundamentación jurídica.** Según el apelante, el tribunal no fundamentó jurídicamente la sentencia, pues se limitó a exponer los aspectos teóricos y jurisprudenciales sobre el delito de violación sin llegar a explicar cómo tales apreciaciones “*tenían injerencia en cuanto a la subsunción de la conducta reprochada al tipo penal; es decir la relevancia y la adecuación del tipo en el caso concreto, tomando como consideración en modo de tentativa*” (f. 19 vuelto, la transcripción es literal). El tribunal, dice el recurrente, no logró enlazar su discurso teórico (con respecto a la tentativa) con los hechos acreditados, pues indicó que él (entiéndase, el acusado y aquí impugnante) ajustó su conducta al tipo penal de la violación, asumiendo que su voluntad fue la de acceder carnalmente al menor de edad y que si el hecho no se consumó fue por razones externas a [Nombre 001], razones o causas que, en la sentencia, no se llegan a establecer. Solo se indica que a pesar de los intentos de [Nombre 001], éste no logró introducir su pene por el ano del menor de edad, sin indicar por qué, esto a pesar de tener por demostrado que se gozaba de total clandestinidad, ya que “*nadie bajaba y las ventanas estaban selladas*” (f. 20 frente). Evidentemente no existe una sola razón externa a la voluntad del imputado que haya impedido la consumación de la violación y que permita tener esta como tentada. Tras hacer una transcripción de la acusación y de los hechos probados, en el recurso se afirma que al justiciable se le encontró responsable de un delito de tentativa de violación; que era esencial que el tribunal expusiera cuáles fueron las causas externas que impidieron consumir el delito y que no se tiene prueba para descartar un desistimiento de su parte. Agrega que, al no probarse la penetración anal, se hace necesaria la concurrencia de prueba directa o indiciaria que, de manera unívoca, permita establecer que el plan estaba encaminado a la violación y que por alguna causa ajena al autor no se consumó. Ante la insuficiencia probatoria, no queda más que absolver por la violación o por su tentativa. Asimismo, se insiste en que la prueba no permite aplicar ese tipo penal y que tratándose de la tentativa no trata el tema de la no consumación del delito por causas externas a la voluntad del imputado. Los criterios de valoración no son antojadizos, sino que deben estar informados por la prueba y esta “*es ayuna*” en cuanto a la violación consumada (lo que sí admitió el tribunal) como en cuanto a la tentativa; es “*ayuna*” en cuanto a la concurrencia de la causa externa que impidió la consumación, pues evidentemente se podría estar ante un desistimiento de la acción por parte del imputado. La sentencia señala que hubo una violación en tentativa pero sin indicar la prueba que le permite concluir a los jueces por qué la no consumación de este delito obedeció a un factor externo al imputado. Al no haber prueba en ese sentido (afirma el recurrente), las conclusiones del tribunal son arbitrarias. Finaliza reiterando que, como no hay prueba acerca de los factores externos que impidieron consumir el hecho, su conducta es atípica y no hay análisis jurídico que traslade los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales al caso concreto. **Segundo motivo. Violación al debido proceso. Falta de fundamentación de la sentencia por no ser expresa, clara, completa, concordante, congruente, no contradictoria y lógica en su unidad** (f. 24 frente del legajo impreso). Señala el recurrente que la sentencia presenta contradicciones. A folio 22 frente se dice que la violación quedó tentada, sin embargo, en el “Por tanto” se habla de

un delito de violación calificada. De igual forma, a folios 23 y 24 dice que el imputado trató de introducir su pene en el ano del niño y que no lo logró, sin embargo, se dice que se está ante un delito de violación calificada, donde los bienes jurídicos tutelados y violentados son tanto la libertad sexual como el sano desarrollo psicosexual del menor de edad ofendido. Dice el recurrente que las contradicciones responden a que el tribunal calificó de forma incorrecta los hechos; que incurrió en errores de lógica y congruencia y que dio por quebrantado el bien jurídico “*libertad sexual*”, siendo que en la tentativa dicho bien no se lesiona, sino solo se pone en peligro, al no consumarse la acción. Insiste en que no hay prueba de dónde derivar el delito tentado y que se olvida que es necesario tener por demostradas las causas externas que mediaron para que no se consumara el hecho. Así, en la sentencia se hace referencia únicamente a que el pene no pudo entrar a pesar de los intentos. Finaliza el recurrente señalando que la sentencia carece de fundamentación y que se quebrantan el debido proceso y el derecho de defensa en tanto se realizan valoraciones incongruentes en el análisis de fondo con relación a la parte dispositiva o “*Por tanto*”. **Único motivo por el fondo. Violación de la ley sustantiva, por aplicación indebida de los artículos 1, 2, 24, 73, artículo 