

“Los derechos de Autor de la presente Obra son en su totalidad del Ministerio Público de la República de Costa Rica, queda totalmente prohibida su reproducción total o parcial. Esta y las demás obras publicadas en el sitio Web Oficial son proyectadas en aras de fomentar la transparencia de la institución y colaborar en ampliar el conocimiento de los usuarios interesados en la rama del derecho penal, quedando bajo su responsabilidad hacer uso de las mismas solo para fines didácticos”.

San José Costa Rica
Unidad de Capacitación y Supervisión
Fiscalía Adjunta de Control y Gestión



MINISTERIO PÚBLICO DE COSTA RICA



TEORÍA DEL DELITO - ASPECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

TEORÍA DEL DELITO

ASPECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

TOMO I



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 33350

TOMO I



Unidad de
Capacitación
y Supervisión

Jose Alberto Rojas Chacón
Cecilia Sanchez Romero



TEORÍA DEL DELITO

ASPECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

Cecilia Sánchez Romero
José Alberto Rojas Chacón

TOMO I

Coordinación:

Licda. Yadira Brizuela Guadamuz

Validadores y validadoras:

Lic. Willy Escalante Quiros

Lic. Warner Molina Ruiz

Lic. Miguel Garcia Martínez

Luis Antonio Chang Pizarro

Licda. Mayra Campos Zuñiga

Licda. Katia Fernández González

Licda. Ileana Mora Muñoz

Lic. Eduardo Incer Sevilla

Diseño de portada:

Lic. José Orlando Fernández Cordoba



Un sincero agradecimiento a todas las compañeras y compañeros que, con distintos aportes, contribuyeron de manera entusiasta para que el texto que hoy les entregamos, sea una herramienta de utilidad en el diario quehacer. De todo corazón, muchas gracias, especialmente a las siguientes personas:

De la Sala Tercera:

Andrea Renauld Castro
Helena Ulloa Ramírez
David Fallas Redondo
Marcela Salazar Muñoz
Javier Arguedas Ruano

Del Tribunal de Casación:

Eduardo Elizondo Vindas

Del Centro Electrónico de Información Jurisprudencial:

Róger Salazar Alvarez
César Piedra Jiménez

Asistente del Proyecto:

Michelle Mayorga Agüero.

Del Ministerio Público:

Miguel García Martínez
Mayra Campos Zúñiga
Francisco Fonseca Ramos
Alfredo Araya Vega
Raymond Porter Aguilar
Walter Espinoza Espinoza
Warner Molina Ruiz
Ana Isabel Chaves López
Ana Yancie Umaña Moreira
Guillermo Sojo Picado
Luis Antonio Chang Pizarro
José Pablo González Montero
Carlos Jiménez González
Osvaldo Henderson García
Mayela Pérez Delgado
Ileana Mora Gómez
Patricia Camacho Herrera
Alfonso Méndez Arce
José Orlando Fernández Córdoba

De la Escuela Judicial:

Javier Llobeth Rodríguez
Alfredo Chirino Sánchez
Ana Tristán Sánchez
Irene Rojas Rodríguez
Adrián Alfaro Obando

CONTENIDO

PROLOGO	9
PREÁMBULO GENERAL.....	11
I.- PRIMER MÓDULO	
BIEN JURÍDICO Y CONDUCTA HUMANA.....	15
1.- El concepto de bien jurídico y su finalidad.....	17
2.- Breve incursión en la evolución histórica del concepto	18
3.- Bienes jurídicos supraindividuales.....	21
4.- El concepto personal de bien jurídico.....	24
5.- Tutela del peligro y de los riesgos en el moderno derecho penal	24
6.- Bien jurídico como límite a la intervención punitiva	25
7.- El bien jurídico en la política criminal y en las políticas de persecución del Ministerio Público	27
8.- El bien jurídico en la jurisprudencia costarricense.....	30
9.- La acción penal	46
9.1. La conducta humana como base de la teoría del delito.....	46
9.1.1. Responsabilidad de las personas jurídicas.....	50
9.1.2. Acción y resultado.....	52
9.1.3. Teorías para explicar la relación de causalidad	53
9.2. Ausencia de acción (o de conducta).....	55
9.2.1. Ausencia de manifestación externa	55
9.2.2. Fuerza física irresistible	55
9.2.3. Estado de inconsciencia	57
9.2.4. Acto reflejo	57
9.2.5. Caso fortuito.....	57
10.- La omisión	59
10.1. Estructura de la omisión.....	59
10.2. Aspectos objetivos y subjetivos	59
10.3. Clases de omisión penalmente relevantes	60
10.4. Delitos omisivos propios	61
10.5. Delitos de omisión impropia o de comisión por omisión	65
10.6. Relación causal entre la omisión y el resultado en los delitos de comisión por omisión	66
10.7. El deber de evitar el resultado (posición de garante).....	66

II.- SEGUNDO MÓDULO

TIPICIDAD	77
1.- La tipicidad penal	79
1.1.- El tipo penal y la tipicidad penal	79
1.2.- Tipo penal y antijuridicidad	81
1.3.- Funciones del tipo penal	81
1.4.- Configuración de los tipos penales	82
1.4.1.- Elementos presentes en los distintos tipos penales	84
1.4.1.1.- Elementos descriptivos	84
1.4.1.2.- Elementos normativos	84
1.4.2.- Clasificación según plenitud de la descripción	85
1.4.2.1.- Tipos abiertos	85
1.4.2.2.- Tipos cerrados	87
1.4.2.3.- Norma penal en blanco	87
2.- Estructura de los tipos penales	89
2.1. Elementos objetivos del tipo penal	89
2.1.1.- Sujeto activo	89
2.1.2.- Acción	91
2.1.3.- Nexo de causalidad	93
2.1.4.- Bien jurídico	95
2.1.5.- Sujeto pasivo	96
2.1.6.- Otros elementos	96
2.2.- Imputación objetiva	97
2.2.1. Generalidades	97
2.2.2.- Criterios tradicionales de imputación objetiva	99
2.2.3.- La teoría del riesgo de Claus Roxin	100
2.2.3.1.- Creación y realización del riesgo	101
2.2.3.1.1.- Creación de un riesgo no permitido	101
2.2.3.1.2.- Realización del riesgo no permitido	104
2.2.3.2.- El fin de protección del tipo penal	107
2.2.3.2.1.- La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa	107
2.2.3.2.2.- Puesta en peligro de un tercero aceptado por este	108
2.2.3.2.3.- El traslado del riesgo a un ámbito de prohibición ajeno	108
2.2.3.2.4.- Daños causados por un shock	108
2.2.3.2.5.- Daños posteriores sobrevivientes	108
2.2.4.- La teoría de los roles de Günther Jakobs	110
2.2.4.1.- El riesgo permitido	112
2.2.4.2.- La prohibición de regreso	113
2.2.4.3.- El principio de confianza	115
2.2.4.4.- Actuación a riesgo propio o competencia de la víctima	116

2.2.5.-	Síntesis general de las reglas de imputación objetiva	121
2.2.6.-	Algunas observaciones críticas	127
2.2.7.-	Criterios de imputación objetiva en nuestra jurisprudencia. ..	128
2.3.-	Elementos subjetivos del tipo penal	140
2.3.1.-	El dolo y los elementos subjetivos del tipo penal.....	140
2.3.1.1.-	Concepto de dolo.....	140
2.3.1.2.-	Elementos intelectual y volitivo	142
2.3.1.3.-	Clases de dolo	148
2.3.1.3.1.-	El dolo directo (de primer y de segundo grado)	148
2.3.1.3.2.-	El dolo eventual	149
2.3.1.4.-	La ausencia de dolo: Error de tipo	163
2.3.1.5.-	Clases de error de tipo.....	168
2.3.2.-	Otros elementos subjetivos del tipo doloso	175
2.3.3.-	La imprudencia	177
2.3.3.1.-	Consideraciones	178
2.3.3.2.-	La acción típica: lesión al deber de cuidado.....	178
2.3.3.3.-	El concepto de cuidado objetivo	182
2.3.3.4.-	El deber subjetivo de cuidado.....	186
2.3.3.5.-	La lesión del cuidado	189
2.3.3.6.-	El resultado	190
2.3.3.7.-	Tentativa, autoría y participación en el delito imprudente.....	191
2.3.4.-	La preterintención	194
2.3.5.-	Síntesis de la estructura de los distintos tipos penales	198
2.3.5.1.-	El tipo del delito doloso.....	198
2.3.5.2.-	El tipo del delito imprudente o culposo	198
2.3.5.3.-	El tipo en los delitos de omisión	199
2.3.6.-	Síntesis de las causas de atipicidad	200

III.- TERCER MÓDULO

ANTI JURIDICIDAD	207
1.-	La antijuridicidad penal	209
1.1.-	El fundamento de lo injusto penal	209
1.2.-	Antijuridicidad formal	210
1.3.-	Antijuridicidad material	211
1.4.-	Los conceptos de lesión y peligro	212
1.5.-	Los delitos de peligro y la expansión del derecho penal.....	213
2.-	Causas de justificación (o de exclusión de la antijuridicidad penal).....	214
2.1-	Concepto y fundamento	215
2.2.-	La legítima defensa	218
2.2.1.-	Generalidades.....	218

2.2.2.-	Agresión ilegítima	222
2.2.3.-	Necesidad racional del medio empleado	232
2.2.4.-	La falta de provocación de quien se defiende	238
2.2.5.-	Exceso en la defensa.....	239
2.2.6.-	Legítima defensa privilegiada	243
2.2.7.-	Efectos a terceros	246
2.2.8.-	Defensa putativa	247
2.3.-	El cumplimiento de la ley	248
2.4.-	El ejercicio legítimo de un derecho	250
2.5.-	El consentimiento del titular del bien jurídico (derechohabiente).....	253
2.5.1.-	Concepto y alcances.....	253
2.5.2.-	El consentimiento como causa de atipicidad y de justificación.....	254
2.5.3.-	La disponibilidad del bien jurídico como presupuesto del consentimiento	255
2.5.4.-	Los requisitos de validez del consentimiento justificante.....	256
2.6.-	Estado de necesidad justificante.....	259
2.6.1.-	Concepto y alcances.....	259
2.6.2.-	La colisión de bienes jurídicos de desigual valor.....	261
2.6.3.-	La actualidad o inminencia del peligro para el bien jurídico de mayor valor	263
2.6.4.-	La ausencia de provocación voluntaria del peligro	269
2.6.5.-	La inexistencia de otra vía de salvación	269
2.6.6.-	Defensa de derecho propio o ajeno	270
2.6.7.-	La inexistencia de un deber jurídico de afrontar el peligro	270
2.7.-	Error en las causas de justificación.....	271
2.7.1.-	Error sobre los presupuestos objetivos.....	271
2.7.2.-	Error sobre los límites y la existencia de la causal de justificación	272
2.7.3.-	Ausencia del presupuesto subjetivo de la justificación	272
2.7.4.-	Justificación incompleta y atenuación de la pena.....	272

PRÓLOGO

No fue hasta la última década del siglo XX, cuando la teoría del delito cobró importancia en el Poder Judicial costarricense, como consecuencia de la labor exigente de los tribunales examinadores de quienes se postulan a ocupar cargos de jueces y juezas.

Antes de eso, quienes se dedicaban al estudio de la dogmática jurídica eran llamados “teóricos” con cierto tono de censura y de sorna. Era posible reconocer dos bandos claramente definidos: el de los autodenominados “prácticos”, quienes se creían portadores de la solución de cuanto caso se ventilara en los estrados judiciales, y los “teóricos” así llamados despectivamente por los primeros. Pero la verdad debe ser expresada sin dosis alguna de anestesia: tras la falsa autoridad de los “prácticos” se escondían la mediocridad, la falta de profesionalismo y la absoluta irresponsabilidad en el deber de la excelencia profesional.

En la cabeza de nadie puede caber la idea de discriminar a los físicos teóricos, como por ejemplo, Albert Einstein o Stephen Hawking, pues sin ellos la explicación y comprensión del universo así como la conquista del espacio serían poco menos que imposibles. No se concibe a científico alguno, responsable del envío de naves más allá de la atmósfera de la Tierra, que se autodenomine “práctico” con total desprecio de los aportes de la física teórica; si tal persona existiera, no cabe duda, sería el titular del fracaso.

Sin embargo, en nuestro mundo judicial, el maltrato a quienes dedicaban su tiempo a la teoría del delito se mantuvo por mucho tiempo. Es digna de recordar alguna sentencia explicativa de “la falta de dolo”, a la cual no identifico para no herir a los jueces y juezas suscriptores, quienes derrocharon tiempo, esfuerzo mental y recursos humanos y materiales, para desarrollar una idea que bien pudo resumirse con la cita e interpretación breve del artículo 34 del Código Penal; hubiera sido suficiente con invocar el error de tipo. La ignorancia de la teoría producía que los prácticos dejaran de lado las soluciones más claras, diestras y precisas, para elaborar en cada caso una solución compleja, difícil y muchas veces incomprensible para la persona usuaria de justicia.

Dichosamente se produjo un cambio de mentalidad y hoy las sentencias revisten un corte técnico. La hermenéutica es más precisa y responde al Código Penal, pues se tiene claro que una elaboración teórica supone un objeto de observación y un método para su estudio; en este último, concurren axiomas y postulados generadores de razonamientos lógicos.

En este punto, debo hacer una obligada observación: es seductor y peligroso un planteamiento teórico con una plenitud de coherencia. Sobre todo en el derecho penal, tan ideologizado y tan desnaturalizado en otros ámbitos para servir al autoritarismo y no a la libertad individual, debe guardarse el cuidado de no caer en la seducción de cualquier planteamiento coherente y válido. Nunca debemos olvidar que las premisas de partida de

un derecho penal democrático responden a las garantías de lesividad, de tipicidad y de culpabilidad, todas ellas contenidas en la Constitución Política, de donde es evidente que la hermenéutica legal es una interpretación del régimen político de la libertad.

En el Estado de derecho constitucional, la pena responde a fines de prevención especial positiva y nunca a la prevención general. Hoy, algunos fantasmas circulan en aulas, en mesas redondas y en conferencias, pregonando sistemas lógicamente válidos y, por ende, muy tentadores, cuyas premisas de partida no son las indicadas garantías constitucionales, sino postulados propios de un régimen autoritario donde la lesividad es la desatención a los deseos del Estado; el reproche es la reposición simple de la autoridad y la pena tiene fines de prevención general. Se trata de sistemas de pensamiento que conciben al Gobierno como el mayor de los bienes jurídicos; al derecho penal como un instrumento de control social y al condenado como una cosa tratada para dar ejemplo a las otras cosas (ciudadanos).

Es una suerte que en el contexto del Programa Poder Judicial-Banco Interamericano de Desarrollo, para escribir esta obra contáramos con los aportes de la profesora Cecilia Sánchez Romero, de larga trayectoria judicial y académica, así también con los conocimientos del fiscal José Alberto Rojas Chacón, quien desde muy temprano, se distinguió en su vida profesional por sus inquietudes científicas, por el manejo de la teoría del delito y de la jurisprudencia de casación. La conjugación de la experiencia con las inquietudes de la juventud ha dado los frutos de dos profesionales comprometidos con el Estado de derecho constitucional y con la justicia de la equidad. Este binomio ha generado un producto garantista para la formación de fiscales, de modo que el Ministerio Público persiga el delito para evitar la impunidad, sin despojarse de su papel de pilar de la libertad y de la justicia democrática.

El texto es una expresión más de la idea, bien concebida, de que la criminalidad se combate por medio de la policía, del Ministerio Público y de la justicia de los jueces y juezas; pero confirma que este combate no evita ni previene los delitos ni la delincuencia. Para esto último, se requiere de una fuerte inversión social y económica, de una adecuada distribución de la riqueza, del fortalecimiento de los valores sociales y de la apertura de oportunidades de ascenso social.

Por tanto, la contribución de Sánchez y Rojas tendrá su efecto a mediano y largo plazo, y no cabe duda de que fortalecerá la Administración de Justicia y el sistema democrático.

Francisco Dall'Anese Ruiz

PREÁMBULO GENERAL

El presente texto es una herramienta básica para fortalecer la labor de los fiscales en su ejercicio cotidiano, y se encuentra orientado en un contexto de acción con sentido final y del principio del bien jurídico, como límite a la intervención punitiva estatal. Todos los temas aquí expuestos, pueden ser ampliados por los lectores, mediante consulta de la bibliografía recomendada que se anexa a cada módulo instructivo.

INTRODUCCIÓN

El artículo 1º de nuestro Código Penal dispone que nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente¹.

El artículo 18 de ese mismo cuerpo normativo, establece que ese “hecho punible” puede ser realizado por acción o por omisión². Es claro que el contenido de ambos numerales, se ajusta a los lineamientos generales del principio de legalidad, contemplado en el artículo 39 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, según el cual, a nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por la autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. De este último, se deriva a su vez el denominado principio de culpabilidad, plasmado en el artículo 30 del Código Penal, el cual impide que alguien pueda ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

Si pretendiéramos construir una definición de “delito”, partiendo de los términos empleados por nuestro legislador, en una primera aproximación, podríamos indicar que se trata de “una acción u omisión realizada –por una persona humana– con dolo, culpa o preterintención, la cual se encuentra previamente tipificado en la ley penal y es sancionada con una pena o una medida de seguridad”.

En forma complementaria, la parte general del Código Penal contiene definiciones para algunos de estos institutos (v. gr. dolo, art. 31; preterintención, art. 32), disposiciones para determinar cuándo un conjunto de actos revisten suficiente relevancia para ser

1 En el proyecto del nuevo Código Penal, actualmente en trámite en la Asamblea Legislativa, el artículo 1º dispone que “Nadie puede ser sancionado por una acción u omisión, ni sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido previamente”. Mientras que el artículo 2º consagra el principio general de tipicidad, al indicar que “Nadie puede ser sancionado si la conducta no está descrita de manera clara y precisa en la ley”.

2 El artículo 16 del proyecto de Código Penal, establece que la *conducta punible* puede ser realizada mediante acción u omisión.

considerados punibles (v. gr. tentativa, art. 24), así cómo contempla supuestos en donde se excluye la existencia del delito, o bien se atenúa la responsabilidad de su autor (v. gr. causas de justificación, arts. 25 a 29; caso fortuito o fuerza mayor, art. 33; error, art. 34 y 35; inimputabilidad, arts. 43 y 43, etc.)³.

No obstante, es claro que muchos de estos conceptos son puramente formales, y por sí solos, resultan insuficientes para orientar la labor de quienes los aplican, tanto en la interpretación de la ley penal, como en su vinculación con los casos reales, muchos de ellos bastante complejos.

Normalmente, los preceptos legales de la parte general y especial del Código Penal, no regulan todas las derivaciones de su aplicación, ni su armonización con las demás normas, de manera que en ocasiones nos preguntamos: ¿Qué es una acción en sentido jurídico penal? ¿Dentro de los posibles cursos causales generados por una acción, hasta dónde puede responsabilizarse a su autor? ¿Todos los delitos descritos por la ley en forma activa, admiten su comisión en forma omisiva? ¿Basta que una conducta encuadre en forma abstracta en un tipo penal para tener por existente el delito? ¿Puede invocarse la legítima defensa contra una conducta justificada? ¿Basta la conciencia potencial de la ilegalidad del acto que se comete, o es necesario su conocimiento pleno?

A la hora de resolver los conflictos que se presentan, se cuenta con dos posibilidades: la primera consistiría en partir de la solución que se prefiera para cada caso concreto, y luego buscar el soporte legal más apropiado para justificar la decisión.

No obstante, la utilización generalizada de esta fórmula de resolución de casos, provocaría gran inseguridad jurídica, puesto que las decisiones –principalmente de jueces y fiscales– dependerían entonces de sus consideraciones subjetivas, del azar y otros factores incontrolables, cuya consecuencia sería la aplicación incoherente e, incluso, arbitraria de la ley penal, en detrimento de los derechos y garantías constitucionales.

La otra opción consiste en utilizar, como guía para la interpretación y aplicación de la ley penal, un sistema coherente y previsible que señale límites y defina conceptos, impidiendo así la resolución de los casos por simple intuición o por la valoración personal que inspiren.

En otras palabras, se trata de emplear una herramienta conceptual que permita analizar todos los casos, mediante el mismo método consistente en reglas de resolución, establecidas de previo, a partir de las diferentes prescripciones legales.

De esta forma, el primer cometido de la teoría del delito, consiste en el estudio de las características comunes que debe reunir cualquier acción u omisión, para que pueda ser

3 Artículos 19 al 33 del proyecto del Código Penal.

considerada como susceptible de sanción, tomando como punto de partida, un determinado marco legal y constitucional.

Si bien es cierto que la segunda parte de nuestro Código Penal, así como también varias leyes especiales (v. gr. Ley Forestal, Código Electoral, Ley de Psicotrópicos, Ley de Procedimientos de Observancia de la Propiedad Intelectual, etc.), contienen delitos de diversa naturaleza y poseen elementos estructurales en común, cuya verificación constituye la esencia de esta teoría. Por tanto, no es misión de la teoría del delito estudiar las particularidades de cada conducta punible, sino los elementos constantes en todas ellas y los caracteres genéricos y específicos.

El segundo cometido de la teoría del delito, consiste en procurar, a través del método dogmático, el entendimiento de la conducta punible en su conjunto, para elaborar una construcción coherente y armónica del derecho penal, la cual reúna las notas de racionalidad, objetividad e igualdad, a fin de que sea utilizado como modelo de análisis que facilite a los operadores del sistema penal, el planteo y la decisión de los casos que se les presenten, propiciando así la seguridad jurídica. A la vez se constituye en límite para el poder punitivo del Estado, al asegurar que la imposición de una sanción penal, no pueda llevarse a cabo: a) si no hay una acción humana (principio de *nullun crimen sine conducta*); b) si esta no se encuentra contemplada previamente en una ley penal (principio de tipicidad); c) si no infringe una lesión significativa a un bien jurídico tutelado por esta última (principio de lesividad); c) si se constata que existió un permiso legal para realizarla (antijuridicidad); d) y finalmente, si no se le puede reprochar a su autor como mínimo a título de culpa (principio de culpabilidad).

Si bien se han enunciado múltiples teorías del delito, las categorías manejadas en todas ellas (conducta humana, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), no han sufrido mayores modificaciones a lo largo de los últimos años.

En general, se afirma que la estructura básica de la conducta punible, debe responder a un doble juicio de desvalor que recae: a) sobre la conducta humana; y b) sobre el juicio de desvalor que se realiza sobre la conducta del autor de esta.

En el primer juicio de desvalor, se incluyen la conducta realizada por acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos y la relación causal y psicológica con el resultado. Aquí se incluye la *tipicidad* (la adecuación de un hecho cometido a la descripción que se hace en la ley penal de ese hecho) y la *antijuridicidad* (la contrariedad de ese hecho típico con el ordenamiento jurídico).

Cuando una conducta es a la vez típica y antijurídica, se denomina *injusto penal* que se constituye en el requisito mínimo para la reacción jurídico-penal por parte del aparato estatal.

En el segundo juicio de desvalor, denominado *culpabilidad*, se encuentran las facultades psíquicas del autor (imputabilidad o capacidad de culpabilidad), su conocimiento del carácter prohibido de la acción u omisión y la exigibilidad de un comportamiento distinto.

De esta manera, la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son las características comunes de todos los delitos. No obstante, no se encuentran desconectadas entre sí, sino en carácter secuencial, una a continuación de la otra, en una relación interna que responde a las leyes lógicas, de tal modo que cada elemento posterior presupone el anterior.

El punto de partida será entonces la tipicidad (previa constatación de una acción u omisión humana), pues solo la conducta típica puede servir de base a las posteriores valoraciones. Corresponde luego el examen de antijuridicidad, es decir, si la conducta típica fue realizada o no conforme a derecho (si existe una causa de justificación, se excluye el delito).

Una vez comprobado que la conducta es típica y antijurídica (tipo de injusto), se debe verificar si el autor poseía las condiciones mínimas indispensables para atribuirle el hecho, es decir, si es culpable.

Esta es la fórmula que hemos adoptado para la elaboración del presente manual práctico, por considerar que proporciona un alto grado de racionalidad en la aplicación del derecho; además, la facilita y previene contradicciones y arbitrariedades.

Debemos destacar que estas categorías o grados de imputación penal, que analizaremos en el texto, no pueden ser desvinculadas de su contenido valorativo, ya sea de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado, porque la neutralidad en esta materia, debe ser siempre tomada con reservas.

El derecho penal que ha regido en los distintos momentos históricos, nunca ha sido neutro. Lo cierto es que ha servido para proteger y garantizar derechos y libertades fundamentales; pero también para reprimirlas y violentarlas desde el mismo Estado. De nosotros depende en buena medida, el camino que pueda seguir el nuestro.

PRIMER MÓDULO

EL BIEN JURÍDICO

HERRAMIENTA INTERPRETATIVA EN LA TEORÍA DEL DELITO

- 1.- El concepto de bien jurídico y su finalidad
- 2.- Breve incursión en la evolución histórica del concepto
- 3.- Bienes jurídicos supraindividuales
- 4.- El concepto personal de bien jurídico
- 5.- Tutela del peligro y de los riesgos en el moderno derecho penal
- 6.- Bien jurídico como límite a la intervención punitiva
- 7.- El bien jurídico en la política criminal y en las políticas de persecución del Ministerio Público
- 8.- El bien jurídico en la jurisprudencia costarricense
- 9.- La acción penal
 - 9.1. La conducta humana como base de la teoría del delito
 - 9.1.1. Responsabilidad de las personas jurídicas
 - 9.1.2. Acción y resultado
 - 9.1.3. Teorías para explicar la relación de causalidad
 - 9.2. Ausencia de acción (o de conducta)
 - 9.2.1. Ausencia de manifestación externa
 - 9.2.2. Fuerza física irresistible
 - 9.2.3. Estado de inconsciencia
 - 9.2.4. Acto reflejo
 - 9.2.5. Caso fortuito
- 10.- La omisión
 - 10.1. Estructura de la omisión
 - 10.2. Aspectos objetivos y subjetivos
 - 10.3. Clases de omisión penalmente relevantes
 - 10.4. Delitos omisivos propios
 - 10.5. Delitos de omisión impropia o de comisión por omisión
 - 10.6. Relación causal entre la omisión y el resultado en los delitos de comisión por omisión
 - 10.7. El deber de evitar el resultado (posición de garante)

1.- El concepto de bien jurídico y su finalidad

La construcción del concepto de bien jurídico, dentro del derecho penal liberal, tiene como finalidad, la imposición de barreras infranqueables al Estado en el desarrollo de su política represiva.

En esta óptica, el concepto de **bien jurídico fundamental** se construye como un criterio para la menor criminalización posible, para el mantenimiento y mayor extensión de la esfera de autonomía de las personas.

Desde este punto de vista, es también concebido en estrecha relación con la persona, individual o colectivamente considerada, como referente material de protección, y no una herramienta de conformación social, dirigida a promocionar la confianza en la norma jurídica.

Se trata de una realidad y no de una realidad normativa o fenómeno aséptico, sino de una herramienta de análisis constitucional que puede operar dentro de la teoría del delito, para valorar casos concretos.

La vida en sociedad requiere la protección de ciertas zonas e intereses individuales y de ciertos límites de relación entre sujetos y de relación entre el poder estatal y los sujetos.

Los bienes jurídicos fundamentales son entonces aquellos intereses humanos relevantes de las personas, en tanto sujetos sociales que requieren de protección penal.

La protección de las instituciones y la sociedad, se realiza solo cuando sea condición de posibilidad para la protección de la persona.

Ese concepto personal de bien jurídico, impone una limitación mayor a la potestad punitiva del Estado. Este solo puede seleccionar como delito, aquellas conductas con las cuales se evidencia la afectación de intereses humanos.

Este punto de partida permite plantear el interés prevalente de las personas, como base o fundamento de la discusión político-criminal, sobre la elección de bienes que se deben proteger penalmente.

El bien jurídico es un elemento del injusto, en cuanto es requisito de la acción que exige en la misma, una manifestación de determinado grado de lesividad de un ente o relación de convivencia.

Su definición plantea dos dimensiones ligadas al componente político. Una es su dependencia de la voluntad legislativa, y otra es la necesidad de su valoración desde

el punto de vista judicial (en su consideración de elemento fundamental para la relación de convivencia).

2- Breve incursión en la evolución histórica del concepto

El concepto de bien jurídico, dentro de una concepción de derecho penal liberal, como señalamos, tiene como función primordial, la imposición de límites infranqueables al Estado, en el ejercicio de su potestad punitiva.

Para comprender su real significación en el desarrollo del derecho penal, es útil presentar una somera incursión en su evolución histórica. El bien jurídico ha estado sujeto a una serie de vicisitudes de carácter ideológico que algunos autores explican dentro del desarrollo y la lucha por un concepto de Estado, desde la transición de un Estado basado en un principio monárquico, hasta la llegada a un Estado basado en la "rule of law", y a los límites de carácter constitucional al ejercicio del poder, pasando por el nacionalsocialismo, el Estado benefactor y, en los últimos tiempos, el Estado ubicado más allá del individuo, involucrado en el simple manejo de los códigos y los acoples entre los sistemas sociales. Por tanto, comprende un Estado en donde el derecho a vivir con dignidad, se logra cuando se es reconocido por las fuerzas del mercado como un ser útil, en tanto participe de la interacción que esas fuerzas generan.

Además Feuerbach es ubicado como el precursor de la teoría del bien jurídico en el derecho penal, ya que individualiza el derecho subjetivo como objeto de protección penal, y considera el delito como una lesión de un derecho subjetivo ajeno, a partir de sus concepciones tributarias de la ilustración. Entonces asimila la idea no explícita del bien jurídico a un derecho subjetivo de otro y la pena se justifica solo como reacción ante una conducta lesiva de los derechos de otro, con lo cual se produce una considerable limitación al ámbito de lo punible.

En el siglo XIX, Birnbaum acuña el término bien jurídico desde una tesis liberal, pero partiendo de una crítica a la teoría de Feuerbach, sostiene que el delito no lesiona derechos subjetivos, sino "bienes", y el objeto del ilícito por tanto, corresponde a la lesión de un bien y no del derecho. El delito era entonces toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al querer humano, y el poder estatal debe garantizarles dichos bienes de forma equivalente a todos.

Sin embargo, Birnbaum no logró precisar el contenido del bien, sobre la base del cual pretendió construir una teoría material del delito, aunque su planteo significó un avance científico que ayudó a establecer la distinción entre lesión y puesta en peligro y coadyuvó a facilitar la clara diferenciación entre tentativa y consumación.

Posteriormente, con el auge del positivismo que extrapola el método de las ciencias naturales a las ciencias sociales, y, desde una perspectiva acrítica, exenta de enfoques

valorativos, acepta los fenómenos como realidades y se limita a tratar de explicarlos, sin cuestionarlos. Así surge la posición de Binding, para quien el delito importa una lesión del derecho subjetivo del Estado que le permite exigir obediencia de sus súbditos y actuar su potestad de imperio.

En el planteamiento de Binding, el bien jurídico no es algo natural; no constituye un ente que vaya más allá del derecho, ni posee tampoco origen prejurídico, sino que traduce una pura creación del legislador. De manera que el delito implica una infracción al deber de obediencia y, como toda norma, encierra en sí un bien jurídico. La desobediencia a la norma es una lesión al bien jurídico que aquella contiene, con lo que produjo un racionalismo y una positivización extrema del derecho penal.

Franz Von Liszt, gran contradictor de Binding y, para muchos, el fundador del moderno sistema del delito, parte de la premisa de que el bien jurídico no es un concepto exclusivamente jurídico, una pura creación del legislador, sino una creación de la vida, un interés vital del individuo o de la comunidad, al cual la protección del derecho le confiere la categoría de bien jurídico.

El bien jurídico, en su tesis, no es un bien del derecho, sino de los hombres, un reflejo de la realidad social en el mundo jurídico, sujeto a revisión crítica y expuesto a constante desaparición, mantenimiento o modificación. El bien jurídico tiene una función de límite para el legislador, pero al tener este límite fundamento en un concepto que dependía del Estado, en cuanto este decidía qué debe protegerse, suministró una herramienta poderosa al Segundo Imperio alemán, para la construcción de una ideología del control penal.

No obstante, Liszt señaló que los bienes jurídicos eran “condiciones vitales de la comunidad estatal”, dejando ver que tomaba muy en cuenta, las formas de la criminalización del comportamiento humano, y las causas del surgimiento del delito.

Con su concepto de bien jurídico, que une con la tutela de la existencia humana, problematizó la tendencia del legislador en la creación de bienes jurídicos; pero fue un esfuerzo que solo quedó reflejado en un programa, pues no se preocupó por explicar y comprender por qué una determinada sociedad, castiga un determinado delito, y por qué se escogen determinados bienes jurídicos para darles protección.

Mezger, en la corriente del llamado causalismo valorativo, articula el concepto neoclásico del delito y define al bien jurídico como el estado en que se halla el interés medio que toma en cuenta el derecho y que aparece como objeto de protección. Así bien jurídico, objeto de protección y objeto de ataque son sinónimos. La determinación del bien jurídico, según él, debe determinarse siguiendo la ley, considerada como línea directriz obligatoria, pero, al mismo tiempo y de manera necesaria, debe mantenerse con arreglo al derecho suprallegal.

La propuesta de Mezger se puso al servicio del nacionalsocialismo y, en el período de posguerra, da un giro hacia la dogmática y el bien jurídico es planteado como un valor objetivo.

Asimismo Welzel fue cuestionado por su supuesta complacencia con el régimen autoritario instaurado por el Tercer Reich. Sin embargo, realizó un aporte importante, procurando fundamentar el sistema del ilícito sobre bases óptico-naturales, también intentó hacer una conexión o puente entre la realidad social y el modelo de protección del bien jurídico.

No obstante, en su modelo, más que una tutela de bienes jurídicos, se plantearon una reafirmación del valor de acto y la tarea de alcanzar la convicción en el derecho por medio de su reafirmación. Además, le asigna al derecho penal una función ético social. Se trata de la búsqueda de un orden material de valores que más bien trascienden por sí mismos, lejos de la realidad social, lo cual lleva al problema de que el orden jurídico no tomaría en cuenta, otros órdenes que también están inmersos dentro de la sociedad, también la caracterizan y tienen en ocasiones más poder conductor que el mismo derecho.

Armin Kaufmann logra una conexión entre la teoría del bien jurídico y el fundamento en la teoría de la norma, pero se queda también, al igual que Welzel, en el mundo de los valores, sin lograr descender, de manera convincente a la realidad social y su complejidad. También no logra responder en forma satisfactoria cómo surgen las órdenes del legislador en una sociedad plural, en donde los contenidos de los valores son muy cuestionados, y son distintos entre los diversos grupos sociales.

El profesor Winfried Hassemer fundamenta una teoría personal del bien jurídico, mediante un análisis de la aplicación de los mecanismos del control social, los cuales permiten que el concepto de bien jurídico, emane de las condiciones sociales en donde surge un determinado concepto de delito, poniendo atención a los procesos comunicativos de la criminalización.

Con su planteamiento, Hassemer ha permitido volcar nuestra atención a los procesos sociales de criminalización, advirtiéndonos al mismo tiempo del peligro de concentrar una teoría del bien jurídico al sistema de los objetos de protección, o a su crítica a lo interno del sistema, o bien trascendiendo al mismo.

La teoría personal del bien jurídico, pretende una modernización del derecho penal, mediante un acercamiento a los procesos de interacción y comunicación, a los fenómenos políticos que orientan cambios jurídicos y a su observación desde la persona.

Por su parte, el profesor Gunther Jakobs plantea un acercamiento práctico entre el derecho penal y la sociedad, a través de las herramientas de la prevención general positiva. En su opinión, la contribución del derecho penal al mantenimiento de la configuración estatal y social, consiste en la garantía de las normas.

En opinión de Jakobs, el bien jurídico es un “estado de las cosas positivamente valorado”. Este concepto es suficientemente amplio como para incluir, tanto objetos corporales y materiales como estados y desarrollos. Su concepto parte de un normativismo rígido y considera que la legitimación material del derecho penal, no puede brotar del bien jurídico, sino “lisa y llanamente de la vigencia de la norma”.

De acuerdo con Jakobs se trata, en última instancia, de alcanzar por vía de los bienes jurídicos, una vigencia del contenido de la norma. Las herramientas del control penal son organizadas para la búsqueda de la fidelidad al derecho, la cohesión social y la estabilidad normativa.

En nuestro contexto, el concepto de bien jurídico útil y aplicable, en una concepción garantista del derecho penal, debe entenderse como un dato vinculado con la realidad, con el estudio de los procesos de criminalización y de funcionamiento del sistema de justicia penal. Además, debe ser analizado a la luz de herramientas de realidad que le dan sentido al uso del bien jurídico, tales como: el principio de proporcionalidad, lesividad, de intervención subsidiaria y de *última ratio* del derecho penal, y los criterios que inciden en la fijación de la pena.

3.- Bienes jurídicos supraindividuales

Algunos sectores del pensamiento jurídico actual, en una tendencia dirigida a una mayor criminalización de conductas, se orientan a la protección de bienes jurídicos universales, supraindividuales, indeterminados o de contenido difuso, por lo cual resulta difícil identificar la afectación o el efecto lesivo a una persona o personas concretas.

En esta perspectiva, el concepto de bien jurídico se vuelve etéreo; no se protegen ya intereses humanos concretos, sino instituciones sociales o “unidades funcionales de valor”, en el caso del funcionalismo sistémico radical.

De esta forma, el derecho penal asume la protección de funciones de seguridad, de mantenimiento de estándares y roles sociales.

Esta tendencia se manifiesta en la criminalización de delitos de víctimas difusas, de manera particular en los campos de la economía, el medio ambiente, las drogas y el procesamiento de datos. Pero lo cierto es que **debe tenerse el cuidado de ligar estas afectaciones con intereses de la persona humana.**

El instrumento más utilizado para proteger estos nuevos bienes jurídicos, es el de los delitos de peligro abstracto, como por ejemplo, los contemplados en la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas. Su validez y legitimidad han sido admitidas por nuestra

jurisprudencia, tanto constitucional como penal, al estimarse inaceptable esperar a que se le produzcan efectivas lesiones a la salud pública –o al medio ambiente, según el caso– para castigar este tipo de conductas, cuya trascendencia social se estima insoslayable, dados los efectos que tienen.

Así por ejemplo, en el derecho ambiental, la Sala Constitucional ha considerado que la noción de legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal, que motiva necesariamente abandonar el concepto tradicional, ya que se comprende que cualquier persona es parte y que su derecho no deviene de títulos de propiedad o derechos o acciones concretas que ella podría ejercer por el derecho convencional, sino que el interés podría ser lo que los tratadistas denominan el interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aun del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran.

Solo que tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que genera y que por sí solo únicamente permitiría accionar contra dichos actos ilegales cuando lo sean por motivos distintos de la mera vulneración del interés –porque este no estaría amparado directamente por el ordenamiento–, se transforma al incorporarse al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose así en un verdadero derecho reaccional, que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para “reaccionar” frente a su violación por actos u omisiones ilegítimos. Por tanto, aquí sí la mera vulneración de ese derecho fundamental constituye una ilegalidad constitucional, es decir, una causal específica de amparo contra actos concretos o normas autoaplicativas o, en su caso, en la acción de inconstitucionalidad contra todas las normas o contra los actos no susceptibles de amparo, incluso, contra las omisiones, categoría esta que en el caso del derecho al ambiente, se vuelve especialmente importante, porque al tratarse de conservar el medio que la naturaleza nos ha dado, la violación más frecuente se produce por la inercia de las autoridades públicas en realizar los actos necesarios para garantizarlos.

De acuerdo con el criterio de la Sala, la legislación actual ha dado a la jurisdicción constitucional un nuevo sentido con el reconocimiento, si no expreso por lo menos inequívoco, de que el derecho de la Constitución es, además de supremo, de orden público esencial, y de que una legitimación mucho más abierta y flexible es necesaria para asociar a los ciudadanos al interés del propio Estado de derecho de fiscalizar y, en su caso, reestablecer su propia juridicidad. Ese concepto de “intereses difusos” tiene por objeto recoger una forma de legitimación que, en los últimos tiempos, se ha venido abriendo paso, especialmente en el ámbito del derecho administrativo, como último ensanchamiento, novedoso pero necesario, de los medios de que se vale el Estado de derecho para asociar a los administrados en el interés público de fiscalizar su propia legalidad; pero, sobre todo, en el derecho constitucional, como garantía suprema que es de ese mismo Estado de derecho, de la democracia, de la libertad y derechos fundamentales de la persona humana.

Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, para la Sala Constitucional no pueden ser en nuestra ley los intereses meramente colectivos; ni tampoco tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos –por ser comunes a una generalidad– e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter⁴.

No obstante, un sector de la doctrina considera que, en este tipo de delitos, se produce un empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad, en la medida en que no hay víctima visible; no se requiere daño visible; no hay ni se requiere una relación de causalidad entre acción y resultado, y la punibilidad depende de la comprobación de la acción considerada peligrosa. El contenido de estos bienes jurídicos es tan abstracto que imposibilitan la crítica a tipos penales demasiado amplios, o impiden determinar cuándo se presenta una afectación real de intereses concretos de las personas. De esta forma, para algunos autores, el principio de lesividad y el recurso al bien jurídico, previstos como garantías, como filtros para limitar la intervención punitiva del legislador, se emplean ahora para plantear una máxima intervención del derecho penal.

Sin embargo, debemos tener claro que aun cuando las relaciones e instituciones sociales, son hoy más complejas, los bienes jurídicos universales, así como los intereses del Estado, **tienen fundamento en la medida en que se correspondan con los intereses de los individuos.**

No se trata entonces de desconocer o rechazar la tutela de bienes jurídicos generales, supraindividuales o estatales, pero sí condicionar esa tutela al hecho de que la protección de esos bienes, posibilite la protección y servicio de intereses de la persona humana.

4 Sala Constitucional, voto n.º 503-94 de las 15:15 hrs. del 26 de enero de 1994.

4.- El concepto personal de bien jurídico

El concepto personal de bien jurídico, impone una limitación mayor a la potestad punitiva estatal en la medida en que partimos de una concepción liberal del Estado, que no es un fin en sí mismo, sino que solamente debe fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre.

El concepto personal de bien jurídico se pronuncia, de manera expresa, a favor del individuo, en aquellas situaciones en donde existe una tensión entre este individuo, su libertad y los intereses de la sociedad y de seguridad del Estado.

De igual forma, este concepto permite plantear, como base de la discusión político-criminal, sobre la elección de bienes jurídicos que se deben proteger penalmente, el interés prevalente de las personas, y en función de ello, se considerará la tutela de los intereses generales o estatales.

El concepto personal de bien jurídico implica entonces el reforzamiento de la tesis de considerar como prioritarios, los intereses de las personas concretas, en la medida en que la función última del derecho penal, no es la seguridad general, ni la disminución social del daño, sino la imputación de un hecho punible a una persona, y con ello, la individualización de un problema que siempre es social.

A esta conceptualización deben agregarse otros principios de igual relevancia, que también son limitadores de la potestad punitiva, tales como: el principio de lesividad, de subsidiariedad, dañosidad social, así como los principios de tolerancia, humanidad y protección de la dignidad del ser humano.

El bien jurídico tutelado no siempre se extrae del tipo penal, sino que es necesario acudir a la norma constitucional, como marco de acción, así como a las normas del derecho internacional relacionadas con la tutela de derechos humanos.

5.- Tutela del peligro y de los riesgos en el moderno derecho penal

El reconocimiento de que las sociedades modernas industrializadas, generan riesgos que comprometen la seguridad de la propia sociedad, así como el hecho de que el progreso económico y tecnológico origina riesgos, en ámbitos como el de la energía nuclear o de la gran industria química, ha producido un aumento en la demanda de "seguridad". Esta situación ha permitido, a su vez, el desarrollo de una corriente de pensamiento que fundamenta la teoría de la pena en la estabilidad del sistema social, y le asigna al derecho, la función de orientar acciones y la estabilidad de expectativas.

En consecuencia, la pena provoca el restablecimiento de la confianza en la fidelidad al derecho por parte de los ciudadanos, y la medida de la culpabilidad se orienta a los requisitos funcionales de la sociedad, para mantener la confianza en el derecho.

Esta postura abandona los baluartes construidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo: el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el concepto de culpabilidad, como límite de la responsabilidad y de la pena.

Se abandona así el bien jurídico individual y se da un giro hacia una clara protección del sistema, como sucede por ejemplo, con el derecho penal económico.

El concepto de riesgo se remite a un estado peculiar intermedio entre seguridad y destrucción. Se señala que los riesgos no se refieren a los daños producidos, no son lo mismo que destrucción, sino que presentan, en alguna medida, una amenaza de destrucción.

Los riesgos se refieren a estándares de vida tolerable o intolerable, y cuanto más se intente controlar el futuro con ayuda de la categoría del riesgo, más se escapa de nuestro control.

Con la aceptación de los riesgos en pro del crecimiento económico y las necesidades de producción masiva, se produce una peligrosa adopción de la tendencia a normativizarlo todo. Por tanto, surge la necesidad de intervención del derecho penal, para el control de los ciudadanos y el sometimiento a las normas.