157 en relación con el 156 del Código Penal y no aplicación del artículo 161 inciso 5 del Código Penal** (f. 28 frente). El tribunal condenó por un delito de violación calificada en grado de tentativa. En este asunto, la sentencia impugnada no trata siquiera de probar o al menos mencionar la existencia de una causa independiente a la voluntad del agente que le impidiera consumir la violación, siendo esto un aspecto esencial para establecer el dolo o intención de cometer aquel delito y en consecuencia, sostener que se está ante una violación tentada. Los hechos probados son insuficientes, pues no informan sobre la causa externa que impidió la consumación de la violación, ya que solo se tiene por probado que el justiciable intentó acceder carnalmente el ano del ofendido. Es decir, no se probaron los hechos que contenían el tipo penal de violación, ni se probaron aquellos que tuvo por demostrados el tribunal (y que permiten hablar de una tentativa), pues no se estableció cuál fue la causa externa que interrumpió la ejecución del ilícito y evitó que este se consumara, dándose así una inadecuada aplicación de la ley sustantiva. Dice el recurrente que, partiendo de los hechos tenidos como probados, la acción que se describe es típica del delito de abusos sexuales contra persona menor de edad contenida en el artículo 161 inciso 5) del Código Penal y no del delito de violación. No toda acción que se realice con fines sexuales en el área genital, anal o en la boca, va a constituir violación, pues para que esta se dé debe haber penetración vaginal, bucal o anal y es necesario, tratándose de esto último (penetración anal) que se sobrepase el orificio. Los frotamientos, contactos o cualquier otra acción que no suponga penetración será un abuso sexual. Por lo expuesto, solicita se anule la sentencia y, por economía procesal, se recalifiquen los hechos y se le imponga la pena de cuatro años de prisión por un delito de abuso sexual contra persona menor de edad calificado. Subsidiariamente, solicita se ordene el reenvío para una nueva sustanciación de la pena por la recalificación de los hechos. **Audiencia oral celebrada en este asunto.** La licenciada Nury López Marchena, abogada que a partir de la citada audiencia oral asumió la defensa del imputado, se refirió al recurso interpuesto por su patrocinado, reiterando los reclamos contenidos en él y exponiendo una serie de ideas que se pueden sintetizar de la siguiente forma: la sentencia carece de fundamentación jurídica; se hace una síntesis de teoría y ju-





risprudencia sin llegar a subsumir el caso concreto en el tipo penal; se asume que la voluntad del acusado era penetrar al ofendido y que no lo logró por causas ajenas, pero nunca se llega a establecer, con prueba, por qué se dice esto; en tanto que se acusó una violación consumada se tuvo por demostrado que el imputado intentó acceder al menor ofendido y que esto no sucedió por causas externas a su voluntad; con la prueba se descartó que se hubiese dado un delito de violación; al encartado se le indagó por abusos y fue en la acusación que se le imputó la violación consumada, sin más; se debieron valorar las causas externas ajenas a la voluntad del imputado; se violentó el principio de defensa y, en particular, el derecho a contar con una sentencia fundada; al tribunal le está vedado emitir conclusiones sin respaldo probatorio; existen carencia probatoria para tener por demostrada la violación y el tribunal concluye que esta quedó en grado de tentativa, sin esbozar cuáles elementos externos impidieron consumir el delito. Al no explicar cuál fue el elemento externo que impidió consumir el hecho, la sentencia resulta incongruente. También es incongruente porque en tanto que en la parte dispositiva se habla de violación, en “los considerandos” se habla de tentativa de violación. Hubo errónea aplicación de la ley sustantiva y se insiste en la falta de fundamentación jurídica, intelectual y probatoria. El licenciado Freddy Calderón Chaves, representante del Ministerio Público, pide rechazar los reclamos, pues la valoración de la prueba resultó acertada y en la sentencia se explica por qué el imputado no logró consumir el hecho, a saber, por la anatomía del niño (por su edad, tiene un pequeño orificio anal) y el tamaño de pene. El justiciable, que era su padrastro, no consumó el delito por esa razón, su dolo era acceder carnalmente, no solo abusar y para concluir esto se consideró la versión de la víctima. En el contradictorio hubo dos versiones y se descartó la de la defensa, siendo que además se aplicó correctamente la ley sustantiva. Finaliza solicitando se consideren los argumentos que expuso por escrito. **II.- En los términos que se dirán, los reclamos se declaran con lugar.** Si bien es cierto que en el acápite de hechos probados contenido en la sentencia, el tribunal de mérito no explica cuáles son las circunstancias ajenas a la voluntad del imputado que le impidieron consumir el hecho, apuntándose solamente que [Nombre 001] intentó “acceder carnalmente con su pene el ano del ofendido” (f. 7 frente), del considerando IV.