Al convertirse la violencia, riesgo y amenaza en fenómenos centrales de la percepción social, se provoca un efecto en la sociedad que ya no puede darse el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, sino más bien de un derecho penal que categoriza como “enemigos” a los infractores.

Se trata de un derecho penal eficiente que permite agravaciones en el derecho penal material y en el procesal penal, producto de una política criminal con una visión de violencia dramatizada, centrada en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal.

6.- Bien jurídico como límite a la intervención punitiva

La teoría del bien jurídico es el mejor argumento contra la teoría que considera al delito como lesión de un deber, y al derecho penal como la protección de un mínimo ético, en la medida en que le establece límites al legislador. Asimismo enriquece el derecho penal con una matización que hace más comprensibles su misión y su sistema, al diferenciar las funciones del bien jurídico, entre aquellas que son inmanentes al sistema mismo (tales como: la clasificación de los delitos en la parte especial, o los límites del consentimiento o la legítima defensa), y aquellas que son trascendentes o críticas del sistema y que son precisamente las que determinan los criterios de merecimiento de pena.

De igual forma, esta teoría suministra herramientas para hacer más plausibles, claras y justas las decisiones del legislador con respecto del ámbito y técnica de protección, pues si la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, constituye el núcleo de la determinación del merecimiento de pena, todas las cuestiones relativas al grado de lesión o puesta en peligro (tales como la anticipación de la punibilidad a simples situaciones periféricas de peligro, la utilización de los delitos cualificados por el resultado, la punibilidad de la tentativa o de la imprudencia, elección del marco penal, etc.), deben ser también tenidas en cuenta a la hora de decidir legislativamente los presupuestos y forma de la punibilidad.

Dentro del derecho penal liberal, la construcción dogmática del concepto de bien jurídico, tiene como fin la imposición de límites infranqueables al Estado, cuando este desarrolla su potestad represiva. Así el bien jurídico, se convierte en un requisito despenalizador, como un criterio de la menor criminalización posible de conductas, para el mantenimiento y la mayor extensión de la esfera de autonomía de las personas.

Su función de límite al legislador y a la política criminal del Estado, se manifiesta en la imposibilidad de crear o seleccionar determinadas conductas como delito, si con ellas no se afecta un interés valioso, un bien jurídico relevante para la colectividad y la vida en sociedad, vistos en relación con sujetos concretos.

Podemos señalar que si bien es válida la crítica de que existe una selectividad primaria del derecho penal que lo dirige a proteger sobre todo los intereses de los grupos poderosos, existe al menos un límite formal que opera en el sentido de que no pueden crear delitos, sin que con ello no se proteja algún bien jurídico en concreto.

El bien jurídico y su eventual lesión, son el requisito o fundamento básico para poder establecer o eliminar la selección de una conducta como delito y conminarla con una pena.

Sin embargo, como resultaría muy fácil que el legislador invente una variedad de bienes jurídicos abstractos, para justificar la creación de nuevos y más numerosos delitos, una conducta que amenaza el bien jurídico es condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar esa conducta. Por tanto, se requiere de otros criterios para que el principio de protección de bienes jurídicos, cumpla de manera efectiva con su función de límite a la extensión criminalizante de las conductas.

De esta manera, junto al principio de lesividad es necesario considerar otros criterios para limitar la potestad punitiva del Estado y entre estos tenemos:

- 1.- La construcción de tipos penales solo se justifica, cuando estos se encuentran orientados a impedir ataques concretos con los que se dañan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales de tipo individual o social.

- 2.- La selección legal de una conducta como delito, solo se justifica si el valor del bien protegido es mayor que el de los bienes limitados, mediante la sanción penal, pues, en caso contrario, debe recurrirse a medios de tutela civiles o administrativos.
- 3.- La creación de delitos por el legislador, no solo debe dirigirse a la tutela de bienes jurídicos, sino que además debe ser idónea para lograr esa protección.
- 4.- Solo se justifica la creación de delitos para proteger bienes jurídicos, cuando esta selección es subsidiaria de una política extrapenal, dirigida a proteger los mismos bienes jurídicos.
- 5.- El principio de subsidiariedad que señala que el derecho penal solo debe actuar, cuando no exista otro medio posible para resolver un conflicto.
- 6.- El principio de dañosidad social que establece que solo se justifica la criminalización de una conducta, cuando la lesión o dañosidad ocasionada trascienda a todos los miembros de la colectividad.
- 7.- La criminalización de conductas no puede afectar los principios de tolerancia, humanidad y protección de la dignidad del ser humano.
- 8.- La criminalización debe llevarse a cabo respecto de conductas concretas, no de disposiciones o características de autor, ni de ideaciones o formas de pensar no manifestadas en conductas exteriores.

El concepto de lesividad, construido a partir o junto a los señalados criterios, debe ser empleado para reducir la cantidad de bienes jurídicos que merecen tutela por la vía penal, y para evitar de esta forma, la expansión del derecho penal que, sin duda, en la práctica, restringe la esfera de libertad y autonomía de las personas.

7.- El bien jurídico en la política criminal y en las políticas de persecución del Ministerio Público

Es importante enfatizar que la política criminal debe atender no solo el problema de la delincuencia, sino también los más amplios componentes de problemas de una sociedad organizada, tales como: la distribución de recursos, la salud, la educación, necesidades de vivienda, y otra gran cantidad de temas que tienen la virtud de sugerir una dirección que marque el punto de partida para empezar a trabajar, en la medida en que los problemas de la delincuencia tienen un gran componente social, y no pueden resolverse desde la óptica estrecha del derecho penal.

Por otra parte, la política criminal no es de resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, sino que debe provenir de un amplio debate nacional, en donde todos los grupos afectados, incluyendo los criminalizados o en peligro de criminalizar, puedan exponer lo que piensan, proponer respuestas, escuchar sus sugerencias, etc.

Se trata entonces de discutir efectivos mecanismos para alcanzar también el desarrollo social y económico, sobre la base de una planificación democrática que alcance a todos los sectores de la sociedad.

En el campo específico de la definición de conductas sancionables, se le ha reconocido tradicionalmente al bien jurídico, el cumplimiento de un papel como guía en la elaboración de la política criminal y las políticas de persecución del Ministerio Público.

A través de la teoría del bien jurídico, se pueden indicar qué y por qué se protege, logrando por este medio una herramienta de análisis y crítica del ordenamiento penal en su integridad.

El vínculo entre la teoría del bien jurídico y la realidad, así como con los procesos de criminalización y el funcionamiento del sistema de justicia penal, debe proveer al legislador informaciones sumamente importantes, en relación con el ámbito y la técnica de protección.

De esta forma, el bien jurídico se convierte en un dato esencial para la toma de las decisiones legislativas a la hora de la regulación de conductas sancionadas con una pena. Es una conexión con los problemas sociales, con la agitación e interacción social y con los compromisos que el legislador debe asumir.

Asimismo el proceso social y político a través del cual se constituye ese bien en objeto de tutela, es tan o más importante que el mismo bien jurídico.

La teoría del bien jurídico es entonces, un criterio cardinal en la construcción de una política criminal correcta, desde el punto de vista de la institucionalidad democrática, pues en ella se fija la conexión entre la determinación del merecimiento de pena, con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico relativo a personas determinadas.

Ligado al principio constitucional de autonomía ética, nuestro legislador solo puede seleccionar como delito y establecer una pena, para las conductas que amenacen de manera efectiva, un bien jurídico y no aquellas que contravienen las convicciones morales vigentes.

No cabe duda de que el Estado debe darle respuesta al problema de la delincuencia, el cual, como sabemos, es multifactorial y complejo, pero un derecho penal eficaz, no tiene por qué "invisibilizar" o negar los derechos de los ciudadanos.

En esta tesitura, es muy importante que los legisladores se den cuenta de que una mayor represión y creación de amplios poderes de control en manos del sistema penal, genera una reacción totalmente distinta de la esperada, con mayor violencia en la actuación de ese sistema y una escalada de violencia sin precedentes en la sociedad.

El principio de igualdad, también de rango constitucional, exige del legislador una observación ponderada de los sucesos y fenómenos sociales, a efecto de que sean atendidos con medidas legislativas ponderadas y proporcionales.

Sin duda el bien jurídico tiene que ser el punto de partida para la revisión del sistema penal, desde la base misma de su legitimación.

Además, las políticas de persecución criminal deben guardar relación, por supuesto, con la política general del Estado en la materia, la denominada política criminal en una relación de integración funcional.

Recordemos que la política criminal está relacionada con el tipo de Estado y de la filosofía política que lo inspira, por lo que no se puede producir aislada de la estructura central de poder.

De manera que, indiscutiblemente, si nuestro Estado es democrático, la política criminal, y por supuesto, la de persecución, deben ostentar la herencia democrática que le impregna el carácter estatal.

Esto implica que solo puede concebirse, dentro del marco normativo de los principios constitucionales y en el marco universal de los derechos humanos, entre los cuales, la libertad y la dignidad de toda persona envuelta en un conflicto, están por encima de la utilización eficaz de los medios útiles para lograr los fines probatorios del proceso sancionador.

A su vez, el cambio de paradigma que se operó en la legislación patria, al menos en el plano formal, en tanto el objetivo prioritario del proceso penal, se orienta a la búsqueda de la solución del conflicto y le impone sin duda al Ministerio Público, una redefinición de sus prácticas persecutorias para cumplir con esa finalidad.

Como hemos señalado, en esta materia también el principio de protección de bienes jurídicos, es un norte orientador de las pautas en ese sentido, para evitar las metodologías casuísticas de abordaje del fenómeno delictivo, así como el activismo antidelictivo, pero carente de sistemática.

Deben evitarse las políticas de emergencia y de ocurrencias, así como las derivadas de las presiones mediáticas y las modernas tendencias hacia la eficacia persecutoria, las cuales podrían disparar para cualquier dirección, en aras de lograr una mayor cantidad de casos resueltos.

El Ministerio Público, en atención a la necesidad de tutela de bienes fundamentales para la convivencia armónica, podría promover, mediante su participación como heredero de la política criminal, cambios legislativos dirigidos a la descarga de criminalizaciones innecesarias, delitos sin víctima o sin bien jurídico lesionado, delitos de peligro abstracto, bagatelas y moralismos convertidos en delito.

También debe esclarecer algunas pautas relacionadas con el significado de la bagatela y la mínima lesión al bien jurídico.

Por otra parte, podría direccionar las políticas de intervención, hacia la participación de otras áreas del derecho, de menor violencia que el penal y que también pueden cumplir un papel en la solución de los conflictos.

El fiscal debe plantearse el tema de necesaria lesión o puesta en peligro de un bien jurídico fundamental, como parte del examen para determinar si el hecho investigado, efectivamente constituye un delito, y en ese tanto, debe tomarlo en cuenta para resolver.

No obstante, cabe acotar que los fiscales, a la hora de valorar el tema del bien jurídico, en cada caso concreto, siempre deben ajustar sus posiciones a los lineamientos de las políticas de persecución fijadas por el Fiscal General de la República, en tanto representan los criterios oficiales de actuación⁵.

8.-El bien jurídico en la jurisprudencia costarricense

La concepción del bien jurídico como objeto de tutela de las normas jurídico-penales, y límite de la potestad punitiva del Estado, ha sido decididamente adoptada por nuestra jurisprudencia constitucional.

a) Pronunciamientos de la Sala Constitucional

Entre los primeros antecedentes, puede citarse el voto n.º 1877-90 de las 16:10 hrs. del 16 de noviembre de 1990, en el cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia señaló, con fundamento en el principio de tipicidad (artículo 39 de nuestra Constitución Política), que una conducta para que sea constitutiva de delito, además de antijurídica, debe estar descrita en forma plena en una norma.

⁵ Según el tenor de lo dispuesto por los artículos 13, 14 y 15, en relación con los incisos a), b) y c) del artículo 25, todos de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

En criterio de la Sala, dicha limitación obedece:

[...] a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, “será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres”, ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido [...]

Posteriormente, al resolver una consulta de constitucionalidad en relación con el artículo 328 del Código Penal⁶, la Sala Constitucional, en el voto n.º 525-93 de las 14:24 hrs. del 3 de febrero de 1993, señaló que el artículo 28 de nuestra Constitución Política, según el cual: *“las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”*, impone un límite al denominado *ius puniendi* del Estado, pues cada figura penalmente típica debe tener inherente una lesión o peligro de un valor ético social, precisamente determinado. Por tanto, no basta que una conducta u omisión “encaje” en forma abstracta en un tipo, sino que también es necesaria una lesión significativa de un bien jurídico, pues de lo contrario, tendríamos conductas delictivas, aun cuando no dañen la moral, el orden público o no perjudiquen a tercero.

A la hora de examinar el tipo penal cuestionado, la Sala indicó que este formaba parte del título XIV del Código Penal (Delitos contra la Administración de Justicia), considerando el máximo Tribunal de la República que dicha ubicación, junto a figuras como el falso testimonio, el soborno de testigos, la denuncia y querrela calumniosa, la receptación, el favorecimiento real, la evasión, etc., resultaba incorrecta, dado que el bien jurídico presuntamente protegido por el artículo 328, estaba arbitrariamente asimilado al que tutelan otras figuras delictivas que forman parte del mismo título del Código Penal. La asimilación del primero a las segundas, a criterio de la Sala, no resultaba afortunada y producía absurdas consecuencias. Por ejemplo, el autor de un homicidio calificado que se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias, era penado conforme al artículo 112 del Código Penal. Sin embargo, si en un accidente de tránsito se produce la muerte de una persona, y uno de los partícipes en el mismo se aleja del lugar para sustraerse a su identificación

6 Artículo 328.- *“El que, después de un accidente de tránsito en el que ha tenido parte y del que hayan resultado lesiones o muerte, se alejare del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias, o el que habiéndose alejado por razones atendibles, omitiere después dar cuenta inmediatamente a la autoridad, será reprimido con prisión de seis meses a dos años”.*

o para eludir las comprobaciones necesarias, podía ser penado por homicidio culposo y abandono del lugar del accidente, como si el abandono fuera más grave en esta última hipótesis que en la primera (el homicidio calificado).

Ahora bien, en lo referente al bien jurídico tutelado por el entonces artículo 328 del Código Penal, según la Sala no podía partirse de la ubicación de este tipo en el título XIV, lo cual sería ilegítimo, por las razones apuntadas. Además si se indagaba el bien jurídico garantizado, a partir del texto del artículo 328, se encontraría que no es, como aparenta, una defensa de la integridad corporal y de la vida. En efecto, uno de los elementos del tipo era que debido al accidente de tránsito, se hubieran producido “lesiones o muerte”; si no, la conducta no sería delictiva.

En realidad se trataba inconstitucionalmente de una descripción de conducta, de un tipo en sentido objetivo, sin bien jurídico inherente, pues la integridad corporal y la vida son tuteladas por el numeral 142 del Código Penal.

Al disponer el artículo 28 de la Constitución Política que *“las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”*, se impone un límite al denominado *ius puniendi*, pues cada figura típica, debe tener inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado. En otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas, aunque no dañen la moral o el orden público o bien que no perjudiquen a tercero. Con fundamento en lo anterior, la Sala declaró inconstitucional el citado artículo, por considerar que contenía una descripción de conducta, objeto de sanción penal, sin bien jurídico inherente.

Mediante el voto n.º 6410-96, de las 15:12 hrs. del 26 de noviembre de 1996, la Sala no solo reconoció el rango constitucional de la protección a bienes jurídicos, como fundamento de nuestro sistema penal, sino además el papel que estos desempeñan en favor de los ciudadanos, dentro del marco de una sociedad democrática, al establecer límites claros e infranqueables a la potestad punitiva del Estado:

[...] Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su

función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el “para qué” del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición. [...]

IV. La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1° constitucional, que reza: “Costa Rica es una República democrática, libre e independiente”; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho. [...]

V. El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: “Al disponerse constitucionalmente que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley” - Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos,

puesto que no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero. Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gozan de protección constitucional [...].

La Sala declaró inconstitucional el artículo 230 del Código Penal⁷, por estimar que presentaba una técnica legislativa, en donde se plasma un derecho penal de peligrosidad y de personalidad, además de que no tutelaba bien jurídico alguno.

En la resolución n.º 1588-98 de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de 1998, analizando la constitucionalidad de la tentativa “inidónea” o delito imposible, a raíz de una consulta formulada por el Tribunal de Casación Penal, la Sala Constitucional indicó que es comúnmente adoptado por la doctrina mayoritaria, que la teoría del delito solo puede partir del interés de la protección del bien jurídico, de manera que no basta con infringir una norma ética, moral o divina, sino que es necesaria, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad. Si la decisión de cuáles bienes jurídicos deben ser tutelados por el derecho penal, es de carácter político criminal, dentro de un sistema democrático como el que consagra nuestra Constitución, las intromisiones del derecho penal, deben ser las estrictamente necesarias y deben atender al principio de proporcionalidad, cumpliendo el bien jurídico una función limitadora al respecto.

De acuerdo con estos y otros considerandos adicionales acerca de la naturaleza de la tentativa, la Sala concluyó que como en el delito imposible o tentativa absolutamente “inidónea”, no existe ninguna puesta en peligro del bien jurídico tutelado, si se sanciona con una pena o una medida de seguridad, se violenta el principio de ofensividad, por lo que declaró la inconstitucionalidad de la frase “*en tal caso se impondrá una medida de seguridad*” contenida en el artículo 24 párrafo segundo del Código Penal, y los artículos 98 inciso 5) y 102 inciso b) del Código Penal.

⁷ Artículo 230.- “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indebidamente tuviere en su poder o fabricare ganchúas u otros instrumentos conocidamente destinados a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad”.

Es importante enfatizar que esta posición de la Sala Constitucional, en cuanto a que nuestro ordenamiento jurídico penal gira en torno a la protección de bienes jurídicos, así como también que el legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales, conforme considere se adaptan mejor a la naturaleza del bien que se pretende tutelar, y de acuerdo con los fines que le ha asignado a la pena y al derecho penal en general, ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos de reciente data, entre los que se pueden citar el n.º 2001-9748 de las 14:37 hrs. del 26 de septiembre de 2001; el n.º 2003-10415 de las 16:32 hrs. del 17 de septiembre de 2003; el n.º 2006-218 de las 15:56 hrs. del 18 de enero de 2006, y finalmente el n.º 2006-2872 de las 14:41 hrs. del 1 de marzo de 2006.

b) Pronunciamientos del Tribunal de Casación Penal

Por su parte, el Tribunal de Casación Penal también se ha pronunciado en el sentido de que, según los artículos 1, 28 y 39 de nuestra la Constitución Política, las resoluciones de la Sala Constitucional, vinculantes con carácter *erga omnes* y otros principios que inspiran el derecho penal, como son los de legalidad, proporcionalidad entre hecho y sanción y lesividad, así como la premisa filosófico-jurídica que otorga al derecho penal, un carácter fragmentario, y lo sitúa como *última ratio* en la solución de los conflictos sociales, una conducta humana solo será merecedora de sanción penal si lesiona o pone en peligro algún bien jurídico. De esta forma, el Tribunal de Casación coincide con la tesis de que nuestro ordenamiento jurídico, gravita en torno al bien jurídico tutelado en cada figura penal que, a su vez, cumple con la doble finalidad de limitar la reacción estatal solo a hechos dañosos, así como proteger al trasgresor de la prohibición penal, porque no puede ser sometido a pena, si su acción no es lesiva⁸.

Entre los casos más representativos donde este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse, se encuentra el de los delitos previstos en la Ley de Armas, concretamente cuando las armas decomisadas a los infractores, ya sea por su antigüedad o porque presentan defectos estructurales, no pueden ser utilizadas para disparar. El Tribunal de Casación ha considerado en estos casos que si un arma carece de la capacidad para causar un peligro real o potencial para las personas, tampoco podría vulnerar la seguridad de los ciudadanos, bien jurídico tutelado por la Ley de Armas, y así descarta entonces la existencia de un hecho punible.

Otro ejemplo representativo es el siguiente: una profesional en odontología, debidamente doctorada en una universidad extranjera, con experiencia en el ejercicio de su profesión, se trasladó a vivir a nuestro país (donde su título fue revalidado), y realizó las respectivas gestiones para incorporarse al Colegio de Odontólogos. No obstante, sin haber obtenido

8 Al respecto pueden consultarse, entre otros, los votos n.º 153-A-97 del 23 de septiembre de 1997; n.º 64-F-99 del 1 de marzo de 1999; n.º 473-99 del 29 de octubre de 1999; n.º 2000-86 del 4 de febrero de 2000; n.º 2000-639 del 21 de agosto de 2000; n.º 2002-1021 del 19 de diciembre de 2002; n.º 2003-948 del 22 de septiembre de 2003; n.º 2004-98 del 12 de febrero de 2004; n.º 2005-1209 del 15 de noviembre de 2005 y n.º 2005-1272 del 1 de diciembre de 2005.

la incorporación, la odontóloga empezó a ejercer liberalmente su profesión, atendiendo a pacientes a quienes efectuó diversos trabajos dentales, por lo que evidenció su idoneidad profesional.

En virtud de lo anterior, se interpuso en su contra una denuncia por ejercicio ilegal de la profesión. El Tribunal de Casación Penal, efectuando un análisis del artículo 315 del Código Penal⁹, indicó que los tipos penales tutelan al mismo tiempo varios bienes jurídicos; unos de ellos más importantes que otros para la figura en concreto, aunque normalmente una acción antijurídica terminaba lesionando varios.

En el caso del ejercicio ilegal de la profesión, el Tribunal de Casación consideró que no se tutela exclusivamente la autoridad de los colegios profesionales (pues ello haría delito hasta el ejercer cuando se está suspendido por razones pueriles, como atraso en las cuotas), sino otros bienes jurídicos adicionales, que varían según la carrera que se trate (v. gr. el ejercicio legal del derecho pone en peligro la libertad, el patrimonio y la personalidad, la economía, etc.). En virtud de que los clientes deben confiar su salud, su patrimonio, su familia y otros bienes a profesionales de distintas ramas, se exigen idoneidad y un mínimo de excelencia profesional, cuyo control está a cargo de los colegios profesionales.

Los jueces de casación concluyeron que se comete el delito previsto en el artículo de marras, cuando el ejercicio de la carrera no está autorizado y además se ponen en peligro los otros bienes jurídicos, distintos de la autoridad gremial. En el caso de estudio, se había demostrado que la imputada no solamente era una odontóloga debidamente titulada, sino que además en su trabajo demostró habilidad y destreza profesional calificada. De esta manera, si bien su conducta formalmente encuadró en la descripción contenida en el artículo 315 CPP, pues ejercía su trabajo sin licencia colegial, no se demostró que con ello pusiera en peligro la vida o salud de sus pacientes, bienes jurídicos tutelados por el tipo penal para el caso concreto, por lo que al no existir un daño, su conducta no fue constitutiva de delito¹⁰.

Véase además estos otros casos:

Un hombre y una mujer, después de convivir en unión libre por un tiempo, decidieron separarse. Aproximadamente un mes y medio después, el hombre, sin previo aviso, se

9 Artículo 315.- "Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, al que ejerciere una profesión para la que se requiere una habilitación especial sin haber obtenido la autorización correspondiente".

10 Voto n.º 2002-1021 de las 11:00 hrs. del 19 de diciembre de 2002. En esta resolución, el Tribunal de Casación aclara que no se desconocía la autoridad del Colegio de Odontólogos, y por el contrario, se aceptaba que el ejercicio no autorizado de cualquier profesión que requiera licencia del respectivo colegio profesional, efectivamente resulta ilícito. Sin embargo, en tanto no se lesione o se haga peligrar otros bienes jurídicos superiores a la mera autoridad colegial, el hecho no llega a constituir delito, y los colegios profesionales deben entonces resolver, fuera del derecho penal, los problemas de control del ejercicio de la carrera de los graduados universitarios que no se incorporan o que después de suspendidos ignoran la orden.

presentó en horas de la mañana a la casa de habitación en donde convivió con su ex compañera; ingresó por la puerta principal que se encontraba abierta; penetró un par de metros en su interior; recogió una camisa de su propiedad e, inmediatamente, hizo abandono del inmueble. Su ex compañera, molesta porque el sujeto ingresó sin su consentimiento a la casa, lo denunció por violación de domicilio, y el sujeto efectivamente resultó condenado por este delito.

No obstante, el Tribunal de Casación revocó dicho fallo condenatorio, por no compartir la tesis sostenida por el Tribunal de juicio, en el sentido de que bastaba con que el encartado se introdujera en el domicilio de la parte ofendida, sin autorización de ninguna especie, para que se tuviera por configurado el delito de violación de domicilio. A criterio del Tribunal de Casación, en el caso de estudio se evidenciaba una falta de antijuridicidad material, en virtud de que no se había afectado el bien jurídico tutelado, el cual es el ámbito de intimidad, según lo previsto por el artículo 204 del Código Penal, dadas las circunstancias en que se desarrollaron los hechos (principio de lesividad), debido a que en la sentencia se violentaron otras máximas que inspiran el derecho penal, como lo son el principio de proporcionalidad entre hecho y sanción y la premisa filosófico-jurídica que sitúa al derecho penal como derecho residual o fragmentario, como *última ratio* y *no como única ratio* para la solución de conflictos en la sociedad.

En criterio del Tribunal, una conducta humana, para que sea merecedora de sanción penal, debe afectar de manera concreta y plena algún bien jurídico, pero no de forma tangencial o mínima, ya que en tal caso se incurriría en una aplicación meramente formal de las normas penales, sin ningún contenido real. (Artículos 28 y 39 de la Constitución Política). Citando la doctrina de Susana Huerta Tocildo, el Tribunal de Casación señaló que para que una conducta pueda ser calificada de antijurídica, no basta con que haya ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico –*desvalor de resultado*– sino que es preciso que dicha lesión o puesta en peligro se efectúe en el marco de una acción personalmente antijurídica (*desvalor de acción*). No obstante, en el caso de estudio, no se daban ni lo uno ni lo otro, pues al examinarse las circunstancias que rodeaban el hecho, se concluía que: a) El ingreso fue en horas de la mañana. b) La puerta de la casa se encontraba abierta. c) El ingreso duró escasos segundos, por cuanto lo que él hizo fue recoger una camisa suya para seguidamente salir. d) El egreso fue por su propia voluntad. e) La ofendida se encontraba viendo televisión. A lo descrito era menester añadir otros aspectos que se extraían de la prueba transcrita en la sentencia: f) La distancia recorrida por el acusado fue de escasos dos metros y g) La ofendida y el imputado convivieron en unión libre que había terminado aproximadamente un mes y medio previo a los hechos.

Todo lo anterior, a criterio del Tribunal de Casación, acreditaba una relación cercana entre imputado y ofendida, aunque en los inicios de un proceso de extinción o modificación que desdibujaba los límites que los separan por cuanto todavía mantenían ciertos lazos comunes, razón de ser de la presencia de la camisa que sacó el acusado del lugar. De tal manera, era necesario valorar los hechos en su forma dinámica y no estática, como lo

hizo el *a quo*, pues distinto hubiera sido, si se tratara de dos individuos totalmente extraños entre sí y que uno entrara en la casa del otro, en horas de la madrugada, estando la puerta cerrada, y que caminara por toda la vivienda durante largo rato¹¹.

En otro caso, dos sujetos de nacionalidad costarricense pretendieron abandonar el territorio nacional, por el Aeropuerto Juan Santamaría, utilizando pasaportes que, si bien eran auténticos, tenían sellos falsos de ingreso a Costa Rica, en fechas del 26 de junio de 1996 y del 17 de marzo de 1996 respectivamente. Al ser detectada dicha falsedad por las autoridades migratorias, se interpuso la respectiva denuncia. Ambos imputados fueron condenados en primera instancia por el delito de uso de documento falso.

En defensa de los sentenciados, se argumentó que se desprendía de los mismos sellos y de los actos en que utilizaron el pasaporte, y se agregó que estos no habían sido usados para afectar la fe pública, pues no tenían ninguna función importante, ya que, como costarricenses, podían ingresar y salir del territorio nacional cuando lo desearan, y en el caso concreto, no se demostró la existencia de impedimento alguno para el ingreso, por lo que los hechos tan solo constituían una infracción migratoria. En consecuencia, el Tribunal no debió centrar su análisis en la antijuridicidad formal, sino en la material, pues no existía ninguna lesión o riesgo para el bien jurídico protegido por el delito de falsedad documental.

Dicho alegato efectivamente fue acogido por el Tribunal de Casación Penal. En la resolución que declaró con lugar el recurso, se indica que el caso de estudio debía analizarse a la luz del principio de lesividad, a fin de determinar si este último había sido vulnerado, pues ello constituye un requisito esencial para justificar la aplicación del derecho penal. Tal como lo alegaba la parte impugnante, el documento -pasaporte- aunque formalmente falso por contener un sello alterado, carecía de efectos jurídicos, ya que dicho sello en nada afectaba la validez del documento para viajar, pues siendo los imputados costarricenses, no tenían ningún impedimento para ingresar al país.

Para el Tribunal resultó importante citar el contenido del artículo 22 de la Constitución Política, que señala que *“Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuanto le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país”*.

De esta manera, el ingreso a Costa Rica para los imputados era totalmente libre, y para salir no requerían demostrar su ingreso, pues la sentencia no señalaba nada al respecto, sino que se limitaba a tener por cierto que iban a abandonar el país con un sello falso en su pasaporte; pero no se decía qué efecto pudo tener el mismo.

11 Tribunal de Casación, voto n.º 2000-639 del 21 de agosto de 2000.

En este sentido, para el Tribunal de Casación el fallo condenatorio era claro en cuanto a que, el uso que le estaban dando al pasaporte, era para salir del país, y para ello ninguna incidencia tenían las fechas de ingreso, puesto que eran nacionales y no existía prohibición alguna. Dicho de otra manera, para salir del país solo es necesario no tener impedimento –estar libre de responsabilidad como indica la Constitución– por lo que los encartados nunca pretendieron con el sello falso, alterar en nada la fe pública, porque el uso del documento era para salir del país, y en el fallo no se indicaba ni se analizaba la existencia de algún perjuicio real o potencial por el sello falso.

Sobre el mismo tema, el Tribunal de Casación señaló también que la Sala Tercera ha aceptado que, además de la falsedad del documento, para poder lesionarse el bien jurídico tutelado, debía existir un daño real o potencial a la fe pública:

[...] Es cierto que para la interpretación del delito de uso de documento falso parece entender el recurrente. II.- El bien jurídico fe pública, construido luego de una larga evolución doctrinal, encierra un significado particular en el que tiene relevancia el poder del Estado de atribuir a ciertos actos suyos o de los particulares, traducidos en documentos, validez general para acreditar determinado tipo de relaciones jurídicas. Para ello se vale de ciertas formalidades que deben rodearlos, como su elaboración o certificación por determinado tipo de funcionario, con el cumplimiento de requisitos establecidos legal o reglamentariamente, o bien el cumplimiento de determinadas formas -sellos, papel especial, timbres, etc.- a partir de los cuales se les asigna valor de verdad, en cuanto prueban lo que en ellos consta. Fe pública es pues, la confianza que, por esa intervención del Estado a través del derecho, se genera en esos documentos y lo que ellos certifican o representan, dándoles fuerza para generar un juicio de certeza, bien de la realización de un acto creador de relaciones jurídicas, o bien que de cuenta de ellas y que por ello les permite generar efectos jurídicos. Por ello se exige además que la falsedad sea idónea para generar ese juicio de certeza, en una persona cualquiera, es decir, no determinada, que le otorgue al documento validez para probar el acto al que se refiere. Y aquí es donde entra en escena el elemento del perjuicio. Si nos conformamos con que el simple hecho de falsificar, deformar o alterar, lesionan sin más la fe pública, estos delitos no cumplirían con el principio de lesividad, exigido constitucionalmente. No basta la simple falsificación -comprendidas todas sus diversas formas-. Es necesario que esta sea idónea para generar el juicio de certeza de que venimos hablando respecto de lo que el documento está llamado a acreditar, y por hacerlo falsamente es que se da la posibilidad -no es necesario el daño efectivo- de que haya perjuicio [...]. (Sentencia 1144-1997 de las 09:50 horas del 23 de octubre de 1997).

Indicó además el Tribunal que la Sala también había incursionado en el daño real potencial para efectos de configuración del tipo penal, cuando indica que:

[...] Debe recordarse que en casos como el presente, la alteración debe efectuarse “ de modo que pueda resultar perjuicio”, como indica el artículo 357 del Código Penal), sea

no se exige que el perjuicio se concrete en daño, pero tampoco que la posibilidad de perjuicio sea abstracta. "Su sola falsificación no alcanza jerarquía penal si no logró, por lo menos, poner en peligro la relación de disponibilidad, representada por el documento, pero que reside en la relación jurídica que opera en distintas esferas de lo jurídico. No es admisible que la posibilidad de perjuicio se determine como entidad abstracta que venga a surgir de la simple pérdida de autenticidad y veracidad del documento". (negrilla no original). (Creus, Carlos. Derecho Penal, página 429). "Pero es necesario que la falsedad sea capaz de producir perjuicio. Si no existe la posibilidad de perjuicio la falsedad no es punible. En este sentido es particularmente ilustrativa la Exposición de Motivos del Proyecto de 1.891, en la que se dice:" La posibilidad del perjuicio y no sólo el perjuicio realmente producido, da lugar en este delito a su consumación; pero es indispensable y esencial que esa posibilidad exista; porque en el caso contrario se trataría de una acción que siendo totalmente inocua, no habría que reprimir". (Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, 8° Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.978, páginas 662-663) [...]. (Sentencia 09:05 hrs. del 5 de marzo de 1999 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

A criterio del Tribunal de Casación, los fallos citados eran de aplicación al caso de estudio, pues la defensa reclamaba que se consideró solamente la lesión al bien jurídico tutelado como entidad abstracta, y no real o potencial, pues como se había señalado anteriormente, para salir del país en nada afectaba el sello falso que se fijó en el mismo, ni tampoco se analizó un eventual perjuicio potencial que podría causar. Se indica en el fallo que si bien es cierto que, bajo ciertas circunstancias, el sello falso en el pasaporte puede tener efectos importantes y llegar a producir lesión real o potencial al bien jurídico de la fe pública, como por ejemplo si se hubiera utilizado para demostrar la entrada o estancia en el país, en el caso de estudio, como tal no se planteó ninguna hipótesis en ese sentido, así tampoco se hizo llegar alguna prueba que mostrara que el sello como tal, tuviera alguna trascendencia, o que el uso del pasaporte involucrara, sin algún grado de relevancia el sello de ingreso, al país. En consecuencia, el hecho conocido y sometido a proceso resultaba atípico por no lesionar el bien jurídico tutelado¹².

c) Pronunciamientos de la Sala Tercera

En la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, también se ha recurrido al concepto de bien jurídico como límite infranqueable a la potestad punitiva del Estado, concibiéndolo como un criterio para la menor criminalización de las conductas (en consonancia con los principios de *última ratio* y subsidiariedad), para el mantenimiento de la mayor extensión posible de la libertad y la esfera de autonomía de los ciudadanos (en concordancia con los principios de fragmentariedad y *pro libertate*). De esta forma, para la Sala Tercera, el bien jurídico opera en dos sentidos: a) Limita la potestad del legislador para crear delitos, imponiendo la obligación de que para cada tipo penal debe existir un

12 Voto n.º 2006-643 de las 14:20 hrs. del 29 de junio de 2006.

bien jurídico relevante para la vida en sociedad. b) Limita la interpretación y aplicación concreta de los tipos penales que desarrollan los jueces, de manera que no se pueden imponer sanciones penales a aquellas conductas, mediante las cuales no se ha lesionado o puesto en peligro considerable el bien jurídico concreto, tutelado por el tipo penal, lo cual resulta igualmente válido, tanto para los delitos de resultado, como para los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto¹³.

La Sala Tercera ha señalado que para determinar cuándo se está ante un hecho inocuo para el bien jurídico tutelado por una norma penal:

[...] el operador judicial debe acudir en primer lugar al principio de proporcionalidad, y buscar sus manifestaciones sustantivas en los diferentes estadios de la Teoría del Delito. En este sentido, la doctrina nacional ha indicado que: “[...] Para responder a la pregunta de cuál hecho es insignificante, se puede acudir a diferentes aspectos de la teoría del delito: I) desde la teoría de la acción podría discutirse si lo que es insignificante es precisamente aquello que tiene “poco” desvalor de acción; ii) desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene “poco” desvalor de resultado; iii) desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es “insignificante” aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte “desproporcional”; iv) este último aspecto lleva también a discutir también si lo que es “insignificante” puede averiguarse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad; v) desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la “mínima culpabilidad”); vi) desde la teoría de la participación podría analizarse el grado de participación o de aporte del partícipe a fin de cuantificar una eventual insignificancia y de allí una aplicación del principio de oportunidad a los partícipes que no representen un papel significativo en la realización del hecho. Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí no sólo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que esta puede o no debe ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar. De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguibilidad así como también los impedimentos sancionatorios; la determinación de los marcos penales; la medición de la pena, y los aspectos correctivos de la medición de la pena, aspectos todos que se encuentran regulados en la Parte General del Código Penal vigente [...]. (Chirino Sánchez, Alfredo: Principio de oportunidad e insignificancia del hecho,

13 Entre otros, pueden consultarse los votos n.º 1038-98 de las 9:10 hrs. del 30 de octubre de 1998; n.º 2001-74 de las 10:10 hrs. del 19 de enero de 2001; n.º 2002-98 de las 10:20 hrs. del 8 de febrero de 2002; n.º 2002-765 de las 9:30 hrs. del 9 de agosto de 2002; n.º 2004-1309 de las 10:55 hrs. del 12 de noviembre de 2004 y el n.º 2005-266 de las 9:55 hrs. del 8 de abril de 2005.

en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Corte Suprema de Justicia-Asociación de Ciencias Penales, San José, 1.996, pág.118*)¹⁴.

Entre los casos más representativos examinados por la Sala, están los relacionados con delitos previstos en la Ley de Psicotrópicos, como por ejemplo el siguiente: un sujeto cultiva ocho plantas de marihuana en un área de cinco por tres metros de una finca, y es sorprendido por la policía, mientras regaba las citadas matas que tenía cultivadas, es decir, cuando le daba cuidado al sembradío.

La Sala rechazó la tesis de defensa que sostenía que dicha conducta era inocua para el bien jurídico tutelado, dada la escasa cantidad de plantas sembradas, argumentando que, en principio, por la ofensividad genérica que implican las conductas reprimidas en dicha ley, cabe excluir la aplicación generalizada de principios, como el de insignificancia del hecho, el cual debía reservarse a supuestos excepcionales. Por tanto, no se debe calificar una conducta como inofensiva para la Salud Pública (bien jurídico tutelado), por la simple constatación de que se posean pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, pues podría suceder que esta sea la forma ideada por el sujeto para lograr sus propósitos delictivos.

En el caso particular, la Sala partió de la consideración de que el cultivo de marihuana está reprobado por la Ley de Psicotrópicos (salvo casos muy calificados), precisamente porque el legislador ha considerado relevante impedir el acceso incontrolado a una materia idónea para la producción de otros productos. En el mismo caso, tanto por la forma en que se llevó a cabo la siembra como los cuidados que el imputado le prodigaba, se hizo evidente que dichas plantas se utilizarían para su posterior elaboración. Frente a ello, la Sala consideró que esta conducta sí puso en peligro a la salud pública, pues se trataba de un *sembradío* que, por el solo hecho de ser pequeño, no descartaba que pudiera ser utilizado para distribuir marihuana a distintas personas a cualquier título¹⁵.

Una situación contraria se presentó en este otro caso: Un sujeto se acercó a un vehículo, a bordo del cual se encontraban dos investigadores del OIJ, sin que estos lo hubieran llamado, y ofreció venderles dos envoltorios plásticos que contenían cocaína, ignorando que las personas a las que trataba de vender dicha droga, eran oficiales judiciales. Ante esta situación, los investigadores inmediatamente se identificaron y procedieron a aprehender al imputado, decomisando la sustancia ilícita, y el mismo fue condenado por venta de droga.

Al analizar este caso, la Sala Tercera comenzó por subrayar que la importancia del principio de lesividad, ha sido enfatizada por la Sala Constitucional, al señalar que

14 Ver voto n.º 2001-74 de las 10:10 hrs. del 19 de enero de 2001.

15 *Ibíd.*

[...] *Al disponerse constitucionalmente que 'las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley' — artículo 28— se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión 'encaje' abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. (Votos n.º 525-93, de 14:25 horas del 3 de febrero de 1993 y n.º 6410-96, de las 15:12 horas del 26 de noviembre de 1996).*

Para la Sala, a nivel de la teoría jurídica del delito, la relevancia del bien jurídico se traduce en el sentido de que aun en el caso de conductas que formalmente se adecúan al tipo penal, si estas no lesionan o ponen en peligro significativo el bien jurídico tutelado, carecerán de antijuridicidad material y, por lo tanto, no resultan punibles. Este criterio de carácter general, cuya mayor aplicación se ha dado en la interpretación de los delitos de resultado, según la Sala Tercera también debía utilizarse en el caso de los delitos de peligro abstracto, pues no existe ninguna razón para excluir el análisis de lesividad en lo que respecta a los delitos de peligro abstracto, en cuyo caso el concepto de bien jurídico tutelado, también debe servir para la interpretación restrictiva de esta clase de tipos penales.

En el caso de los delitos de psicotrópicos, la aceptación de la tentativa implicaría admitir que casi cualquier actividad provoca: [...] *un peligro de que se genere un peligro para la Salud Pública*, con lo que se rompería la función instrumental del derecho penal republicano y se aceptaría la responsabilidad penal por las más lejanas e indeterminadas posibilidades de afectación del bien jurídico.

De igual manera, a partir del principio de lesividad, la jurisprudencia de la Sala había formulado otros límites a la aplicación de los delitos de peligro abstracto, principalmente partiendo de los criterios de mínima afectación (insignificancia) y de imposibilidad de lesión o peligro de la salud pública, como bien jurídico tutelado (Entre otros: voto n.º 616-95, de las 11:05 horas del 13 de octubre de 1995). A nivel de injusto penal (tipicidad-antijuridicidad), eso significa que la afirmación de la antijuridicidad material de una conducta que formalmente se subsume en un tipo penal abstracto, solo deberá realizarse cuando en la gravedad del comportamiento, haya quedado patente en una potencialidad lesiva respecto del bien jurídico tutelado, no simplemente por aquella contradicción formal con la norma o por la mera voluntad de infringirla. Esto quiere decir que el desvalor objetivo material de la acción que es peligrosa para un bien jurídico, se revela como el elemento central de la constitución del tipo injusto.

En el caso de estudio, lo que tuvo por cierto el Tribunal de Juicio –pese a que erróneamente mencionó que el delito de vender drogas se encontraba consumado– fue que el encartado se limitó a ofrecer; trató o intentó vender clorhidrato de cocaína a los oficiales del O.I.J., sin que esa acción llegara a consumarse, precisamente porque ante tal ofrecimiento,

de inmediato los policías se identificaron y procedieron a detener al encartado. En otras palabras, lo que se tuvo por probado fue entonces una tentativa de venta de droga, un mero inicio de actos de ejecución no consumados por circunstancias ajenas a la voluntad del autor y no una efectiva transacción de compra-venta de esa sustancia.

Como se explicó antes, en delitos de peligro abstracto como el sancionado, la Sala había excluido la posibilidad de aplicar la tentativa como elemento amplificador del tipo. Por esta razón, resultaba errónea cualquier calificación legal en ese sentido y mucho más aún, una declaración de responsabilidad penal por ellos. Para la Sala Tercera, con lo resuelto por el Tribunal de Juicio en el caso de estudio, y en relación con la supuesta tentativa de venta de droga como delito de peligro abstracto, se efectuó un adelantamiento de la tutela de la salud pública que implica imponer una responsabilidad penal por un “*peligro de peligro de afectación*” del citado bien jurídico protegido, hecho que la Sala consideró contrario al principio de lesividad penal, pues se estaría reprimiendo un peligro mucho más impreciso e indefinido, que el propio peligro abstracto para la salud pública, generado por una venta de drogas consumada.

Asimismo, si bien en la Ley de Psicotrópicos se sanciona la tenencia de drogas con fines de tráfico, en el caso de estudio, lo único que se demostró, en virtud de las circunstancias concretas en que se desarrolló la conducta del imputado, fue que la tenencia de droga únicamente se dio para ser ofrecida a unos oficiales de policía que nunca llegarían a consumirla. Por tanto, dicha conducta no resultaba propicia para generar un peligro abstracto para la salud pública, porque resultaba imposible que estas u otras personas llegaran a consumir la droga que tenía en su poder el imputado. De tal forma, al excluirse que, la salud de otras personas distintas de los agentes de policía, a quienes se ofreció la sustancia ilícita, se viera afectada, para la Sala se excluyó toda posibilidad de peligro para el bien jurídico, y con ello la existencia del delito¹⁶.

No obstante, consideramos necesario presentar algunas acotaciones con respecto de lo resuelto por la Sala Tercera en el caso antes descrito. Ciertamente se comparte el criterio vertido en la resolución de marras, en cuanto a la necesaria existencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico fundamental, como presupuesto de la existencia del delito (tanto en el caso de delitos de resultado como los de peligro). Sin embargo, como se verá más adelante, al tratarse el tema de la tipicidad penal en materia de narcotráfico, nuestro legislador ha seguido las líneas generales de la política criminal de riesgo (aspecto sobre el que la doctrina no es pacífica).

Por el anterior motivo, los delitos contenidos en esta legislación especial, castigan aquellas conductas que, aunque no hayan producido un peligro concreto para la salud pública, suponen –desde una perspectiva *ex ante*– **un riesgo de producción de una concreta**

16 Ver voto [n.º 2004-1309](#) de las 10:55 hrs. del 12 de noviembre de 2004.

puesta en peligro o lesión a la salud pública. De esta manera, tanto la Sala Tercera como el Tribunal de Casación, han admitido que comete delito quien *posee* clorhidrato de cocaína con fines de tráfico internacional o *intenta introducir* cocaína base crack a un centro penitenciario, aun cuando, en la práctica, dichas sustancias no logren llegar a sus destinatarios finales. Para nuestra jurisprudencia esto es así, por cuanto no se acepta que deban producirse efectivas lesiones a la salud pública para castigar este tipo de conductas, cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen¹⁷.

En el caso de estudio, de acuerdo con los hechos descritos, se desprende, con bastante claridad, que el individuo tenía en su poder drogas **con manifiesto fin de traficarlas**. Podría analizarse si efectivamente se generó un peligro real –e inaceptable- para la Salud Pública, aun y cuando en el caso concreto, las personas a las que trató de vender la droga, casualmente, resultaron ser oficiales de policía que nunca iban a consumirla.

Puede citarse aquí que, en cuanto al tema de la tentativa de introducción de drogas a centros penitenciarios, tanto la Sala Tercera como el Tribunal de Casación, han señalado que si una persona es detenida portando droga para introducirla a un Centro Penitenciario, ya ha realizado varios delitos consumados de tráfico de drogas en su forma simple, porque la posee y la transporta con fines de suministro o venta, lo que conforme al artículo 61 de la Ley de Psicotrópicos (actualmente artículo 58 *ibidem*), constituye ya un delito consumado, sancionado con pena privativa de libertad.

En consecuencia, no podría estimarse menos lesiva para el bien jurídico, el supuesto en donde la persona pretenda realizar el suministro o la venta de la droga en un centro penitenciario o en un centro de enseñanza, solo por el hecho de ser sorprendida, puesto que conforme ya se dijo, había consumado el delito en su forma simple (posesión y transporte de droga con fines de suministro o venta). En otros términos, no es congruente considerar **consumado** un delito de posesión de droga o transporte de droga con fines de venta o suministro, cuando no se pretende realizar el trasiego en un centro penitenciario o en un centro de enseñanza. Pero al estimar que constituye un delito **en grado de tentativa** –y en consecuencia aplicar una pequeña pena de prisión con condena de ejecución condicional– cuando se posee y se transporta la droga para traficar con ella en un centro penitenciario o en un centro de enseñanza, pero se es sorprendido al momento del registro, antes del ingreso al centro, esta última conducta debería ser calificada más grave y de mayor sanción que la primera, por tratarse precisamente de una forma agravada conforme lo

17 Acerca del tema, se pueden consultar la resolución de la Sala Constitucional n.º 2006-218 de las 15:56 hrs. del 18 de enero de 2006, y de la Sala Tercera n.º 10-99 de las 14:45 hrs. del 7 de enero de 1999, y n.º 2004-1309 de las 10:55 hrs. del 12 de noviembre de 2004.

señaló el legislador, y segundo, porque ya se había consumado la figura simple del delito de posesión y transporte de droga con fines de tráfico¹⁸.

Si bien de acuerdo con algunas posiciones doctrinarias, el análisis de la lesión al bien jurídico, debe efectuarse durante el juicio de tipicidad penal de la conducta, en tanto otras sostienen que este examen debe realizarse a fin de constatar su antijuridicidad material (ambas han sido indistintamente utilizadas por nuestra jurisprudencia). En los dos casos, el resultado final es el mismo: no llega a configurarse el *injusto penal* con las consecuencias jurídicas que de ello deriva (v. gr. exclusión de responsabilidad civil, teoría de participación, etc.).

Finalmente, debe señalarse que en el proyecto del nuevo Código Penal, los principios de tipicidad y lesividad se plasman en el capítulo referido a los principios básicos para la aplicación de la ley penal, concretamente en los artículos 2 y 4, según los cuales, nadie podrá ser sancionado si la conducta no está descrita de manera clara y precisa en la ley, y además, solo será sancionable la conducta que dañe o ponga en peligro un bien jurídico tutelado.

9.- La acción penal

9.1.- La conducta humana como base de la teoría del delito

La conducta humana es el punto de partida de toda reacción jurídico-penal, y es la base de la regulación de las conductas contenidas en el ordenamiento jurídico.

El nuestro es un derecho penal de acto, no de autor y, por ende, le interesa, en primer lugar, la conducta humana, con independencia del carácter u otras condiciones personales del autor.

El derecho penal de acto es el único que puede ser limitado y controlado democráticamente. Por el contrario, el derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria.

Es claro que los artículos 28 y 39 de nuestra Constitución Política excluyen la persecución penal por hechos que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, así como también que nadie puede ser penalmente sancionado sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de la sentencia firme dictada

18 En este sentido, ver votos de la Sala Tercera n.º 2001-534 de las 14:15 hrs. del 6 de junio de 2001, y del Tribunal de Casación n.º 2003-890 de las 12:00 hrs. del 4 de setiembre de 2003; n.º 2003-564 de las 9:31 horas del 20 de junio de 2003, y n.º 2002-444 de las 10:30 hrs. del 20 de junio de 2002. Incluso el Tribunal de Casación ha considerado que la existencia de operativos policiales –compras de droga con agente encubierto– en asuntos de narcotráfico no excluye la afectación del bien jurídico Salud Pública (votos n.º 2003-565 de las 9:40 hrs. del 20 de junio de 2003 y n.º 2003-1108 de las 9:30 hrs. del 31 de octubre de 2003).

por la autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa, mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

Para que el derecho penal logre cumplir con su finalidad de limitar el *ius puniendi*, así como de guiar a los operadores del sistema en la interpretación y aplicación de los tipos penales, dentro del marco de un Estado democrático, debe asegurarse que cualquier pretensión de ejercicio punitivo, se lleve a cabo sobre la base de una conducta humana voluntaria.

Así el legislador costarricense plasmó, en el artículo 18 del Código Penal, que el hecho punible puede ser realizado por *acción* o por *omisión*¹⁹. En ese mismo sentido, los textos de derecho internacional de los derechos humanos, establecen que solo pueden configurar delitos las acciones u omisiones (v. gr. art. 11, 2º párrafo de la Declaración Internacional de Derechos del Hombre; art. 15 párrafo primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 9 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, etc.).

Por lo anterior, no podrían constituir nunca delito el pensamiento, las ideas o la voluntad de delinquir que no se traduce en actos externos. Tampoco podrían serlo los actos de los animales (salvo en los supuestos descritos en el artículo 130 bis del Código Penal –138 en el proyecto del nuevo código– referente al descuido de animales peligrosos)²⁰, ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza.

De esta manera, la titularidad de la conducta para el derecho penal, solo recae en la persona humana. Esta última se manifiesta en el mundo externo, tanto en actos positivos como en omisiones, constituyendo ambas subformas de comportamiento humano. Acerca de este tema, nuestra jurisprudencia ha señalado que: [...] *La acción humana penalmente relevante, es aquella en la que existe una conducta exterior evitable dirigida a un fin*²¹. Esto significa que toda acción u omisión, para ser considerada como tal, requiere expresar una finalidad por parte del sujeto que la lleva a cabo (la que se exterioriza precisamente a través del movimiento corporal de este) y no ser un simple movimiento ajeno a la determinación volitiva y cognitiva del ser humano (en cuyo caso, este se convertiría en un factor más del mecanismo de causalidad del resultado)²².

19 En el proyecto del nuevo Código Penal, se dispone que no se puede sancionar la *conducta* que no esté descrita en la ley. Asimismo, el artículo 15 establece que la ley penal se aplicará a las personas mayores de 18 años, en el momento de la comisión de la *conducta*, en tanto el artículo 16 dispone que la *conducta punible* (a diferencia del actual art. 18 que habla de *hecho punible*) puede ser realizada tanto por acción por omisión.

20 Incluso, el Tribunal de Casación ha considerado que soltar dolosamente un perro para que este muerda a una víctima, constituye un hecho punible ejecutado a través de un instrumento, de donde el autor responde por el resultado producido, en el caso de que la víctima resulte lesionada (Voto n.º 2004-133 de las 9:57 hrs. del 19 de febrero de 2004).

21 Sala Tercera, voto n.º 2005-1135 de las 10:05 hrs. del treinta de septiembre de 2005.

22 En dicho sentido, ya se había pronunciado anteriormente esta misma Sala, en las resoluciones n.º 101-F-95 de las 9:00 hrs. del 3 de marzo de 1995 y n.º 719-F-96 de las 9:45 hrs. del 22 de noviembre de 1996.

Ahora bien, una acción, en sentido jurídico penal, puede estar conformada por una pluralidad de actos que, a su vez, pueden afectar en forma significativa a uno o varios bienes jurídicos penalmente tutelados. Por tanto, para distinguir si estamos ante una o varias *acciones* (lo que tiene relevancia para la correcta calificación jurídica de los hechos, especialmente en materia de concurso de delitos), es importante comprender el alcance de la denominada *unidad de acción u omisión* ²³.

Al respecto, nuestra jurisprudencia ha señalado que no debe identificarse la acción únicamente con el movimiento corporal o el resultado, (pues una sola acción bien podría contener varios movimientos corporales²⁴ o podría producir varios resultados²⁵), sino que deben utilizarse dos criterios para dilucidar cuándo hay una o varias acciones: a) *El factor final*: la voluntad que rige y da sentido a una serie de movimientos voluntarios o actos físicos aislados, como una sola conducta. b) *El factor normativo*: la estructura del tipo delictivo en cada caso particular, lo cual convierte la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición.

De esta forma, a manera de ejemplo, la Sala Tercera consideró como una sola acción –en sentido jurídico penal– la conducta de un grupo de sujetos que, actuando de acuerdo con un plan común que consiste en apoderarse, de manera ilegítima, de los bienes de un ofendido mediante el uso de la violencia (factor final), ingresaron a la vivienda de este último, a quien dieron muerte disparándole con un arma de fuego, para neutralizar la resistencia que opuso al ataque y lograr así consumir el apoderamiento sobre sus bienes (factor normativo).

De acuerdo con el criterio vertido en la resolución de marras, los hechos descritos constituyeron un concurso ideal de delitos heterogéneos (robo agravado y homicidio calificado), puesto que los sujetos, a través de una sola acción (conformada por diferentes actos), lesionaron dos bienes jurídicos independientemente tutelados a favor de la víctima (su vida y su propiedad)²⁶.

En la práctica, pueden presentarse situaciones complejas. Por ejemplo, en una causa por homicidio, se logró determinar que una pareja, en forma continua y progresiva, se dedicó a agredir físicamente a su hija de cinco meses de edad, y le causaron lesiones en diferentes partes de su cuerpo, hasta que finalmente fue llevada de emergencia a un hospital, donde falleció a causa de múltiples traumatismos. A pesar de que no fue posible individualizar la

23 Para ampliar el tema, véase MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Valencia, Tirant lo blanch, 3.ª edición, 2004, pp. 228 y 229.

24 Piénsese en el caso del sujeto que, para ingresar a una vivienda, procede a forzar con una herramienta el llavín de la puerta trasera, y, posteriormente, amenaza con un arma de fuego al ocupante, para de esta forma sustraer sus bienes (multiplicidad de actos= un solo delito).

25 Un ejemplo sería el del sujeto que inicia un fuego en un charral, que posteriormente provoca la destrucción de una vivienda y la muerte de sus ocupantes (multiplicidad de resultados, una única acción).

26 Sala Tercera, voto n.º 943-98 de las 16:16 horas del 29 de septiembre de 1998.

conducta específica de cada uno de los imputados, la Sala Tercera confirmó la sentencia que declaró a ambos coautores responsables de homicidio calificado, señalando que, en casos como este (síndrome del niño agredido), además de que la prueba, por lo general, resulta escasa, por tratarse de hechos que ocurren en el seno familiar, el delito no se consuma a partir de un acto preciso y determinado, sino que se consigue a consecuencia de una serie de acciones que se van ejecutando y prolongando en cierto espacio de tiempo, las cuales pueden progresivamente ir dejando lesiones y secuelas que, al final de cuentas, contribuyen (unas en mayor grado que otras) a la producción del resultado mortal.

Se trata entonces de comportamientos complejos que, a su vez, pueden obedecer a diferentes motivaciones por parte de los sujetos activos, lo que hace difícil su demostración en juicio, sin que constituya un vicio de la acusación o la sentencia que en la especie no se hayan podido individualizar, de manera concreta y precisa, todas y cada una de esas acciones que condujeron al resultado, pues al respecto solo podría exigirse una reconstrucción razonable de lo ocurrido y, eso sí, la acreditación certera de la responsabilidad del acusado en el hecho²⁷.

Para determinar la unidad de acción, debe considerarse: a) La existencia de la vinculación fenoménica (temporal y espacial) que describe la norma. b) La existencia de una misma intencionalidad específica subyacente a ese movimiento exterior lesivo.

El concepto de acción es básico para la teoría del delito, lo mismo que el de omisión. Ambos adquieren importancia en la medida en que coinciden con un tipo delictivo.

Es claro entonces que toda acción requiere, para ser considerada como tal, y no ser solo un simple movimiento fenoménico, contemplar si la lesión infligida a ciertos bienes jurídicos, forma parte de una sola intencionalidad inmediata y específica.

En ese sentido, podemos afirmar que la acción está compuesta por **un elemento intencional** (elemento subjetivo como se le conoce más usualmente), y **un elemento fenoménico** (u objetivo). Para que haya unidad de acción, debe haber unidad entre estos elementos²⁸.

De esta forma, la acción se constituye en una categoría de la teoría del delito, cumpliendo una doble función: a) La función limitadora del poder punitivo del Estado, pues no se puede sancionar penalmente aquello que no sea conducta humana (*nullum crimen sine conducta*). b) La función de género vinculante de los términos *tipicidad*, *antijuridicidad* y *culpabilidad* que conduzcan a la especie “*delito*”.

²⁷ Ver voto [n.º 2003-886](#) de las 9:55 hrs. del 3 de octubre de 2003.

²⁸ Véase el voto de la Sala Tercera, [n.º 2007-156](#) de las 8:30 hrs. del 28 de febrero de 2007.

Adicionalmente, se le reconoce también una función clasificadora (reúne todas las formas de comportamiento humano penalmente relevante); una función de conexión (puente de enlace entre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); una función de delimitación (se torna en un límite a partir del cual se excluyen aquellas formas de comportamiento carentes de relevancia jurídico-penal) y una función como punto de referencia (del tiempo y lugar del hecho, de la unidad o pluralidad de acciones).

La acción se integra, no solo con lo objetivo personal, sino también con lo subjetivo personal, con lo que dolo y culpa pasan a pertenecer a la tipicidad.

No obstante, por las razones ya esbozadas, no puede construirse el concepto penal de la conducta, partiendo directamente de los tipos, porque se necesita un concepto pretípico (voluntad humana exteriorizada en el mundo), para evitar que los tipos prohíban lo que no son acciones. Así surge su importancia.

Como hemos podido apreciar hasta aquí, nuestro legislador adoptó un criterio de acción de corte finalista, el cual también ha sido acogido por nuestra jurisprudencia dominante, aunque puede señalarse que existe también un concepto causal de acción, para la cual, la acción es también conducta humana voluntaria. Pero, a diferencia de la concepción finalista, prescinde del contenido de la voluntad, es decir, del fin. Para el causalismo, lo que el sujeto haya querido es irrelevante, y solo interesa en el marco de la culpabilidad.

También se han desarrollado otras propuestas, como las del concepto social de acción y el concepto funcional, para el cual la evitabilidad del resultado es el elemento esencial.

Acción: Todo comportamiento humano dependiente de la voluntad, dirigido hacia un resultado, con repercusiones en el ámbito social.

Omisión: La conducta base de la norma jurídico-penal, puede consistir en un hacer o en un no hacer. Es decir, hay normas prohibitivas y también normas imperativas que ordenan acciones, cuya omisión puede producir resultados socialmente dañosos. La omisión consiste en no llevar a cabo lo que las normas imperativas ordenan.

9.1.1.-Responsabilidad de las personas jurídicas

Tradicionalmente se ha considerado que solo la persona humana, individualmente considerada, puede ser sujeto de una acción penalmente relevante. Ni los animales ni las cosas pueden ser sujetos de acción. De manera que tampoco pueden ser sujetos de acción penalmente relevante, las personas jurídicas, aunque sí podrían serlo en otras ramas del derecho.

Nótese que, desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, exigen la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual que no existe en las personas jurídicas.

Incluso el Tribunal de Casación Penal, citando la doctrina de Luzón Peña, ha señalado que **cuando se trata de exigir responsabilidad de carácter penal**, los actos procesales no pueden encausarse directamente contra las personas jurídicas, porque estas no realizan “acciones” en sentido jurídico-penal, ya que el concepto de acción a que debe acudir para estos efectos, es el de acción humana, o sea, la conducta realizada por una persona física, como manifestación externa, activa o pasiva, de una voluntad derivada de la situación de consciencia de un individuo concreto. Semejantes características no se presentan en las operaciones, acuerdos o resoluciones de las personas jurídicas²⁹.

Sin embargo, existe hoy día una preocupación en torno a la necesidad de algún grado de intervención, frente a los abusos que, especialmente, en el ámbito económico, se producen a través de la persona jurídica, sobre todo cuando esta adopta la forma de una sociedad mercantil anónima o de responsabilidad limitada.

El fundamento de la penalización por responsabilidad de las personas jurídicas, está constituido siempre por los actos individuales realizados por las personas físicas que integran la persona jurídica.

En el Código Penal español, se establecen algunas sanciones para las personas jurídicas, cuando al amparo de estas se cometan acciones delictivas, como consecuencias accesorias, evitando así cualquier discusión sobre si se trata de penas o medidas de seguridad.

De esta manera, aunque se confirma que la responsabilidad individual sigue siendo la única fuente, tanto de la pena como de la medida de seguridad, hay un sistema de sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas que, según la legislación española, permitiría hablar de responsabilidad penal de las mismas.

Otro sector del pensamiento se inclina por establecer responsabilidades a estas entidades en los mismos supuestos, en ámbitos distintos al penal.

Las leyes pueden imponer sanciones a las personas jurídicas e, incluso, pueden llamarlas penas. No obstante, no puede alterarse la naturaleza de las cosas, pues no puede reconocerse una conducta donde falta una sustancia psíquica. Cualquier sanción a una persona jurídica, será siempre reparadora o restitutiva (civil) o administrativa (coerción directa).

Lo que las leyes sí podrían hacer, es asignar competencia al juez penal para que en una misma sentencia o proceso, decida penas y cuestiones civiles y administrativas e imponga

29 Tribunal de Casación, voto n.º 2003-1016 de las 9:45 hrs. del 9 de octubre de 2003.

medidas sancionatorias, conforme a esos modelos, siempre que se respeten el derecho de defensa y las demás garantías procesales.

9.1.2- Acción y resultado

Ya señalamos que acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana, que solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad.

La dirección final de esta acción se expresa en dos fases: una **interna** que sucede en la esfera del pensamiento, cuando el autor se propone anticipadamente la realización de un fin; selecciona los medios necesarios; considera los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin propuesto.

En la fase **externa**, una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo exterior; pone en marcha el proceso causal, dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción; pero solo cuando esta se ha realizado en el mundo exterior. De manera que, podemos afirmar, que el legislador cuando tipifica las acciones prohibidas, lo hace pensando en la acción como un proceso causal regido por la voluntad, dirigida a un fin, sea este relevante, o bien lo sean los medios elegidos para su realización o los efectos concomitantes.

Lo fundamental es que la imputación se base en lo que el sujeto hace o no hace, ya sea, en su comportamiento regido por la voluntad, no en sus ideas, creencias, nacionalidad, raza, etc.

En los delitos de resultado o de consecuencias dañosas, debe existir un nexo de causalidad física entre la acción u omisión y el resultado producido. La *causalidad* puede definirse como la cadena de causas y efectos que se dan en el mundo y que permite que un hecho sea explicado y comprendido (describir la *causa* de un suceso es decir *por qué* ocurre). Para poder atribuirle un resultado a una persona, como producto de su acción u omisión, es necesario determinar si aquel aparece ligado a esta, por una relación de causalidad, de manera que se pueda predicar –desde un punto de vista no solo naturalístico, sino también jurídico– la existencia de un vínculo de causa a efecto entre uno y otro.

Debe tenerse cuidado de no confundir la causalidad con la imputación penal, propiamente dicha. La causalidad es un dato que permite afirmar la existencia de un hecho concreto, cuya tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad deben ser sucesivamente analizadas. De esta forma, cumple con una función imputativa primaria, es decir, constituye un requisito mínimo elemental para la imputación.

De manera que, antes de imputar penalmente un resultado a una determinada acción u omisión, es necesario establecer una relación de causalidad entre ambos.

9.1.3.- Teorías para explicar la relación de causalidad

Como no todos los casos de relaciones de causalidad, son tan fáciles de resolver, se han elaborado diversas teorías para facilitar la solución de los casos difíciles, entre ellas, la teoría de la equivalencia de las condiciones, la de la causación adecuada y la teoría de la causal jurídicamente relevante.

a) La teoría de la equivalencia de condiciones. Una de las más aplicadas, entre las teorías de la causalidad física, señala –partiendo de un concepto de causalidad natural– que todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal. No obstante, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito, y asegurar la aplicación práctica de esta concepción, se acude a la fórmula de la “teoría de la condición” o “*conditio sine qua non*”, con la cual, una acción es causa de un resultado, si suprimida mentalmente su realización, este no se hubiera producido. En torno a la omisión, se aplica el procedimiento inverso para verificar la causalidad. De esta manera, una omisión será causa de un resultado si –supuesta mentalmente la realización de la acción omitida– aquel hubiera sido evitado.

No obstante, se le critica a esta teoría que nos podría llevar, en busca de la última, a un listado interminable de causas, en tanto habría que buscar la causa de la causa, (un regreso al infinito). Por otro lado, se ha señalado que este criterio no resulta útil para el derecho penal, pues este debe operar, al igual que otras ciencias, con un concepto de causa mucho más restringido, limitando su interés a una parte de la realidad, definida temporal y espacialmente (**prohibición de regreso**).

Ante estas crítica, los seguidores de la teoría responden que puede ser utilizada siempre que se apliquen varios correctivos: a) No se deben suponer hechos no ocurridos, es decir, no se pueden inventar posibles nexos de causalidad. b) Se debe tener en cuenta que una cadena causal, una vez puesta en movimiento, puede ser interrumpida por otra u otras que están en posibilidad de generar el resultado (v. gr. la denominada *causalidad alternativa*: dos sujetos disparan al mismo tiempo sobre la víctima, o le vierten la misma cantidad de veneno en la comida, o los eventos de *causalidad adelantada o interrumpida*: una persona es envenenada con un tóxico de acción retardada, pero antes de que empiece a hacer efecto, muere en un asalto a mano armada). c) El dolo y la culpa deben servir de controles para limitar la extensión de la cadena causal.

A su favor se ha indicado también que, como la causalidad es condición necesaria, pero no suficiente para la tipicidad, en realidad no tiene importancia que la causalidad se extienda hacia el infinito, porque al derecho penal solo le importa una parte de ella, que es la descrita por el tipo y la que fue abarcada por la subjetividad del autor.

Pese a las críticas que se le han formulado, en la actualidad la doctrina mayoritaria, así como nuestra jurisprudencia, reconocen la vigencia de esta teoría en la determinación del nexo causal, indicando que no tiene sentido distinguir entre causas y condiciones del resultado, y que la relación causal pertenece a la naturaleza, admitiendo la equivalencia de las condiciones, sea en su formulación original o con el correctivo de la *conditio sine que non*, para establecerla.

Por parte de nuestra jurisprudencia, se ha reseñado que cuando en un mismo hecho culposo, concurren distintas omisiones a los deberes objetivos de cuidado, debe determinarse cuál de ellos está en relación de causa a efecto con el resultado dañoso, porque la culpa penal no se configura por la simple omisión al deber de cuidado, sino que esta debe tener una relación directa con el resultado. Para ello es útil recurrir a esta teoría, en virtud de la cual, debe hacerse una *prognosis póstuma* para cada uno de los involucrados en forma sucesiva; pero incluyendo hipotéticamente el cumplimiento del deber de cuidado.

De esta forma, podemos obtener dos conclusiones: (i) si reconstruido el hecho mentalmente, con cumplimiento del deber objetivo de cuidado, el resultado se mantiene, es claro que no hay relación de causa a efecto entre la acción y el resultado, o (ii) si recreado el hecho en la psique del juzgador, con cumplimiento del deber de cuidado, el resultado desaparece, es evidente que hay relación causal entre la acción y el resultado dañoso.

Además el Tribunal de Casación declaró ineficaz una sentencia condenatoria, en donde únicamente se tuvo por establecido que un imputado, quien conducía su vehículo a una velocidad de 75 km/h, en una zona cuya velocidad permitida era de 60 km/h, atropelló a un peatón que se le atravesó en la vía, fuera del cruce peatonal. El Tribunal consideró que la relación de hechos probados era omisa, por cuanto se limitaba a indicar que el exceso de velocidad, fue la causa de las lesiones sufridas por el ofendido, sin dar mayores elementos para establecer la relación de causalidad. Además tampoco estaban claros otros aspectos importantes, como ¿qué hubiera sucedido si el imputado hubiera conducido a sesenta kilómetros por hora?, o ¿por qué motivo se descartó que la omisión al deber de cuidado por parte del ofendido, fuera la causa de sus propias lesiones³⁰?

b) La teoría de la adecuación. Solo sería causa del resultado concreto, en sentido jurídico, aquella que, de manera general, es adecuada para producir el resultado. La acción será adecuada para producir el resultado, cuando una persona normal, colocada en la misma posición del agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, el resultado se produciría probablemente. Pero como casi todo es previsible, de manera objetiva, esta teoría debió recurrir a otro criterio limitador de la causalidad: el de la diligencia debida, pues si la acción se realiza con diligencia debida, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente.

30 Tribunal de Casación Penal, voto [n.º 2001-303](#) del 16 de abril de 2001.

Se ha criticado de esta teoría la confusión entre el plano ontológico ¿cuál acción es causa de un resultado?, y el normativo ¿cuál causa debe tener relevancia penal?

c) La teoría de la causa jurídicamente relevante. Comprendió que el hecho de que una causa no sea adecuada para producir un resultado, no elimina su naturaleza de causa, y por ello, diferencia entre la determinación de la causalidad y si la causa es o no relevante para el derecho penal, con ayuda de criterios jurídicos. De esta manera, el problema causal se convierte en un problema jurídico que se incluye en la tipicidad. De esta forma, se parte de la teoría de la equivalencia, pero se considera que son los mismos tipos penales los que señalan si son necesarios otros presupuestos; es decir, se exige no solo una causalidad física sino también jurídica.

Si bien estos criterios de previsibilidad objetiva y diligencia objetiva, se pueden admitir como puntos de partida, no resultan muy precisos para delimitar los procesos causales con relevancia jurídica. Esta es la razón por la que las teorías de la causalidad, en sus distintas vertientes, se han venido complementando con otros criterios normativos que se inscriben en la corriente de pensamiento de la **imputación objetiva**, la cual pone su acento en la producción del resultado, y pretende constituirse en un correctivo que impone límites a la causalidad, partiendo principalmente de la teoría de la equivalencia de las condiciones (nos referiremos a ella de manera particular más adelante).

9.2.- Ausencia de acción (o de conducta)

9.2.1.- Ausencia de manifestación externa. Los pensamientos, intenciones y emociones que permanecen en el interior de la persona, no son conductas con trascendencia penal.

9.2.2.- Fuerza física irresistible (fuerza mayor). Supuesto contemplado en el artículo 33 de nuestro Código Penal³¹, en donde el cuerpo de la persona obra como una verdadera masa mecánica, precipitado, tanto por un suceso de la naturaleza como por la actividad de otra persona o la propia, por lo que se produce una anulación de la voluntad. Se trata entonces de hechos que, a pesar de que pudieren ser previsibles, resultan inevitables.

Un ejemplo es el caso de la persona que, para lesionar a otra o provocar un daño material, empuja intempestivamente a un tercero, y lo hace impactar contra la víctima o el bien específico que desea afectar, utilizando el cuerpo de este tercero como objeto idóneo para causar el resultado lesivo propuesto. Evidentemente, a la persona que fue arrojada contra el ofendido o contra el objeto, no podría atribuírsele acción alguna, aun cuando hubiera ocasionado un daño.

Hay que tener cuidado de no confundir esta figura con los supuestos de la autoría mediata, en donde el autor utiliza a otra persona como instrumento para cometer un hecho punible.

31 Artículo 22 del proyecto de Código Penal, donde expresamente se le contempla, al igual que el caso fortuito, como causal excluyente de la *tipicidad*.

En este último caso, el sujeto instrumentalizado, de manera voluntaria, lleva a cabo actos que ocasionan el resultado lesivo. No obstante, no se le reputa responsabilidad penal, por exclusión de otros elementos generales del delito.

Con respecto de los denominados “*hechos de la naturaleza*”, nuestra jurisprudencia ha considerado que para medir la fuerza mayor en un determinado caso, se debe ponderar el cuadro global de posibilidades (que es al que se refiere la norma) y no el ámbito restringido por las actuaciones o decisiones de los agentes. Esto significa que la inevitabilidad del resultado no se constata respecto a un cuadro de posibilidades cerrado por una elección previa, sino a uno abierto antes de esta, puesto que lo que después de ella era inevitable, antes no lo era y, por consiguiente, no ostentaba las características de la fuerza mayor³².

De esta forma, si un empresario de turismo saca de paseo por el mar a un grupo de turistas, y de pronto sobreviene una tormenta que hunde el barco y estos se ahogan, nos encontraríamos ante un suceso inevitable. No obstante, si antes de embarcarse, el empresario está al tanto de la proximidad de una tormenta que podía hundir su barco, y a pesar de ello decide hacerse a la mar, no podría después alegar que en la muerte de sus pasajeros medió fuerza mayor, ya que dicho resultado no solo era previsible, sino también evitable.

Cuando indicamos que la fuerza debe ser irresistible, significa que debe tratarse de una *vis* que doblega y arrastra la voluntad del individuo, quien es llevado de manera que no puede oponerse. De lo anterior se desprende que si la fuerza es resistible, habrá conducta, pero esta puede ser justificada o inculpable, según el caso. Por lo anterior, es preciso distinguir la *vis absoluta* de la *vis compulsiva*:

Vis absoluta. Si la fuerza o violencia que se ejerce supera a la voluntad, (fuerza mayor, fuerza irresistible), no dejando ninguna opción al que la sufre. En este supuesto se excluye la acción³³.

Vis compulsiva. Uso de la fuerza o violencia física o de carácter moral, para que un sujeto haga algo contra su iniciativa y deseo. En este caso, existe una conducta guiada por una voluntad que produce un resultado dañoso, por lo que sí existiría acción por parte del sujeto actuante. No obstante, dicha voluntad no es libre, lo que se excluye es la antijuridicidad o la culpabilidad de dicha conducta, considerando el caso. Ejemplo de ello sería la persona que, bajo amenaza de muerte, confecciona un documento falso que posteriormente será utilizado en una estafa.

32 Sala Tercera, voto n.º 2005-442 de las 10:30 horas del 20 de mayo de 2005.

33 Así admitido por nuestra jurisprudencia (al respecto pueden consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 372-F-94 de las 10:05 horas del 23 de septiembre de 1994; n.º 1262-97 de las 11:30 horas del 14 de noviembre de 1997 y n.º 676-98 de las 9:40 horas del 17 de julio de 1998, así como del Tribunal de Casación, n.º 93-F-99 del 10 de marzo de 1999).

Si la fuerza no es absoluta, solo excluye la antijuridicidad o la culpabilidad, según el caso.

9.2.3.- Estado de inconsciencia. Completa ausencia de actividad de las funciones mentales superiores de las personas. Tampoco en ese supuesto habría conducta para el derecho penal: movimientos realizados por una persona profundamente dormida, sonambulismo, ataque de epilepsia, actuación en estado de delirio provocado por fiebre, desmayo, etc. (Por ejemplo el sujeto que, al sufrir las convulsiones propias de una crisis epiléptica, golpea fuertemente a otro, provocándole una fractura de la nariz o bien destruye un objeto de gran valor pecuniario).

Al igual que en el caso de la *vis compulsiva*, debe tenerse cuidado de no confundir la falta de acción por ausencia total de voluntad en el sujeto, con los actos cometidos por personas en los supuestos del error (de tipo o de prohibición), o en casos de trastornos mentales permanentes o transitorios con perturbación de la conciencia (v. gr. inimputabilidad y estado de emoción violenta). Estos aspectos deben ser sopesados a la hora de valorar la antijuridicidad o culpabilidad en la conducta del sujeto actuante, como lo veremos más adelante.

9.2.4.- Acto reflejo. Movimientos derivados de convulsiones, movimientos instintivos de defensa, donde las acciones no se dirigen voluntariamente.

9.2.5.- Caso fortuito. También contemplado en el artículo 33 de nuestro Código Penal. Se produce en aquellos supuestos en donde el proceso causal es obra de la persona y no de poderes ajenos a él, como la fuerza irresistible. Sin embargo, su actuación no es consecuencia de un actuar culposo o doloso, sino de factores distintos de su influjo voluntario.

El caso fortuito se refiere a un hecho que, por ser **imprevisible** (aún utilizando una conducta diligente), deviene inevitable (si se hubiera podido prever, sería evitable: la culpa en la previsión excluye el caso fortuito), definición que es adoptada también por nuestra jurisprudencia de casación³⁴. Por lo anterior, la previsibilidad y la evitabilidad del hecho, excluyen la aplicación del caso fortuito.

La **fuerza mayor** también se refiere a un hecho o evento que, por su naturaleza, aun cuando fuera previsible y se prevea, es **inevitable**.

De manera que, tanto el **caso fortuito** como la **fuerza mayor**, en tanto coinciden en ser sucesos **inevitables**, resultan incompatibles con la noción de tipicidad.

³⁴ Al respecto, pueden consultarse la resolución de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, n.º 372-F-94 de las 10:05 horas del 23 de septiembre de 1994, reiterada posteriormente por los votos n.º 2001-525 de las 15:40 horas del 31 de mayo de 2001 y n.º 2004-1052 de las 9:55 horas del 30 de agosto de 2004. También puede consultarse el voto del Tribunal de Casación, n.º 85-F-99 del 10 de marzo de 1999.

Ejemplos de casos conocidos por nuestra jurisprudencia:

1.- En horas de la noche, un sujeto conduce un vehículo a noventa kilómetros por hora sobre una autopista (dentro del margen de velocidad permitida), en un sector donde no había iluminación artificial. Súbitamente, se topa con un “mataburros” colocado en media carretera, por lo que con el fin de esquivarlo viró su vehículo hacia un costado, y perdió el control del mismo, invadiendo el carril contrario, donde colisionó de frente con otro automotor y ocasionó la muerte de sus pasajeros.

Luego del examen de estos hechos, la Sala de Casación consideró que los mismos encuadraban dentro de los supuestos del caso fortuito, al estimar que no resultaba *previsible* para un conductor medio, suponer que en una autopista (que admitía una velocidad máxima de 90 km/h, con cuatro carriles y acceso restringido) y en la cual no mediaban otras especiales condiciones (como lluvia, neblina, derrumbes, defectos existentes en las luces reglamentarias o cualquier otro componente del vehículo, etc.), pudiera encontrarse de pronto con un obstáculo de esa naturaleza. Adicionalmente, se consideró que la nocturnidad, por sí misma, no constituía una condición excepcional que obligara al conductor a aminorar la velocidad en ese tramo de la autopista, por lo que la aparición del objeto de marras constituyó un evento fortuito para el acusado que le eximía de responsabilidad penal por el accidente³⁵.

2.- Un ciclista que circula por la carretera es golpeado por el espejo retrovisor de un automotor, lo que provoca que pierda el equilibrio y sea arrojado súbitamente sobre la calzada, momento en que pasa un segundo vehículo que lo arrastra, causándole la muerte. La Sala Tercera estimó que dicha secuencia hacía evidente que para el conductor del segundo automotor, resultaba inevitable atropellar al ciclista, pues literalmente fue puesto en su camino y esto no lo podía prever³⁶.

3.- Un conductor circula por una carretera, aproximadamente a setenta y cinco kilómetros por hora (dentro del margen de velocidad permitida), y al acercarse a un sector donde había hundimientos o malformaciones del pavimento asfáltico (los cuales podían ser perfectamente divisados desde cien metros antes de llegar), no disminuyó su velocidad, por lo que al pasar sobre dicho sector, su vehículo se suspendió en el aire y al caer perdió el control del mismo, se salió de su carril y colisionó a otro vehículo con resultado de lesiones a sus pasajeros. Analizados estos hechos, se consideró que no había caso fortuito, pues si por las especiales condiciones que, en el momento, presenta una carretera (v. gr. lluvia, neblina, o como en este caso, defectos en la calzada, etc.), un conductor debe aminorar la marcha y si no lo hace, la velocidad con que circula –aunque no sea superior a la permitida– puede llegar a considerarse como “peligrosa y excesiva”, en la medida en que atente contra la seguridad de las personas o sus bienes, como efectivamente ocurrió

35 En este sentido, ver voto n.º 676-98 de las 9:40 horas del 17 de julio de 1998.

36 Ver voto n.º 2001-525 de las 15:40 horas del 31 de mayo de 2001.

en el caso de estudio. Por lo tanto, el resultado lesivo sí era previsible y evitable para el acusado, quien pudo haber disminuido su velocidad y, de esta forma, el accidente no hubiera sucedido³⁷.

10- La omisión

10.1- Estructura de la omisión

Las normas penales no son solo aquellas que incluyen prohibiciones, sino también las que contienen deberes, es decir, aquellas a las que les interesa imponer un especial deber en relación con el bien jurídico especialmente tutelado. De esta forma, no existe una omisión en sí misma, sino la omisión de **una acción esperada**. Así, el sujeto autor de una omisión debe encontrarse en condiciones de poder realizar la acción esperada, y debe tener la obligación de realizarla.

La posibilidad de acción comprende el elemento básico, común tanto en la acción como en la omisión, y las causas que excluyen la acción, son también causas de exclusión de la omisión.

10.2- Aspectos objetivos y subjetivos

El tipo omisivo, al igual que el comisivo, presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo. El núcleo del tipo objetivo es la exteriorización de una conducta distinta de la ordenada. En todos los casos de omisión, hay una conducta ordenada. El sujeto activo debe tener la efectiva posibilidad de realizarla, pues de lo contrario, su conducta distinta de la ordenada será atípica.

Pertencen al tipo objetivo de los delitos omisivos, la situación típica, la ausencia de la acción esperada y la capacidad de acción individual en la situación concreta.

En los delitos de comisión por omisión, el tipo objetivo requiere el resultado típico y la seguridad, lindante en posibilidad, de su impedimento, así como los elementos de la posición de garante para el impedimento del daño.

En los delitos omisivos, el tipo objetivo es diferente del tipo objetivo de los delitos de acción, lo que produce que la estructura del dolo sea diferente. Pero también en estos existe voluntad de realización, solamente que no por medio de acción, sino de una omisión.

³⁷ Al respecto, pueden consultarse los votos de la Sala Tercera, [n.º 433-F-91](#) de las 10:45 horas del 9 de agosto de 1991; [n.º 511-F-93](#) de las 9:00 horas del 10 de septiembre de 1993 y [n.º 608-F-95](#) de las 9:25 horas del 13 de octubre de 1995, así como del Tribunal de Casación Penal, [n.º 2003-696](#) de las 11:55 hrs. del 18 de julio de 2003.

El elemento volitivo del dolo en los delitos omisivos es entonces, la decisión de permanecer inactivo.

Uno de los asuntos que más confusiones provoca en este tipo de delitos, es la causalidad. En la tipicidad omisiva no existe un **nexo de causación**, justamente porque debe existir un **nexo de evitación**, el cual consiste precisamente en que el agente no impida el resultado de acuerdo con las circunstancias³⁸; pero ambos se basan en la causalidad. El nexo de evitación funciona en la tipicidad omisiva, como el equivalente típico del nexo de causación.

El delito omisivo consiste en la omisión de una determinada acción, que la persona tenía obligación de realizar y que podía realizar. Es siempre la infracción de un deber.

Para que exista delito de omisión doloso, se requiere no solo del conocimiento efectivo de la situación típica que hace surgir el deber de actuar, sino también una actitud omisiva final, dirigida a la producción del resultado. Si lo que media en la conducta del agente, es un comportamiento negligente, desidioso o violatorio del deber de cuidado, estaremos frente a una omisión culposa.

10.3- Clases de omisión penalmente relevantes

El delito omisivo puede aparecer de diversas formas:

- a) Como delito de omisión pura o propia que equivale a delitos de simple actividad. Se castiga la simple infracción de un deber de actuar. Estos delitos contienen un mandato de acción.
- b) Delitos de omisión y resultado, en los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con el que se conecta causalmente. Como ejemplo, puede citarse el caso del delito de Desobediencia a la Autoridad, previsto en el artículo 307 del Código Penal, el cual sanciona a quien desobedezca una orden impartida por la autoridad en el ejercicio de sus funciones. De esta forma, cuando la orden es de *hacer*, el delito de desobediencia a la autoridad, reúne en el caso concreto, el carácter de omisivo, puesto que la desobediencia consistiría en *omitir* la acción ordenada. Cuando la orden impartida es de *no hacer*, entonces este delito puede ser cometido, en el caso concreto, a través de una *acción*, es decir realizar el (los) acto(s) que ha(n) sido prohibido(s)³⁹.

38 Sala Tercera, voto n.º 580-F-94 de las 10:15 hrs. del 21 de diciembre de 1994.

39 Tribunal de Casación, voto n.º 2005-816 de las 10:10 hrs. del 25 de agosto de 2005.

- c) Como delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, en los que la omisión se conecta a un determinado resultado prohibido; pero en el tipo legal concreto no se menciona de manera expresa la forma de comisión omisiva. La tipicidad de estos delitos depende de la realización del resultado prohibido.

Los delitos de omisión propia y de omisión impropia o de comisión por omisión, constituyen los dos principales grupos, y a ellos dedicaremos nuestro enfoque.

En relación con los **delitos de omisión imprudente**, debemos señalar que coinciden con los de comisión casi en su totalidad, salvo que el autor no infringe el deber de cuidado con un acto positivo, sino omitiendo la realización de una acción ordenada. El sujeto activo debe tener la posición de garante, y la falta del cuidado debido se debe referir, tanto al conocimiento de la situación típica, como a la comprobación de la propia capacidad de acción. Además, el elemento intelectual o cognoscitivo de la culpa, debe comprender no solo la posibilidad de conocer la posición de garante, sino también los demás elementos del aspecto objetivo del tipo correspondiente.

La violación al deber de cuidado puede surgir en casos como los siguientes: a) Falta de cuidado al juzgar la situación típica (el médico no atiende al herido por estimar que su estado no es tan grave como el de otro paciente que debe socorrer, y realmente ocurre lo contrario). b) Falta de cuidado al ejecutar el mandato (quien en la premura por apagar un incendio arroja gasolina en vez de agua). c) Violación al deber de cuidado por indebida apreciación de la posibilidad física de ejecución (el que no sabe nadar y cree que el estanque en donde se ahoga un niño, es muy profundo, cuando en realidad es de poca altura). d) Falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante (el médico que por error vencible, cree que no se encuentra de guardia esa noche). Aunque según Zaffaroni, el ejemplo del supuesto b, podría llevar a una tipicidad culposa activa.

10.4- Delitos omisivos propios

El contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. Un caso típico es el del sujeto que encuentra a una persona herida, amenazada por un peligro cualquiera. Pero contando con la posibilidad y los recursos para prestarle auxilio, sin correr ningún riesgo para así, simplemente la abandona a su suerte. (Art. 144 del Código Penal)⁴⁰. Otro ejemplo es el padre, tutor o guardador de una persona menor de edad, o incapaz de valerse por sí misma que, en forma deliberada, se abstenga de prestarle a este último los medios indispensables para su subsistencia, a los que está obligado a darle precisamente por la relación existente entre ambos⁴¹.

40 Artículo 146 del proyecto de Código Penal.

41 Artículo 225 del proyecto de Código Penal.

Cabe observar que nuestra jurisprudencia había incluido dentro de esta categoría, al delito de incumplimiento de deberes, tal como estaba previsto antes de la reforma al artículo 332 del 21 de diciembre de 2000, publicada en la Gaceta n.º 10 del 5 de enero de 2001, cuando sancionaba al funcionario público que ilegalmente omitiera, rehusara hacer o retardara algún acto propio de su función, cuando los verbos empleados por el legislador para definir el hecho, denotaban claramente que se trataba de un delito de pura omisión, el cual no requería la producción de un resultado dañoso alguno para su consumación⁴².

Sobre este tema, Zaffaroni señala que el núcleo del tipo objetivo, es la exteriorización de **una conducta distinta a la ordenada**. El sujeto activo debe tener la efectiva posibilidad de realizar la conducta ordenada.