-, destinado al análisis de la prueba (fundamentación intelectual), se extrae que (según el *a quo*) si no lo logró fue porque, dado el tamaño del ano del niño, el imputado no pudo abrirse paso por él (f. 9 frente, última línea). Ahora, le asiste razón al impugnante cuando señala que el tribunal de mérito, pese a apuntar la citada situación (entiéndase, que el tamaño del orificio anal era pequeño en relación con el pene de [Nombre 001]), nunca se planteó cómo ella (que, apunta la resolución, *impidió* consumir el hecho) permite considerar que en este asunto se configuró una tentativa de violación. Recuérdese que si por la anatomía de la víctima y el victimario era *imposible* que el segundo penetrase al primero (como de forma infundada parece sugerirse en la sentencia) *se podría estar ante un delito también imposible*, tema que no fue examinado por el *a quo*. Del mismo modo, si a pesar de la desproporción anatómica (que es el único aspecto que se invoca a efectos de sustentar la tentativa), la penetración carnal *era factible* (siendo este el punto de partida de la doctrina más autorizada, al señalar que el paso del pene en erección a través del ano es un traumatismo que puede dejar lesiones según la violencia con que se realice el acto; la existencia de actos anteriores que lentamente hayan dilatado el orificio

anal y la desproporción del volumen entre las partes anatómicas, CALABUIG, Gisbert. *Medicinal Legal y Toxicología*. México: Masson S.A., 6° edición, 2005, pp. 585-586), el tribunal de mérito tendría que explicar por qué, no obstante ello (véase que, según el fallo, el justiciable gozó de “total clandestinidad” para actuar) esto no sucedió, concretando cuál o cuáles fueron las circunstancias ajenas a su voluntad que le impidieron consumir el hecho, descartando simultáneamente la posibilidad de que fuese él quien de manera voluntaria abandonara la consumación del delito. Lógicamente, esto obligaba al tribunal de mérito a considerar no solo el desarrollo objetivo de la acción, sino también la representación del autor sobre el hecho que, se afirma, estaba intentando ejecutar. Recuérdese que el presupuesto del desistimiento voluntario es justamente la voluntariedad, actitud psíquica cuya demostración, en palabras de Muñoz Conde y García Arán, obliga al operador jurídico a valorar los motivos que hayan inducido al sujeto a desistir, “...*pues no es lo mismo que se desista por motivos éticos (arrepentimiento, sentimiento de culpa, etc.), que por motivos interesados (miedo a la pena, miedo a la realización del delito o a sus consecuencias, posibilidad de obtener alguna ventaja patrimonial, etc.). Los motivos éticos son, desde el punto de vista preventivo, valiosos y deben conducir siempre a admitir la voluntariedad. Los motivos interesados, en cambio, se deben valorar diferenciadamente, teniendo presente siempre la finalidad preventiva, general y especial, y no una consideración moral o política extraña al Derecho penal. Así, por ejemplo, el miedo abstracto a la pena (el sujeto desiste porque teme la pena que puede imponérsele), debe considerarse, desde el punto de vista preventivo, como un motivo que merece la impunidad y, por lo tanto, el desistimiento como voluntario. El miedo concreto a la pena (el sujeto desiste porque ha sido descubierto, porque va a ser detenido a la salida del lugar del robo, etc.) debe, por el contrario, ser valorado, desde el punto de vista preventivo, negativamente. El desistimiento por esta causa debe considerarse, por lo tanto, involuntario y no excluyente de la pena. El miedo ante los peligros que encierra la realización del delito (saltar un despeñadero para llegar al lugar del delito, vencer la resistencia de la víctima) y el miedo a causar un mal de más gravedad que el deseado merecen, generalmente, la impunidad, ya que reflejan una actitud poco decidida a cometer el delito.” MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8° edición, 2010, pp. 424-425. En un sentido similar, Francisco Castillo González dice que el tema de la voluntariedad debe entenderse desde una óptica normativa, que parte de que solo hay desistimiento voluntario cuando hay en el autor una vuelta a la legalidad, pues su comportamiento se vuelve incompatible con la motivación del hecho concreto. Así, “*Hay un comportamiento del autor incompatible con la motivación del hecho concreto, y por lo tanto, desistimiento voluntario, cuando el autor desiste por lástima de la víctima, porque de improviso le entró un gran miedo infundado o porque perdió el valor de realizar el hecho. Cuando esto ocurre es porque el autor volvió, con su comportamiento, de nuevo a la legalidad, sin que se le exija que el motivo del desistimiento tenga un alto contenido moral,...*”. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *Derecho penal. Parte General*. San José: Editorial Jurídica Continental, Tomo III, 2010, p. 327. En resumen, en este asunto, *si es que llegase a determinarse que era plausible la penetración* (pues no siéndolo, debía considerarse el tema del delito imposible), de seguido debían examinarse las razones por*





las cuales este acto no se consumó, determinando si fue el autor quien lo decidió así, o si hubo una situación que impidió al endilgado ejecutar una acción voluntaria que se presentaba, se reitera, *como posible*. En la sentencia, por el contrario, se aprecia una violación a las reglas de la sana crítica, sobre todo las de la experiencia, pues se pierde de vista por parte del tribunal sentenciador que el autor, aun provocando lesiones serias al menor de edad, sí podía penetrarlo, de donde habría que concluir que si no lo hizo fue por alguna situación que va más allá de la sola desproporción anatómica (como se afirma en la resolución impugnada, desconociendo, se insiste, que si fuese así estaríamos ante un delito de violación imposible). Se trata de un yerro que por estar presente en la fijación de los hechos obliga a anular íntegramente lo resuelto y hace imposible recalificar en esta fase procesal. Dicho en otras palabras, en un asunto como el presente resultaba necesario que el órgano jurisdiccional, al fijar la plataforma fáctica, considerase en primer término si era posible cometer el hecho desde un plano objetivo y real (entiéndase, descartando un *delito imposible*), como el conocimiento y voluntad del sujeto activo sobre la acción que venía ejecutando (y que se acusó, consistía en introducir el pene en el ano de la víctima). Solo en caso de que lo fuese (lo que el tribunal de instancia descartó por error), debía proceder a examinar las razones por las cuales el hecho no se consumó, especificando si fue por decisión del imputado (sea, *si hubo un desistimiento activo*); si fue por razones ajenas a él (*tentativa*), o incluso, *si se trató de un caso de tentativa fracasada o frustrada* (que, en todo caso, sigue siendo tentativa y sancionándose como tal) y que existe cuando el sujeto reconoce que el fin perseguido con su acción es inalcanzable [por ejemplo, por haber fallado en los medios que tiene a su disposición (el arma de fuego se encasquilla, o el agresor sexual eyacula prematuramente), o porque, por error, parte de una imposibilidad que no existe para realizar la tentativa (un sujeto dispara sobre otro una bala y no sigue haciéndolo tras creer que no tiene más balas, cuando sí las tenía, así, CASTILLO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 301)], supuestos donde, igualmente, no se daría ningún desistimiento voluntario pues esta exige que el autor crea que es posible consumir el delito. Como apunta Jescheck y Weigend al respecto, “*El desistimiento de la tentativa presupone siempre que el autor*

*todavía estima posible la consumación. Si, por el contrario, llega a la convicción de que ya no puede alcanzar el resultado con los medios que se encuentran a su alcance en el curso inmediato del acontecimiento, entonces existe una tentativa fracasada ... en la que ya no es posible el desistimiento, puesto que no puede renunciarse a un dolo que ha dejado de ser realizable. En la cuestión relativa a si una tentativa es fracasada resulta siempre decisivo el estado de conocimiento del autor al final de la acción intentada (horizonte subjetivo del desistimiento). Un fracaso puede ser fundamentado tanto sobre circunstancias objetivas (falla el arma de fuego) como también sobre obstáculos subjetivos (el delincuente sexual es irritado de tal modo por la resistencia de la víctima que no puede continuar la ejecución del hecho proyectado).” JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares, S.L., 2002, p. 583. En resumen, en la sentencia se quebrantan las reglas de la sana crítica pues se concluye que la desproporción que existe entre el tamaño del pene del endilgado y el del orificio anal del niño impedía la penetración (cuando no es así, según lo expuesto), dejándose de lado, además, que solo admitiendo que tal penetración *era plausible* se podía ponderar el tema de la tentativa y/o el desistimiento voluntario, señalando cuáles fueron las causas (más allá de la desproporción anatómica referida) que impidieron la consumación del hecho, labor que no se efectuó, justamente, al entender que tal requisito se daba por satisfecho con invocar la diferencia de tamaño entre el ano del niño y el pene del endilgado. Por lo anterior, se acoge el recurso. Se anula la sentencia impugnada íntegramente y se ordena el reenvío de la causa al tribunal de origen para que, con una nueva integración, resuelva lo que corresponda conforme a Derecho.*

POR TANTO: Se declara con lugar el recurso de apelación formulado por el imputado [Nombre 001]. En consecuencia, se anula la sentencia impugnada íntegramente y se ordena el reenvío de la causa al tribunal de origen para que, con una nueva integración, resuelva lo que corresponda conforme a Derecho. **NOTIFÍQUESE.- Patricia Vargas González, Francini Quésada Salas, Mario Alberto Porras Villalta. Juezas y Juez de Tribunal de Apelación de Sentencia Penal**