Señala también Zaffaroni que en la tipicidad omisiva, **no existe un nexo de causación, sino de evitación**, porque ella requiere que el agente no haya puesto la acción que hubiera interrumpido la causalidad que provocó el resultado.

En el ámbito subjetivo, para la imputación a título de dolo, se requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención que la persona tiene, y que, en forma voluntaria, a pesar de ese conocimiento, se sustraiga de la obligación de actuar. En cuanto a la naturaleza del dolo en la omisión, se ha llegado a establecer que este no posee las mismas características de la estructura típica activa, y que en realidad, se trataría de un “*cuasi dolo*” que carecería de aspecto conativo.

El requisito del conocimiento de la situación típica es un aspecto indispensable de la parte cognoscitiva del dolo típico de omisión: debe serle posible al sujeto representarse la realización de la conducta debida, y cuando hay resultado típico relevante, la vía por la cual puede evitarlo.

Ahora bien, en nuestra jurisprudencia se ha planteado el tema de si este tipo de delitos omisivos –como el citado caso del incumplimiento de deberes– pueden cometerse con dolo eventual. Al respecto, la Sala Tercera se pronunció indicando que debía empezarse por hacer una distinción entre los conceptos de “culpa consciente”, según la cual el agente –a pesar de no querer que se dé el resultado antijurídico– actúa previendo como posible

42 Ver votos del Tribunal de Casación Penal, n.º 2002-812 de las 10:50 hrs. del 3 de octubre de 2002 y n.º 2005-337 de las 9:07 hrs. del 28 de abril de 2005. Originalmente, en dichas resoluciones también se había calificado la Desobediencia a la Autoridad, como un delito de omisión propia. No obstante, este criterio fue posteriormente variado en el voto n.º 2005-816 de las 10:10 hrs. del 25 de agosto de 2005, en donde se señaló que en la Desobediencia a la Autoridad, admite la modalidad de comisión por omisión, aunque en dicho tipo penal, no se tutela de modo exclusivo a la autoridad pública, sino que el mandato en que se concreta la orden, también pretende la tutela del particular, especialmente tratándose de violencia doméstica, en donde se quiere la protección de la persona o personas ofendidas, de tal suerte que la conducta delictiva no se reduce únicamente al no acatamiento de la orden, sino que la propia ley relativa a esta materia, pretende la tutela de los ofendidos, de tal modo que cada vez que el acusado incumple, y considerando el carácter reiterativo de la agresión, se irrespeta la orden, por lo que si hay varios irrespetos, habría también varios delitos en concurso material.

su producción, aunque confía en su habilidad o capacidad para evitarlo; y “dolo eventual”, en donde el sujeto activo se representa y acepta la posibilidad del resultado, el cual no procura evitar, pues más bien forma parte de su cálculo de efectos concomitantes (sabe que puede suceder, pero no le importa).

Teniendo claro lo anterior –citando al tratadista Zaffaroni– para la Sala se descarta la existencia de un delito omisivo propio, cometido con dolo eventual, pues para que concurra dicha figura, se requiere siempre de un dolo directo, es decir, una intencionalidad dirigida a un fin.

En términos semejantes, la Sala acudió también al tratadista Bacigalupo, para quien la existencia del delito omisivo doloso exige del agente, cuando menos, un efectivo conocimiento de la situación ilícita que hace necesaria su actuación, y que –a pesar de ello– haya adoptado al menos una actitud indiferente ante el resultado lesivo.

Por lo tanto, la forma más grave de lo ilícito, la correspondiente a los delitos de comisión dolosos, en los delitos de omisión será el delito “cuasi-doloso”. Esta omisión cuasidolosa se dará cuando el omitente haya tenido: a) conocimiento de la situación típica generadora del deber de obrar; b) y haya sido por lo menos indiferente frente a la producción del resultado o la lesión del bien jurídico.

El tipo del delito de omisión culposo no se diferencia del delito de omisión doloso, sino en que la omisión tiene lugar por negligencia del omitente. Esta negligencia, de acuerdo con Bacigalupo, se tendrá por acreditada, cuando el omitente no tuvo conocimiento de la situación (típica) generadora del deber o de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar por falta de diligencia, es decir, por no haber empleado el debido cuidado.

Para la Sala Tercera resulta claro que para que concurra el delito de omisión doloso se requiere, no solo del conocimiento efectivo de la situación típica que hace surgir el deber de actuar, sino también una actitud omisiva final, dirigida a la producción del resultado. Si más bien lo que media en la conducta del agente, es un comportamiento negligente, desidioso o, en fin, violatorio del deber de cuidado, caeríamos ante la figura del delito omisivo culposo.

Las anteriores consideraciones fueron utilizadas por la Sala para resolver el siguiente caso: un gerente y un maquinista de una agencia bancaria, incurrieron en una conducta omisiva, al no cumplir con los controles que –de acuerdo con los procedimientos bancarios– estaban obligados a ejercer, a pesar de que ya habían sido advertidos en reiteradas ocasiones por el departamento de auditoría en el sentido de que se estaba dando un manejo irregular de varias cuentas corrientes. Gracias a las conductas omisivas en donde incurrieron estos dos funcionarios, otros imputados logran –mediante el método conocido como “switch”– crear unos fondos ficticios en dichas cuentas corrientes por varios millones de colones, dinero que luego retiraron, produciendo con ello un grave perjuicio patrimonial al banco

ofendido. Dicha conducta por parte de estos funcionarios bancarios, fue calificada por el tribunal de juicio como constitutivas del delito de estafa mediante dolo eventual.

No obstante, para la Sala la conducta negligente y descuidada del maquinista y del gerente del banco, no podría encasillarse dentro de la figura de la estafa, pues no existió de su parte ninguna acción final, ni se dio ningún vínculo subjetivo con los coencartados que sí realizaron todo un despliegue doloso tendiente a defraudar a la institución ofendida, como tampoco participaron de manera activa y dolosa en la creación del ardid necesario para consumar la defraudación.

Asimismo, en el caso de estudio, resultaba del todo impropia la concurrencia de dicha delincuencia, primero porque la conducta que se les demostró a los funcionarios fue omisiva y negligente; y segundo, porque la estafa no puede cometerse mediante un dolo eventual. Para establecer la correcta calificación jurídica, la Sala consideró que el Tribunal de Juicio estableció como hecho probado que ambos encartados, si bien no tenían un conocimiento claro, preciso y específico del despliegue artificioso que estaban desarrollando los restantes imputados, **de manera voluntaria y consciente no quisieron ejercer los controles administrativos a que estaban obligados con respecto a esas cuentas corrientes.**

Además, de manera dolosa, ambos servidores bancarios voluntaria y conscientemente, decidieron no ejercer los controles administrativos en torno a las cuentas corrientes, estando obligados a ello por ser parte de sus funciones, conducta que sí encuadraba en la delincuencia que define el artículo 330 del Código Penal, como Incumplimiento de Deberes –re calificando así los hechos probados– dado que ambos acusados dolosamente desatendieron las directrices que en tal sentido emanaban del departamento de auditoría y, sabiendo incluso que su comportamiento era contrario al reglamento interno de trabajo, no ejercieron los controles respectivos al evacuarse las consultas en torno a las cuentas corrientes de los restantes coimputados⁴³.

Así imprudencia es punible, en forma general, en estos delitos, y puede surgir, tanto de la negligencia en la apreciación de la situación típica, como de las posibilidades propias de intervención o la falta de cuidado en la ejecución de la acción mandada.

Se trata de tipos donde el autor es indiferenciado, o sea que puede serlo cualquiera que se halle en la situación típica, pues en ellos, la obligación de actuar deviene de su mera condición de habitantes y no por particulares relaciones jurídicas.

43 Sala Tercera, voto [n.º 1202-97](#) de las 9:30 horas del 7 de noviembre de 1997.

10.5- Delitos de omisión impropia o de comisión por omisión

El problema en este tipo de delitos, es que el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, pues este solo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo. Sin embargo, desde el punto de vista valorativo, se incluyen, en la descripción típica, comportamientos omisivos que contribuyen a la producción del resultado prohibido. El ejemplo clásico es el de admitir, en la descripción típica del homicidio, el comportamiento de la madre que deja morir de hambre al recién nacido.

Se puede señalar en este caso que la omisión equivale a la acción. Se produce, por un lado, lo que se conoce como cláusula de equivalencia, para los efectos de imputar la omisión a la producción de un determinado resultado, según el sentido del texto de la ley y, por otro, la existencia de un especial deber jurídico del autor, de evitar el resultado, derivado este deber de la ley, el contrato o el riesgo para el bien jurídico protegido, creado por el omitente⁴⁴.

De acuerdo con lo anterior, lo fundamental estriba entonces en que al tener una estructura equiparable o paralela a la activa, los autores del delito impropio de omisión, no son indiferenciados, sino que se hallan, respecto del bien jurídico, en una **posición de garante**.

Para poder afirmar la imputación de un resultado a una omisión, hay que resolver dos cosas fundamentales: a) La relación causal entre la omisión y el resultado producido. b) El deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión (posición de garante).

Es dominante en la doctrina la tesis de que los tipos impropios de omisión no están todos escritos, de manera que el juez los debe completar, individualizando las características de los autores, conforme a los modelos legales de los que se hayan escritos.

Según Zaffaroni, pese a todos los esfuerzos que la doctrina hace para justificar este tipo de ilícitos, no puede negarse que violan la exigencia de estricta legalidad. De igual forma en nuestro medio, autores como Francisco Dall'Anese, Rosario Fernández y Erick Gatgens, sostienen que el uso de la fórmula de la omisión impropia o comisión por omisión, quiebra el principio de legalidad, en cuanto permite al juez determinar, *ex post*, si una conducta humana cabe en un tipo penal, con lo cual se conspira contra la posibilidad de conocer previamente la acción castigada.

44 Sala Tercera, voto n.º 789-99 de las 10:55 horas del 25 de junio de 1999.

10.6- Relación causal entre la omisión y el resultado en los delitos de comisión por omisión

El delito de comisión por omisión es un delito de resultado, y este debe ser imputado a la persona de la omisión. Por ello, debe buscarse un criterio que permita equiparar la omisión a la causación del resultado, se trata de constatar, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Hay que plantearse si la realización de la acción esperada hubiera evitado el resultado; si su omisión suponía una falta de diligencia; si se incrementaba el riesgo de producción del resultado, etc. También hay que agregar el requisito general de toda omisión, en el sentido de que el sujeto debe tener la capacidad necesaria para poder realizar la acción que omite.

La evitabilidad del resultado es el criterio que, completado con los derivados de la teoría de la causalidad y de la imputación objetiva, nos permite imputar un resultado a una conducta puramente omisiva.

En el ámbito del tipo subjetivo, se requiere que la persona tenga conocimiento de la situación típica, de la forma de evitar el resultado y de la posibilidad real que tiene de evitarlo.

10.7- El deber de evitar el resultado (posición de garante)

Para poder imputar el resultado a la persona de la omisión impropia, debe constatar que esta tenga la obligación de tratar de evitar el resultado, en virtud de determinados deberes, cuyo cumplimiento ha asumido o le corresponde por razón de su cargo o profesión. Se trata de un especial deber jurídico del autor.

La posición de garante es la obligación especial que les corresponde a ciertas personas, de evitar que se produzca un determinado resultado.

El sujeto activo de los delitos de comisión por omisión, no puede ser cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino solo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo. Son conocidos por esta razón como delitos especiales.

La ausencia de mención expresa de los deberes que fundamentan la posición de garante, en el tipo legal del delito comisivo, es una de las mayores dificultades con que nos encontramos para establecer esta posición, ya que solo se describe una acción positiva.

Se trata de tipos abiertos, en donde solo una parte viene descrita de manera expresa en el supuesto de hecho de la norma penal, lo que obliga al juez a buscar los restantes elementos que fundamentan la posición de garante.

Anteriormente se utilizaban, como indicadores de un especial deber jurídico de actuar, la ley, el contrato y el actuar precedente. Sin embargo, hoy día existe una tendencia a fundamentar la posición de garante de una manera menos formalista, y se señala que pueden ser consideradas como garantes, solo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido, aunque no existan un precepto legal, contrato o actuar precedente concreto que lo fundamenten. Por ejemplo, la madre o el padre tiene una especial obligación de alimentar al recién nacido para que no muera; el médico tiene obligación de atender al accidentado (en virtud del juramento hipocrático), y debe procurar salvarlo.

En relación con el error que recae sobre el conocimiento de la posición de garante, o sobre el deber mismo de actuar que emerge de esa posición de garante, Zaffaroni ha planteado una propuesta que nos parece correcta, en el sentido de que existe un error de tipo, si el error recae **sobre el conocimiento de la posición misma de garante**, y constituye un error de prohibición, si el error recae sobre **el deber mismo de actuar que emerge de la posición de garante**.

Como se verá más adelante, a la hora de tratarse el tema de los elementos subjetivos del tipo penal, dadas las obligaciones que conllevaba la posición de garante y el conocimiento de su titular en el momento de los hechos, la Sala Tercera sí admite la posibilidad de que se cometa un homicidio, mediante una omisión impropia, **con dolo eventual**⁴⁵.

La posición de garante también podría tener fundamento en relaciones de convivencia análoga a la familiar.

Con respecto de la admisibilidad de este tipo de delitos por parte de nuestro ordenamiento jurídico, la Sala Constitucional, en su momento, señaló que figuras como la participación, la tentativa y la acción por omisión, son comportamientos que no están comprendidos en los tipos penales de la parte especial del Código, sino que el legislador las prevé en la parte general, refiriéndolas a todas las hipótesis delictivas, introduciendo así un mecanismo o dispositivo que permite ampliar el radio de acción o el alcance de los diversos supuestos de hecho. De esa forma, los dispositivos amplificadores del tipo permiten cubrir o extender la punición a tales manifestaciones del quehacer humano, sin violentar el principio de tipicidad ni de legalidad, pues las conductas sí se encuentran descritas en la ley⁴⁶.

Por su parte, la Sala Tercera se pronunció en el sentido de que, si bien el artículo 18 del Código Penal (según el cual *“Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo”*) contiene una especial vinculación con el resultado. Esto no implica que solo pueden considerarse como punibles, aquellas

45 Sala Tercera, voto [n.º 2005-103](#) de las 10:20 hrs. del 18 de febrero de 2005.

46 Sala Constitucional, voto [n.º 1588-98](#) de las 16:27 hrs. del 10 de marzo de 1998.

omisiones especialmente tipificadas como tales, (v. gr. omisión de auxilio, art. 144 Código Penal), ya que dicho precepto contempla también la posibilidad de producción de un resultado, a partir de la omisión de un deber establecido en la norma, pero no tipificado en forma expresa. Se trataría entonces de una vinculación a partir de un resultado que se produce, cuando un sujeto realiza una actividad distinta a la mandada u omite cualquier tipo de acción que no detiene la causalidad —que puede voluntariamente interrumpir— y que generará el resultado antijurídico. Es por ello que la vinculación que hace el citado artículo 18 con el resultado, lo es en el ámbito de la imputación, a fin de vincular la causación del resultado a partir del incumplimiento del deber⁴⁷.

De acuerdo con el criterio de la Sala Tercera, cuando el artículo 18 del Código Penal menciona la posibilidad “[...] *en consideración al resultado producido*”, se trata ni más ni menos de la causación de un resultado, en los casos en que una persona no impida (omita un hacer o haga algo distinto a lo mandado) un resultado, si tiene la posibilidad física de hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si tenía el deber jurídico de hacerlo, puesto que las normas penales no son solo aquellas que incluyen prohibiciones, sino también las que contienen deberes, es decir, normas a las que les interesa imponer un especial deber, en relación con el bien jurídico penalmente tutelado, (pertenecen a este rango de normas preceptivas, aquellas que imponen el deber de auxilio, el deber de pagar alimentos a los deudores alimentarios, etc.).

El deber que las normas preceptivas imponen, y que se castiga mediante la omisión impropia, no es un deber que brota del devenir social o de las costumbres de un pueblo o de su moralidad, sino que es el deber legal (deber jurídico de evitar, en el lenguaje utilizado por el legislador penal de 1971), la acción mandada por el ordenamiento jurídico.

Lo anterior no significa que se esté aplicando una analogía desfavorable al imputado, o de sancionarlo por una acción no tipificada, sino que la tipicidad omisiva impropia siempre implica el análisis de una tipicidad activa dolosa correlativa o paralela, la relación de antinormatividad de la conducta omitida o distinta al mandato, y, por supuesto, la producción reprochable (atribuible desde el punto de vista de la culpabilidad) de un resultado desaprobado.

47 La numeración de este artículo cambia en el proyecto de Código Penal, pasando del 18 al 16. Asimismo, se modifica su redacción, al disponerse en su párrafo segundo que: “[...] *Además de los casos expresamente previstos, el delito se realiza por omisión cuando no se impida un resultado que, de acuerdo con las circunstancias se debía y podía evitar. A tal efecto se tendrá por equiparada la omisión a la acción.* Nótese que esta nueva redacción distingue entre los delitos omisivos establecidos en la ley (omisión propia) de aquellos que admiten la comisión por omisión (omisión impropia). Asimismo, no se establece expresamente la fuente generadora del deber de evitación del resultado (fundamento de la posición del garante), a diferencia del *deber jurídico* al que se hace referencia en el actual artículo 18.

En este orden de ideas, para la Sala es posible distinguir al menos tres tipos de omisión que interesan al derecho penal: 1.- La omisión pura o propia que se produce cuando la ley penal castiga la simple infracción del deber de actuar (ejemplo: omisión de auxilio, omisión de dar alimentos, etc.). 2.- Aquella que va ligada a un resultado, como ocurre cuando el legislador castiga la producción de un determinado resultado, producido por omisión, y que representa por sí una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado. 3.- La omisión impropia donde se establece una relación entre un tipo penal activo doloso que no contempla directamente en su descripción típica, su realización a nivel omisivo; pero que se vincula a la realización de una omisión, cuando esta produzca el resultado que el tipo activo doloso contempla.

Un ejemplo de esta omisión impropia, ocurre cuando teniéndose el deber jurídico de evitar un resultado, se realiza una conducta que se desvía del mandato y se produce el resultado desaprobado (v. gr. el salvavidas observa que su enemigo se está ahogando en la piscina que tiene el deber de vigilar, y se dedica a contemplar su muerte sin realizar ningún esfuerzo para salvarle, sin haber peligro para su vida, y existiendo posibilidad física para realizar el rescate e incurrir en la conducta activa dolosa de homicidio simple).

Por lo expuesto, tal y como está contemplado en el artículo 18 del Código Penal, no es necesario que haya una expresa tipicidad de la omisión impropia para que pueda ser castigada, puesto que este artículo, lo único que hace es establecer algunos requisitos de legalidad, para considerar la relevancia de aquellas conductas que interesan a nivel normativo como productoras del resultado, y eliminar del ámbito de relevancia aquellas que no deben ser consideradas a efectos del injusto. Esta tipicidad, acorde con el artículo 18 del Código Penal, se genera a partir de la constatación de que una conducta negativa (no hacer, o hacer distinto), produce un resultado que coincide con un tipo activo doloso.

Según lo anterior, para la Sala Tercera nuestro Código Penal contempla la posibilidad de construir una así llamada “*situación típica*”, cuando alguien se encuentra en posición de garante de los bienes jurídicos de otro; es decir, cuando por alguna circunstancia que pertenece al ámbito del mandato de la norma, esta persona *deba actuar para proteger este bien jurídico de otro* pero no lo hace, y genera el resultado antijurídico.

Esta posición de garante del bien jurídico que es, a su vez, un complemento adicional delimitador de la tipicidad omisiva impropia (si no hay posición de garante, la omisión es atípica), puede producirse en tres primeras hipótesis: 1).- En aquellos casos que surgen a partir de una situación anterior entre las partes, de donde puede deducirse que uno de los sujetos asume el deber de protección, y el otro actúa confiado en la expectativa de que aquel cumplirá con el deber de protección. 2).- Cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro. 3).- Un contrato o relación jurídica entre las partes, también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no se produzcan los resultados desaprobados por la norma. La omisión impropia que se genera al encontrarse alguien en posición de garante, obliga,

entonces, a que el análisis judicial se concentre en detectar primero si existe un deber de actuar conforme a la norma preceptiva en juego⁴⁸.

48 Sala Tercera, voto n.º 789-99 de las 10:55 horas del 25 de junio de 1999. Esta posición ha sido reiterada por la misma Sala, mediante el voto n.º 2006-536 de las 10:00 del siete de junio de 2006, en el cual se indica lo siguiente: [...] *Por último, en este mismo reclamo, aduce el recurrente que nos encontramos frente a un solo delito de desobediencia a la autoridad, y no, dos, como lo entendió el Tribunal, por tratarse de la misma orden judicial desobedecida. El reclamo debe rechazarse: Aunque el gestionante se limita a indicar su pretensión, conviene profundizar en el razonamiento a fin de aclarar el punto, considerando que fue ordenado el reenvío de una parte del fallo impugnado, que contenía la condena por uno de los dos delitos de desobediencia a la autoridad acusados. Así, debe decirse que la posición esbozada corresponde a una tesis doctrinaria minoritaria, recogida en algunas ocasiones por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, según la cual, el delito de desobediencia a la autoridad es siempre un delito de omisión, cuya acción típica se limita a no prestar la obediencia requerida, que se consume con la mera negativa abierta, sin requerir además la producción de resultado alguno. Según esta posición, el hecho de que esa voluntad del sujeto, de no obedecer lo mandado, se manifieste o no mediante una acción, no significa que nos encontremos frente a un delito de acción. (Cfr. voto 337-05, del Tribunal de Casación Penal de las 9:07 horas del 28 de abril de 2005). Así, se impone realizar primeramente algunas acotaciones en cuanto al delito de omisión. Siguiendo a MUÑOZ CONDE, se tiene que el derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. La infracción a estas normas imperativas es la que constituye la esencia de los delitos de omisión. Así, lo que el legislador castiga en estos es la no realización de la acción mandada. Podemos decir que, en este tipo de ilícitos, omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Suponen siempre la omisión a un deber jurídico, porque: [...] La comprobación de que alguien ha omitido una acción que podía haber realizado, es todavía insuficiente para generar un juicio de desaprobación sobre la omisión. La omisión penalmente relevante, es la omisión de la acción esperada. De todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, el ordenamiento jurídico penal solo le interesa aquella que espera que el sujeto haga (auxiliar, socorrer, impedir que se comete un delito, etc.) porque le impone el deber de realizarla [...] En el fondo de todo delito, existe siempre una infracción de un deber, el deber de respetar el bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión (no matar, no hurtar, etc.). Pero lo esencial en el delito de omisión es que ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y, por tanto, esperada en el ordenamiento jurídico: el cirujano que opera con material no desinfectado, produciendo una infección en el paciente a consecuencia de la cual muere, no comete un delito de acción (operar con instrumental sin desinfectar), sino uno omisivo (omisión de la obligada desinfección). Por eso, la omisión penalmente relevante no puede ser comprendida en un plano exclusivamente ontológico y por eso, también, hay que referirse a las categorías de tipicidad y antijuridicidad...para comprender su esencia [...] Como delitos de omisión pura o impropia, en los que se castiga la simple infracción al deber de actuar, sin más. Equivalen los delitos de mera actividad [...] En estos delitos, el contenido típico está constituido por la simple infracción al deber de actuar. Paradigma de este tipo de delitos es la omisión del deber de socorro [...] En él, el deber de actuar surge, en el plano objetivo, de la presencia de una situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave) que exige una intervención. La no prestación de una intervención (no socorrer) determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo del injusto de este delito omisivo [...]” (MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría general del delito, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá, pp 24). En ese sentido, se ha entendido: [...] El comportamiento humano que interesa al derecho penal no se agota en el ejercicio activo de una finalidad, sino también en la omisión de conductas debidas, en la no realización de conductas mandadas por la norma[...]Las normas penales no son sólo aquellas que incluyen prohibiciones [...] sino también aquellas que contienen deberes, es decir, aquellas a las que interesa imponer un especial deber en relación con el bien jurídico tutelado[...] Pertenecen a este rango las normas preceptivas aquellas que imponen el deber de auxilio, el deber de pagar alimentos a los deudores alimentarios. El deber que las normas preceptivas imponen, y que se castigan mediante la omisión impropia o “comisión por omisión”– como también se le conoce en doctrina–, no es un deber que brota del devenir social o de las costumbres de un pueblo o de su moralidad, sino que es el deber legal (deber jurídico de evitar—en el lenguaje utilizado por el legislador penal de 1971), la acción mandada por el Ordenamiento Jurídico. Por ello*

(Continúa en la siguiente página)

En un caso conocido por la Sala Tercera, los redactores de un medio de comunicación escrito, prepararon una noticia cuyo contenido resultaba injurioso para una persona, por cuanto se ofendían su honor y decoro. El director de ese periódico, teniendo conocimiento de la falta de veracidad con que se presentaría la nota, no impidió su publicación. Valorado el asunto, se consideró que el director de ese medio informativo también había cometido el delito de injurias por la prensa, en la modalidad de *comisión por omisión*, ya que si bien era cierto que él no fue quien confeccionó ni suscribió dicha nota; es decir, no formuló de manera personal la ofensa (conducta activa descrita en el tipo penal), como director y, por ende, legalmente responsable del medio informativo, tenía el deber jurídico de vigilar que el contenido de las informaciones publicadas en su periódico, no lesionaran el honor de las personas.

no estamos hablando aquí de una analogía desfavorable al reo o de la imposición de una condena por una acción no tipificada, sino que la tipicidad omisiva impropia siempre implica el análisis de una tipicidad activa dolosa correlativa o paralela, la relación de antinormatividad de la conducta omitida o distinta a la mandada, y, por supuesto, la producción reprochable [...] de un resultado desaprobado. De acuerdo con ese orden de ideas, es posible distinguir al menos tres tipos de omisión que interesan al Derecho Penal: por un lado la omisión puro o propia que se produce cuando la ley Penal castiga la simple infracción al deber de actuar (verbigracia: omisión de auxilio –artículo 144 del Código Penal, omisión de dar alimentos- artículo 185 ibídem–); otro caso de omisión relevante sería aquella que va ligada a un determinado resultado, como ocurre cuando el legislador castiga la producción de un determinado resultado, producido por omisión, y que representa por sí una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado[...]”(Resolución 789-99 de esta Sala Tercera de las 10:55 horas del 25 de junio de 1999). Por su parte, el artículo 18 de nuestro Código Penal, reza: “El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.” Así las cosas, véase que no resulta del todo correcto, afirmar que el delito de desobediencia a la autoridad es un delito de omisión simplemente porque supone el no obedecer por parte del agente. Ello atendiendo al significado literal de la palabra omisión y no al sentido técnico-jurídico de este tipo de delitos omisivos. En realidad, desobedecer una orden emitida por una autoridad judicial es una acción en sí misma, que puede realizarse desplegando una conducta activa o pasiva, sin que por eso podamos decir que se trata de un delito de comisión u omisión respectivamente. Así, según lo expuesto, esto no supone el no despliegue de una acción esperada o mandada por el ordenamiento jurídico o la violación a un deber jurídico, en ningún sentido. Ciertamente es que el delito se consuma cuando se desobedece la orden, lo que podrá ocurrir con una conducta pasiva, de no hacer, – u omisiva en el sentido gramatical y no jurídico–, obviando acatar la orden, o bien, a través de una conducta activa, desplegando acciones concretas. En el primer caso, la acción se consuma hasta que se deje de ignorar pasivamente la orden, en el segundo, cada vez que se ejecute una acción material en contra de la misma, pero, en ambos casos, se trata de un delito de acción. Ello es así, pues la acción típica “desobedecer” no implica el cumplimiento de un deber jurídico desde el punto de vista dogmático, sino que se refiere a una acción pura y simple de no obedecer, que podrá implicar un hacer o un no hacer por parte del sujeto activo. Por esa razón, se entiende que, cuando la conducta no implica el sólo ignorar la orden –no hacer– sino que se materializa en diferentes oportunidades en el tiempo –hacer–, la norma penal se violenta tal cantidad de veces, como conductas se desplieguen, sin que ello resulte absurdo, a pesar de tratarse de una misma orden, dado que el límite en la penalidad lo imponen las reglas del concurso material. En cambio, tratándose de un no hacer, esta evidentemente supone una sola acción. Así, se lo ha entendido también en esta Sala, al afirmar, por ejemplo que: [...] a juicio de la recurrente, para que se dé el concurso material en esta clase de delitos debe darse una orden de cumplir para cada caso. En el recurso por el fondo sólo se debe analizar si la ley sustantiva ha sido bien o mal aplicada, o dicho de otra forma, si los hechos probados se adecuan típicamente en la ley penal que se aplica. En los mismos en la sentencia se consigna que la encartada [...] ha desobedecido en cinco oportunidades una orden emanada de autoridad judicial. En consecuencia esa adecuación típica se ha cumplido en el caso presente por lo que las violaciones reclamadas no se han producido [...] (Resolución 343-f-90 de las 10:50 horas del 16 de noviembre de 1990). Por lo expuesto, se declara sin lugar el reclamo [...]”.

Este deber jurídico brota directamente del valor constitucional del derecho a informar, el cual permite a los medios de comunicación informar al ciudadano en el Estado de derecho, pero mediante informaciones de contenido veraz que hayan sido investigadas de manera diligente, y de las que pueda predicarse que efectivamente cumplen con el requisito de llenar el objetivo democrático de generar opinión pública (lo que lo ubicaba en una posición de garante). Por estos motivos, al permitir la publicación de la nota injuriosa, el director cometió también el delito que cometería quien, de manera directa, afecta el honor de alguien con una acción directa de difamar o calumniar.

La única diferencia es que su “*situación típica*” se generó, cuando teniendo el deber de evitar la publicación de tales informaciones, no las evitó, pudiendo hacerlo, lo que acarreo como consecuencia que la información lesiva llegara a un gran número de lectores, quienes tenderán a participar en el discurso público, con una opinión formada en abierta lesión con el objetivo constitucional contenido en la protección del proteger el derecho de informar (es decir, su omisión provocó el resultado dañoso previsto en el tipo penal), precisamente porque este derecho había sido abusado en detrimento de la honra y bienes jurídicos del ofendido⁴⁹.

De igual forma, nuestra jurisprudencia ha considerado que los jefes, administradores, encargados, miembros de la junta directiva y demás personeros de las empresas que se dedican a captar fondos del público, con el fin de invertirlos en actividades, supuestamente lucrativas, asumen una clara posición de garantes frente a los inversionistas que envían sus fondos a dichas empresas, con la esperanza de capitalizar, según las reglas lícitas de la economía de mercado, la cual se traduce en el deber de vigilar, de manera responsable, que el dinero de sus clientes, de verdad se invierta en la actividad económica prometida, que la misma sea cierta, lícita y que no se les defraude⁵⁰.

En el mismo sentido, la Sala Tercera también conoció el caso de una paciente a la que se le practicó una intervención quirúrgica de esterilización en un hospital público, durante la cual sufrió una perforación en el intestino (lesión que puede ocurrir en ese tipo de operaciones, aun cuando el cirujano hubiera respetado la *lex artis* médica). Fue trasladada posteriormente a la sala de recuperación. En horas de la noche, el especialista en ginecología del nosocomio que se encontraba disponible, fue llamado para atenderla, y este se presentó al centro médico; la atendió, consignando sus apreciaciones y diagnóstico.

No obstante, aunque la paciente presentaba una condición calificada de “emergencia”, el médico disponible no procedió a realizar exámenes diferenciales, sino que le bastó con lo que observó y diagnosticó en ese único momento, dejándola al cuidado del servicio de enfermería, sin esperar la evolución de su estado de salud, para confirmar su diagnóstico,

49 Sala Tercera, voto n.º 789-99 de las 10:55 horas del 25 de junio de 1999.

50 Al respecto, ver votos de Sala Tercera n.º 492-F-93 de las 11:00 horas del 30 de agosto de 1993, y n.º 339-F-94 de las 14:30 horas del 31 de agosto de 1994.

y se retiró a descansar. Dada la gravedad de su condición (por la perforación en su intestino), la paciente desarrolló una peritonitis con shock séptico, por filtración de materia fecal en la cavidad torácica.

En las horas siguientes, su condición empeoró, presentando signos y síntomas del avance del shock séptico que estaba sufriendo. Pese a ello, las enfermeras que la atendieron durante ese turno no cumplieron con el deber de cuidado, y en su lugar, cerraron su jornada sin efectuar ningún reporte que alertara sobre el caso. La situación de la ofendida no fue advertida, sino hasta el turno de enfermería del día siguiente, por lo que fue trasladada de emergencia para reintervención quirúrgica, y, pese a los esfuerzos, falleció a causa de la infección generalizada en su cavidad abdominal.

En su defensa, el médico que atendió a la paciente durante la noche, alegó que cumplió con los deberes impuestos por las normas reglamentarias y legales de disponibilidad, los cuales consistían en presentarse al centro hospitalario para atender emergencias, siempre que fuera llamado, así como mantenerse localizable en un radio de treinta kilómetros, por lo que no era su deber permanecer en el centro de trabajo, y por su condición de funcionario público, no podía extralimitarse en las facultades que las normas sobre disponibilidad, le concedían. Además, las enfermeras que permanecieron luego de que él se retirara del hospital, tenían el deber de continuar con su labor de vigilancia, cuidado y atención de la paciente.

La tesis fue rechazada por la Sala, por considerar que, si bien es cierto el médico que presta servicios en las instituciones del Estado, ostenta la condición de funcionario público, las limitaciones impuestas por el principio de legalidad tienen por objeto exclusivo, el uso de los poderes que signifiquen el ejercicio de su autoridad reglada, en tanto que el médico, a diferencia de otros funcionarios públicos, está llamado a ejecutar una serie de actos que no son definidos por las normas emanadas del Poder Legislativo o entidades administrativas, sino que se derivan de las reglas y los conocimientos técnicos y científicos que caracterizan al saber médico, en una determinada fase de su desarrollo (*lex artis* médica), cuyo contenido no depende del ordenamiento jurídico. Lo que este último sí impone al médico es, por un lado, el deber de respetar la *lex artis* en la ejecución de sus actos, de manera que no produzca lesiones o muertes originadas en una falta a su deber de cuidado, dado que las propias normas lo autorizan a manipular, intervenir, suministrar drogas e, incluso, invadir quirúrgicamente a los seres humanos. En otros términos, le han confiado a la vez –atendiendo a sus especiales conocimientos– la facultad y la obligación de velar por la salud de las personas.

Por otra parte, también le imponía el ordenamiento –y en razón de las mismas circunstancias dichas– una **posición o deber de garante**, relativa a los pacientes que tiene bajo su cuidado, **pues le compete proteger al bien jurídico (vida, salud) frente a los peligros que puedan amenazarlo**. Por lo anterior, el solo hecho de comparecer al nosocomio ante la llamada y cumplir así con el reglamento de disponibilidad, en modo alguno podía justificar la falta al deber de cuidado, puesto que, precisamente, uno de los

deberes del justiciable era mantener vigilada a la paciente, ya fuera hasta que considerara desaparecido el estado de emergencia, o bien, hasta que lo sustituyera otro profesional; es decir, no se le exigía que se presentara de nuevo al hospital sin ser llamado, sino que ni siquiera se retirara hasta dar cumplimiento a su deber como médico.⁵¹

No cabe duda de que pueden darse situaciones muy diversas y complejas que impiden una solución definitiva previa. De esta manera, será importante considerar siempre el ámbito de protección del respectivo tipo delictivo, en la parte especial del Código Penal.

51 Voto n.º 2000-127 de las 9:45 hrs. del 4 de febrero de 2000.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2.^a edición ampliada y renovada, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito. Buenos Aires, Editorial Hammurabi

BACIGALUPO, Enrique. Conducta precedente y posición de garante. ADP, 1970.

BAJO FERNÁNDEZ. De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

CEREZO MIR. Problemas fundamentales del derecho penal.

CÓRDOBA RODA. Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura / GARCÍA AGUILAR, Rosaura. En los linderos del ius puniendi. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2005.

CHOCLÁN MONTALVO. Sobre el tipo del delito de comisión por omisión. 1994.

DALL´ANESE RUIZ, Francisco y otros. Omisión impropia. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2001.

Democracia, justicia y dignidad humana. Homenaje a Walter Antillón. Artículos de Alfredo Chirino, José Manuel Arroyo y Gustavo Chan.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema de delito, Montevideo, Editorial B de F Ltda., 2004.

GONZÁLEZ, José Arnoldo / VARGAS, Omar / CAMPOS ZÚÑIGA, Mayra. Teoría del delito a la luz de la jurisprudencia. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 1999.

ISSA EL KHOURY JACOB, Henry / CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal. San José, ILANUD, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Valencia, Tirant lo Blanch, 3.^a edición, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco / ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de derecho penal. Parte General, Navarra (España), Editorial Aranzadi S.A., 3.^a edición revisada y puesta al día, 2002.

ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal.

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. Derecho penal, parte general. Doctrina y Jurisprudencia. San José, Editorial Jurídica Continental, 1999.

SILVA SÁNCHEZ. La función negativa del concepto de acción.

SILVESTRONI, Mariano H. Teoría Constitucional del delito. Buenos Aires, Editores Del Puerto s.r.l., 2004.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal. Parte general. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2.^a edición, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2.^a edición, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2.^a reimpresión corregida, 2005.

SEGUNDO MÓDULO

TIPICIDAD

- 1.- La tipicidad penal
- 1.1.- El tipo penal y la tipicidad penal
- 1.2.- Tipo penal y antijuridicidad
- 1.3.- Funciones del tipo penal
- 1.4.- Configuración de los tipos penales
- 1.4.1.- Elementos presentes en los distintos tipos penales
- 1.4.1.1.- Elementos descriptivos
- 1.4.1.2.- Elementos normativos
- 1.4.2.- Clasificación según plenitud de la descripción:
- 1.4.2.1.- Tipos abiertos
- 1.4.2.2.- Tipos cerrados
- 1.4.2.3.- Norma penal en blanco
- 2.- Estructura de los tipos penales
- 2.1. Elementos objetivos del tipo penal
- 2.1.1.- Sujeto activo
- 2.1.2.- Acción
- 2.1.3.- Nexo de causalidad
- 2.1.4.- Bien jurídico
- 2.1.5.- Sujeto pasivo
- 2.1.6.- Otros elementos
- 2.2.- Imputación objetiva
- 2.2.1 Generalidades
- 2.2.2.- Criterios tradicionales de imputación objetiva
- 2.2.3.- La teoría del riesgo de Claus Roxin
- 2.2.3.1- Creación y realización del riesgo
- 2.2.3.1.1.- Creación de un riesgo no permitido
- 2.2.3.1.2.- Realización del riesgo no permitido
- 2.2.3.2.- El fin de protección del tipo penal
- 2.2.3.2.1.- La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa
- 2.2.3.2.2.- Puesta en peligro de un tercero aceptado por este
- 2.2.3.2.3.- El traslado del riesgo a un ámbito de prohibición ajeno
- 2.2.3.2.4.- Daños causados por un shock
- 2.2.3.2.5.- Daños posteriores sobrevivientes
- 2.2.4.- La teoría de los roles de Günther Jakobs
- 2.2.4.1.- El riesgo permitido
- 2.2.4.2.- La prohibición de regreso
- 2.2.4.3.- El principio de confianza
- 2.2.4.4.- Actuación a riesgo propio o competencia de la víctima

- 2.2.5.- Síntesis general de las reglas de imputación objetiva
- 2.2.6.- Algunas observaciones críticas
- 2.2.7.- Criterios de imputación objetiva en nuestra jurisprudencia.
- 2.3.- Elementos subjetivos del tipo penal
 - 2.3.1.- El dolo y los elementos subjetivos del tipo penal
 - 2.3.1.1.- Concepto de dolo
 - 2.3.1.2.- Elementos intelectual y volitivo
 - 2.3.1.3.- Clases de dolo
 - 2.3.1.3.1.- El dolo directo (de primer y de segundo grado)
 - 2.3.1.3.2.- El dolo eventual
 - 2.3.1.4.- La ausencia de dolo: Error de tipo
 - 2.3.1.5.- Clases de error de tipo
 - 2.3.2.- Otros elementos subjetivos del tipo doloso
 - 2.3.3.- La imprudencia
 - 2.3.3.1.- Consideraciones
 - 2.3.3.2.- La acción típica: lesión al deber de cuidado.
 - 2.3.3.3.- El concepto de cuidado objetivo
 - 2.3.3.4.- El deber subjetivo de cuidado
 - 2.3.3.5.- La lesión del cuidado
 - 2.3.3.6.- El resultado
 - 2.3.3.7.- Tentativa, autoría y participación en el delito imprudente
 - 2.3.4.- La preterintención
 - 2.3.5.- Síntesis de la estructura de los distintos tipos penales
 - 2.3.5.1.- El tipo del delito doloso
 - 2.3.5.2.- El tipo del delito imprudente o culposo
 - 2.3.5.3.- El tipo en los delitos de omisión
 - 2.3.6.- Síntesis de las causas de atipicidad

1.- La tipicidad penal

1.1.- El tipo penal y la tipicidad penal

El tipo penal está constituido por la descripción de una conducta en el supuesto de hecho de una norma penal. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que de ese hecho se hace en la ley.

El tipo penal denota una **norma** que le es antepuesta y prohíbe la conducta. No deben confundirse ambos conceptos: la acción ejecutada por el autor es la acción prohibida por la norma, cuando se subsume en un tipo penal. Así por ejemplo, el tipo penal previsto en el artículo 111 Código Penal, el cual dispone que “*Quien haya dado muerte a una persona [...]*”, tiene una norma antepuesta (no escrita) que dice: “*no matarás*”. La acción de matar, que se subsume en el tipo, infringe la norma que se le antepone.

El tipo pertenece al texto de la ley y es ahí donde está plasmado; es lógicamente necesario, porque es la herramienta que nos indica si una conducta está definida como delictiva. Además es predominantemente descriptivo, porque a la hora de definir las conductas en la ley, se recurre (o al menos se debe recurrir), a figuras lingüísticas apropiadas, o elementos descriptivos que se perciben mediante los sentidos, aunque en algunos casos se utilizan elementos de carácter normativo. La derivación del principio de legalidad es el imperativo de que, solo hechos tipificados en la ley penal como delitos, pueden ser considerados como tales.

De una gran cantidad de conductas antijurídicas que se producen en la realidad, el legislador selecciona (o al menos debería seleccionar), las que se consideran más lesivas para los bienes jurídicos más importantes y las amenaza con una pena, describiéndolas en el supuesto de hecho de una norma penal. De esta forma, se habla del **carácter fragmentario** del derecho penal.

Para nuestra Sala Constitucional, los estrictos instrumentos utilizados por el derecho penal, para la protección de bienes jurídicos, hacen que estos sean restringidos por medio de principios y posiciones jurídicas, derivados del artículo 39 de la Constitución Política⁵², a saber:

a) El principio de reserva legal. En relación con los delitos, cuasidelitos y faltas. Implica que la ley –entendida como norma emanada del órgano legislativo y mediante los procedimientos ordinarios– es la única fuente creadora de los delitos y las penas donde,

52 Ver voto n.º 2000-9453 de las 14:41 hrs. del 25 de octubre de 2000.

en materia penal, se excluyen totalmente como fuentes los reglamentos o las fuentes no escritas, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley⁵³.

b) El principio de legalidad criminal. A modo de complemento del anterior, exige que las conductas delictivas se encuentren acuñadas o definidas previamente en tipos, es decir, en normas donde se especifique con detalle en qué consiste la conducta delictiva (“*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*”). A la luz de este principio, procesalmente surge la obligación de ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal⁵⁴.

c) El principio de la seguridad jurídica. Garantiza que ninguna acción humana puede constituir delito, aunque parezca inmoral o contraria a los intereses colectivos, si no la define como tal, una ley anterior a su ejecución, dictada por un órgano competente, y en forma clara y precisa.

d) El principio de tipicidad penal. La función de garantía de la ley penal, exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad y precisión que se pueda, tanto en su contenido, como en sus límites, para que estos puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan a partir de términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada al juez la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, al momento de la subsunción de una conducta con la norma. Debido al gran poder de absorción de la descripción legal, la claridad se refiere a la necesaria comprensión de que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecúen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal⁵⁵.

Tipo penal: Descripción de la conducta en el supuesto de hecho de una norma penal.

Tipicidad: Adecuación de la conducta al supuesto de hecho previsto en la norma penal.

53 Dicha prohibición, a su vez, se encuentra prevista en el artículo 2 del actual Código Penal, el cual indica: “*No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal*”. Al respecto, el artículo 3 del proyecto de nuevo código dispone que: “*Las normas penales se interpretan conforme a las reglas comunes, no obstante, la interpretación extensiva y la aplicación analógica procede sólo cuando beneficie al imputado*”.

54 El artículo 1º del actual Código Penal dispone que nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible, ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente. En el proyecto del nuevo código, el artículo 1º dispone que “*Nadie puede ser sancionado por una acción u omisión, ni sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido previamente*”. Mientras que el artículo 2º establece que “*Nadie puede ser sancionado si la conducta no está descrita de manera clara y precisa en la ley*”.

55 Ver votos de la Sala Constitucional, [n.º 2001-9748](#) de las 14:37 hrs. del 26 de septiembre de 2001; [n.º 2002-4895](#) de las 15:10 hrs. del 22 de mayo de 2002 y [n.º 2002-9082](#) de las 15:00 hrs. del 18 de septiembre de 2002.

1.2.- Tipo penal y antijuridicidad

La antijuridicidad es el juicio de valor negativo que recae sobre un comportamiento humano y que indica que es contrario al ordenamiento jurídico, entendido este último como un todo unitario. De esta manera, lo que es antijurídico para una rama del derecho, lo es también para las restantes.

Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante, sino solo aquellos que, además, están descritos en la norma penal, es decir, que son típicos. Así, la tipicidad es apenas un indicio de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*). Tipo y antijuridicidad son dos categorías distintas de la teoría del delito.

Identificar estas dos categorías conduce a consecuencias insatisfactorias, tanto teóricas como prácticas, en la medida en que, por ejemplo, las causas de justificación (que eliminan la antijuridicidad), se consideran en esta perspectiva como **elementos negativos del tipo**. Por ejemplo, en el homicidio, quien mate en legítima defensa, ni siquiera realizaría el tipo penal del homicidio, pues sería una acción irrelevante.

También se reflejan las consecuencias de esta identificación en materia del error, pues si se consideran las causas de justificación como elementos negativos del tipo, habría que tratar de manera unitaria el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Por estas razones, la teoría de los elementos negativos del tipo no es universalmente admitida por la doctrina, así como tampoco por nuestra jurisprudencia⁵⁶.

La relación entre tipo y antijuridicidad puede ser más o menos estrecha, y ambas cualidades de la acción se suelen comprobar conjuntamente; pero resulta más prudente su análisis por separado.

La conducta típica y la antijurídica constituyen un injusto penal.

1.3- Funciones del tipo penal

Las tres principales funciones del tipo penal son:

- a) Función seleccionadora.** Selecciona los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) Función de garantía.** Solo los comportamientos que se subsumen en un tipo penal, pueden ser sancionados penalmente.

⁵⁶ Como se analizará en detalle más adelante, de acuerdo con la redacción del artículo 31 del Código Penal, el dolo requiere el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo, no así el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

c) **Función motivadora general.** Se espera que con la criminalización de la conducta, se produzca una abstención en la realización de esa conducta.

1.4.- Configuración de los tipos penales

El tipo penal se expresa con formas lingüísticas que, con mayor o menor acierto, intentan describir, con las debidas notas de abstracción y generalidad, la conducta prohibida.

Debe estar redactado de modo tal que de su texto se pueda deducir la conducta prohibida, por lo que debe utilizarse un lenguaje claro y preciso, asequible al nivel cultural medio. Se deben preferir los elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado, sin mayor esfuerzo.

Como es imposible llegar a definir de manera exhaustiva todas las formas posibles de un delito, es preferible utilizar cláusulas generales, definiciones y descripciones genéricas que reúnan los caracteres comunes esenciales a cada grupo de delitos. El uso de conceptos indeterminados pone en peligro la seguridad jurídica, al dejar sin precisión la conducta prohibida.

En múltiples pronunciamientos, la Sala Constitucional ha indicado que los tipos penales, deben estar estructurados básicamente como *una proposición condicional* que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia penal. En la primera se debe indicar de manera necesaria, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc.) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo). Sin estos dos elementos básicos (pues existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho), no existe tipo penal.

Por tanto, esta Sala ha considerado que existe la obligación legislativa de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, al utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva (artículo 39 de la Constitución), solo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra, a su vez, enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador⁵⁷.

Antecedente jurisprudencial. Una pareja inicia una relación de convivencia de hecho en el año 1989, durante la cual procrearon dos hijos. Aproximadamente a finales del año

57 Al respecto, pueden consultarse los votos de la Sala Constitucional [n.º 1877-90](#) de las 16:02 hrs. del 19 de diciembre de 1990; [n.º 490-94](#) de las 16:15 hrs. del 25 de enero de 1994; [n.º 6408-96](#) de las 15:03 del 26 de noviembre de 1996; [n.º 2000-11524](#) de las 14:48 hrs. del 21 de diciembre de 2000; [n.º 2001-9748](#) de las 14:37 hrs. del 26 de septiembre de 2001; [n.º 2002-4895](#) de las 15:10 hrs. del 22 de mayo de 2002 y [n.º 2002-9082](#) de las 15:00 hrs. del 18 de septiembre de 2002.

1998, la mujer es objeto de agresión por parte de su concubino, por lo que le exige que haga abandono del hogar, a lo que este último accede, y se traslada a vivir a otra provincia. A mediados del año 1999, al regresar la ofendida en horas de la tarde a su vivienda, luego de un paseo con sus hijos, se encuentra dentro de ella a su excompañero, a quien le indica que no desea que permanezca ahí y le pide que se marche, desatándose una fuerte discusión entre ambos. Sin embargo, el sujeto se queda en la vivienda, a pesar de la negativa de la mujer.

Al día siguiente, la mujer sale a su trabajo, desde donde llama al sujeto para reiterarle su deseo de que abandone la vivienda, a lo que este último hace caso omiso. Al regresar de su trabajo, la mujer encuentra ahí al sujeto, por lo que vuelven a discutir, hasta que finalmente este último hace abandono de la vivienda. Al día siguiente, el sujeto la intercepta, camino a su casa, y luego de iniciar una discusión, la hiere a la altura del pecho con un arma punzocortante, ocasionándole la muerte.

Decisión del Tribunal. En primera instancia, el Tribunal de Juicio, recurriendo a las definiciones previstas en la Ley contra la Violencia Doméstica y la Ley para la Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, consideró que en el caso se cumplieron los presupuestos del inciso primero del artículo 112 del Código Penal⁵⁸, al interpretar como vigente la relación de convivencia entre víctima e imputado, condenando a este último por homicidio calificado. No obstante, la Sala Tercera recalificó los hechos a homicidio simple, por considerar que, si bien es cierto que el legislador, en los últimos años, había reconocido la necesidad de brindar mayor protección a la mujer, esto no implicaba que en materia penal se deban flexibilizar los principios que la informan.

Por tanto, tratándose de delitos y sanciones, prevalecen los principios de legalidad y reserva, los cuales buscan que los operadores de la ley penal, al momento de su aplicación, se limiten a lo que en ella está previsto, y no es permitido que el alcance del tipo penal se extienda más allá de lo que objetivamente contempla, prohibiéndose toda interpretación extensiva o analógica del mismo, de manera que se limita el “*poder de disposición del juez*”, quien debe entonces acatar lo que en la ley se pretende regular y sancionar, por más reprochable que estime la conducta.

Para tener por calificado el homicidio, el inciso primero del artículo 112 del Código Penal requiere que el autor y la víctima hayan llevado una vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho, en tanto que en el caso de estudio, para la Sala resultó claro que, al momento del homicidio, dicha relación ya no existía, no siendo posible, mediante una interpretación ampliativa de la normas sobre violencia doméstica o

58 “Artículo 112. **Homicidio calificado.** Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate: 1. A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubina si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho”.

protección a la mujer, sobrepasar los límites objetivos del tipo penal, en detrimento de los principios constitucionales que informan la materia represiva⁵⁹.

1.4.1.- Elementos presentes en los distintos tipos penales. Normalmente en los tipos penales están presentes dos clases de elementos:

1.4.1.1.- Elementos descriptivos. Son todas aquellas construcciones del lenguaje, incluidas en una definición típica, que cualquiera puede conocer y apreciar en su significado, sin mayor esfuerzo (“daños”, “lesiones”, “muerte” etc.), pudiendo ser percibidos por los sentidos.

1.4.1.2.- Elementos normativos. Son aquellos elementos que implican siempre una valoración, y por ende, un cierto grado de subjetivismo (“documento”, “honor”, “buenas costumbres”, etc.). No se trata de una valoración personal, sino que está subordinada a normas judiciales, normas sociales y criterios ético-jurídicos de comportamiento socialmente reconocido y conocido por su carácter público y notorio.

Como ejemplo véase el siguiente caso: Un sujeto mantuvo relaciones sexuales consentidas con una persona menor de edad. Valiéndose del vínculo que tenía con la joven (quien era su novia), le ordenaba que se desnudara completamente y le mostrara sus partes íntimas en múltiples poses, y procedía a tomarle fotografías en detalle de sus genitales, así como otras de acercamiento a diversas partes íntimas del cuerpo de la menor.

En su defensa, se alegó que la sola toma de fotografías de la ofendida, no podía ser considerada fabricación de pornografía⁶⁰, pues existen muchas definiciones de “*pornografía*”, según las cuales, tal concepto implica la “*venta de excitación sexual*”, por lo que debía distinguirse de una obra de arte que involucra sensualidad y un claro sentido de placer estético. Sin embargo, en el caso de estudio, el objetivo de las fotografías consistía en reflejar fielmente el entrañable amor que el imputado sentía por la menor, y viceversa, todo producto de la relación de intenso noviazgo existente entre ambos, y el hecho de que el tribunal las catalogara de obscenas, no daba pie para concluir que son el resultado de la producción y fabricación de pornografía.

La Sala Tercera rechazó estos alegatos, indicando que la diferencia entre los conceptos de *pornografía* y otros como *sensualidad*, *estética*, *arte erótico*, etc., en la mayoría de los casos, no podría buscarse ni establecerse a partir de la sola imagen o material audiovisual de que se trate (salvo supuestos en los que la connotación sexual de la imagen infantil

59 Sala Tercera, voto n.º 2000-1209 de las 15:55 hrs. del 19 de octubre de 2000. En el mismo sentido, Tribunal de Casación Penal, voto n.º 2005-1090 de las 10:00 hrs. del 21 de octubre de 2005.

60 “Artículo 173.- Quien fabrique o produzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad o su imagen, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. Será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años, quien comercie, transporte o ingrese en el país ese tipo de material con fines comerciales (Así reformado por el artículo 1º de la ley n.º 7899 del 3 de agosto de 1999). La numeración y redacción de este artículo, no varían en el proyecto del nuevo Código Penal”.

resulte abiertamente explícita), pues en dicha tarea se deberá valorar el contexto dentro del cual estos se produjeron o fabricaron. Cuando el artículo 173 del Código Penal sanciona a quien fabrique o produzca *materias pornográficas*, este último constituye un **elemento normativo** de dicho tipo penal, cuyo contenido debía ser determinado a partir de la interpretación judicial.

Si bien podían existir muchas imágenes en donde aparezcan personas menores de edad desnudas, o exponiendo sus órganos genitales, sin que por esa sola razón deban ser calificadas como material pornográfico, conforme a la redacción del artículo 173 del Código Penal, para que determinado material pueda recibir el calificativo de “*pornográfico*”, a criterio de la Sala era necesario que, en el mismo, se incluyan imágenes de personas menores de edad, en relación con las cuales no pueda dejarse de lado su vinculación clara y explícita con fines sexuales, extremo que se deducirá de la imagen misma, o incluso del contexto en donde se produjo.

Para precisar aún más el concepto de *materias pornográficas*, en la resolución los magistrados citaron varias fuentes normativas, entre ellas las definiciones aportadas por el Congreso de Yokohama, por el Grupo de Interpol Especializado en Crímenes contra los Niños, la ECPAT, la Convención sobre el Delincuencia Informática del Consejo de Europa, etc., las cuales especifican que cualquier material relativo a una persona menor de edad, donde se describan o expongan sus órganos genitales, o una actividad de naturaleza sexual, en todo lo cual se persiga un fin erótico o la satisfacción del usuario (lo que a su vez implicaría una explotación sexual), deberá calificarse como pornografía.

Analizando el caso de estudio, consideró la Sala que las imágenes producidas por el imputado, sí constituían material pornográfico, puesto que estas no solo registraban una explícita actividad erótica, sino además, conllevaban una clara satisfacción sexual de quien las tomó (lo que a su vez implica una explotación de dicha menor), sin que pueda establecerse otra justificación para que el imputado las haya fabricado y las mantuviera en su poder⁶¹.

1.4.2.- Clasificación según plenitud de la descripción. De conformidad con la plenitud de la descripción de la conducta, los tipos se pueden caracterizar como:

1.4.2.1.- Tipos abiertos. Son aquellos en donde no está totalmente individualizada la conducta prohibida, y se exige que el juez lo haga, acudiendo a pautas o reglas generales que están fuera del tipo penal. El caso más representativo es el de los delitos culposos, cuando nuestro Código Penal no establece una definición de “culpa”, por lo cual el juez debe establecer, en cada caso concreto, cuándo una conducta puede catalogarse como culposa, para determinar su tipicidad.

61 Ver voto n.º 2005-958 de las 9:50 hrs. del 19 de agosto de 2005.

Sobre la constitucionalidad de esta clase de tipos, la Sala Constitucional indicó que, si bien, de acuerdo con el principio de tipicidad, la determinación de los tipos debe ser clara y precisa, a fin de darle cumplimiento a la finalidad “garantista” propia de un Estado democrático de derecho, la necesaria utilización del idioma y sus restricciones, obliga a que, en algunos casos, no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, no siendo posible crear un sistema legislativo de carácter pleno o hermenéutico, de tal forma que todos los términos estén definidos en la ley sin duda alguna.

En ocasiones, el legislador se veía obligado a utilizar términos no del todo precisos, como lo sería la utilización de conceptos jurídicos indeterminados (v. gr. *persona* en el homicidio simple⁶², *libidinosos* en el rapto propio⁶³, *cosa mueble* en el hurto simple⁶⁴, etc.). Los tipos penales cuya redacción resulta ser de tal amplitud, que no se otorgan todos los elementos necesarios para que el intérprete pueda determinar, cuál es la conducta que resulta constitutiva de la figura penal, sino que es dejada a la determinación judicial, son denominados tipos penales abiertos (v. gr. los abusos sexuales cometidos contra menores y mayores de edad, arts. 161 y 162 del Código Penal).

Si bien la Sala Constitucional estima que estas técnicas legislativas entrañan un grave peligro de arbitrariedad, ha señalado que no en todos los casos, el tipo penal abierto –o en blanco– es inconstitucional, pues la sola apertura no significa, por sí misma, una vulneración al principio de legalidad y sus demás derivados, sino que así ocurrirá cuando la imprecisión conceptual y el sinnúmero de variables que pueden ser introducidas genéricamente, resten claridad y determinación a lo que se pretende sancionar.

Al contrario, cuando el tipo abierto o en blanco permite, sin mayores dificultades para el juzgador, individualizar la conducta prohibida, acudiendo a pautas o reglas que están fuera del tipo penal (v. gr. como ocurre al establecer el elemento generador de *la falta al deber del cuidado* en el homicidio culposo, artículo 117 Código Penal⁶⁵) o le da facultades a aquel para que en el cerramiento del tipo, siga una pauta legal de menor cuantía o magnitud (v. gr. el *salario base*, en el caso del hurto simple), que sería otra forma de apertura típica, ciertamente no se incurre violación alguna a los principios de legalidad, reserva de ley y tipicidad.⁶⁶

62 Artículo 111 del Código Penal, 117 en el proyecto del nuevo código. En este último, a diferencia del actual, se utiliza la fórmula “*Quien mate [...]*” en vez de “*Quien haya dado muerte [...]*”.

63 Artículo 163 del actual Código Penal. En principio, este tipo penal desaparece en el proyecto.

64 Artículo 208 del Código Penal, 238 en el proyecto. En este último, a diferencia del actual, se sustituye “*cosa mueble*” por “*bien*” y se elimina el calificativo “*ilegítimamente*”.

65 “Artículo 123 en el proyecto. En este, a diferencia del actual artículo 117, se utiliza la fórmula: “*Quien por culpa mate a una persona, será sancionado [...]*”.

66 Sobre el tema, pueden consultarse los votos de la Sala Constitucional n.º 1877-90 de las 16:02 hrs. del 19 de diciembre de 1990; n.º 490-94 de las 16:15 hrs. del 25 de enero de 1994; n.º 6408-96 de las 15:03 del 26 de noviembre de 1996; n.º 2000-11524 de las 14:48 hrs. del 21 de diciembre de 2000; n.º 2001-9748 de las 14:37 hrs. del 26 de septiembre de 2001; n.º 2002-4895 de las 15:10 hrs. del 22 de mayo de 2002 y n.º 2002-9082 de las 15:00 hrs. del 18 de septiembre de 2002.

1.4.2.2.- Tipos cerrados. Son aquellos en donde la conducta típica está plenamente individualizada.

1.4.2.3.- Norma penal en blanco. Se trata de aquella norma cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma que puede ser de carácter no penal. En el denominado tipo penal en blanco, la norma penal se completa con la remisión a otras normas, sean estas constitucionales, de orden legal o inclusive reglamentaria (v. gr. en el caso del robo agravado, cuando el inciso 3º del artículo 213, remite al artículo 209, ambos del Código Penal, o bien en el caso del homicidio calificado, según los miembros de los supremos poderes).

Esta técnica de descripción del supuesto de hecho de la norma penal, se utiliza cuando ese supuesto está estrechamente relacionado con otras ramas del ordenamiento jurídico, de finalidades y alcances diferentes a los de la norma penal.

Por lo general, se trata de actividades relacionadas con el orden económico y el medio ambiente, las cuales tienen una actividad legislativa incesante, y por ello, con el objeto de no estar modificando las normas de manera permanente, se recurre a la redacción de normas penales en blanco, cuya constitucionalidad ha sido reconocida en nuestro ordenamiento. Este tipo de norma existe, aun cuando el supuesto de hecho tenga origen legislativo o proceda de una autoridad administrativa.

Acerca de este tema, la Sala Tercera recientemente ha señalado que los tipos penales abiertos, constituyen construcciones legislativas con muchos elementos normativos o valorativos, que dificultan cumplir la función del tipo garantía, en relación con los destinatarios de la norma penal. Indicó la Sala que se considera por parte de la doctrina (v. gr. Roxin) que los tipos deben ser lo más cerrados posible, ya que los tipos penales abiertos afectan el principio de legalidad. Otra modalidad de construcción legislativa que afecta dicho principio, es la promulgación de leyes penales en blanco. Se trata de leyes que crean tipos penales cuyo contenido debe obtenerse o complementarse con lo dispuesto en otras leyes, reglamentos o decretos.

Tratadistas como Zaffaroni han establecido que cuando la norma a la que se remite, sea otra ley emanada del parlamento, no habría violación al principio de legalidad.

Distinto es el caso en que las leyes remiten a otras fuentes normativas, como decretos o reglamentos, pues implicaría delegar la función legislativa en el Poder Ejecutivo, violando el principio de separación de poderes.

Por su parte, la Sala Constitucional ha establecido que una norma penal puede remitir a un reglamento siempre que al hacerlo el Poder Ejecutivo se mantenga dentro de su esfera propia de competencia y que la ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad. (Voto n.º 1876-90 de las 16:00 hrs. del 19 de diciembre de 1990). Lo relevante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, es que la remisión no violente el principio de separación de poderes.

Por estos motivos, concluyó la Sala Tercera que si bien resulta evidente que el tipo penal, cuyo *nomen iuris* es el de “robo agravado”, no está completamente descrito en el artículo 213 del Código Penal. Lo cierto del caso es que la norma que lo complementa, no solo es una ley emanada de la Asamblea Legislativa, sino que forma parte del mismo cuerpo legal. En efecto, el artículo 213 del Código Penal establece:

Se impondrá prisión de cinco a quince años, en los siguientes casos: 1) Si el robo fuere perpetrado con perforación o fractura de una pared, de un cerco, de un techo, de un piso, de una puerta o de una ventana, de un lugar habitado, o de sus dependencias; 2) Si fuere cometido con armas; y 3) Si concurriere alguna de las circunstancias de las incisos 1), 2), 4), 5), 6) y 7) del artículo 209. Los casos de agravación y atenuación para el delito de hurto, serán también agravantes y atenuantes del robo, y la pena será fijada por el juez, de acuerdo con el artículo 71 (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982).

La norma transcrita hace referencia al robo, sin indicar cuál es el contenido del concepto de “robo”, el cual debe obtenerse de lo dispuesto en el artículo 212 –y no del artículo 209 que indica:

Robo Simple. El que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido con las siguientes penas: 1.- Con prisión de seis meses a tres años, cuando la sustracción fuere cometida con fuerza en las cosas y su cuantía no excediere de tres veces el salario base. 2.- Con prisión de uno a seis años, si mediare la circunstancia prevista en el inciso anterior y el monto de lo sustraído excediere de tres veces el salario base. 3.- Con prisión de tres a nueve años, cuando el hecho fuere cometido con violencia sobre las personas.

Para la Sala Tercera, a pesar de que el artículo 213 del Código Penal, debe ser complementado con otra norma, esta forma parte de una ley aprobada por el Poder Legislativo, y más aún, del mismo Código Penal. Desde este punto de vista, no existe violación al principio de legalidad criminal, ya que todos los elementos del tipo están definidos por una ley penal, y se encuentran dentro del mismo cuerpo normativo, respetándose el ámbito de competencia del Poder Legislativo⁶⁷.

La norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquier otra. El supuesto de hecho que se consigna en la norma extrapenal, pertenece a la norma penal, integrándola o completándola.

Sin embargo, debe señalarse que el abuso de este tipo de legislación puede dificultar la labor del penalista, ya que puede verse remitido a ámbitos jurídicos que le resulten

67 Sala Tercera, voto [n.º 2006-137](#) de las 9:35 hrs. del 22 de febrero de 2006.

desconocidos o no tan familiares, y porque el distinto alcance y contenido de la norma penal respecto de las demás normas jurídicas, produce discordancias que pueden afectar la seguridad jurídica.

En algunos casos, esta práctica podría infringir el principio de legalidad, sobre todo cuando la remisión se lleva a cabo respecto de una disposición de rango inferior al de la propia ley, generalmente un reglamento. En estos casos, parte de la definición de la conducta, se contiene en una disposición que, complementando la ley penal, no ha sido dictada por el Poder Legislativo, lo que podría ser violatorio del principio de reserva de ley.

2.- Estructura de los tipos penales

2.1.- Elementos objetivos del tipo penal

El aspecto objetivo es la cara externa del tipo, la parte exterior del suceso. Podemos señalar que los elementos objetivos que están de un modo constante en la composición de todos los tipos penales son: a) sujeto activo, b) acción, c) nexo de causalidad-imputación objetiva, d) el bien jurídico, e) sujeto pasivo, f) otros componentes.

2.1.1.- Sujeto activo

Es el sujeto que realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. Normalmente se alude con la expresión “*el que*” o “*quien*”, y entendemos que el sujeto activo puede ser cualquiera. Se trata de **delitos comunes** (v. gr. en el hurto de uso, se sanciona a *cualquiera* que tome una cosa, con el único fin de hacer uso momentáneo de ella y la restituye después sin daño alguno)⁶⁸.

En relación con el sujeto activo, se presentan a veces algunas variantes, como por ejemplo, los **delitos plurisubjetivos**, en donde el tipo exige la concurrencia de varias personas, ya sea que deban concurrir de manera uniforme, para la consecución del mismo objeto, y son los llamados **delitos de convergencia** (v. gr. la asociación ilícita⁶⁹); o bien, de manera autónoma, como parte de una misma relación delictiva, los llamados **delitos de encuentro** (v. gr. la relación entre el sujeto que entrega dinero a un funcionario público para que lleve a cabo un acto contrario a sus deberes; este la acepta y esta situación

68 Artículo 211 del Código Penal, 240 en el proyecto. En este último, a diferencia del actual, se sanciona a quien *sin derecho alguno*, tome un *bien ajeno* para hacer el uso momentáneo de este.

69 Artículo 274 del Código Penal, 285 en el proyecto. En este último, a diferencia del actual, se habla de “*organización*” de dos o más personas dedicada a cometer delitos que pongan en peligro el orden constitucional, la salud pública, la economía nacional, la tranquilidad de los ciudadanos en relación con la libertad individual, la propiedad de sus bienes o la seguridad registral. La pena se agrava si esta se dedica al tráfico ilícito de personas para la adopción, la prostitución, la servidumbre sexual o laboral; o si está dedicada a la violación de tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos

encuadra en los delitos de ofrecimiento de dádiva y cohecho propio)⁷⁰. Además, hay que tener cuidado de no confundir la convergencia de varias personas con los supuestos de participación (complicidad, instigación, etc.).

Los **delitos especiales** son aquellos en donde la ley exige una determinada cualidad para ser sujeto activo (forma parte del tipo objetivo). De esta manera, solo puede ser sujeto activo en esta clase de delitos, la persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo (v. gr. funcionario público en los delitos de peculado⁷¹, la malversación⁷² o el abuso de autoridad⁷³, sin perder de vista los supuestos de comunicabilidad de las circunstancias, en los casos que esta sea admisible).

Los **delitos de propia mano** son aquellos en donde se exige la realización de una determinada actividad, y solo quien se encuentre en posición de ejecutarla en forma inmediata y corporalmente, por sí mismo, puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto. Nuestra jurisprudencia reconoce la existencia de esta categoría de delitos en la parte especial del código. Se citan como ejemplos: el aborto procurado (art. 119 Código Penal), el falso testimonio (art. 316 Código Penal), y la violación (art. 156 Código Penal), tal como estaba previsto antes de la reforma introducida mediante Ley N.º 7899 del 3 de agosto de 1999, pues en todos ellos, el dominio solo puede tenerlo el sujeto que realice personalmente la acción descrita en el tipo⁷⁴.

En la actualidad se reconoce que esta categoría ha recibido críticas y viene perdiendo relevancia. Su origen se extrae de la investigación del trabajo realizado por juristas italianos en la Edad Media, quienes negaron la posibilidad de autoría por representación que por su naturaleza, creían que solo podía cometerse mediante un acto corporal y que esto debía causar satisfacción en los sentidos del autor, tal es el caso de los "*delicta carnis*" como el "*adulterium*", delito que parece responder más a una concepción religiosa que a una figura jurídica, tipicidad propia de la Edad Media, en donde se penalizaba en función del desvalor religioso de la conducta, sin tomar en cuenta la protección de otros bienes de relevancia jurídica⁷⁵.

El desarrollo de nuevas propuestas, como la teoría del dominio funcional del hecho, podrían resultarnos más útiles en el análisis de ciertas conductas, tradicionalmente calificadas como delitos de propia mano, en virtud del evidente dominio del hecho por parte de sujetos que, no obstante, no realizan ninguna intervención corporal en el suceso.

70 Artículos 297 y 343 bis del actual Código Penal. En el proyecto, se incluyen como autores del cohecho impropio (art. 328) y cohecho propio (art. 329), tanto al funcionario como al sujeto que ofrece la dádiva

71 Artículo 354 del actual Código Penal, 340 en el proyecto.

72 Artículo 356 del actual Código Penal, 343 en el proyecto.

73 Artículo 331 del actual Código Penal, 319 en el proyecto.

74 Sala Tercera, voto n.º 2000-1427 de las 10:00 hrs. del 15 de diciembre de 2000.

75 CAMPOS RODRÍGUEZ, Karla y otra. "El dominio funcional del hecho y los delitos de propia mano". Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

A manera de ejemplo, se deben tener presentes los supuestos en donde una violación puede ser llevada a cabo en virtud de amenaza con arma de fuego, dirigida a la persona que lleva a cabo el acceso carnal.

2.1.2.- Acción

La acción es el núcleo del tipo, su elemento más importante, entendida como comportamiento humano activo u omisivo. Normalmente está descrita por un verbo rector que constituye la concreción de la prohibición; es decir, la conducta prohibida por la norma. En algunos casos, puede haber más de un verbo.

Todo comportamiento humano se manifiesta en el mundo exterior, y genera efectos de tipo físico, e incluso, psíquico, por lo que no hay conducta humana sin efectos, sin resultado. Tal como se estudió en el capítulo anterior, el comportamiento del sujeto debe ser voluntariamente dirigido a una finalidad, por lo que no existirían una acción en casos de fuerza mayor, actos reflejos, estados de inconsciencia absoluta, etc., debiendo tenerse cuidado de no confundir la falta de acción con los supuestos de inimputabilidad.

Si bien todos los delitos importan una lesión al bien jurídico, no todos los resultados son relevantes para el legislador. Los tipos penales que solo requieren la realización de la acción (por cuanto esta es ya de por sí lesiva al bien jurídico), se conocen como delitos de **mera actividad** (v. gr. incumplimiento de deberes⁷⁶, falso testimonio⁷⁷), o de **mera inactividad** (omisión de auxilio⁷⁸).

Cuando un tipo penal requiere, junto con la realización de la acción u omisión, la producción de un resultado específico (una consecuencia en el mundo exterior), nos encontramos ante los **delitos de resultado** (v. gr. el delito de daños requiere que la cosa ajena sea destruida, inutilizada o desaparecida⁷⁹). Los delitos de lesiones requieren, como mínimo, que la víctima haya sufrido una incapacidad para sus ocupaciones habituales de cinco días⁸⁰).

En los delitos de resultado material, la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que debe ser comprendido por el dolo del autor.

En algunos casos, ese resultado es solo un peligro y da lugar a la distinción entre **delitos de lesión** (en donde, la tipicidad requiere la producción de lesión del bien jurídico o el objeto que lo representa, como los casos ya citados de daños y lesiones) y **delitos de**

76 Artículo 332 del actual Código Penal, 320 en el proyecto.

77 Artículo 316 del actual Código Penal, 347 en el proyecto.

78 Artículo 144 del actual Código Penal, 146 en el proyecto.

79 Artículo 228 del actual Código Penal, 261 en el proyecto.

80 Artículo 125 del Código Penal, 131 en el proyecto. En este último, a diferencia del actual, se sanciona la producción de “[...] un daño físico o psicológico que incapacite a una persona para sus actividades habituales por más de diez días y hasta por un mes”.

peligro. En estos últimos, no se requiere que la acción haya causado un daño sobre un objeto, basta con que el objeto protegido jurídicamente, haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar.

A propósito de este tipo de delitos, nuestra jurisprudencia admite que, si bien únicamente en la protección de bienes jurídicos, la intervención punitiva del Estado encuentra justificación, se le reconoce al legislador la facultad de diseñar las normas penales, conforme considere se adaptan mejor a la naturaleza del bien que se pretende tutelar, de acuerdo con los fines que les ha asignado a la pena y al derecho penal en general, los cuales pueden ser no solo retributivos, sino también preventivos. Así se distingue a nivel doctrinario entre delitos de lesión y de peligro, atendiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico.

En los delitos de peligro, se produce un adelantamiento de la protección del bien jurídico, a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión, y se dividen en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto. Si bien ambos tipos requieren un desvalor de acción, en los delitos de peligro concreto, se exige un verdadero desvalor del resultado (el peligro sí constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar consumado el delito, el juez debe comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado de manera causal y objetivamente imputable a este⁸¹, mediante un juicio ex ante, en donde se tomen en cuenta los conocimientos del sujeto).

En tanto, los delitos de peligro abstracto, sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido; es decir, se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal, basada en la consideración de que determinados comportamientos son *generalmente peligrosos* para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico (así los delitos de peligro abstracto son, en realidad, delitos de mera actividad).

El caso más representativo es el de los tipos previstos en la Ley de Psicotrópicos, los cuales protegen el bien jurídico *salud pública*, cuya titularidad no recae en una persona, sino que es compartida por todos los ciudadanos (bien jurídico colectivo o supraindividual).

En materia de narcotráfico, nuestro legislador ha seguido las líneas generales de la política criminal de riesgo, de manera que los delitos contenidos en esta ley especial, castigan aquellas conductas que, aunque no hayan producido un peligro concreto para

81 Por ejemplo, el delito de Incendio o Explosión, previsto en el artículo 246 del actual Código Penal, que sanciona al que mediante incendio o explosión, crea un peligro común para las personas o los bienes. En el artículo 286 del proyecto, a diferencia del actual, se sanciona a quien cree un peligro común para la vida, la integridad física, la salud o los bienes de las personas, por medio de explosión, incendio, inundación, derrumbe, desmoronamiento u otro medio similar de poder destructivo. También a diferencia del actual, el proyecto no contempla una sanción más grave en caso de muerte.

la salud pública, suponen –desde una perspectiva *ex ante*– un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o lesión a la salud pública. De esta forma, se admite que comete delito quien *posee* clorhidrato de cocaína con fines de tráfico internacional o *introduce* cocaína base crack a un centro penitenciario, aun cuando, en la práctica, dichas sustancias, no logren llegar a sus destinatarios finales.

Para nuestra jurisprudencia esto es así, por cuanto no se admite que deban producirse efectivas lesiones a la salud pública para castigar este tipo de conductas, cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen⁸².

No obstante, debe tenerse claro que el peligro abstracto, en virtud del principio de lesividad, **no puede entenderse como un peligro presunto**, como una mera inobservancia de reglas, sino que efectivamente **debe existir una potencialidad de daño**, lo cual debe ser valorado por el aplicador de la norma en cada caso concreto. (Recuérdese el caso analizado en el capítulo anterior, del sujeto que intentó vender droga a dos investigadores del OIJ, cuyas identidades desconocía).

Cuando el tipo comprende una o varias acciones, se habla de **delitos simples** y **delitos compuestos**. Estos últimos se caracterizan por la concurrencia de una o más acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo (dar muerte a una persona, robar las pertenencias de otro mediante amenazas con armas de fuego), pero de cuya unión nace un complejo delictivo autónomo distinto (homicidio *criminis causa*: matar a una persona, disparándole con arma de fuego, para despojarla de sus pertenencias, inciso 7º del artículo 112 del Código Penal⁸³).

2.1.3.- Nexo de causalidad (imputación objetiva)

La atribución de un resultado como producto de la acción de una persona, debe aparecer ligada por una relación de causalidad, es decir, la existencia de un vínculo causa-efecto que permita establecer la imputación del resultado a la actuación del agente.

Esta exigencia de ligar el resultado a la acción concreta, ha sido definida mediante la aplicación de diversas teorías que han pretendido dictar pautas para establecer cuándo es posible formular esta atribución.

82 Acerca del tema, pueden consultarse la resolución de la Sala Constitucional n.º 2006-218 de las 15:56 hrs. del 18 de enero de 2006; y de la Sala Tercera n.º 10-99 de las 14:45 hrs. del 7 de enero de 1999, y n.º 2004-1309 de las 10:55 hrs. del 12 de noviembre de 2004.

83 El artículo 119 del proyecto de nuevo código, contempla la figura del "*Homicidio conexo con otro delito*", en donde sanciona a quien mate a una persona para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar para sí o para otro la impunidad, o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

La más tradicional es la teoría de la **equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non***, que partiendo de un concepto de causalidad natural, establece que todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal.

Para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito, se acude a la fórmula de la **teoría de la condición**, (*conditio sine qua non*) que distingue entre las condiciones positivas (acciones) y las negativas (omisiones). En este sentido, se afirma que una acción es causa de un resultado, si suprimida mentalmente su realización, el resultado no se hubiera producido.

Mientras que en el caso de las omisiones, se considera que una omisión será causa del resultado, si supuesta mentalmente la realización de la acción omitida, este se hubiera evitado.

Sin embargo, esta teoría necesita de algunos correctivos para no inducir en errores de apreciación. En primer lugar, no se deben suponer hechos no ocurridos, en segundo término, se debe tener claro que una cadena causal, una vez puesta en movimiento, se puede interrumpir por otras que pueden causar el resultado. En tercer lugar, el dolo y la culpa deben también servir de controles para poner límites a la cadena causal, y por último, solo la acción imputable objetivamente, podrá ser causa del resultado.

De acuerdo con la **teoría de la adecuación**, tal como referimos al tratar el tema de la acción, solo sería causa del resultado concreto, en sentido jurídico, aquella que, de manera general, es adecuada para producir el resultado. La acción será adecuada para producir el resultado, cuando una persona normal, colocada en la misma posición del agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, el resultado se produciría probablemente. Pero como casi todo es previsible de manera objetiva, esta teoría debió recurrir a otro criterio limitador de la causalidad, el de la diligencia debida, pues si la acción se realiza con diligencia debida, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente.

La **teoría de la causalidad adecuada**, señala que solo será causa provocadora del resultado, aquella que según la experiencia general, habitualmente produce el resultado. El problema que plantea esta teoría es la introducción de criterios normativos, no siempre verificables, que no resuelven a menudo problemas de la vida práctica.

Las críticas planteadas a esta teoría, llevaron al desarrollo de la llamada **teoría de la relevancia** que arrastra la dificultad de no explicar, con base en cuáles criterios, se debe establecer la relevancia de un comportamiento.

Por otro lado, según la **teoría de la causa jurídicamente relevante**, como señalamos previamente, el hecho de que una causa no sea adecuada para producir un resultado, no elimina su naturaleza de causa, y por ello, diferencia entre la determinación de la causalidad y si la causa es o no relevante para el derecho penal, con ayuda de criterios

jurídicos. De esta manera, el problema causal se convierte en un problema jurídico que se incluye en la tipicidad. Además, se parte de la teoría de la equivalencia, pero se considera que los mismos tipos penales, señalan si son necesarios otros presupuestos, es decir, se exige no solo una causalidad física, sino también jurídica.

Finalmente, en los últimos tiempos, se plantea la idea de reemplazar la mera causalidad por la **imputación objetiva**, que establece como criterio para definir si un resultado es atribuible o imputable objetivamente a un determinado comportamiento, que, de manera objetiva, el resultado que se imputa implique la realización de un riesgo jurídicamente relevante, cuya evitación sea la finalidad de la norma infringida por el sujeto, con lo cual, la causalidad se hace derivar de consideraciones teleológico normativas: el fin atribuido al derecho penal y a las normas penales, ubicándose este planteamiento dentro de un sistema funcional (racionalismo del fin). Nos ocuparemos de este tema en forma amplia al finalizar los aspectos del tipo objetivo.

2.1.4.- Bien jurídico

La norma penal cumple una función de protección de bienes jurídicos, y para tal efecto, se elevan a categoría de delitos, aquellos comportamientos que de manera más grave, lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos.

Todo tipo penal incluye un comportamiento humano, capaz de provocar la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. Este es el valor que la ley quiere proteger, de acciones que puedan dañarlo.

Esta cualidad positiva que es el valor que el legislador les atribuye a determinados intereses, es algo que la ley crea y no es preexistente a ella, de manera que la cualidad de bien jurídico, es una creación legal.

Se espera que de conformidad con el **principio de intervención mínima**, solo se utilice el derecho penal para proteger bienes jurídicos de verdadera importancia y utilidad para la armónica convivencia. Pero como esto no siempre se cumple, es necesario mantener una actitud crítica frente a los bienes jurídicos y a la forma de protegerlos penalmente.

El concepto de bien jurídico también tiene utilidad para clasificar los distintos tipos delictivos, aglutinándolos en función del bien jurídico que protegen (delitos contra la vida, contra la propiedad, contra el honor, etc.).

El bien jurídico es distinto del objeto de la acción que es la cosa del mundo exterior, sobre la que recae directamente la acción típica (la cosa mueble en el hurto). Puede darse el caso de delitos que no requieren un resultado material, pero sí producen una lesión al bien jurídico (injurias, por ejemplo).

2.1.5.- Sujeto pasivo

Es el titular del bien jurídico. Puede ser una persona física o una persona jurídica, el Estado o el conglomerado social. A veces no coincide el titular del bien jurídico con el sujeto sobre el que recae la acción típica. (En la estafa por ejemplo, el sujeto pasivo es el perjudicado patrimonialmente con el engaño, pero el engaño puede recaer sobre otra persona). En algunas ocasiones, los tipos penales requieren ciertas cualidades en los sujetos pasivos (v. gr. en el caso de las relaciones sexuales consentidas, la víctima debe ser una persona mayor de 13 y menor de 15 años⁸⁴). En otros casos, el sujeto pasivo no es de fácil concreción (v. gr. el conglomerado social, en el caso de los delitos ambientales).

2.1.6.- Otros elementos

En ocasiones, la adecuación de la conducta a un determinado tipo penal depende de que el actor se haya valido de ciertos medios o instrumentos para la producción del resultado (v. gr. la amenaza agravada requiere la utilización de armas de fuego; debe ser efectuada por dos o más personas reunidas, o formulada de manera anónima o simbólica⁸⁵; o en el caso del hurto agravado, cuando la sustracción se hace mediante ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante⁸⁶).

También hay tipos penales que prevén determinadas circunstancias de carácter temporal, durante las cuales debe llevarse a cabo la acción (v. gr. el delito de violación de contratos relativos a la seguridad de la nación, solo puede ser cometido durante un período en que la nación se encuentre en guerra⁸⁷, o bien el caso de homicidio especialmente atenuado, cuando la madre mata a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento)⁸⁸.

Hay descripciones típicas que exigen la realización de la conducta en un lugar determinado, tratándose o no de ámbitos delimitados (v. gr. la violación de domicilio requiere que el ingreso sea a una morada o casa de negocio ajenos, en sus dependencias, o en un recinto habitado por otro)⁸⁹.

Otros componentes del tipo objetivo son las denominadas circunstancias agravantes y atenuantes de los delitos, las cuales se encuentran asociadas al aspecto objetivo —e incluso al subjetivo— y se encuentran tanto en la parte general como especial del código, pudiendo ser de carácter genérico o específico (v. gr. nuestro Código Penal prevé circunstancias

84 Artículo 159 del Código Penal, así reformado mediante Ley N.º 8590 del 18 de julio de 2007.

85 Artículo 195 del Código Penal, 186 del proyecto. En este último, a diferencia del actual, para la configuración del delito bastaría la simple amenaza, aun sin medios o instrumentos específicos, en tanto que si se usan armas, se agravaría la sanción.

86 Artículo 209 inciso 3º del actual Código Penal, 239 inciso 3 del proyecto.

87 Artículo 292 del actual Código Penal.

88 Artículo 113 inciso 3º del actual Código Penal, 120 inciso 1º del proyecto.

89 Artículo 204 del actual Código Penal, 199 en el proyecto.

agravantes específicas para los delitos de piratería y resistencia a la autoridad, así como circunstancias de calificación para el caso de las lesiones⁹⁰. Pero actualmente la parte general no contempla agravantes genéricas.

Por otro lado, se prevén atenuantes de carácter específico, como es el caso de la emoción violenta en los delitos de contra la vida⁹¹).

2.2.- Imputación objetiva

2.2.1.- Generalidades

Es cierto que existen, en la construcción dogmática de la teoría del delito, problemas de imputación, los cuales son de tipicidad objetiva; no pueden dejarse de lado, y parece que no tienen una solución única.

Recordemos que la pregunta central de la imputación objetiva, reside en determinar cuándo un resultado puede atribuirse a una persona como obra suya. Es decir, la teoría de la imputación objetiva analiza cuándo un resultado que, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, fue producido por una conducta y no puede ser atribuido *jurídicamente* a esta.

Se trata entonces, como bien lo señala el profesor Javier Llobet, de una teoría de causalidad jurídica y no sobre la causalidad física que resulta aplicable para los delitos de resultado y los delitos de peligro concreto. Además, en el caso de los delitos de mera actividad o inactividad y en los delitos de peligro abstracto, no cabe plantearse la imputación objetiva.

Podríamos agregar que la imputación objetiva es utilizada como un método de examen de la causalidad, entendiendo por la misma no solo la constatación del nexo causal, sino también la existencia de la intención o previsibilidad, en tanto las normas solo prohíben resultados evitables.

Al respecto se ha planteado una serie de respuestas que dan lugar a distintos desarrollos teóricos, algunos confusos o insostenibles. Hay autores para quienes es un tema propio del

90 Ver artículos 126, 258, 259, 305 y 306 del actual Código Penal.

91 Ver artículos 113 y 127 de actual Código Penal, y 120 del proyecto. Cabe señalar que los redactores del proyecto incluyeron en la parte general de este, propiamente en el artículo 76, circunstancias agravantes genéricas, con lo cual se podrán aumentar, hasta en un tercio, los extremos de la pena señalada en cada delito, cuando se realiza bajo las siguientes circunstancias, siempre que no estén previstas como constitutivas o agravantes del mismo: 1) Por precio, recompensa o promesa remuneratoria o ventaja de cualquier otra naturaleza. 2) Por razones de raza, nacionalidad, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, o situación económica. 3) Con fines terroristas. 4) Valiéndose de una relación de poder o autoridad, de orden afectivo, familiar o jerárquico, de hecho o de derecho que se tenga sobre la persona ofendida. 5) Valiéndose de menores de edad. 6) Valiéndose de su alto grado de conocimiento científico, profesional o tecnológico en la comisión de la conducta.

ámbito de la acción; para otros condiciona y abarca todo el sistema: tipicidad, justificación, individualidad de la pena y el propio derecho procesal penal. Otros lo vinculan a la antijuridicidad. Hay quienes piensan que solo abarca la realización del peligro en el resultado.

Nuestra pretensión se reduce a exponer algunos criterios de imputación objetiva relevantes en la aplicación práctica, así como un breve desarrollo de las corrientes más representativas de esta forma de pensamiento, con referencias críticas.

Se ha reprochado que la teoría de la imputación objetiva, no tiene un contenido preciso, pues bajo la rúbrica de la imputación objetiva, se engloban muy diferentes cuestiones dogmáticas, lo que quizás haya impedido el desarrollo claro y definitivo de la misma.

En fin, las ideas de la imputación objetiva no se ligan a una construcción sistemática, sino al desarrollo de distintas posiciones, por lo que trataremos de resumir las más representativas. Lo que nos parece sumamente difícil, es pretender encontrar un criterio único que aspire a resolver todos los problemas de tipicidad objetiva, y en todas sus manifestaciones típicas (dolosas y culposas, activas y omisivas).

Una vez afirmada la causalidad física, de acuerdo con la equivalencia de condiciones, la teoría de la imputación objetiva procura confirmar la causalidad jurídica, mediante una serie de criterios normativos descritos en la siguiente fórmula: **un resultado solo es objetivamente imputable, cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (o típicamente relevante) que se ha realizado en un resultado típico, que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida.**

Las teorías más representativas de la imputación objetiva (como criterios únicos que reemplazan a la causalidad), tienen lugar dentro del funcionalismo. Desde esta perspectiva, el presupuesto de legitimidad del poder punitivo deriva de su función preventiva.

Según una de estas teorías, denominada funcionalismo moderado o funcionalismo racional conforme a objetivos, cuyo máximo representante es Claus Roxin (escuela de Munich), la función del poder punitivo es la prevención de riesgos para los bienes jurídicos, y, por lo tanto, aspira a fundar la imputación objetiva en todas las formas típicas, en la producción o el aumento de esos riesgos y en la realización de estos en el resultado típico.

Otra teoría, denominada funcionalismo radical y desarrollada por Günther Jakobs (escuela de Bonn), afirma que la función del poder punitivo, es el reforzamiento del sistema, mediante la certeza en la interacción, conforme a roles, (aunque en su concepción, la idea de riesgo es central, como en todo el funcionalismo).

Desde el preventismo, estas dos corrientes del funcionalismo, procuran ensayar verdaderas teorías de la tipicidad objetiva, con un único fundamento imputativo, válido para todas las formas típicas.

Nos referiremos a estas teorías con más detalle, así como a la crítica que se les ha formulado. Pero antes, señalaremos los criterios de imputación desarrollados, con los que se pretende establecer un nexo objetivo entre acción y resultado. Cabe aclarar aquí que algunos autores consideran que en realidad el desarrollo de los criterios de imputación objetiva, lo que hace es definir una constelación de casos, ubicables dentro de supuestos que tradicionalmente fueron resueltos con la teoría de la equivalencia de las condiciones y sus correctivos. De esta forma, no se convierten en supuestos de validez general, sino que son aplicables únicamente para los incluidos en dicha constelación.

2.2.2.- Criterios tradicionales de imputación objetiva

Es claro que la verificación de un nexo causal entre acción y resultado, no resulta suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción. De esta manera, debe existir un proceso de selección y depuración de factores causales, jurídicamente relevantes, extraídos de la propia naturaleza del derecho penal que nos permita, en el plano objetivo, delimitar la parte de la causalidad que tiene relevancia jurídica.

Recordemos que por el principio de culpabilidad, solo aquellos resultados delictivos que al menos sean atribuibles a título de culpa, pueden ser considerados típicos y, en su caso, pueden dar lugar a la responsabilidad penal.

Tradicionalmente se han utilizado algunos criterios que nos permiten resolver los problemas que la causación del resultado puede plantear, en ciertos supuestos, aplicables, de manera prioritaria en delitos culposos, pues en esta área de manera más frecuente, se producen resultados, a veces completamente distintos y contrarios al pretendido por el causante.

- 1.- **La creación de un riesgo no permitido** es un criterio que nos permite resolver los casos, en donde no hay creación ni incremento del riesgo, porque el resultado se hubiera producido de igual forma, aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida, como por ejemplo el caso del automovilista que, conduciendo a una velocidad superior a la permitida, atropella al ciclista embriagado que también hubiera sido atropellado, aunque el conductor hubiera conducido a la velocidad permitida. La única forma de imputar el resultado en este caso, sería la demostración clara de que, con su acción indebida, el conductor del automotor aumentó las posibilidades normales de producir el resultado.
- 2.- **La realización de ese peligro o riesgo no aceptado en un resultado**, permite excluir la imputación de resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos. Por ejemplo, quien dispara contra otro, crea un riesgo no permitido de producción de muerte. Pero si la víctima muere en un accidente de la ambulancia que la llevaba al hospital, la persona que le disparó no responderá por el resultado muerte, porque este no ha sido consecuencia del riesgo creado con el disparo.

3.- **La producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida**, nos permite solucionar casos en donde, aunque el autor ha creado o incrementado el riesgo que produce un resultado lesivo, este no se le imputa, porque no se produjo dentro del ámbito de protección de la norma. Un ejemplo podría ser el caso de quien deja una pistola al alcance de una persona depresiva, y se suicida con ella.

2.2.3.- La teoría del riesgo de Claus Roxin

En el marco del funcionalismo, esta es la primera de las teorías de la imputación objetiva. Para Roxin, la imputación al tipo objetivo solo es un problema de la parte general del derecho penal, cuando este último requiere un resultado en el mundo exterior, separado de la acción del autor, es decir, cuando conforme a las reglas generales, se debe decidir si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al imputado (en los delitos de mera actividad, la imputación se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo en la parte especial del código).

Por lo anterior, la imputación objetiva sería, de antemano, imposible en los delitos comisivos, si el autor no ha causado el resultado (v. gr. si no se puede demostrar que un medicamento causó un daño a los pacientes que lo usaron, no se puede aceptar que el fabricante haya lesionado a estas personas).

De esta forma, la teoría del nexo causal se constituye en el fundamento de toda imputación al tipo objetivo. No obstante, por sí misma es insuficiente para establecerla. La imputación objetiva tendría, entonces, el cometido de indicar las circunstancias que hacen de una causación de un resultado, una acción típica.

Las reglas que regulan la imputación al tipo objetivo, son básicamente dos:

a) **Un resultado causado por el agente, solo se puede imputar al tipo objetivo, si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto.** Cuando falta la creación de un peligro prohibido, la acción y su resultado son impunes. Pero también resultaría impune el resultado, cuando este no es realización del riesgo prohibido. Por ejemplo, un sujeto, con ánimo homicida, dispara contra su víctima y le causa una herida leve. Luego esta es trasladada al hospital y muere a consecuencia de un incendio que ahí se desata. Ciertamente el disparo que recibió la víctima, causó un peligro no permitido, pero en el incendio del hospital (causa real de su muerte), no se concretó el peligro que fue parte de la lesión leve producida por ese disparo. En este caso, el autor del disparo solo responderá por la tentativa de homicidio.

b) Esta regla parece insuficiente para limitar la imputación objetiva, lo que llevó a Roxin a crear un correctivo, según al cual, no habría imputación, cuando **el alcance del tipo penal no abarca la evitación de los riesgos creados por el autor y sus repercusiones.**

Se incluyen aquí los casos de incitación o de cooperación a una mera autopuesta en peligro que los tipos no tienden a evitar. Por ejemplo, un sujeto (A) convence a otro (B) para que intente escalar una elevada montaña, por un camino sumamente peligroso. B acepta subir y de acuerdo con lo previsto por A, durante el ascenso, B sufre un accidente mortal. Desde el punto de vista estrictamente de causalidad, A no solamente causó la muerte de B, sino que también facilitó la concreción de un peligro desaprobado, originado por él mismo. No obstante, A no cometió un delito de homicidio, porque si de conformidad con el Código Penal alemán, no es punible la instigación al suicidio, tampoco podría serlo la simple instigación a arriesgar la propia vida (su conducta –a pesar de ser malintencionada– sería atípica, porque se encuentra fuera del alcance y fin de protección del tipo penal).

De estas reglas básicas, el autor extrae las reglas generales que se deben considerar para excluir la imputación objetiva. De esta manera, si la imputación objetiva supone la creación de un riesgo prohibido, este faltará cuando el autor produce un resultado lesivo, modificando un curso causal para disminuir el peligro existente para la víctima, colocándola en una mejor situación.

En los casos de riesgos permitidos, **se excluye la imputación, aunque el autor haya creado o elevado el riesgo.**

Otra regla importante señala que **no basta con la creación de un riesgo prohibido, cuando el resultado no es realización del mismo.**

Como correctivo del esquema anterior, propone limitar la imputación, cuando **los resultados no estén cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado limitativa del riesgo permitido**, o sea, cuando el resultado se hubiera evitado, si otro que realiza la misma actividad, hubiera observado el cuidado debido. Pasamos a examinar estos puntos con más detalle a continuación.

2.2.3.1.- Creación y realización del riesgo

2.2.3.1.1.- Creación de un riesgo no permitido. Roxin excluye la imputación en los siguientes grupos de casos:

a) *Disminución de riesgos.* Es absurdo prohibir conductas que mejoren la situación o el estado del bien jurídico protegido. Por tanto, faltan la creación de riesgo y la posibilidad de imputación, cuando el sujeto modifica un desarrollo causal, de manera que disminuye un peligro ya existente para la víctima, y mejora la situación del objeto de la acción (v. gr. el médico que amputa un miembro u órgano para salvar la vida del paciente; el sujeto que logra desviar el golpe mortal que un agresor lanzó contra su víctima, y así impacta en el hombro y no en la cabeza). En estos casos, se causaron resultados concretos (amputación y golpe lesivo en hombro), pero se descarta la imputación delictiva, pues las normas penales no prohíben acciones que reduzcan el riesgo de lesiones a bienes jurídicamente tutelados.

Ahora bien, para excluir la tipicidad, no basta el hecho cuantitativo de reducir el peligro para el bien jurídico, sino que además: 1) Debe tratarse de un mismo bien jurídico, cuya titularidad pertenezca a un solo sujeto. De lo contrario se trataría de una causa de justificación (v. gr. quien daña los bienes de otro para evitarle la muerte). 2) Debe existir una misma relación de riesgo, pudiéndose afirmar la imputación cuando el sujeto, en vez de disminuir el peligro, lo sustituye por otro, cuya realización en definitiva es menos dañosa para la víctima que el peligro inicial (v. gr. el bombero que para salvar la vida de alguien atrapado en un incendio, lo lanza por la ventana del edificio y le causa lesiones).

Para Roxin en este caso, el sujeto sí realiza acciones típicas de un delito, pero puede estar justificado por consentimiento o estado de necesidad). 3) Que el sujeto no esté obligado a reducir integralmente el peligro (v. gr. el cirujano que, si bien le salva la vida al paciente, le ocasiona la innecesaria pérdida de un miembro por mala praxis, a pesar de que tenía la posibilidad de dejar íntegra la salud de este).

b) *Se excluye la imputación si falta la creación de peligro.* El derecho penal no sanciona conductas que generan mínimos riesgos, socialmente adecuados, aun cuando, de manera excepcional puedan dar lugar a accidentes.

Se consideran varios grupos de casos: 1) Todas aquellas conductas que, valoradas en el momento de su realización –no cuando el resultado se ha producido— no representaban ningún peligro relevante para el bien jurídico (v. gr. Un sujeto (A) le aconseja a otro (B) que frecuente un parque nacional, con la esperanza de que un animal salvaje lo ataque. Si, excepcionalmente, ese ataque se produce y B muere, no se puede imputar ese resultado al sujeto A, porque valorada su conducta, al momento de dar el consejo, él no había creado o incrementado, de un modo jurídicamente relevante, un peligro para B. Sería distinto si A aconseja a B dar un paseo, a sabiendas de que en el camino hay un asesino que efectivamente mata a B. Para juzgar si un aumento de riesgo es relevante, puede acudirse a los parámetros de la teoría de la causalidad adecuada). 2) Las conductas que, si bien pueden significar un peligro relevante para el bien jurídico, son consideradas socialmente adecuadas, por cuanto forman parte del acontecer diario y no media una prohibición legal expresa (v. gr. el cantinero que vende bebidas alcohólicas al sujeto que, posteriormente, como consecuencia de su embriaguez, atropella a un peatón causándole la muerte. Este hecho no es atribuible al cantinero como homicidio culposo, porque el riesgo creado por él –vender licor– es socialmente adecuado, a pesar de que ha contribuido causalmente al resultado, e incluso este le resultaba previsible). 3) Conductas que no incrementan en forma medible, un peligro ya existente (v. gr. un sujeto vierte un vaso de agua en una represa saturada, y esta se desborda por rompimiento del dique. Si bien desde la perspectiva estrictamente causal, la inundación podría serle atribuida, desde el punto de vista penal, no le puede ser imputada, porque los peligros que quiere evitar la norma, no se ven incrementados por la cantidad tan ínfima de agua).

c) *Creación de peligro y cursos causales hipotético.* Roxin se cuestiona hasta qué punto hay que tomar en consideración los cursos causales hipotéticos en el juicio sobre la

creación o aumento de riesgo. Considera que para la causalidad en los delitos comisivos, los cursos causales hipotéticos por regla general son irrelevantes, pero existe unanimidad en el más importante: ¿Tiene valor la afirmación de que, en caso de que alguien no haya ocasionado el resultado, este de todas maneras se habría producido por acción de otra cadena causal? (v. gr. el soldado que, ilegalmente, fusila prisioneros de guerra y que, en su defensa, afirma que si él no lo hubiera hecho, igualmente otro compañero los habría fusilado, o bien el sujeto que hurta un bien ajeno, no puede apelar que otro la hubiera sustraído, por lo que el dueño en cualquier caso la habría perdido).

Para Roxin, en estos casos la imputación no puede ser excluida, solo porque el autor sustituto estaba listo para reemplazar al autor en ausencia de este (principio de asunción). El ordenamiento jurídico no puede revocar sus prohibiciones, solo porque en vez de un sujeto decidido a ejecutar el delito, otros estuvieran dispuestos a cometer la misma agresión. Lo único que debe tenerse en cuenta en estos casos, es que el resultado es la realización del peligro creado exclusivamente por ese autor.

Lo anterior también es válido en el caso de que el autor sustituto hubiera actuado jurídicamente (v. gr. comete daños quien mata dolosamente a una vaca ajena, aun cuando ese animal tuviera que ser sacrificado por autoridades sanitarias, así como comete homicidio quien, durante una ejecución, empuja al verdugo y hala la palanca que acciona la silla eléctrica, pues por ley solo el verdugo podría llevar a cabo dicha acción típica, y la prohibición permanece incólume para los demás ciudadanos). Estas reglas tienen validez, tanto para delitos dolosos como culposos.

d) *La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido.* Aun cuando se haya creado un riesgo jurídicamente relevante, se excluye la imputación si se trata de un riesgo permitido, por encontrarse dentro de los límites del ordenamiento jurídico. Roxin define el riesgo permitido como una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante; pero que de modo general (independientemente del caso concreto), está permitida, por lo que a diferencia de las causas de justificación, excluye la tipicidad (v. gr. todas las formas de transporte público, el funcionamiento de plantas industriales peligrosas, ciertos tipos de deportes arriesgados, intervenciones médicas curativas dentro de la *lex artis* etc.).

De esta forma, si un sujeto atropella a otro, a pesar de haber observado todas las reglas de cuidado que le impone la conducción, el hecho de que causalmente ocasionara un resultado dañoso, no le sería penalmente imputable, pues su conducta estaba dentro de un margen de riesgo permitido.

Precisamente para delimitar el riesgo permitido, un punto de apoyo sustancial es el establecimiento de reglas de cuidado, como las que existen en la normativa de tránsito, la normativa para el funcionamiento de instalaciones técnicas, para la práctica de deportes, etc. Estas normas de precauciones de seguridad, prueban la existencia de un riesgo jurídicamente relevante.

También es atípica la provocación de cursos causales en el marco del riesgo permitido (v. gr. no es penado inducir a otro a dedicarse a deportes peligrosos, por más malintencionado que sea). Uno de los principios relativos al ejercicio de un riesgo permitido, es el **principio de confianza**, de especial utilidad en materia de tránsito y cooperación con división de trabajo (v. gr. equipo de médicos y enfermeras que participan en cirugías), según el cual, quien se comporta debidamente en la circulación, puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario (v. gr. quien se aproxima a una intersección con prioridad de paso, no debe reducir la velocidad, ya que puede confiar en que otros conductores respetarán sus señales de alto).

2.2.3.1.2.- Realización del riesgo no permitido. No hay realización de riesgos en las siguientes situaciones:

a) *Exclusión de la acción si falta la realización del riesgo.* La imputación presupone que el riesgo desaprobado se haga realidad en el resultado. Se excluye la imputación, cuando el autor ha creado un peligro contra un bien jurídico, pero el resultado no puede considerarse la realización de ese peligro, sino que ocurre como consecuencia de una cadena imprevisible de eventos causales, (v. gr. cuando la víctima muere, no por el disparo de su agresor, sino porque la ambulancia que lo llevaba al hospital, se estrella).

Según Roxin, en este caso no se podría afirmar que el disparo a la víctima aumentó el peligro de muerte en un accidente automovilístico, por lo que no se puede imputar dicha muerte, sino solo su tentativa). Por el contrario, en las desviaciones de causalidad insignificantes, el resultado se imputa penalmente, cuando la acción tentada eleva, en forma jurídicamente relevante, el peligro posterior del desarrollo causal, de manera que el resultado sea, de todas maneras, la realización de ese peligro creado (v. gr. cuando alguien que no sabe nadar, es lanzado a un río desde un puente para que se ahogue; pero muere a consecuencia de un golpe con una piedra, mismo resultado que se procuraba con la acción tentada. O bien cuando un sujeto, con intención homicida, intenta matar a su víctima con un hacha, pero esta no muere por los golpes de hacha, sino por la infección de las heridas que le ocasionó su agresor; o bien, estando inconsciente, el herido sufre un vómito y se ahoga con este).

Para Roxin, en estos casos, las causas de muerte formaban parte de peligro creado, por lo que los resultados no son casuales, y pese a una leve desviación causal, son imputables a sus autores). Para determinarse si se ha realizado un peligro creado por el autor, deben efectuarse investigaciones sutiles.

b) *Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido.* En los casos de riesgo permitido, el resultado se imputa cuando la acción sobrepasa la frontera de la permisión, de manera que se crea un peligro no aprobado. Sin embargo, no basta la simple transgresión, sino que además es necesario que el resultado lesivo, haya sido realizado precisamente por el riesgo no permitido creado por el autor; es decir, que efectivamente

haya influido en la forma concreta del resultado (v. gr. un fabricante de pinceles les entrega a sus empleados, cabellos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Varios trabajadores se contagian con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior determina que el desinfectante prescrito, habría sido ineficaz contra ese bacilo no conocido hasta ese momento en Europa.

Para Roxin, el fabricante creó un gran peligro, pero el resultado no fue la realización de ese peligro, pues no se le podría castigar por la infracción a un deber cuyo cumplimiento, en todo caso, habría sido inútil, pues aunque hipotéticamente hubiera usado el desinfectante, el resultado sería el mismo). En otros supuestos, la infracción al deber que rebasa el riesgo permitido, ciertamente es causal para el resultado, pero el riesgo de producción de resultado no se ha aumentado por la superación o el exceso (v. gr. un conductor rebasa imprudentemente el límite de velocidad; pero poco después vuelve a observar la velocidad prescrita. Entonces, atropella a un niño que había salido repentinamente detrás de un automóvil, pero el accidente era objetivamente inevitable para el conductor).

En este caso, si bien el conductor, de haber observado la velocidad adecuada durante todo su trayecto, no hubiera estado en el lugar y la hora que el niño salió a la calle, la muerte de este no es la realización del riesgo que anteriormente había creado –aumento de velocidad– pues con ello no aumentó el riesgo de que produjera el resultado en una conducción nuevamente reglamentaria. Igual ocurre en el caso del conductor que se salta una luz roja y atropella a un peatón que se le atraviesa, no al momento de infringir la norma de tránsito, sino varias cuadras más adelante.

También se descarta en casos en que la trasgresión del riesgo permitido, si bien no es completamente irrelevante para el resultado, el desarrollo del suceso es tan atípico, que no puede considerarse ese resultado como la realización del peligro creado (v. gr. el caso de personas que, al ser rebasadas imprudentemente por otro conductor, o que son colisionadas levemente, a raíz del susto sufren un ataque cardíaco y mueren).

De acuerdo con Roxin, el peligro de que alguien sufra un infarto por un susto, se incrementa en todo caso, pero no de manera considerable, en una forma incorrecta de conducir, pero dicho incremento es demasiado escaso como para que el resultado aparezca imputable).

c) Exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado. Las normas de cuidado se han instituido para que el ciudadano se mantenga dentro de los límites del peligro socialmente tolerado. No tratan de evitar cualquier clase de resultados, sino evitar resultados concretos (v. gr. la limitación de velocidad en zonas aledañas a las escuelas o colegios, apuntan a proteger menores de edad que asisten a dichos centros de enseñanza, no a toda clase de peatones que transiten por ahí).

Por ejemplo, dos ciclistas marchan uno tras otro sin alumbrado en sus bicicletas. El ciclista que va adelante, por la falta de iluminación, choca contra otro que venía de frente. El

accidente se habría evitado solo con que el ciclista de atrás, hubiera conducido su vehículo con iluminación.

Para Roxin, la conducción prohibida del segundo ciclista, sin alumbrado, aumentó considerablemente el riesgo de que el primer ciclista causara un accidente; pero aun así no le es imputable el accidente, pues el fin del precepto legal que ordena dicha iluminación, consiste en evitar accidentes que procedan de la propia bicicleta, pero no en que se iluminen otras bicicletas, para evitar que estas choquen con terceros. Aunque una conducta no cuidadosa tenga repercusiones causales, y estas a su vez han aumentado el riesgo, o si el aumento alcanza una medida relevante, la imputación se excluye si la evitación de tales consecuencias no es el fin de protección de la norma. De esta forma, el fin de la protección de la norma (la cual delimita el peligro tolerado, como lo hacen, por ejemplo, las normas de tránsito) debe diferenciarse del fin de protección del tipo penal.

d) *Conducta alternativa conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo.* Doctrinalmente, se ha discutido si se debía imputar un resultado, cuando mediante una conducta alternativa conforme a derecho, el mismo no hubiera sido evitado con seguridad, sino solo probablemente. Se trata de casos en que el autor ha sobrepasado el riesgo permitido. Sin embargo, se demuestra que, aunque hubiera observado el cuidado exigido, el resultado con gran probabilidad, también se hubiera producido.

Por ejemplo, un conductor de un camión quiere sobrepasar a un ciclista, pero no se mantiene dentro de la distancia lateral permitida. Durante el adelantamiento, el ciclista, que se encuentra borracho, cae bajo las llantas del camión, a causa de una maniobra súbita a su izquierda, producto de una acción instintiva.

Se comprobó que el resultado *probablemente* se habría producido, aun cuando el conductor hubiera mantenido la distancia lateral exigida. Por esta razón, la jurisprudencia alemana absolvió al conductor del camión por la muerte del ciclista.

Roxin, por el contrario, considera que el resultado sí era imputable, porque la conducción correcta habría salvado la vida del ciclista, si bien no con seguridad, sí con probabilidad. Por tanto, el conductor, al no guardar la distancia, incrementó de un modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal. Para esta autor, no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida, ni averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el riesgo permitido, y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido, y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza, si se produce el resultado. (Teoría del incremento del riesgo de Roxin).

El legislador tiene que insistir en el cumplimiento de la norma de cuidado, precisamente donde su observancia aumenta claramente la posibilidad de salvaguarda del bien jurídico, aunque no lo garantice con absoluta seguridad (v. gr. en una operación riesgosa, pero

médicamente indicada, el cirujano que provoca la muerte por burdos errores técnicos, no podría pretender la impunidad alegando que, aunque se hubiera llevado a cabo una operación, observando la *lex artis*, tampoco se podría excluir un desenlace mortal).

La cuestión de si concurre en un caso el incremento del riesgo, debe juzgarse, como también en general la realización del peligro, *ex post*. Debe señalarse que la teoría de incremento de riesgo de Roxin, no es unánimemente aceptada en Alemania por la doctrina y la jurisprudencia, y en Costa Rica ha sido rechazada por la Sala Tercera, como se verá más adelante.

2.2.3.2.- El fin de protección del tipo penal. Aun cuando el autor haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, o bien exceda los límites del permitido, el resultado no le es imputable, si las acciones que realizó quedan fuera del alcance de la prohibición contenida en la norma penal. Roxin plantea las siguientes hipótesis.

2.2.3.2.1.- La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa. No se imputa la participación del sujeto que induce a otro a realizar o participar en acciones que exceden la medida normal de peligrosidad, a raíz de lo cual se produce un resultado dañoso para este último, si el propio actuante, lo mismo que quien presta la colaboración, hacen caso omiso del riesgo en la misma medida. Un caso paradigmático en Alemania, fue el de un sujeto (A) que le proporcionó a otro (B), heroína para su propio consumo, sabiendo ambos de la peligrosidad de dicha droga; B se inyecta y muere de una sobredosis.

Para Roxin, si bien es cierto que A creó un peligro no tolerado socialmente, el resultado no le es imputable, puesto que dicho peligro fue conscientemente enfrentado por decisión propia de B, quien hizo caso omiso del mismo.

Para comprender esta posición de Roxin, debe tenerse presente que, en el derecho alemán, la participación en el suicidio es, en principio, impune, es decir, en una acción de matarse dolosamente, o también en una acción de autolesión impune, tampoco puede ser punible la cooperación dolosa (en Costa Rica, solo podría afirmarse con respecto a las autolesiones). Si se puede provocar impunemente “lo más” (autolesión), con mayor razón puede provocarse impunemente “lo menos” (la autopuesta en peligro). El fin de protección de la prohibición del homicidio, no cubre este tipo de casos.

Para que la actuación a propio riesgo de la víctima excluya la imputación del tercero, deben cumplirse los siguientes presupuestos: a) La víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa. b) La víctima debe ser un sujeto autoresponsable, con capacidad para comprender y calcular el riesgo. c) El peligro debe ser conocido o cognoscible para la víctima, en la misma medida del cooperador (si este último oculta la magnitud del peligro, sí es imputable). d) El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico; es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro.

2.2.3.2.2.- Puesta en peligro de un tercero aceptado por este. Se trata de circunstancias en donde alguien no se arriesga por sí mismo, sino que se hace o se deja poner en peligro por otra persona, teniendo consciencia del riesgo existente (v. gr. mantener relaciones sexuales con una persona portadora de SIDA. La transmisión del virus no podría ser sancionada si ambas partes conocían el peligro y se responsabilizan conjuntamente de su acción. Otro ejemplo sería el del turista que le pide a un barquero que le lleve a pasear por un río; pero el barquero lo desaconseja, aludiendo los peligros de ese río. El cliente insiste en su deseo; el barco se vuelca y el turista se ahoga. O el caso del pasajero que conscientemente acepta subirse a un vehículo conducido por una persona en estado de ebriedad).

Para Roxin, la puesta en peligro de un tercero aceptada por este, no es totalmente equiparable con la autopuesta en peligro, puesto que aquel que se deja poner en peligro está más expuesto a lo que suceda que quien se pone a sí mismo en peligro, y puede intentar dominar este último con sus propias fuerzas. No obstante, se pueden equiparar en dos presupuestos: a) El daño debe ser la consecuencia del riesgo corrido, y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro, debe tener la misma responsabilidad por la actuación común, que quien le pone en peligro. b) El sujeto que acepta que lo pongan en riesgo, debe ser consciente de la existencia y magnitud de este, en la misma medida que quien lo pone en riesgo.

2.2.3.2.3.- El traslado del riesgo a un ámbito de prohibición ajeno. Una persona crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción de un resultado. No obstante, cuando ese riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que originalmente creó el peligro, se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno.

En Alemania se presenta este caso: un sujeto conduce un camión que, en la parte posterior, no tiene luces. Es detenido por una patrulla que lo multa, mientras que uno de los oficiales coloca una linterna roja en la calzada para dar seguridad a otros vehículos que circulan por ese sector. La policía le indica al chofer que se dirija a la estación de servicio más cercana, al tiempo que lo quiere seguir para asegurar la parte posterior no alumbrada. Sin embargo, antes de la partida, uno de los oficiales retira la lámpara roja del piso y eso provoca que otro camión choque por detrás contra el que no tiene luces.

Se considera que si bien es cierto que el primer camión generó un riesgo, por la falta de luces traseras, el accidente no le es imputable a su chofer, pues en el momento en que dicho riesgo se realizó (al chocarle por detrás otro camión), este no era administrado por el chofer del primer camión, sino por la policía, quien pudo haber evitado la producción del resultado.

Señala Roxin que la razón de la exclusión de imputación en estos casos, estriba en que determinados profesionales, dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse.

Ahora bien, este autor se pregunta si debería castigarse por homicidio culposo, al sujeto que provoca imprudentemente un incendio en su casa, por la muerte del bombero que trató de apagarlo, o a la guía de una excursión que no vigiló a un niño que se bañaba en un río, por la muerte del socorrista que se ahogó tratando de salvarlo.

Por lo anterior, Roxin propone las siguientes consideraciones: a) Las acciones de salvamento que se mantienen dentro del marco requerido por el deber, apenas se pueden delimitar de las osadías voluntarias y por encima de la obligación, cuyas consecuencias, desde el punto de vista de la autopuesta en peligro, no se pueden imputar al primer causante. b) Los riesgos profesionales son voluntarios en un sentido solo un poco ampliado, puesto que al escoger la profesión, son asumidos voluntariamente, e incluso, en ocasiones se reconoce salarialmente ese riesgo. c) Por razones político-criminales, pues es posible que una persona que accidentalmente incendió su casa, no llame a los bomberos, y si muere alguno de estos, dicho resultado le sería penalmente imputable. Y si un excursionista se queda atrapado en una montaña, sabe que si envía una patrulla de rescate, debe responder penalmente si algún socorrista resulta lesionado, y probablemente va a tratar de salvarse solo, por lo que el ordenamiento jurídico no debe promover estas situaciones.

2.2.3.2.4.- Daños causados por un shock. Son los perjuicios o menoscabos físicos que un tercero padece, cuando tiene noticia de la muerte o lesión de una persona cercana a sus sentimientos, (v. gr. una madre muere de un infarto al enterarse de que su hijo fue herido durante un asalto a mano armada. Dicha muerte al autor del robo no le es imputable.

2.2.3.2.5.- Daños posteriores sobrevivientes. En esta situación, se produce en la misma persona un segundo daño posterior, ocasionado por un primer accidente (v. gr. dos vehículos colisionan y uno de los conductores sufre lesiones y debe amputársele una pierna. Años más tarde, esa persona al andar en sus muletas, se cae y sufre un golpe mortal. Al causante del accidente original, no le es imputable esa muerte, puesto que no está dentro del fin de protección de la norma, evitar daños posteriores que surjan después del restablecimiento, como consecuencia de la reducción de fuerzas que genera normalmente un accidente).

Es posible observar, en el planteamiento de esta teoría, que no existe una explicación estricta del concepto de riesgo, y en general, tampoco existe en todo el planteamiento de las teorías de la imputación objetiva. Se tratan como equivalentes riesgo y peligro, y siempre son concebidos ex ante, con lo cual siempre remiten al futuro.

Roxin propuso una serie de criterios normativos, cuyo denominador común, como podemos ver, están en el "*principio del riesgo*", según el cual, partiendo del resultado, el tema está en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica a un bien jurídico, en relación con dicho resultado.

2.2.4.- La teoría de los roles de Günther Jakobs

La obra de este autor presenta una crítica a las concepciones naturalistas del derecho penal, las cuales construyeron la teoría del tipo sobre la base de la causalidad, la lesión y puesta en peligro de los bienes jurídicos, la cognoscibilidad y evitabilidad del daño. Considera que los conceptos básicos del derecho penal, no pueden ser extraídos de la ontología ni de las categorías provenientes de las ciencias naturales. El sistema de la imputación debe elaborarse de acuerdo con la forma en que está organizada la sociedad, y con base en los fines y funciones que cumple el derecho en una comunidad organizada. De esta manera, las estructuras de la responsabilidad penal, varían según los modelos sociales que se van configurando a lo largo de la historia.

En su planteamiento, la sociedad no puede ser entendida como un sistema que tiende básicamente a la protección de bienes jurídicos, porque la realidad demuestra que estos están expuestos continuamente al peligro, por lo que su estructura más bien apunta a facilitar la interacción; es decir, el intercambio de bienes y servicios. La complejidad de los grupos se reduce mediante la creación de roles, por ejemplo que a cada persona se le señala un estatus en la vida de relación que le genera un conjunto de obligaciones y deberes. De esta forma, el hombre no es considerado individualmente, sino como portador de un rol. Según este rol, se establecen pautas de comportamiento para la administración de los riesgos, y si el ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defrauda las expectativas sociales, aunque lesione o ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados.

En otras palabras, si las personas entran en contacto, como miembros de una sociedad, esto sucede en roles más o menos perfilados. Estos roles son un haz de expectativas recíprocas y de correspondientes posibilidades de reacción. Así, en los delitos omisivos se denomina al portador del rol “*garante*”, y solo responde penalmente en el marco de su “*posición de garante*”, si bien en este marco siempre se produce su responsabilidad. Así, la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a las personas, pero al garante le atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía.

Para Jakobs, esta regla vale tanto para los delitos de acción como para los de omisión, pues si se parte de que el delito es la defraudación de las expectativas que genera un estatus social (rol), normativamente no existe diferencia entre acción y omisión. Esta posición se denomina *fundamentación monista de la imputación*, porque en el plano del tipo objetivo, no existe ninguna diferencia entre acción y omisión, ni entre delito doloso y culposo, pues para Jakobs la tipicidad se fundamenta en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y en la realización de ese riesgo. La diferencia estriba según se trate de la competencia en virtud de organización o competencia en virtud de institución.

De acuerdo con este autor, hay dos grupos en donde se pueden clasificar los roles que deben ser cumplidos dentro de la sociedad. El primer grupo trata acerca de las personas que modifican el mundo y lo configuran, y es lo que hacen todas las personas que hacen

uso de su libertad. En la medida en que la configuración del mundo debe seguir siendo determinada, o debe ser determinable para los demás, los que lo configuran deben tener cuidado de no introducir riesgos insoportables para los otros (rol del ciudadano que puede exigir no ser dañado por los demás, pero que recíprocamente no puede dañar a otros). En el delito omisivo corresponden a este rol, las posiciones de garante derivadas del dominio sobre las cosas, del emprendimiento de actividades peligrosas y de la asunción (o el “contrato”), y es indiferente si el daño tiene que ser evitado a través de medidas de salvamento o aseguramiento, (v. gr. así como un conductor es garante de desviar activamente su automóvil de un peatón que se cruza en ese momento en la calle, también es garante, cuando no existe peligro de colisión, de no dirigirse activamente contra ningún peatón).

La expectativa de no dañar a otros, significa que las personas llevarán a cabo sus actividades o empresas de un modo correcto (v. gr. conduzca responsablemente; construya casas siguiendo criterios adecuados de seguridad, etc.), lo que Jakobs denomina “*rol de garante dentro de una organización, o bien rol general de organizador cuidadoso*”. Si se atiene a ese marco de actuación, su conducta no defraudará la expectativa, es decir, no constituirá delito, aun cuando acarree consecuencias negativas (v. gr. un conductor diligente atropella a un peatón que se le atraviesa, debido al estado de embriaguez de este último).

Conducir un vehículo es arriesgado, pero se encuentra dentro del riesgo permitido. Igualmente riesgoso es construir casas, explotar servicios de transporte público o comercial, desarrollar actividades industriales, etc. No obstante, por los beneficios que estas actividades reportan para la sociedad, son históricamente aceptadas por esta.

El segundo grupo se trata de roles especiales que obligan a su respectivo titular a configurar el mundo en común con el sujeto favorecido y, por tanto, a hacer llegar a un ámbito de organización ajeno, determinadas prestaciones, siempre que sean necesarias y con independencia de dónde resida la causa de su necesidad. En este grupo se trata de las *instituciones sociales imprescindibles* que obligan a la solidaridad (v. gr. relación de padres a hijos, del matrimonio, de las prestaciones estatales elementales, en particular la garantía de seguridad interior y exterior, así como los principios fundamentales del estado de derecho en sentido material y formal). Aquí se habla de “*rol de garante dentro de una institución*”.

Según Jakobs, un suceso se explica mediante la imputación objetiva, cuando el riesgo del que debe responder es quien interviene, y se define como condición decisiva, considerando no decisivas las restantes condiciones que se estiman como **socialmente adecuadas**. La imputación tiene entonces como destinatario a la persona (rol), a quien el suceso pertenece, dado que se le imputan desviaciones, como portador de un rol, definiendo como rol, a un sistema de posiciones precisadas normativamente.

Para este autor, los criterios de imputación objetiva tienen dos raíces: a) Por una parte, es finalidad propia del derecho penal, garantizar la seguridad de expectativas, conforme a roles, por lo que no puede imputarse el comportamiento socialmente adecuado, a pesar

de producir daños. b) Los criterios de imputación objetiva, sirven a la forma de regulación predominante en el derecho penal, que son los delitos de resultado.

La causalidad es solo el mínimo de la imputación objetiva del resultado, y debe ser completada con la relevancia jurídica de la relación causal entre acción y resultado. Las instituciones dogmáticas con las que este autor regula esta relevancia son a) El riesgo permitido. b) El principio de confianza. c) La prohibición de regreso. d) Las autopuestas en peligro.

El riesgo permitido está emparentado con la ponderación de intereses en el estado de necesidad, pues solo puede ser aceptado cuando sean evaluables la magnitud del riesgo, como también la utilidad y el perjuicio, en una relación de costo y beneficio, aunque admite la existencia de riesgos permitidos por legitimación histórica.

El principio de confianza se basa en que a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar en su comportamiento correcto.

Afirma Jakobs que se activa la prohibición de regreso (no puede haber imputación), por ejemplo cuando un deudor le paga a su acreedor, sabiendo que con ese dinero comprará un arma para matar a una persona, porque el deudor no se halla en posición de garante, respecto de la vida de esa persona. También excluye la imputación, aun por culpa, aunque el curso causal sea previsible.

Asimismo rechaza este autor la teoría de Roxin de excluir la imputación en los supuestos de conductas alternativas, conforme a derecho o de cursos causales hipotéticos, ya que en esos casos, aunque el resultado no sea la realización del riesgo creado, se explica con motivo de ese aumento del riesgo. Su tesis expresa que la violación de deberes inútiles, es relevante, como forma de preservar la protección normativa del bien, afirmando incluso que esa inutilidad, no tiene relevancia para la determinación de la pena.

Jakobs fija las reglas de la imputación objetiva conforme a cuatro instituciones dogmáticas: riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima, pero en todas ellas, aparece la referencia común a los roles. El riesgo introducido es valorado antes, como riesgo que aclara el resultado, y llega en consecuencia a sostener que la relación de imputación, está referida solo a la acción:

2.2.4.1.- El riesgo permitido. La conducta tiene que entrañar un riesgo no permitido, o siguiendo la terminología usual, una infracción al deber de cuidado. La principal fuente para establecer la permisión de un riesgo es la configuración social. Las estructuras sociales de cada momento histórico determinado, son las que establecen cuáles peligros son aceptados por la comunidad organizada (v. gr. la actual explotación comercial de ciertas máquinas, hace cien años se hubiera considerado intolerablemente peligrosa).

Los límites de lo que está dentro del riesgo permitido, se puede tratar en parte con exactitud. Si la ley prohíbe una conducta, esta deja de ser socialmente adecuada, por lo que tal comportamiento entraña, en condiciones normales, un riesgo no permitido. Por ejemplo, en la normativa de tráfico viario, se prohíbe conducir en estado de ebriedad o realizan ciertos tipos de adelantamiento, precisamente porque incrementan el riesgo de accidentes.

Además de los reglamentos de tránsito, existen diversos ámbitos vitales donde se han señalado expresamente prohibiciones de conductas que ponen en peligro abstracto bienes jurídicos (v. gr. regulación de centrales de electricidad, de la minería, caza o pesca, etc.), cuyo quebranto, en la medida que no se presenten circunstancias excepcionales, crean riesgos jurídicamente desaprobados. Junto a tales determinaciones legales, entran en juego reglas técnicas reconocidas a ciertos sectores profesionales (v. gr. la *lex artis* de los médicos) y demás normas técnicas que también constituyen parámetros para determinar cuándo una conducta contraviene o excede el riesgo permitido.

Dado que la doctrina se ha cuestionado, si en la formulación del juicio de peligro, deben ser considerados los conocimientos especiales que disponga el autor, Jakobs, partiendo de su teoría de los roles, considera lo siguiente: a) A un rol general tan solo corresponden conocimientos generales, no especiales. b) Sin embargo, si el autor introduce por su cuenta un conocimiento especial, este queda incorporado en su rol. c) En algunos roles que se basan en la organización, el titular del rol no se presenta como un sujeto cualquiera, sino que tiene que hacer todo lo que sea necesario, ya que introduce un riesgo especial. d) Los deberes institucionales quedan intactos (Por consiguiente, la cuestión de hasta qué punto los padres, por ejemplo, deben hacer entrar en juego sus conocimientos especiales para la protección de sus hijos, se debe decidir atendiendo a la concepción que la sociedad tenga de esta institución en ese momento).

2.2.4.2.- La prohibición de regreso. Otra problemática se plantea, cuando varias personas desarrollan un riesgo en común, la cual se divide en dos cuestiones parciales: a) Cuando alguien que crea una determinada situación es garante de que otro no la continúe hasta producir una consecuencia delictiva. b) Cuando a alguien que es garante del desarrollo posterior, le está permitido confiar en que el sujeto que actúe después se comportará correctamente.

En criterio de Jakobs, cuando varias personas emprenden algo en común, esta comunidad no es ilimitada. Así por ejemplo, la comunidad entre acreedor y deudor se limita a la transferencia del dinero. Al deudor le importa en general poco, lo que el acreedor se proponga hacer con este, como lo que debe interesarle al acreedor sobre la forma en que el deudor obtuvo del dinero para pagarle. De esta manera, si el acreedor usa ese dinero para cometer un delito (v. gr. un cohecho, comprar un arma para cometer un homicidio, etc.), esto no es imputable al deudor, aun cuando este último tenga conocimiento de para qué iba a ser utilizado ese dinero, pues tal conocimiento no corresponde a su rol de deudor. Jakobs considera que a nadie que se encuentre inserto en una comunidad así de

restringida, se le tiene que reprochar cómo continúa actuando otro sujeto por su propio arbitrio, hasta obtener el resultado; por lo que únicamente es asunto del otro. Esto significa lo siguiente:

Nadie tiene que ser obligado a establecer una comunidad, si otro la quiere producir unilateralmente, tomando, en forma arbitraria como punto de partida de su conducta, un comportamiento del primero, este no resulta afectado por ello. Por ejemplo, una persona se quiere cambiar de religión y recibe la amenaza de un sujeto de que, en caso de hacerlo, mataría a un tercero. Si dicha persona cambia de religión y el agresor cumple su amenaza mortal, esto no es imputable al primer sujeto, pues su conducta no tiene *per se* el significado de un homicidio, que tampoco puede serle impuesto a la fuerza por las acciones de otro.

Ahora bien, si el primero en actuar no se convierte, por la conexión que otra persona arbitrariamente le impone, en garante de la evitación del curso dañoso en que este último transforma el acontecimiento, esto no descarta que esa primera persona sí pueda llegar a ser competente, por otras razones distintas, para evitar el resultado dañoso. Si en el ejemplo arriba citado, el sujeto amenaza a la persona que desea cambiar su religión, con matar a su propio hijo si realiza tal cambio, en ese caso, la persona amenazada no sería garante de la vida de su hijo por la conexión arbitrariamente impuesta por el sujeto que la amenaza (*prohibición de regreso*); pero sí lo sería por el vínculo que en cualquier caso existe entre padres e hijos (*rol dentro de una institución familiar*). Por lo tanto, debe hacer todo lo que le corresponda para evitar la muerte si, con total independencia de cuál sea su comportamiento, su hijo estuviera en peligro.

Si existe una comunidad limitada, nadie tiene que ser obligado a ampliarla. En los negocios habituales de la vida diaria, la comunidad se limita al ámbito pactado. Así al ferretero no se le puede reprochar penalmente, haberle vendido herramientas –de manera legal– a un ladrón que luego las usó para cometer un robo o, incluso, un homicidio. Diferente sería el caso del sujeto que transfiere armas, violentando una disposición legal, pues esta persona no podría alegar que el uso delictivo que se dé a esas armas, no le atañe, pues la prohibición penal implica que a él le concierne el uso del arma por su peligrosidad, y entre las condiciones de esa peligrosidad se encuentra, precisamente, la posibilidad de su uso delictivo (favoritismo).

Se supera la frontera entre prohibición de regreso y participación, cuando el sentido de la conducta depende de que otro la prosiga de forma delictiva, pues entonces esta prosecución no sería una consecuencia arbitrariamente impuesta por un sujeto diferente, sino el contenido que uno mismo ha elegido para el comportamiento. Son los casos normales de inducción y complicidad: un sujeto colabora con otro como con alguien que ejecuta un delito. El sentido delictivo es, entonces, el sentido común a ambos. Por ejemplo, si una persona alberga en su casa a un amigo por varias noches, del mismo modo que siempre lo hacía cada vez que dicho amigo pasaba por ahí, no comete un encubrimiento, ni siquiera si el amigo en esta ocasión se encontraba en fuga de los órganos de justicia,

y con independencia de que si el que lo alberga, lo sabe. Pero el que oculta a su amigo prófugo en el desván o en el sótano, sí se comporta como un encubridor.

La prohibición de regreso es, por ende, el nombre que se emplea para expresar que otro sujeto, no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar, un sentido lesivo de la norma. No se puede retroceder en un curso causal para imputarle a una persona, las consecuencias de un resultado que ha sido originado por el comportamiento ilícito de un tercero (de ahí el nombre “prohibición de regreso”). En otras palabras, no se puede ser imputado por las conductas dolosas o culposas de un tercero que no se puede controlar.

Se trata del ámbito de colaboración dolosa o culposa de un tercero en la realización de un tipo penal, sin que exista responsabilidad para ese “partícipe”. Son casos de participación aparente, en donde no es imputable la creación de una situación que favorece la comisión de un delito, cuando esta situación se ha creado con base en un riesgo permitido. Se aplica tanto para los casos de favorecimiento doloso de conducta dolosa (el cantinero que vende licor en una cantina, a sabiendas de que alguno de sus clientes puede embriagarse y disparar contra otro. Si esto en verdad ocurre, el cantinero no es cómplice de homicidio, porque vender licor en condiciones normales está dentro del riesgo permitido), como para el favorecimiento doloso de una conducta culposa (el mismo ejemplo, con la diferencia de que el cliente de la cantina, debido a su estado de embriaguez, atropella a un peatón, lo que era previsible para el cantinero).

2.2.4.3.- El principio de confianza. De acuerdo con la doctrina alemana, este principio implica una limitación a la obligación de cuidado, y vale principalmente para los resultados culposos. Implica que el autor de un hecho puede confiar en el correcto comportamiento de los demás, y esta confianza implica un riesgo permitido, si se produce un resultado por una acción culposa de otro.

Si bien es cierto que su campo de aplicación se realiza, predominantemente, en el ámbito de la circulación vehicular, dicho principio también puede ser aplicado para limitar las exigencias de cuidado en cualquier caso en que acciones peligrosas, se realicen mediante la división del trabajo. Jakobs señala que, por regla general, se responde penalmente por las conductas que se encuentran dentro del ámbito de competencia, porque no forma parte del rol del ciudadano, controlar todos los posibles peligros que pueden originar las conductas de terceros. Asimismo, señala que no es necesario que la conducta potencialmente defectuosa sea posterior al comportamiento del sujeto que actúa primero, pues también puede precederlo. Por ejemplo, cuando el cirujano utiliza un bisturí con la confianza de que habrá sido adecuadamente esterilizado, o bien la confianza de la persona que retira su vehículo del taller, de que los frenos fueron reparados y funcionan bien.

El mencionado principio es útil, y este tipo de divisiones de trabajo sería imposible, si cada uno tuviera que controlar absolutamente a todos los que cooperan con él. De tanto controlar a los demás, nadie podría cumplir con sus propias obligaciones. Así, este principio

otorga libertad de acción a pesar del peligro del desenlace negativo, pues de este peligro debe responder otra persona (la que traiciona la confianza de los demás), y esto permite la división del trabajo, mediante un reparto de responsabilidad.

Ahora bien, a la pregunta de cuándo existe ese reparto de responsabilidades, debe contestarse con base en el orden concreto de que se trate, es decir, al ordenamiento del tráfico, a las reglas del equipo médico que efectúa una operación, a las disposiciones vigentes para el personal de una compañía de vuelos, etc. Jakobs establece los siguientes límites:

Este principio se excluye si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad. Por ejemplo, no se puede confiar, en materia de tránsito vehicular, que los niños pequeños respeten las señales.

No está permitida la confianza, si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro cometa, lo que puede operar recíprocamente. Aunque en el tránsito vehicular, todos tienen que observar, por sí mismos, las reglas establecidas para su protección, nadie puede confiar en que esto sucederá así, siempre, al ciento por ciento, pues aún a un esforzado participante en el tránsito también le pueden sobrevenir pequeños errores. Por eso, nadie puede comportarse como si los ciclistas a veces no se balancearan ni siquiera un poco más de lo habitual, que los peatones no den nunca traspies, o bien, que los demás conductores nunca condujeran al menos un poco más rápido de lo debido, pues tales conductas todavía forman parte del rol del participante en el tráfico, como se presenta cotidianamente. Lo que se puede confiar, es en la conducta que no desborde ese rol. Así por ejemplo, ningún conductor tiene por qué esperar que algún participante en el tránsito esté fuertemente embriagado (salvo en inmediaciones de festejos populares) o que un peatón dé un salto colosal a la calzada.

El principio de confianza cesa cuando concurre la conducta que defrauda las expectativas. Si el primariamente competente no dispone ya de la posibilidad de mantener el curso en un estado no peligroso, se revitaliza la competencia, hasta entonces latente del otro sujeto, porque en tal caso, procura un provecho mayor, un control generalizado que la concentración, siguiendo las pautas de la división de trabajo en la propia tarea. Por ejemplo, si el copiloto de un avión se emborracha en pleno vuelo, el piloto sobrio debe retomar las tareas que originalmente le delegó; si un conductor que tiene un ceda, se aproxima a la intersección a exceso de velocidad, de manera que solo un frenazo de emergencia podría detener su vehículo, entonces el conductor que tiene derecho de paso, tiene la obligación de detenerse.

2.2.4.4.- Actuación a riesgo propio o competencia de la víctima. En términos generales, para Jakobs se excluye la imputación objetiva en casos de acuerdo. Este consentimiento excluye el tipo y actuación a riesgo propio.

Acuerdo. Numerosos bienes jurídicos penalmente tutelados, están sujetos a disposición por parte de su titular, en cuyo caso su consentimiento excluye la realización del tipo.

(V. gr. No hay daños típicos si alguien destruye una puerta con el consentimiento de su propietario). Si dicho consentimiento de quien tiene la atribución de darlo, se presta en una situación de necesidad (tiene que huir de un incendio por la puerta que debe romperse), o existe error sobre las circunstancias (el propietario manda a romper la puerta, porque erróneamente cree que la ley urbanística le impedía construirla), y esto no excluye su eficacia. Para que haya imputación en el caso de bienes jurídicos disponibles, el autor debe destruir el bien sin la voluntad de su titular, o bien de modo imputable (mediante coerción o engaño), conduce al titular del bien a que renuncie a este.

Para el acuerdo basta la concurrencia fáctica de la voluntad, en tanto que el acuerdo no se oponga al derecho o a las buenas costumbres. De esta forma, una persona carente de capacidad plena de obrar, no puede prestar su acuerdo con eficacia. Asimismo, un acuerdo obtenido coercitivamente, mediante amenaza calificada, no impide la consumación de una violación o una extorsión. Tampoco es válido el acuerdo obtenido mediante engaño (v. gr. el error sobre la contraprestación económica que se espera no impide la consumación de la estafa). El acuerdo es algo más que un soportar consciente (quien contempla incapaz de intervenir cómo le sustraen algo, no por ello está consintiendo el desapoderamiento). En un primer grupo de supuestos (acuerdo final), es necesario que la persona de cuyo acuerdo se trata, “pretenda” las consecuencias del comportamiento. A su lado, se presenta un acuerdo (acuerdo no final), en donde no se quieren ningunas consecuencias del comportamiento, pero sí el comportamiento previsiblemente con consecuencias, o al menos un contacto social que no puede tener lugar evidentemente sin comportamiento con consecuencias (v. gr. Quien participa en un combate de boxeo, no quiere los ataques de su adversario. Sin embargo, el ataque reglamentario que este le hace no constituye que fuerza a esquivarlo como coerción, merced al acuerdo en el contacto social de esta clase). El acuerdo solo puede valer para un autor determinado.

En la medida que el acuerdo debe ser jurídicamente válido, regirán a favor del autor las reglas generales de manifestación de la voluntad. Si el autor desconoce el acuerdo, podría caber la tentativa; la suposición errónea de un acuerdo puede constituir error de tipo, y si el error era vencible, podría estarse ante un delito culposo. Finalmente, el acuerdo es revocable en cualquier momento, en tanto que no vincule al mismo tiempo como declaración jurídicamente eficaz con arreglo a principios generales.

El consentimiento excluyente del tipo. Al igual que el acuerdo, se excluye la imputación con el consentimiento en la lesión de bienes de los que su titular tiene derecho a disponer (si rapar el pelo constituye lesiones o cavar un hoyo constituye daños, se rige por la voluntad del titular del bien). Jakobs sitúa entre los bienes de lo que se puede disponer libremente, cuya lesión consentida excluye la tipicidad de la conducta, la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, el honor, la libertad ambulatoria, la intimidad, e incluso la integridad física. Esta última se presenta al igual que la libertad y el honor, solo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente. (V. gr. las lesiones leves sufridas en el deporte o durante una relación sexual consentida); pero no base de ese libre desarrollo (bienes

intercambiables, aunque en el caso concreto se entreguen sin un equivalente reconocido en general). En estos supuestos, de la voluntad del titular depende cuál trato constituye pérdida, ganancia o ninguna de las dos.

Por el contrario, el consentimiento de lo que en sí es injusto, excluye la antijuridicidad, no la tipicidad. Debe tenerse presente que solo el titular del bien con derecho a disponer, puede consentir válidamente en la injerencia (v. gr. el dueño de un animal que permite que lo torturen, surte efecto en la medida que se trate de un delito contra la propiedad; pero no en cuanto se vulnera la legislación de protección de animales). Si varias personas tienen derecho a disponer de un bien en forma conjunta, solo el consentimiento conjunto de todas ellas, es válido. A falta de reglas especiales, importa la capacidad de discreción y juicio natural (debe ser capacidad concreta), sobre todo en las lesiones leves y actividades deportivas. Si dicha capacidad existe, la decisión del que no tiene capacidad negociadora completa, prevalece sobre la de su representante legal. Si existen reglas especiales, prevalecen estas.

En cuanto a la objetivación del consentimiento, se exige la manifestación de la voluntad, pero no de acuerdo con las reglas jurídico-negociadoras, y no necesariamente frente al que se injiere en los bienes. Lo importante es la voluntad interna del titular (en el consentimiento directo), o el abandono de la situación donde el albedrío del afectado vincula al autor (consentimiento indirecto). Si el autor ignora el consentimiento, no se excluye el dolo; una falsa suposición de este, podría dar lugar a un delito culposo. En caso de consentimiento expresado, pero internamente no querido, se aplica el principio de confianza.

El obrar a riesgo propio. En los casos de consentimiento no final, el afectado crea una situación en donde su voluntad ya no es relevante: se trata de la responsabilidad por los costes no deseados de un contacto social, cuando la persona no facultada para disponer, no quiere el comportamiento del autor (en sí) lesivo, pero sí pretende determinada clase de contacto social que no se puede obtener sin ese comportamiento preñado de consecuencias. (V. gr. El futbolista no quiere que lo lesionen, pero sabe que no puede participar en un partido sin aceptar sus inconvenientes).

Para Jakobs no es admisible que absolutamente cualquier consecuencia prevista por el contacto social, queda cubierta por el consentimiento, pues ello se prestaría que cualquier participante abuse del contacto social. (V. gr. en el caso del futbolista, no se consideran consentidas las patadas arteras, o bien, porque una persona voluntariamente ingrese a una "zona roja", no significa que esté consintiendo que lo asalten y le despojen de sus bienes). Más bien importa en qué medida el contenido jurídicamente relevante del contacto social, puede ser establecido unilateralmente por el afectado (entonces es decisiva su voluntad, y no se habrá consentido con el comportamiento no deseado), y en qué medida ese contenido se determina por los intereses de varios participantes (también se puede introducir como contenido un comportamiento que no es deseado por otros participantes).

Así por ejemplo, en una pelea de boxeo las lesiones físicas reglamentarias no son típicas, aun cuando cada contendiente no solo no quiera que el adversario le lesione, sino tampoco el comportamiento de este que causa las lesiones, ya que tiene justamente por fin evitarlo. Aquí el contacto está definido por los intereses de ambos contendientes.

Diferente es el caso de la persona que, en una legítima defensa, desvía el primer ataque de su agresor, por lo que si el atacante defina esta situación como agresiva es irrelevante, jurídicamente solo cuenta el interés en defenderse, y este interés es el único que se incluye en la definición del contacto, de manera que el que se defiende no consciente otros ataques, aunque al defenderse provoque que el agresor los lleve a cabo.

Para Jakobs esta distinción es esencial en el caso de la persona que acepta viajar en un vehículo conducido por una persona ebria, puesto que mientras en el derecho al transporte reglamentario (líneas de transporte público), en caso de daños, falta el consentimiento a causa de la sujeción a lo reglamentario, en los viajes particulares existe para ambas partes un poder de definición. De este modo, el contacto social se puede definir como transporte por una persona en estado de ebriedad. En el consentimiento final, es posible el consentimiento de un riesgo, aun cuando el resultado no sea seguro. La eficacia del consentimiento queda intacta en la misma medida en que pudo prever el resultado como posible, y aún así lo aceptó (similar a la formación de un dolo de autor).

En ese tanto, según Jakobs no existe el consentimiento imprudente. Con respecto a si los bienes del afectado se deben tratar, según su libre voluntad o si este ha “perdido en el juego”, el derecho al respecto no se rige (únicamente) por lo que él piense, sino porque le incumbía su autoprotección. Por eso es posible que un afectado que se introduce en una situación de riesgo o no se desmarque de ella, sea responsable, él mismo, de las consecuencias previstas e, incluso, de las no previstas.

El manejo inconscientemente descuidado de los propios bienes, puede motivar la actuación al propio riesgo, eximiendo de responsabilidad al dañador; es decir, se trata de casos, en donde el titular del bien puede abarcar el riesgo relevante al menos tan bien como el dañador y además da lugar, sin motivo jurídicamente relevante, al comportamiento que acarrea el daño: los terceros no tienen que ajustar su organización a riesgos que el titular del bien ha propiciado, con más cuidado que él mismo. Por ejemplo, un sujeto (A) le entrega una jeringa con heroína a otro (B), quien voluntariamente se inyecta y muere por una sobredosis. Jakobs considera que la vida en sociedad no se regula, con base en la determinación de relaciones de causalidad, sino mediante la delimitación de ámbitos de responsabilidad.

Según este autor, la teoría de la imputación debe precisar a qué ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta, pues un hecho puede ser explicado como una obra de su autor, de la víctima, o incluso, de un caso fortuito. Por tanto, la propia víctima también puede ser imputable. El ilícito, entonces, consistiría en arrogarse un ámbito de

organización ajeno, pero ello no existiría cuando, con división de trabajo, la víctima ha configurado y moldeado su propia lesión.

En el ejemplo descrito, el drogadicto que recibió la heroína es quien tenía la obligación de evitar el resultado, pues la administración del suceso estaba en sus manos. Con su conducta de inyectarse, esa víctima defraudó las expectativas que nacen de su propio rol, es decir, los deberes de autoprotección que a ella le son exigibles, como principal garante de la protección de sus propios bienes. Por lo anterior, al sujeto que le entregó la jeringa con heroína, no le es imputable su muerte.

Como límites para excluir la tipicidad por riesgo de la propia víctima, Jakobs señala los siguientes: a) La tipicidad se excluye solo en casos en que el bien afectado es de libre disposición del titular. b) Un actuar a propio riesgo puede tener eficacia justificante, cuando concurre un motivo fundado para ejecutar la acción. La lesión de un bien no sujeto a libre disposición, sin un motivo fundado, no excluye la tipicidad (podría excluir la antijuridicidad). c) Si el titular expone su bien al comportamiento dañoso de otro, manteniendo él mismo el poder de decisión sobre el curso causal conducente al resultado, o al menos decidiendo en plano de igualdad con el otro. Se trata de la distinción entre la lesión en autoría mediata, a través de un instrumento cuasi no doloso, y la autolesión atípica. (V. gr. quien viaja con otro por una región contaminada de radiación, a sabiendas de esto, se daña a sí mismo, y no solo consciente un daño por parte de otro o actúa en riesgo propio, si en cualquier momento podía determinar dar media vuelta).

Cabe señalar que las teorías de Jakobs no constituyen en Alemania una posición dominante, y en cambio ha recibido múltiples críticas, algunas de ellas formuladas por Roxin y sus seguidores. En América Latina, autores como Zaffaroni señalan que su teoría de roles, no resulta válida en general, en la tipicidad dolosa activa, al menos en la forma de autoría, pues extiende la posición de garante del tipo culposo, al tipo doloso, la cual emerge de un supuesto rol de “buen ciudadano”.

Agrega que cuando estos roles se convierten en jurídicos, se juridizan normas culturales y se termina confundiendo roles con deberes jurídicos. Solo los roles institucionalizados pueden exigirse jurídicamente; pero no los individuales, y menos aún los roles ilícitos, lo que impediría configurar la imputación objetiva en conductas que forman parte de roles ilícitos.

Por otra parte, es claro que los roles no son fijos, y que una misma persona desempeña múltiples roles y tiene frecuentemente conflictos con ellos. Esta teoría podría tener efectos insospechados en cuanto a la impunidad de funcionarios públicos insertos en un aparato estatal, en donde cada uno sería impune en la medida en que se limita a su propio rol.

De igual forma, los roles que pudieran considerarse banales, cambian cuando el agente asume el dominio del hecho de un injusto penal, y en estos casos, se convertirían en disfraces que ocultan los verdaderos roles delictivos.

El criterio limitativo en función de roles, podría dar la apariencia de ser más reductor del poder punitivo, pero lo cierto es que la pretensión de que el autor del delito, no incurre en tipicidad objetiva, en la medida en que no defrauda su rol, lejos de ser reductora del poder punitivo, es más bien reforzadora de la violencia y de la selectividad del poder punitivo, porque en la práctica estará casi reservada a los funcionarios estatales que lo ejercen, en particular cuando son ellos mismos los que estén defraudando sus roles.

En realidad, tanto el aumento del riesgo como el quebrantamiento de los roles, son intentos de imputación, con base en teorías preventivas de la pena que no solo tienen como matriz común, la teoría imperativa de las normas, sino que además, anticipan el ejercicio del poder punitivo a estadios previos anteriores a la lesión.

Con la teoría de los roles, el bien jurídico se opaca, pues el rol, entendido como deber jurídico, tiende a convertir todos los tipos en infracciones de deber, o a considerar que la confianza de los demás en cuanto al cumplimiento del deber, es el único bien jurídico. La función preventiva se limitaría a confirmar los roles mediante la pena. Además trasladar la estructura omisiva a la tipicidad activa, provoca el conflicto de la mayor amplitud semántica de la prohibición, cuando se invierte el enunciado en preceptivo.

La teoría también presenta una contradicción, cuando al crear una situación de garante para cada caso, recurre a una fórmula general, válida para la omisión propia, como límite para la tipicidad omisiva impropia, pero en el ámbito de la tipicidad activa, por lo que a veces refiere casos de omisiones propias cometidas activamente.

En el medio costarricense, autores como Javier Llobet Rodríguez, Alfredo Chirino Sánchez y Francisco Dall'Anese Ruiz, entre otros, también han criticado la posición funcionalista radical de Jakobs, por cuanto no tiene en cuenta los límites que imponen los principios, como el de protección de bienes jurídicos y el de culpabilidad, fundamentales en un Estado de derecho, como limitación al *ius puniendi*, y que han constituido conquistas de la humanidad. Por tanto, su concepción del derecho penal como confirmador de la identidad normativa de una sociedad, en donde lo único decisivo es la "autoconservación del sistema" (sin tomar en cuenta la dignidad del ser humano), a juicio de estos autores, constituye un retroceso.

2.2.5.- Síntesis general de las reglas de imputación objetiva según Fernando Velásquez

Siguiendo la exposición del profesor Fernando Velásquez Velásquez, en la última edición de su Manual de Teoría del Delito, pueden sintetizarse las reglas de la teoría de imputación objetiva de la siguiente manera. (Los supuestos aquí expresados constituyen un punto de referencia, **pero deberán analizarse de acuerdo con nuestra realidad normativa**, para verificar la posibilidad de su aplicación en nuestro medio):

Primera regla: *“No hay imputación objetiva cuando se realizan acciones que producen causalmente el resultado, sin superar los límites propios del riesgo permitido”*. Por ejemplo, la realización de actividades peligrosas en el ámbito industrial, la circulación en el tráfico automotor, terrestre o aéreo, la práctica de deportes de alto riesgo o las intervenciones médicas, son comportamientos que suponen la realización de peligros que no implican la ejecución de conductas típicas, ya que se llevan a cabo dentro del ámbito del “riesgo permitido” con relevancia jurídica. Sin embargo, no son susceptibles a adecuarse a las descripciones típicas contenidas por la ley, ya que son permitidas justamente en beneficio colectivo. Tampoco es típica –por ausencia de imputación objetiva– la conducta que provoca cursos causales en el ámbito del acontecer permitido, como sucede en el caso de que un sobrino que insta al tío rico para que realice un viaje en avión –riesgo permitido– con la esperanza de que perezca y así poder heredar, lo que al final sucede en la realidad.

Segunda regla: *“Las conductas realizadas para disminuir el riesgo no comportan la imputación objetiva del resultado”*. Por ejemplo, si el agente actúa modificando el curso causal para aminorar o disminuir el daño próximo corrido por el bien jurídico y se produce el resultado desvalorado jurídicamente, este no puede ser imputado al sujeto, porque la norma no debe prohibir acciones que buscan proteger el bien jurídico, pues no hay imputación objetiva, como sucede en el caso en que “A” empuja a “B”, y le causa lesiones, para evitar que una mortal puñalada dirigida por un tercero “C”, lo hiera y le cause la muerte, siendo indudable que “A” ha realizado un acción que disminuye el riesgo corrido por el bien jurídico, por lo que no se le pueden imputar las lesiones provocadas a “B”. Esta situación no puede ni debe confundirse con aquella en virtud de la cual *“el sujeto activo no debilita un peligro existente, sino que lo reemplaza por otro”*, cuya realización es menos gravosa por el sujeto pasivo que la acción inicial. Por ejemplo, si “A” lanza a “B” por una ventana para impedir que muera en un incendio y le causa lesiones de gravedad, no ha realizado una conducta susceptible de ser calificada, como un caso de disminución del riesgo, sino de reemplazo del peligro existente que no excluye la imputación objetiva, aunque puede dar lugar a invocar una causa de exclusión de la tipicidad (consentimiento del sujeto pasivo) o de la antijuridicidad (estado de necesidad justificante)

Tercera regla: *“Las conductas que no implican disminución ni aumento significativo del riesgo para el bien jurídico, no dan lugar a la imputación objetiva del resultado”*. En efecto, en primer lugar, para aludir a los casos de no disminución del riesgo de lesión de un bien jurídico, si “A” –sabedor de que se inicia una tormenta– envía a “B” al bosque con la esperanza fundada de que un rayo le dé muerte, hecho que efectivamente sucede. Por tanto, realiza un comportamiento que no puede ser tomado en cuenta por el derecho, pues el resultado no le es imputable objetivamente al autor, sino al azar. En segundo lugar, haciendo alusión a la hipótesis de aumento significativo del riesgo, si “A” levemente chuzca con un alfiler a “B” –que previamente había sufrido graves lesiones físicas– no realiza una conducta que aumente de manera significativa el riesgo para el bien jurídico, por lo cual el resultado no le es imputable objetivamente.

Cuarta regla: *“A quien obra confiando en que los demás se mantendrán dentro de los límites propios del riesgo permitido, no le son imputables objetivamente los resultados producidos de esta manera”*. Por ejemplo, al conductor del vehículo que atraviesa un cruce con el semáforo en verde, no le son imputables objetivamente los riesgos producidos (daños, lesiones personales, muertes), a raíz del choque propinado por otro conductor que no respetó la prohibición de cruzar, estando el semáforo en rojo. Esto es apenas obvio, si se parte del principio de confianza, salvo en el caso de menores, imputables o personas que no sean responsables jurídicamente.

Quinta regla: *“No son imputables objetivamente los resultados derivados de conductas realizadas por el agente dentro del riesgo permitido, por medio de un tercero que no obra conjuntamente con él, salvo que se ostente posición de garante con respecto a los riesgos que pudiera crear ese tercero”*. Por ejemplo, el sujeto –debidamente autorizado– que le vende un arma legalmente amparada a un particular, no es sujeto activo ni partícipe en la conducta homicida realizada por este último, al emplear dicho artefacto, por no ser garante.

Sexta regla: *“No son imputables los resultados derivados de la situación de la propia víctima, siempre que no sea conocida con antelación y no hubiere deber de conocerla”*. Por ejemplo, el médico que le desconecta el respirador al paciente afectado por una profunda lesión cerebral, absolutamente irrecuperable, no realiza la conducta típica de homicidio agravado, porque el resultado (muerte) es producto de la situación vivida por la propia víctima y, en esas condiciones, ya no existe deber alguno de continuar con el tratamiento intensivo.

Séptima regla: *“No es imputable objetivamente el resultado originado en una puesta en peligro producida por un tercero, sin participación o salvaguarda del bien jurídico”*. Por ejemplo, un terrorista instala en una vivienda una carga explosiva que se activa en el momento de que el propietario de la residencia vecina, abre su puerta. Obviamente, como este último no es garante de las actividades ilegales realizadas por el sujeto activo, los resultados producidos (muerte, lesiones, daños, etc.) no le son imputables objetivamente a su actuar.

Octava regla: *“No es imputable el resultado producido en virtud de la pérdida de capacidad de actuar que el propio agente se ha ocasionado, cuando este no se encontraba en situación de garante (tipos de comisión por omisión)”*. Por ejemplo, al médico que reside en la misma clínica donde trabaja y se emborracha aprovechando su día libre, no le es imputable la muerte de un paciente producida por un médico asesino que estaba esa noche de turno, porque a pesar de que si no se hubiera embriagado, habría podido evitar el resultado, no tenía la posición de garante en el caso concreto. Estas reglas, al igual que las últimas cuatro, son una manifestación del criterio de la prohibición de regreso y de la posición de garante.

Novena regla: *“No se pueden imputar objetivamente los resultados que no realizan el riesgo no permitido, así se haya incrementado o aumentado el albur jurídicamente tolerado sin repercutir en el resultado”*. Por ejemplo, debido a que un agente fabricante de pinceles les suministra a sus operarios pelos infectados de cabra china, mueren algunos de ellos, al contraer una infección (con ántrax), y se comprueba luego que la desinfección tampoco habría logrado eliminar el resultado. En este caso, no cabría la imputación objetiva de la conducta homicida. Por el contrario, si en un caso como este, se demuestra que la conducta violatoria de los reglamentos, se incrementa el riesgo permitido y se produce el resultado, este le es objetivamente imputable (es un ejemplo a la luz del segundo nivel de imputación objetiva referido a la realización del riesgo).

Décima regla: *“Le es imputable objetivamente al agente el resultado por él producido, pese a que de la conducta de un primer autor, se deriva inevitablemente la producción del resultado”*. Por ejemplo, la víctima ha recibido del agente un disparo necesariamente mortal; pero su deceso se produce antes por causa de una violenta explosión ocasionada por un tercero, este no puede aducir la ausencia de imputación objetiva, pretextando que el resultado se iba a producir de todas maneras. El caso, sin embargo, es discutido, y se abre paso una postura, según la cual la pena imponible al tercero debe ser atenuada. Una situación distinta de esta, aunque muy parecida, se presenta cuando el resultado era todavía evitable: la víctima ha sido envenenada, pero puede ser salvada con el suministro de un antídoto. No obstante, muere por un disparo propinado por un tercero. En este caso, no cabe ninguna duda en el sentido de que el resultado muerte, es imputable al segundo autor que debe responder de homicidio consumado.

Undécima regla: *“Como norma general, los casos de causalidad hipotética no influyen en la creación de un riesgo ni en la imputación al tipo; sin embargo, a veces tiene alguna incidencia”*. Aunque las hipótesis son plurales, pueden hacerse las siguientes precisiones: en la primera instancia, no se excluye la importancia objetiva cuando existe un *autor sustituto*: así, el hurtador no puede aducir que no ha realizado conducta típica de hurto, dado que otra persona se aprestaba para apoderarse de “la cosa” en ese momento. En la segunda instancia, si el autor solo *modifica una casualidad natural sin agravar la situación de la víctimas en su conjunto*, no hay imputación objetiva. Por ejemplo: “A” transita en su locomotora por un tramo de dos vías que está bloqueado por un desprendimiento de rocas y no puede frenar a tiempo para evitar la colisión. “C”, quien presencia el hecho, cambia las agujas y desvía la locomotora de la vía izquierda a la derecha y se producen de todas maneras, el choque anunciado y la muerte de “A”. En tercera instancia, si en el ejemplo anterior “C” *no solo modifica la causalidad natural, sino que la sustituye por una acción autónoma* [le propina un tiro a “A” con un rifle de mira telescópica y le da muerte antes de que se produzca el choque] y hará que predicar la imputación objetiva.

Duodécima regla: *“No son imputables objetivamente los resultados que sean producto de la conducta de la víctima, cuando esta sea jurídicamente responsable”*. Así, por ejemplo, el lesionado que se lava las heridas con agua contaminada que le produce

una septicemia generalizada, ha realizado una actividad desencadenadora del resultado de muerte, no imputable objetivamente a quien le causó la herida inicial.

Decimotercera regla: *“Si el autor genera una conducta que crea un riesgo para el bien jurídico, pero el resultado se produce a raíz de la irrupción de otra cadena causal fruto de un riesgo general normal, ese resultado no le es imputable objetivamente al agente”*. Así sucede, *verbi gratia*, en la hipótesis tantas veces mencionada del herido lesionado en un intento de homicidio que muere víctima de un incendio en el hospital, donde ha sido recluso, o en un accidente de tránsito (cursos causales imprevisibles). En este caso, el agente debe responder de tentativa de homicidio. Hay quienes entienden que esta regla se explica, por cuanto se trata de un resultado causado por fuera del ámbito de protección de la norma. Desde luego, si el autor *incrementa el riesgo* del curso causal subsiguiente de manera revelante desde el punto de vista jurídico (nexos causales desviados), el resultado le puede ser imputado. Así acontece, por ejemplo, cuando “A” lanza a “B”, quien no sabe nadar, a un río caudaloso para que se ahogue, pero este perece al golpearse contra la baranda del puente y se realiza, de esta manera, el homicidio consumado. Este caso, recuérdese, es normalmente tratado como un error irrelevante sobre el nexo de causalidad.

Decimocuarta regla: *“No es imputable objetivamente el resultado producido más tarde, sobre una víctima que en el momento de la creación del riesgo, no estaba amenazada por este”*. Por ejemplo, si el conductor de un bus de servicio urbano que no se detiene ante un semáforo en rojo, y un kilómetro más adelante, cuando conducía reglamentariamente, atropella a un peatón, no realiza una conducta típica por ausencia de imputación objetiva, así sea evidente que su detención en el semáforo hubiera impedido la realización del resultado. Esta regla también suele considerarse, como un caso donde el resultado se propone por fuera del ámbito de protección de la norma.

Decimoquinta regla: *“Se discute si hay imputación objetiva en casos de consecuencias tardías”*. Por ejemplo, un dentista atiende a un paciente y, por negligencia del profesional de la salud, diez años después aquel resulta contaminado con el virus del sida. En un atraco callejero, una persona sufre una herida que le causa la amputación de una de las piernas y, años después, muere en otro asalto ante la posibilidad de huir de los asesinos por la carencia de la pierna. Las soluciones a este tipo de casos son disímiles, pues se discute si se excluye o no la imputación objetiva del resultado.

Decimosexta regla: *“Si el autor estaba en capacidad de realizar una conducta alternativa conforme a derecho que, de manera probable, hubiera podido evitar el resultado, se discute si este se le imputa o no objetivamente”*. Por ejemplo, el conductor de un camión no guarda la distancia permitida y pretende adelantar a un ciclista que conduce totalmente ebrio, y al hacer un viraje brusco, es arrollado por las llantas del camión. Por tanto, el conductor debió realizar la conducta alternativa consistente en guardar la distancia que, posiblemente, hubiera salvado la vida del ciclista. Algunos

autores creen que debe imputarse objetivamente el resultado, mientras otros opinan que el resultado solo se puede imputar, cuando es seguro que la conducta alternativa habría evitado el resultado. Desde luego, parece ser más consecuente la segunda postura.

Decimoséptima regla: *“Si el agente coopera en la realización de una conducta que supone la propia puesta en peligro dolosa por otra persona, o la induce a hacerlo, no le es imputable el resultado producido”*. Verbigracia: si “A” incita al temeroso “B” que se tire a nadar en un charco muy profundo de un río caudaloso, y este se da cuenta del peligro, asume los riesgos y encuentra la muerte. Ese resultado no le es imputable objetivamente al primero. Esta regla, que parece clara en la doctrina y en el derecho positivo alemanes, encuentra –sin embargo– tropiezos en el derecho positivo que castiga la inducción o ayuda al suicidio, cuando alguien actúa dolosamente en la producción del resultado.

Decimoctava regla: *“El que realiza una conducta que pone en peligro a otra persona, con la aceptación de esta, no realiza un comportamiento que le sea imputable objetivamente”*. Es el típico caso del pasajero de taxi que, so pretexto de cumplir un compromiso con urgencia en un determinado lugar, apremia al conductor a marchar rápido. Por lo cual se produce un accidente y resulta gravemente lesionado. También sucede lo mismo con quien tiene una relación sexual con una persona contagiada de sida y se infecta, pese a que actuó con pleno conocimiento del riesgo que la amenazaba. En estos casos, pues, el sujeto pasivo no se pone en peligro así mismo, sino que, plenamente consciente de ello, se deja poner riesgo por un tercero. Estas situaciones son muy frecuentes en el tránsito moderno, y su solución no es unívoca, pues suelen ser tratados como casos de consentimiento del sujeto pasivo –solución que se dificulta porque no siempre este tipo de bienes jurídicos es disponible– de atipicidad por falta del deber de cuidado, cuando se trata de hechos culposos, de auto puesta en peligro, etc.

Decimonovena regla: *“No le son imputables objetivamente al agente los resultados sufridos por terceros, a raíz de conductas lesivas de los bienes jurídicos producidas por aquel (daños causados por un “rebote”)*”. Por ejemplo: en un atraco callejero, un asaltante le da muerte a un joven fotógrafo para hurtarle una elevada suma de dinero que acaba de obtener de un cajero automático. Enterada del hecho, la abuela de la víctima muere de un paro cardíaco. Obviamente, la muerte del ascendiente del occiso no se le puede imputar al autor del homicidio, por tratarse de un daño que se causa por fuera del ámbito de protección de la norma.

Vigésima regla: *“Hay conductas que pese a superar el riesgo permitido, al aumentar el peligro para el bien jurídico, no permiten, sin embargo, la imputación objetiva del resultado por no ser uno de los que trata de evitar la norma infringida”*. Así sucede, por ejemplo, en el siguiente caso: los motociclistas “A” y “B” marchan de noche por una vía, uno detrás de otro, sin luces. De repente, un tercer motociclista “C”, que venía de frente, por la falta de iluminación, choca contra “A” y le da muerte. Desde luego, en este caso bastaba que “B” tuviera la luz encendida para haber evitado el resultado, situación

que no sucedió, por lo que aumentó el peligro. Sin embargo, el resultado no le es imputable objetivamente, porque la norma de tránsito que obliga a transitar con las luces encendidas durante la noche, pretende evitar accidentes con el propio, no con terceros. Se trata, pues, de un caso donde el resultado se produce por fuera del ámbito de protección de la norma.

2.2.6.- Algunas observaciones críticas. Entre las críticas más sensibles que se han formulado a las distintas teorías de la imputación objetiva en general, se ha indicado que resultan innecesarias, pues su contenido se reduce a *“conjunto de tipos, útil para la interpretación de algunos tipos, y a veces para grupos de tipos”*, pero sin que esto permita hablar de un nexo especial distinto de la causalidad, lo que los convierte en principios interpretativos, válidos en la parte especial.

Exponemos de seguido otras observaciones críticas que se han formulado:

Indeterminación de los conceptos utilizados, tales como: peligro desaprobado y realización del peligro, lo que atenta contra la determinación de los tipos penales.

Superficialidad e inadecuación dogmática de los correctivos que han sido propuestos, pues muchos de ellos dependen del alcance que se les dé a los elementos de creación y realización objetiva de un peligro jurídicamente desaprobado.

Excesiva significación al desvalor del resultado, ignorando la comprensión personal del injusto.

En los casos de riesgos generales de la vida social, estos ya habían sido resueltos, antes de que apareciera la teoría de la imputación objetiva, pues eran excluidos del tipo penal de los delitos de resultado, por falta de dolo, (caso típico del sobrino que le sugiere al tío rico un viaje en avión, con la esperanza de que muera en un accidente, o el del autor que le dispara a la víctima, con la intención de matar, pero esta muere a causa del choque del accidente de la ambulancia que lo llevaba al hospital). De manera que no era necesario desplazar ese problema al ámbito de los tipos penales objetivos.

En materia de lesión al deber de cuidado, no era necesario crear una teoría de imputación objetiva, en la medida en que la lesión al deber de cuidado, la cual en esencia es determinada objetivamente, pertenece al tipo de los delitos culposos de resultado. De esta forma, la acción del autor puede llevar al resultado, en forma objetivamente previsible, es decir, que origine un peligro para los bienes jurídicos. Esa puesta en peligro debe sobrepasar la medida del riesgo permitido, así esta proximidad e, incluso, exigencia específica del desvalor de acción en un delito culposo de resultado, se corresponde con el concepto de peligro desaprobado.

En materia de resultados materiales, existe acuerdo. Tampoco hay discrepancia en el uso de los criterios e instrumentos para eliminar ciertas conductas, aplicando determinados filtros,

ya que anteriormente se hablaba de riesgos, síndrome de riesgos y riesgos de la vida social. Los puntos en discusión son básicamente que para los defensores de la teoría objetiva, son elementos fundamentales la exigencia de la creación de un peligro desaprobado y la realización de ese peligro en el resultado, bien en delitos culposos o dolosos, y para los críticos de la teoría, estos dos elementos son la esencia del tipo culposo.

Un juicio razonable sobre la creación de un peligro desaprobado, no sería posible en el marco de una teoría del tipo objetivo, porque la pregunta sobre la valoración de ciertas acciones, bajo los aspectos del peligro, no podría ser respondida sin un estado de información, es decir, sin el saber del autor.

2.2.7.- Criterios de imputación objetiva en nuestra jurisprudencia

En el medio costarricense, son escasos los pronunciamientos de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación Penal, en donde se ha hecho referencia a la teoría de la imputación objetiva. En la mayoría de estas resoluciones, como veremos a continuación, los jueces se han limitado a hacer uso de algunos criterios particulares de imputación objetiva, o bien han descartado su aplicación para la resolución de casos específicos⁹², predominantemente en delitos culposos. Por tanto, no podría afirmarse que, en la actualidad, dicha teoría haya sido plenamente adoptada por la jurisprudencia nacional, ni que exista, a nivel de jueces de casación, un criterio uniforme acerca de su alcance y aplicación práctica⁹³.

Creación de un riesgo no permitido

Síntesis del caso. En fecha 3 de junio, una paciente es internada en un hospital, y ese mismo día se le practica una intervención quirúrgica, a eso de las 16:00 horas. Antes de terminar con la operación, el cirujano dispone que a la paciente se le aplique suero glucosado de 5%, acción que realiza la enfermera anestesióloga. No obstante, al poner el suero, dicha enfermera no verifica primero la etiqueta de la bolsa que debía aplicar (al tener la misma presentación el suero glucosado de 5% y el de 50%), colocando un suero de dextrosa de 50%, situación que pasó inadvertida por el personal paramédico de la sala de recuperación.

Producto de la alta concentración de glucosa en su sangre, la paciente sufre dos convulsiones (a las 17:25 horas y 18:30 horas de ese mismo día), que a su vez le ocasionaron una hemorragia sub-aragnoidea (un hemorragia cerebral por rompimiento de

92 Como se verá, dichos criterios han sido utilizados principalmente para restringir los alcances de la causalidad, y en consecuencia, para reducir el ámbito de responsabilidad penal de los encausados.

93 Sobre este tema puede consultarse: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier., Teoría del delito en la dogmática penal costarricense. San José, Editorial Jurídica Continental, 1.ª edición, 2002. RENAULD CASTRO, Andrea. Imputación objetiva y delito culposo. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1.ª edición, 2004; GARCÍA MARTÍNEZ, Miguel Ángel. Algunas reflexiones sobre el dolo. San José, Editorial Jurídica Continental, 1.ª edición, 2003.

un vaso sanguíneo), que le producen fuertes dolores de cabeza. Lo anterior motiva que a esta paciente se le diera tratamiento para bajar el azúcar en sangre, y es trasladada a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde permanece por tres días, al cabo de los cuales se logra estabilizar su metabolismo, sus niveles de azúcar retornan a la normalidad y sus dolores de cabeza disminuyen, por lo que en fecha 6 de junio es trasladada a recuperación, en donde sus dolores de cabeza desaparecen por completo el 9 de junio.

No obstante, al practicársele varios exámenes, entre ellos un TAC, se determina que presenta la hemorragia sub-aragnoidea (ocasionada por la inyección intravenosa del suero equivocado), y se recomienda entonces al cuerpo médico que se le practique una arteriografía (método de diagnóstico de lesiones en vasos y arterias, indicado en este tipo de casos, y que según la literatura médica tiene un riesgo de complicaciones de entre un 0.1% a 0.8%).

En fecha 10 de junio, se le practica la arteriografía, como parte de la cual se le inyecta una solución más hiperosmolar que la dextrosa, como medio de contraste, pero durante este procedimiento la paciente experimenta complicaciones, al punto de que sufre un edema cerebral que finalmente le produce la muerte en fecha 10 de junio.

Solución jurisprudencial. El error de la anestesista es irrelevante a efectos de imputar el resultado, pues si bien se determinó que su equivocación tuvo por corolario directo las convulsiones, los cuidados intensivos y los dolores de cabeza de la occisa, no fue la causante de su muerte. Esta obedeció a la realización de la arteriografía que ulteriormente se ordenó para elucidar la causa de tales dolores, y no a la puesta equívoca del citado suero. Aun concediendo hipotéticamente que la ofendida solo se hubiera regularizado en su estado, lo cierto es que la causa de muerte es ajena al error acusado a la anestesista.

El derecho penal de acciones requiere la concurrencia, no solo de un sustrato fenoménico, sino también del elemento subjetivo del tipo como requisito mínimo indispensable de perseguibilidad del resultado lesivo. De no concurrir ese elemento, en su régimen doloso (por intención) o culposo (de previsibilidad), la acción no es sancionable.

Por ello cabalmente se habla hoy de la *“imputación objetiva”* como método de examen de la causalidad, entendiéndose por la misma no solo la constatación del nexos causal, sino también de la existencia de tal citada intención o previsibilidad, en tanto las normas solo prohíben resultados evitables. En el caso de estudio, donde la misma literatura médica señala como bajamente probable el advenimiento de un deceso en la práctica de una arteriografía (menos de un 0.1 % -folio 440-), el resultado difícilmente era previsible, incluso para el profesional que ordenó la arteriografía. Con menor razón aún, habría sido previsible para la enfermera anestesista, quien incluso esforzándose y empleando sus conocimientos calificados, no habría podido prever el final desafortunado; máxime si este se dio por acciones médicas ajenas a su intervención, de manera que el deceso no fue *la concreción de su error*.

Así para la Sala Tercera ni siquiera siguiendo tesis causalistas como la “*ley de la causalidad natural*” o bien la “*teoría de la causalidad adecuada*”, el efecto le sería achacable, pues aquella exige la existencia de una ley causal natural *general* de la cual el caso concreto sea expresión, mientras esta requiere un resultado acorde a la experiencia general, situaciones que no surgieron en estos hechos⁹⁴.

Creación de un riesgo no permitido

Síntesis del caso. Un conductor no detuvo la marcha de su vehículo al llegar a una intersección, en donde tenía la obligación de detenerse, ya que estaba ingresando de un camino secundario a uno principal, y colisionó contra otro vehículo que circulaba con derecho de vía, ocasionando lesiones a sus ocupantes.

Tesis de la defensa. Si el ofendido hubiera conducido “*a la defensiva*”, la colisión no se habría producido, argumentando además que el hecho de que el ofendido hubiera o no conducido a la defensiva, resultaba irrelevante para establecer la responsabilidad del imputado. De esta forma, la relación de causalidad física y la imputación objetiva del resultado (en este caso, las lesiones de los pasajeros del segundo vehículo), debían ser analizadas con respecto de cada uno de los sujetos que intervinieron en dicha colisión, para determinar la responsabilidad penal de cada uno, puesto que en el caso hipotético de que un conductor (A) haya actuado con falta al deber de cuidado en la producción de un accidente, no implica que el otro conductor (B), que también actuó con falta al deber de cuidado, deba ser eximido, afirmándose que si A hubiera actuado con cuidado, el hecho no se hubiera producido.

Decisión del Tribunal. Por el contrario –sostuvo el Tribunal de Casación– debe analizarse por separado la falta al deber de cuidado por parte de A y B, para determinar si hay relación causal física entre la misma y el resultado producido, ya que en el caso de estudio, al irrespetar el imputado la prioridad de paso del otro vehículo, violentó el deber de cuidado, existiendo una relación causal entre dicha acción y el resultado lesivo que, a su vez, fue la materialización del riesgo de colisión creado por el sentenciado, por lo que le resultaba penalmente imputable⁹⁵.

Creación de riesgo no permitido

Síntesis del caso. Un motociclista realizó una maniobra de adelantamiento por la derecha, a un autobús que se encontraba estacionado; se salió de la calzada e ingresó al espaldón, donde atropelló a un peatón que se dirigía hacia el citado autobús con la intención de abordarlo.

94 Sala Tercera, voto [n.º 273-98](#) del 13 de marzo de 1998.

95 Al respecto, consultar los votos [n.º 958-F-97](#) de las catorce horas cuarenta minutos del veintiocho de noviembre de 1997 y [n.º 2000-913](#) del veinticuatro de noviembre de 2000.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación señaló que, en vista de que la vida en sociedad implica riesgos que pueden afectar diversos bienes jurídicos, para tener por infringido el deber de cuidado, se requiere que el autor exceda ese riesgo más allá de los límites aceptables. De este modo, no se produciría dicha infracción, si el sujeto activo actúa dentro del límite de los riesgos permitidos, como hubiera sido en el caso de estudio circular sobre la calzada y no adelantar por la derecha. Así se rechaza la tesis de defensa donde se pretendía responsabilizar del percance a la víctima, porque el Tribunal consideró que el resultado lesivo fue la materialización del riesgo creado por el imputado (adelantamiento por la derecha y abandono de la calzada) y no por la conducta de la víctima de cruzar la autopista para abordar el autobús⁹⁶.

Creación de un riesgo no permitido

Síntesis del caso. Un sujeto propinó a otro una herida en el abdomen con un cuchillo, y le ocasionó la laceración de estómago e intestino. La víctima fue trasladada al hospital, donde fue médicamente bien atendida. No obstante, el ofendido, debido a su baja condición socioeconómica y su adicción a las drogas, presentaba estado de desnutrición, por lo que no pudo recuperarse satisfactoriamente, pese al tratamiento médico, y sufrió una infección generalizada en el abdomen que le ocasionó la muerte.

Tesis de la defensa. La defensa del imputado sostuvo que él no era responsable del deceso, argumentando que la “simple herida” que sufrió el ofendido, fue curada en el hospital, por lo que el resultado muerte se produjo debido a “*factores socio-culturales*” (mala alimentación, consumo de drogas, etc.) ajenos a la actuación del indiciado (concausas).

Decisión del Tribunal. Dicho argumento fue rechazado por la Sala Tercera, al considerar que la conducta del sujeto activo, supuso la creación de un peligro no permitido para el bien jurídico tutelado (vida), sin que pudiera interpretarse que dicha muerte no fue la realización de ese peligro, aunque otras circunstancias propias del modo de vida que llevaba la víctima, favorecieran que esta no pudiera recuperarse de las heridas, además de que la agresión con el cuchillo fue ejecutada, aceptándose, al menos como posible, el fallecimiento de la víctima.

Adicionalmente, en el fallo se citan los argumentos de Roxin en cuanto a que las desviaciones causales son despreciables, y por tanto, hay que imputar el resultado si la acción de la tentativa ha aumentado el peligro del curso causal subsiguiente, de modo

96 Voto n.º 2000-841 del treinta de octubre de 2000.

jurídicamente relevante. Así el resultado viene a ser la realización del peligro creado por esa tentativa⁹⁷.

Fallo en sentido contrario sobre el tema del incremento del riesgo. Sin embargo, en un fallo posterior, la misma Sala efectuó un examen crítico de la teoría del aumento de riesgo, desarrollada por Roxin, y su aplicación en el caso de los delitos culposos, señalando que esta conlleva un aumento exagerado del ámbito punitivo del Estado, ya que no solo se consideran prohibidas normativamente las conductas que afecten o lesionen el bien jurídico, sino también aquellas que lo pongan en peligro, obligando a admitir una consecuencia contraria a un derecho penal democrático; por ejemplo, el autor debería responder por cualquier consecuencia que sobrevenga por la realización del riesgo creado ex ante por su conducta.

Por tanto, en virtud del control que debe ejercer la Sala sobre la legalidad de los argumentos que cimentan el dictado de una sentencia, en dicho voto se concluyó que la *teoría del incremento del riesgo*, por lo menos en su formulación original por parte de Roxin, no podría admitirse en el marco referencial constitucional costarricense⁹⁸.

Principio de confianza

Síntesis del caso. Un conductor que irrespetó una señal de alto, colisionó con otro vehículo y les ocasionó lesiones a sus ocupantes.

Tesis de la defensa. Se pretendía responsabilizar por el percance al propio ofendido, por no “estimar” que el imputado iba a irrespetar el alto, pudiendo así evitar el accidente.

97 Voto n.º 702-99 de las 9:30 horas del 4 de junio de 1999. No obstante, como muy bien lo apuntala Andrea Renauld Castro en su libro (óp. cit., pp. 227 a 229), en este fallo se asimila erróneamente la imputación objetiva a una teoría de la causalidad, cuando la imputación objetiva más bien pretende ser un correctivo de la causalidad, al sostener que la simple constatación entre acción y resultado, no basta para imputarlo penalmente a su autor. Tampoco resulta satisfactoria el resto de la definición que se hace en dicha sentencia, pues el requerimiento de un nexo causal y de intención para que un acto sea penalmente relevante, es algo que la doctrina tradicional ha afirmado desde tiempo atrás. En el caso de estudio, para sostener que el imputado actuó con dolo eventual, aceptando como posible la muerte de su víctima a la hora de introducirle el cuchillo en su abdomen, no hacía falta recurrir a la imputación objetiva. Lo anterior confirma que no en todos los casos, la aplicación de criterios de imputación objetiva por parte de nuestra jurisprudencia, ha resultado acertada, ni los criterios invocados verdaderamente guarden relación con los hechos juzgados, aspecto que debe considerarse con sumo cuidado por parte del fiscal que desee hacer uso de este recurso dogmático.

98 Voto n.º 2004-1291 de las 9:05 horas del 12 de noviembre de 2004. En esta última resolución se aclara que si bien en votos precedentes de la Sala se ha hablado de la producción de “*un riesgo no permitido*” como elemento integrante del deber de cuidado, la tipicidad culposa (estructurada en elementos objetivos y subjetivos) no se cumple con solo el incremento de un riesgo, sino que además es necesario averiguar la finalidad concreta del autor (la cual sí existe en los delitos culposos) ante el hecho concreto, para saber de qué acción se trataba y, conforme a ello, se podrá determinar el cuidado debido que había de tenerse presente en ese tipo de acciones, y la falta al deber de cuidado, es la razón para su desaprobación normativa, y no solamente la creación de un riesgo que, si bien tiene importancia, no es el único criterio de imputación.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación señaló que el principio de confianza, invocado por el recurrente, hace que un conductor, en principio, no tenga que ser especialmente precavido ante la posibilidad de que otro no detenga su vehículo, respetando la prioridad de paso, pero que de todas maneras, dicho criterio no era aplicable al caso concreto, precisamente porque no se demostró que el encartado condujera su vehículo conforme a las reglas del tránsito automotor, sino que por el contrario, el accidente ocurrió precisamente, porque irrespetó una señal de alto⁹⁹.

Principio de confianza

Síntesis del caso. Un conductor arriba a una intersección, donde no había una señal fija de alto para los vehículos que circulaban en ese mismo sentido, por lo que continúa adelante con su marcha y, al atravesar la calle, colisiona con otro vehículo, por lo que se producen lesiones.

En primera instancia, el imputado fue declarado responsable de lesiones culposas, por considerarse que, si bien en la intersección de la cual salió, no había una señal de alto para él, varios testigos afirmaron que los conductores tenían la “costumbre” de detener sus vehículos en dicha salida, aunque en la intersección que se encontraba en frente, en sentido contrario, sí había una señal de alto, por lo que el imputado debió asumir que también existía un alto para él.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación Penal revocó el fallo, argumentando que para los hechos de tránsito, rige el principio de confianza, en virtud del cual, quien conduzca con respeto al deber de cuidado, tiene derecho a confiar en que los demás actúan de igual forma. Por estos motivos, no había razón para presumir que, al llegar conduciendo normalmente a un cruce de vías, debía detenerse para respetar una señal de alto que no existe materialmente, y por el contrario, quien conduzca dentro de la normatividad y normalidad, no debe suponer que los demás incumplan los deberes de cuidado, como el Estado en su función de mantener el señalamiento vial. Asimismo, el Tribunal discrepó con el *a quo*, cuando supuso que el conductor que observa el dorso de una señal dispuesta para los vehículos que circulan en sentido opuesto, debe asumir que también hay un alto para él, aunque materialmente no exista, pues al observarse señalamiento para los vehículos que transitan en otras direcciones, es suficiente para asumir que hay señalamiento vial. Por tanto, si no se observan dispositivos con ordenanzas que le sean destinados a quienes circulen en el sentido que llevaban, el imputado podía confiar que no existían y podía continuar su marcha con entera libertad, como efectivamente ocurrió.

Finalmente, si bien el Tribunal de Casación reconoció que la Ley de Tránsito contiene reglas subsidiarias para regular el tránsito en ausencia de señales fijas (según las cuales

99 Voto n.º 2001-843 de las 10:10 horas del 26 de octubre de 2001. En similar sentido, voto n.º 2002-396 de las 10:40 hrs. del 24 de mayo de 2002.

quienes circulen por vías principales, tienen prioridad de paso con respecto a los que circulen sobre vías secundarias). En la sentencia impugnada no había fundamentación alguna acerca del tipo de vía en donde circulaba el ofendido, así como tampoco se explicó, para el caso concreto, cuál vía tenía la prioridad de paso y cuál no, ante la inexistencia de la señal de alto¹⁰⁰.

Principio de confianza (Trabajo en equipo)

Síntesis del caso. Una paciente a la que se le practicó una intervención quirúrgica de esterilización en un hospital público, durante la cual sufrió una perforación en el intestino (lesión que puede ocurrir en ese tipo de operaciones, aun cuando el cirujano hubiera respetado la *lex artis* médica), fue trasladada posteriormente a la sala de recuperación.

En horas de la noche, el especialista en ginecología del nosocomio que se encontraba disponible, fue llamado para atenderla, y este se presentó al centro médico, la atendió, y consignó sus apreciaciones y diagnóstico. No obstante, pese a que la paciente presentaba una condición calificada de “emergencia”, el médico disponible no procedió a realizar exámenes diferenciales, sino que le bastó con lo que observó y diagnosticó en ese único momento, y la dejó al cuidado del servicio de enfermería, sin esperar la evolución de su estado de salud, para confirmar su diagnóstico, y se retiró a descansar. Dada la gravedad, la paciente desarrolló una peritonitis con “shock” séptico.

En las horas siguientes, su condición empeoró, presentando signos y síntomas del avance del “shock” séptico que estaba sufriendo. Pese a ello, las enfermeras que la atendieron durante ese turno, no cumplieron con el deber de cuidado, y en su lugar, cerraron su jornada sin efectuar ningún reporte que alertara sobre el caso. La situación de la ofendida no fue advertida, sino hasta el turno de enfermería del día siguiente, por lo que fue trasladada de emergencia para una reintervención quirúrgica, y, pese a los esfuerzos, falleció a causa de la infección generalizada en su cavidad abdominal.

Alegato de la defensa. El especialista acusado realizó un acto colectivo, regido por el principio de confianza, en virtud de que responde a la necesaria intervención de distintas personas. Requiere, además, confiar en que los restantes partícipes cumplirán con las obligaciones propias de su competencia.

La relación de causalidad entre la falta al deber y el resultado –muerte– supone que el sujeto activo posea dominio del hecho, mientras que en el caso de estudio, no puede sostenerse la imputación objetiva, habida cuenta de que la laceración del intestino grueso que sufrió la paciente y dio inicio a la cadena causal, ocurrió durante la cirugía, en donde no participó el acusado, ni tampoco tuvo dominio ni conocimiento de la concausa, a saber:

100 Ver voto [n.º 2001-787](#) de las 10:55 horas del 5 de octubre de 2001.

que las enfermeras responsables del cuidado de la ofendida, con posterioridad a que este médico la valorara, la desatendieron y no hicieron llamada alguna al médico disponible.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera resolvió que el principio de confianza, aplicable en casos de trabajo de equipo (con responsabilidades divididas entre varias personas), no puede ser invocado a favor del sujeto que, en el plano individual, efectuó la acción u omisión violatoria al deber de cuidado, producto de la cual se suscita el resultado lesivo, sin la intervención de los restantes miembros del grupo.

Así, en el caso de estudio, las acciones y omisiones en que incurrió el médico, ocurrieron en el plano individual, pues era a él –y no a otro– a quien le correspondía atender a la paciente, ordenar las pruebas médicas adecuadas, mantenerla bajo su estricta vigilancia y realizar el diagnóstico, sin que en tales operaciones, interviniera un equipo que se dividiera el trabajo, y lo hubiera incumplido.

En lo relativo a las actuaciones posteriores del personal de enfermería –que omitió dar nuevo aviso al médico disponible– ningún principio de confianza justifica que se descuiden las obligaciones propias que incumben al médico tratante ¹⁰¹.

Realización del riesgo creado de acuerdo con el fin de la norma

Síntesis del caso. Un ciclista circulaba contra vía en una carretera, en sentido este a oeste, rumbo a su lugar de trabajo. Un conductor circulaba sobre esa misma carretera, en sentido oeste a este. Al momento de que dicho automotor llegó a una intersección, donde había una señal de alto, el conductor aminoró la marcha, sin detener totalmente el vehículo, y realizó un viraje hacia su izquierda, a una velocidad aproximada de 10 km/h, para tomar una vía en dirección al norte, sin observar si en sentido este a oeste, circulaba otro vehículo, lo que hizo que dicho automotor se interpusiera en el carril, por el cual transitaba contra vía el ciclista, quien entonces colisionó su bicicleta a la altura del “stop” del guardabarro derecho del vehículo del imputado, por lo que sufrió lesiones.

En primera instancia, el conductor del automotor fue responsabilizado penalmente de dichas lesiones, por considerarse que faltó al deber de cuidado al no conducir “a la defensiva”, por no detener completamente su marcha y cerciorarse de que, en sentido contrario, no viniera otro vehículo, aun cuando viniera contra vía.

Decisión del Tribunal. Dicha condenatoria fue revocada por el Tribunal de Casación Penal, pues consideró que la responsabilidad penal por un hecho culposo, no puede fundamentarse en la mera infracción a la reglamentación de tránsito, sino que debía establecerse la relación entre dicho quebranto y el resultado producido, de modo que el mismo fuera consecuencia de un riesgo no permitido, tomando en cuenta el fin de la norma.

101 Voto n.º 2000-127 de las 9:40 horas del 4 de febrero de 2000.

De esta manera, para afirmar la responsabilidad penal, no bastaba una relación de causalidad física (de acuerdo con la teoría de la equivalencia), ni que se haya creado un riesgo no permitido, sino además era necesario que el resultado dañoso producido, se encontrara dentro de aquellos que pretendían evitar la norma infringida. En el caso de estudio, efectuado un análisis de los artículos 78 inciso c); 89 inciso ch); 131 inciso j) y 132 de la Ley de Tránsito, el Tribunal de Casación concluyó que, con respecto a las señales de alto, lo que estas procuran es que los conductores respeten la prioridad de paso de otros vehículos, así como que también deben cederles el paso a los peatones que se encuentren en la calzada, siendo este el sentido de dichas señales.

Por tanto, resulta ajeno a las señales de alto, que un conductor se cerciore de que no circulen vehículos contra vía, puesto que a ello no se hace referencia con la prioridad de paso. En el caso concreto, si bien el conductor aminoró su marcha y procedió a virar, luego de cerciorarse que no circularan vehículos con prioridad de paso, no detuvo completamente su vehículo, como correspondía de acuerdo con la Ley de Tránsito.

Sin embargo, el resultado producido (colisión con el ciclista) se encontraba fuera del resultado que se persigue evitar, a través de una señal de alto, la cual es respetar la prioridad de paso de vehículos que circulen con vía, para así evitar accidentes (ámbito de protección de la norma), y no tratar de evitar accidentes con vehículos que circulen contra vía, por lo cual dicho resultado no le era imputable objetivamente al sentenciado¹⁰².

Autopuesta en peligro

Síntesis del caso. Un conductor de autobús de servicio público, cinco metros antes de arribar a una parada, abre la puerta lateral, lo que aprovecha un pasajero para lanzarse apresuradamente del autobús, sin que este se hubiera detenido totalmente, por lo que perdió el equilibrio; cayó a la calzada y se produjo lesiones.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación consideró que, si bien la Ley de Tránsito indica que las puertas de los vehículos de transporte público, deben permanecer cerradas durante el recorrido, y se abrirán únicamente en las paradas autorizadas, la mera infracción de esta regla, no depara responsabilidad penal para el conductor del autobús en el caso concreto, puesto que las lesiones sufridas por la víctima, no fueron resultado de la conducta del imputado (abrir la puerta), sino por la suya propia, pues de acuerdo con el principio de autorresponsabilidad, las puestas en peligro queridas y realizadas por la propia responsabilidad de la víctima, no son subsumibles en el delito de lesiones culposas, si se realiza el riesgo conscientemente corrido por la persona responsable.

Lo anterior se basa en que el derecho no puede extender su protección a los que voluntariamente renuncian a ella (salvo casos de suicidio y eutanasia). En el caso de

102 Voto [n.º 2004-317](#) de las 11:42 horas del 1 de abril de 2004.

estudio, el resultado fue la concreción del peligro generado por la propia actuación consciente y voluntaria de la víctima, al lanzarse el autobús, sin que este se hubiera detenido por completo, de modo que debía correr con las consecuencias de su acción¹⁰³.

Puesta en peligro aceptada

Síntesis del caso. Un grupo de jóvenes que se encuentran festejando en un local, donde se expenden bebidas alcohólicas, decide trasladarse a otro lugar para continuar en lo que estaban. Uno de ellos se dispone a conducir su vehículo automotor, pese a ser menor de edad (por lo que no contaba con permiso para la conducción), y además, se encuentra en estado de ebriedad, por lo cual uno de sus acompañantes decide no viajar más con él, en vista de su estado étílico, e incluso sus amigos le insistían en que no manejara.

No obstante, uno de los jóvenes (también menor de edad), por solidaridad y amistad decide acompañarlo. Debido al estado de embriaguez en que se encuentra el mencionado conductor menor de edad, viaja a exceso de velocidad, por lo que pierde el control del vehículo; se vuelca, y su compañero resulta seriamente lesionado.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación absolvió de responsabilidad al conductor ebrio por las lesiones sufridas por el ofendido, aplicando la figura de la puesta en peligro de un tercero aceptada por este, con la cual, cuando un sujeto no se pone en peligro dolosamente a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro, con consciencia del riesgo, si dicho riesgo se materializa en un resultado lesivo, este resulta impune.

El Tribunal explicó que, en el caso de estudio, se cumplió con todos los requisitos de dicha figura, puesto que al abordar el vehículo: a) La víctima conocía en forma amplia el riesgo, en la misma medida de quien realizaba la puesta en peligro, es decir, conocía el peligro que generaba el imputado al conducir en estado de ebriedad. b) Las lesiones sufridas por el ofendido fueron la realización del riesgo asumido al subir al automotor guiado por el encartado, y no de otro riesgo distinto, pues el estado étílico del imputado precisamente lo guió para realizar una maniobra violenta que culminó con el accidente. c) El ofendido puesto en peligro, fue igualmente responsable del acontecer como quien generó el riesgo, pues tenía la posibilidad de no participar en el hecho, con la simple negativa de subir al vehículo, porque no fue presionado para hacerlo, así como también tenía la oportunidad

103 Voto n.º 122-F-99 del 9 de abril de 1999.

de no ofrecerse a subir al automotor del imputado, por razones de amistad y lealtad a un amigo que se encontraba en manifiesto estado de ebriedad¹⁰⁴.

A pesar de lo anterior, en fecha reciente el Tribunal de Casación confirmó una sentencia condenatoria por lesiones culposas, en una hipótesis similar a la descrita anteriormente, con motivo del caso de una ofendida mayor de edad que subió al automóvil de un sujeto –que en ese momento se encontraba sobrio– y le ofreció darle un aventón, después de quedar en el acuerdo de que este le confeccionaría una carta de recomendación.

En el camino, el sujeto le propuso a la mujer ir a un bar. En dicho sitio, el conductor se dedicó a beber licor y tomó en buena cantidad, y en horas tempranas de la noche, este ya

104 Voto n.º 2005-531 de las once horas del nueve de junio de 2005. No obstante, consideramos importe que también se tome en cuenta el criterio vertido, en sentido contrario, por el Juez Guillermo Sojo Picado, desarrollado en un voto salvado dentro de esta misma resolución, quien señalaba que el caso de estudio, no era posible resolverlo con fundamento en la teoría de la imputación objetiva, específicamente por la figura de la autopuesta en peligro o de un riesgo que ha sido aceptado por un tercero, con lo cual se consideró atípica la conducta. Sostiene el juez Sojo Picado en dicho voto salvado que modernamente, debido al proceso de industrialización, con la consiguiente manipulación de máquinas, y la aparición de una sociedad de considerable aumento en los riesgos, el delito imprudente, especialmente aquel asociado con el tráfico vehicular, ha pasado a un primer plano. El tráfico automovilístico representa actualmente una de las fuentes principales de peligro para la vida, la salud, la integridad física y el patrimonio de las personas. Desde esa perspectiva, no era posible resolver el caso concreto considerando únicamente la contribución que pudiera haber dado la víctima, especialmente tratándose de un menor de edad en que la comprensión de las consecuencias de un hecho, no es la misma que pudiere tener una persona adulta. Por otro lado, el menor, precisamente por esa condición, nunca pudo representarse de modo completo que pudiera haber sucedido el accidente de la circulación, así que no era posible interpretar que renunciara a la protección que el ordenamiento jurídico le brindaba. De ahí que aceptar que el menor, con la acción de subirse al vehículo conociendo que el sentenciado estaba en estado de ebriedad, estuviera renunciando a la protección del ordenamiento, era prácticamente hacer desaparecer la idea de bien jurídico, y establecer de modo irrestricto que cualquiera puede disponer de los medios de protección que el ordenamiento brinda. En ese tanto, el juez Sojo Picado coincide con la opinión de algunos autores que afirman que el principio de autorresponsabilidad –entendido como que quien no toma las precauciones correspondientes a su responsabilidad respecto de sus bienes, no queda protegido– lo que hace es desnaturalizar las bases mismas del derecho penal, pues este dejaría de ser protección de bienes jurídicos para tutelar básicamente al imputado y no a la víctima, asumiendo el Estado un papel pasivo y ausente en la protección que el ordenamiento debe brindar. En este sentido, la idea de la autorresponsabilidad lo que vendría a hacer, es partir de la falsa idea de que el bien jurídico no merece protección alguna por el comportamiento del sujeto titular de ese bien, lo que no es posible considerar especialmente, cuando se trata de un menor de edad, pues llevaría a estigmatizar a la víctima para tutela únicamente al que causó de modo directo el daño, por su acción imprudente, y se le despoja de los bienes que el Estado debe proteger. En otros términos, si se acepta que en el caso de estudio, el responsable de los hechos –y que por ende debía asumir el riesgo de su conducta– era única y exclusivamente el menor ofendido, crea una distorsión en el sistema penal, pues se deja de analizar la responsabilidad del autor y de los hechos, para someter a juicio a la víctima. Si bien es cierto que existe una tendencia a analizar en el derecho penal, la actuación de la víctima y la contribución que pudo tener en el hecho delictivo, a criterio del juez Sojo Picado, esto no implica dejarla desprotegida, sin un análisis crítico de los hechos y de la responsabilidad del autor. En el caso concreto, el menor ofendido si bien pudo apreciar que el acusado estaba en estado de ebriedad, y aún así aceptó acompañarlo en el vehículo, “por solidaridad”, esto hace evidenciar que el menor perjudicado no pudo nunca pensar que pudiera suceder un percance con las consecuencias físicas que se derivan del proceso, y en todo caso, el estado de ebriedad y el exceso de velocidad –según se acreditó– hacen que el justiciable pierda el control del automotor y se vuelque, hechos que son producto de la acción en violación al deber de cuidado atribuible al imputado y no propiamente al ofendido.

se encontraba ebrio, y le ofreció a la ofendida ir a la playa. Posteriormente, ambos salieron del lugar y subieron al vehículo del sujeto, ya que la ofendida no tenía más opción que introducirse al vehículo, porque se encontraba en un lugar distante de su destino y no llevaba dinero. El imputado condujo el automóvil en “zig-zag” a mucha velocidad, luego de adelantar un camión, la ofendida le indicó que manejara más despacio y, momentos después, el automotor colisionó contra la baranda del puente en el lado que la ofendida iba sentada y con su cinturón puesto. Esta colisión le provocó a dicha víctima serias lesiones.

En defensa del imputado se argumentó violación al *in dubio pro reo*, pues no se demostró que la ingesta de licor fuera la causa directa, manifiesta y determinante de la colisión. Se debió realizar una relación de causalidad entre la ingesta de licor y el accidente ocurrido; pero no entre el accidente y las lesiones sufridas por la ofendida.

El motivo fue declarado sin lugar por el Tribunal de Casación Penal, por cuanto en la sentencia impugnada, existía una completa y adecuada fundamentación intelectual, donde se analizaron en forma detallada, las pruebas incorporadas al debate, a saber las declaraciones de la ofendida y la del inspector de tránsito que atendió el accidente, mismas que fueron valoradas en perfecta armonía con las demás pruebas introducidas al debate (parte de tránsito, croquis de la escena del accidente, prueba pericial sobre alcoholemia y los dictámenes médico-legales, acerca de la lesiones sufridas por la ofendida).

El Tribunal de Casación consideró que el *a quo* fue claro y determinante en admitir la versión que rindiera la ofendida, pues la misma logró amalgamarse con las demás pruebas incorporadas, válidamente al debate y dando sustento a la actuación imprudente del imputado y su consecuente infracción al deber de cuidado que provocaron, sin lugar a dudas, las lesiones que recibió esta última. Así también indicó que se logró establecer que el imputado conducía el vehículo bajo los efectos del licor, gracias al dictamen criminalístico, lo que resulta coherente con la declaración de la ofendida en cuanto a la conducción en “zig-zag” y el exceso de velocidad, así como las maniobras imprudentes que terminaron con el choque contra la baranda del puente.

El croquis que levantó el inspector de tránsito, mostraba la existencia de señales de tránsito que advertían de la existencia del puente, desde los doscientos metros previos y, también, a pocos metros antes de ingresar al puente. El mismo inspector fue enfático al declarar que la señalización en la carretera, respecto a la existencia e ingreso al puente, era sumamente clara. Por la certeza con que resolvió en el fallo (tanto en su fundamentación fáctica como intelectual), a criterio del Tribunal de Casación en el caso de estudio, no era posible pensar en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, debido a que la condenatoria contaba con una fuerte base de certeza positiva, acerca de la intervención imprudente del imputado en los hechos acusados en su contra¹⁰⁵.

105 Tribunal de Casación, voto [n.º 2006-611](#) de las 8:45 hrs. del 23 de junio de 2006.

No obstante, estimamos que en los casos citados, ambos votos dejan de lado temas muy importantes, como la “**capacidad**” de la persona menor de edad de ponerse en peligro, así como la **situación de necesidad de la víctima**. De esta forma, se traslada todo el juicio de reproche a esta última. Por lo anterior, consideramos recomendable analizar estas situaciones con los precedentes de culpa concurrente, dado que los criterios expuestos por el Tribunal de Casación, acerca de “consentimiento” por parte de la víctima para ser puesta en situaciones de riesgo, podrían generar problemas serios en la práctica, sobre todo en casos de violencia doméstica (síndrome de dependencia adquirida) y situaciones que se presentan dentro de relaciones de poder, donde la víctima se encuentra en una clara situación de desventaja.

2.3.- Elementos subjetivos del tipo penal

2.3.1.- El dolo y los elementos subjetivos del tipo penal doloso

El tipo penal doloso presenta una vertiente subjetiva, en donde se incluye el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, elementos concomitantes y selección de los medios). Esta última fase es más difusa y difícil de probar, en tanto refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar. Sin embargo, la misma puede llegar a ser inferida, a través del estudio del comportamiento externo del agente.

2.3.1.1.- El concepto de dolo. El dolo constituye el ámbito subjetivo del tipo de injusto en los delitos dolosos. Se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, ya sean los elementos que caracterizan a la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado, que afecta un determinado objeto protegido. Por ello, señala la doctrina que en los delitos dolosos, existe coincidencia entre el elemento objetivo y el subjetivo.

El concepto del dolo desempeña una función reductora, al impedir la responsabilidad meramente objetiva o por el resultado, exigiendo ciertas finalidades como condición para su relevancia típica.

El elemento volitivo del dolo ha sido puesto en duda por un sector de la dogmática moderna (funcionalismo), sobre todo en relación con los delitos de omisión, en donde se señala que no se puede hablar de una inexistente voluntad de realización, sino la disconformidad de querer realizar algo. Por tanto, es dejar que los hechos sigan su curso sin su intervención. Sin embargo, la fórmula tradicional, aplicada por la doctrina mayoritaria y nuestra jurisprudencia, incluye ambos elementos.

En efecto, ha sido criterio de la Sala Tercera¹⁰⁶ que, para el análisis judicial de cualquier conducta encuadrable en un tipo penal, resulta fundamental el estudio del aspecto volitivo y cognitivo de la intención del sujeto activo, por cuanto el artículo 30 del Código Penal¹⁰⁷, establece una relación inseparable entre el hecho tipificado (tipo objetivo) y el aspecto intencional del mismo (dolo, culpa o preterintención). Lo anterior queda reafirmado por la existencia del artículo 31 del código¹⁰⁸ que, a criterio de la Sala, define el dolo como una *voluntad realizadora del hecho tipificado*.

De esta manera, si dolo es *querer* la realización del hecho típico, el conocimiento que el dolo requiere es, precisamente, el de los elementos del tipo objetivo (de ahí su denominación como “dolo de tipo” o “*dolus naturalis*”, a diferencia del “dolo de culpabilidad” o “*dolus malus*”, propio de la vieja y superada teoría del tipo simple). Este conocimiento no puede ser potencial (es decir, una posibilidad de conocimiento), sino que debe ser efectivo, aun de la probabilidad de que el resultado se produzca y no se evite el mismo.

Para la Sala, de la lectura apegada al texto del artículo 31 del Código Penal, no se podría observar en el dolo el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, aspecto que debe ser tratado en el análisis de la culpabilidad. Asimismo, si el dolo requiere el conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo (las exigencias para que el delito exista, según su descripción), ese conocimiento también presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico, pues sin esa previsión no se puede hablar de dolo.

Dolo: conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.

106 Ver votos [n.º 446-F-92](#) de las 15:40 hrs. del 15 de septiembre de 1992; [n.º 344-F-94](#) de las 9:20 hrs. del 9 de septiembre de 1994; [n.º 2000-732](#) de las 9:45 hrs. del 30 de junio de 2000; [n.º 2002-777](#) de las 11:20 hrs. del 9 de agosto de 2002; [n.º 2004-725](#) de las 9:06 hrs. del 25 de junio de 2004; [n.º 2004-1422](#) de las 10:10 hrs. del 17 de diciembre de 2004; [n.º 2005-582](#) de las 10:05 hrs. del 10 de junio de 2005 y [n.º 2005-877](#) de las 9:55 hrs. del 12 de agosto de 2005. En sentido similar, votos del Tribunal de Casación Penal [n.º 064-F-99](#) del 1 de marzo de 1999; [n.º 2000-86](#) del 4 de febrero de 2000; [n.º 2001-011](#) del 5 de enero de 2001 y [n.º 2002-226](#) de las 9:55 hrs. del 15 de marzo de 2002.

107 El artículo 30 del Código Penal dispone que nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención. En contraposición, el artículo 19 del proyecto de nuevo código establece que nadie puede ser sancionado por una conducta expresamente tipificada en la ley, si no la ha realizado con dolo o culpa, eliminándose la preterintención. En vez de ello, este artículo 19 dispone que la realización por culpa solo es punible, cuando la ley expresamente lo comine con pena, y en caso de que la ley señale pena más grave por una consecuencia especial de la conducta, se aplicará solo al autor o partícipe que haya actuado, al menos con culpa respecto de ella.

108 Conforme con el actual artículo 31, obra con dolo quien *quiere* la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible. En el proyecto de nuevo código, la redacción del artículo 20 enfatiza aún más el contenido volitivo y cognitivo de este, al establecer que obra con dolo quien *conoce y quiere* la realización de la conducta tipificada, así como quien la *acepta previéndola al menos como posible*.

2.3.1.2.- Elementos intelectual y volitivo

a) **Elemento intelectual o cognitivo.** Saber qué es lo que se hace y conocer los elementos que caracterizan esa acción como típica. Este conocimiento se refiere a los elementos objetivos del tipo: sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc. Así por ejemplo, en el tipo subjetivo del homicidio, el dolo requiere conocer el hecho de que se mata, que la acción realizada es adecuada para producir la muerte de otra persona y que la víctima es una persona.

No tiene relevancia, para los efectos de la tipicidad, que la persona que mata conozca o no la ilicitud de su hacer, o su capacidad o incapacidad de culpabilidad.

Coincide la doctrina en que el conocimiento exigido por el dolo, debe ser un **conocimiento efectivo actual** (un conocimiento realmente poseído por el sujeto al momento de cometer el hecho) **o actualizable** (a pesar de poseerlo y tenerlo disponible, no lo considere al momento de actuar. Así por ejemplo, una persona puede saber qué almorzó un día, lo que constituye un conocimiento efectivo, pero solo lo actualiza cuando piensa en ello, es decir, cuando lo rescata de su memoria y lo tiene presente al momento de actuar). Por lo anterior, para que exista dolo, **no basta el conocimiento potencial**, pues la persona debe saber lo que hace; no basta con que hubiera debido o podido saberlo.

Ese conocimiento debe abarcar tanto los elementos descriptivos como normativos del tipo. El conocimiento de los primeros, requiere que hayan sido percibidos por el sujeto. Con respecto a los elementos normativos, estos se comprenden por su significación. La doctrina también ha señalado que el dolo no requiere de conocimientos técnico-jurídicos (especialmente en el caso de los elementos normativos de contenido jurídico, como “*documento*”, “*cosa ajena*”, “*fondos públicos*”, etc.), pues de lo contrario, solo los abogados podrían cometer delitos. Basta con que el sujeto posea lo que algunos autores denominan “*conocimientos paralelos en la esfera del lego*”. Así por ejemplo, el concepto de “*documento*” no se puede identificar por la simple percepción sensorial del papel en que se hace constar un contrato. No obstante, para el dolo basta con que el autor tenga consciencia de que se trata de un instrumento destinado a probar una relación jurídica determinada (el contrato). En el caso de elementos normativos de contenido no jurídico (v. gr. “*mujer honesta*”), basta con que el agente realice una valoración de carácter “*empírico-cultural*” para poder precisarlos.

El conocimiento requerido por el dolo debe abarcar también las circunstancias agravantes (específicas o genéricas) que, por formar parte de los tipos objetivos, deben ser calificadas como “*típicas*”.

En cuanto a la relación entre la previsión del curso causal y el dolo, se ha señalado que no existe capacidad humana de previsión de un curso causal en todos sus detalles; pero que el plan concreto abarca más o menos precisiones, según los casos y las circunstancias

que dependen de la voluntad particular del autor. De manera que la esenciabilidad o inesenciabilidad de la discordia de lo sucedido respecto de lo planeado, siempre debe establecerse conforme al plan concreto del hecho, o sea, según el grado de concreción del dolo en el plan.

Por consiguiente, en relación con el **resultado y el nexo de causalidad** (o la imputación objetiva) en los tipos que lo exigen, un conocimiento efectivo es imposible, por lo que para la doctrina basta con que el sujeto tenga **una previsión de ellos en líneas generales**, pues si la ciencia no está en posibilidades de anticipar todos los resultados o cursos causales, con mayor razón se trata de un conocimiento solo adquirible con posterioridad al hecho. En este mismo sentido, nuestra jurisprudencia reciente señala que, en los delitos de resultado material, la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que **debe ser comprendido por el dolo del autor**, por lo que si la producción de un resultado es parte del tipo, el dolo debe extenderse a su acaecimiento y además debe abarcar, **en sus rasgos esenciales**, el curso causal que conduce a la realización del resultado¹⁰⁹.

A manera de ejemplo véase el siguiente caso: El día 15 de agosto de 1997, el ofendido **B** tuvo una discusión con los acusados **A** y **C**. Mientras **A** lanzaba piedras en contra del ofendido, **C** sigilosamente se le acercó a este último armado con una piedra en cada una de sus manos, y de forma sorpresiva se abalanzó sobre **B** y le propinó varios golpes a la altura de los oídos con las piedras, y logró derribarlo. Ya en el suelo, **C** se colocó sobre la víctima y le propinó varios golpes por la cabeza sin soltar las piedras, lo que fue aprovechado por **A** para acercarse y patear al ofendido también por la cabeza, despliegue con el cual le ocasionaron cuatro fracturas lineales en la base del cráneo.

Posteriormente, el agraviado fue trasladado al Hospital, donde se le diagnosticó una fractura en la base del cráneo y se decidió trasladarlo al Hospital México. No obstante, el día 16 de agosto de ese mismo año, el agraviado fue dado de alta de ese centro hospitalario y fue trasladado a las celdas del Organismo de Investigación Judicial del II Circuito Judicial de San José y luego al Centro de Atención Institucional San José. Por último, la fractura de la base del cráneo con fístula de líquido cefalorraquídeo que tenía el agraviado, se complicó al adquirir esta la bacteria que provoca el proceso infeccioso de la meningitis. A raíz de esa meningitis bacteriana, el agraviado falleció el 26 de agosto de 1997. **A** y **C** fueron condenados entonces por el delito de Homicidio en perjuicio de **B**.

Tesis de defensa. No es clara la existencia de una cadena causal entre la agresión perpetrada por **A** y **C** y la muerte del ofendido, en especial porque no se establece cuál fue la responsabilidad del acusado en la meningitis bacteriana que causó la muerte a la víctima, la cual constituyó una concausa que, en última instancia, fue lo que provocó la muerte de **B**.

109 Sala Tercera, voto [n.º 2006-580](#) de las 15:15 hrs. del 19 de junio de 2006.

Solución jurisprudencial. La Sala Tercera acogió dicho reclamo. En los delitos de resultado material, la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que debe ser comprendido por el dolo del autor. Si la producción de un resultado es parte del tipo, el dolo debe extenderse a su acaecimiento, y además, debe abarcar en sus rasgos esenciales el curso causal que conduce a la realización del resultado. Citando la opinión del profesor Francisco Castillo González, la Sala indicó que

[...] El artículo 34 del Código Penal habla de “exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción”, que tienen que ser conocidos por el agente para que él actúe dolosamente. Estas exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción, pueden ser cosas, acontecimientos o situaciones fácticas perceptibles por los sentidos y en tal caso hablamos de elementos descriptivos del tipo penal. Pero esas exigencias necesarias, para que el delito exista, según su descripción, no son solamente circunstancias fácticas en el sentido de las ciencias naturales sino también circunstancias fácticas en sentido social o normativo. En tal caso hablamos de elementos normativos del tipo penal. La relación causal es, en los delitos dolosos de resultado, un elemento normativo no escrito en el tipo. La relación de causalidad concreta -ella indica que una ley causal general se aplica a un caso concreto, de modo que la unión de una concreta acción del autor y un resultado típico concreto obedece a la existencia de esta ley causal general-, es objeto de dolo, en los delitos dolosos de resultado. De acuerdo con el citado artículo 34, la representación del autor en el momento de la acción debe referirse a aquellas circunstancias que establecen la causalidad entre acción y resultado.

En virtud de lo anterior, concluyó la Sala que el autor debe conocer la relación causal, es decir, debe conocer que con su acción producirá un determinado resultado. La pregunta que surgía entonces era la siguiente: ¿Qué sucede en aquellos casos donde el resultado típico se produce fuera del modo usual en que ocurren las cosas, y de lo que conforme a las reglas de experiencia, el sujeto activo podía prever, o en donde el resultado sobreviene por una circunstancia, en relación con la cual el sujeto activo no tenía dominio alguno? Este análisis es el que, precisamente, se echaba de menos en la sentencia impugnada, por cuanto el *a quo* se limitó a considerar que los acusados golpearon al ofendido de manera reiterada con la intención de darle muerte, que producto de esos golpes la víctima sufrió una fractura en la base del cráneo, y que en este caso, no existió la acción de un tercero que incrementara el riesgo que sufrió la vida del perjudicado, pues los médicos que trataron al occiso no cometieron errores, razón por la cual:

[...] el resultado muerte se produjo única y exclusivamente con la proyección natural en el tiempo, de la agresión y la lesión sufrida con la misma. El resultado muerte se produjo como una realización del peligro creado por los autores, es decir, con dolo directo de producir ese resultado, creando dolosamente un riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado.

Más adelante, el fallo de mérito sostenía que el agraviado, no obstante haber sido atendido debidamente en el Hospital México:

[...] *resultó con una bacteria que le produjo una meningitis purulenta que le produjo la muerte, siendo que el nexo de causalidad entre la agresión y el resultado muerte nunca se desvinculó, por lo que el hecho punible atribuido a los acusados se tuvo por bien demostrado.*

Por tanto, aunque el órgano sentenciador concluyó que la muerte del ofendido se produjo por una meningitis bacteriana post-traumática en la base del cráneo, no señaló si los acusados tenían conocimiento de la relación de causalidad que se tuvo por demostrada (a saber, que al golpear al agraviado en su cabeza le produciría una lesión que posteriormente se infectaría, y le causaría la muerte de esta manera), o si conociendo esa circunstancia, tenían el control de la misma.

Como se vino indicando, al sujeto que ha causado un hecho, no se le pueden imputar jurídicamente aquellos resultados que, en virtud de la extrañeza del proceso causal, conforme a las reglas de la experiencia, no podía prever, como tampoco los resultados que, previstos o no, no tenía la posibilidad de dirigir ni controlar, hacia la producción de una mutación más o menos determinada del mundo físico.

Por ello, en criterio de la Sala era esencial que el órgano de mérito examinara ese tema, a efectos de definir si los imputados conocían los rasgos generales de la relación causal y la controlaban (caso donde podría hablarse de un homicidio consumado), o si por el contrario, solamente tenían el dolo de matar al agraviado con sus golpes, por ejemplo, sin prever que al herirlo, la lesión podía infectarse y provocar la muerte (caso en el cual solamente nos encontraríamos ante una tentativa de homicidio).

A mayor abundamiento, tampoco se podía olvidar que no basta con que una persona coloque a otra en una situación donde el resultado efectivamente ocurrió, para que se le pueda imputar jurídicamente ese resultado, sino que se requiere que el sujeto conozca en sus trazos esenciales la relación de causalidad y que la controle, pues de lo contrario se estaría desconociendo que en el sistema penal vigente, nadie puede ser sancionado por un hecho que no le es cognoscible y gobernable. Este aspecto del dolo es el que, en el caso concreto, el órgano sentenciador no abordó y, por esa razón, la resolución cuestionada resultaba ilegítima¹¹⁰.

Finalmente, el agente debe conocer también los elementos subjetivos del tipo, pues son componentes del dolo.

Por el contrario, el dolo no abarca la comprensión de si la conducta es contraria al derecho. En la actualidad nuestra jurisprudencia se inclina por la *teoría estricta de la culpabilidad*, con la cual el conocimiento de la antijuridicidad forma parte de la culpabilidad, en donde

110 Voto [n.º 2006-580](#) de las 15:15 hrs. del 19 de junio de 2006

debe ser analizado. Este tema será retomado más adelante, a la hora de explicar la diferencia entre el error de tipo y el de prohibición.

b) **Elemento volitivo.** Es la voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar. Además de conocer los elementos objetivos del tipo, es necesario **querer realizarlo**, es decir, que el agente se **decida a realizar la conducta tipificada**. En otras palabras, el elemento volitivo del dolo implica querer el resultado típico, ya sea que se alcance ese resultado con la consumación del delito, o bien que no se alcance (por razones ajenas a la voluntad del agente), poniendo en peligro el bien jurídico, como ocurre en la tentativa.

Este querer **no se debe confundir con el deseo o los móviles del sujeto**. Si bien todas las acciones conscientes y voluntarias tienen una finalidad, no todos los fines son relevantes para el derecho penal. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha señalado que el móvil o la causa por la que una persona decide cometer un delito, no siempre es necesaria para que se configure el tipo penal establecido en la ley (salvo que esté contenida expresamente en el tipo objetivo). Lo que realmente importa es que, en el caso concreto, se acredite que el sujeto haya actuado con conocimiento y voluntad de comisión del hecho tipificado, es decir, con dolo¹¹¹.

Debe tenerse también presente que el momento del dolo debe coincidir con el de la realización de la acción.

111 Sala Tercera, votos [n.º 2000-732](#) de las 9:45 hrs. del 30 de junio de 2000 y [n.º 2003-338](#) de las 10:25 hrs. del 16 de mayo de 2003. En la primera resolución, la Sala indicó lo siguiente: [...] *Por todo lo anterior, no repercute sobre el tipo el que la imputada se haya casado o no con el señor O. por dinero; tampoco incide sobre ese elemento el que el ofendido le tuviese confianza o no a F.C. para efectuar transacciones sobre sus cuentas bancarias; en ninguno de esos casos se estaría confirmando o desvirtuando el dolo, sino que se acreditaría o descartaría un móvil, el cual, como ya se dijo, no hace falta para tener por cumplida la tipicidad de la conducta de la justiciable. Lo que realmente importa es que para el a-quo, en el caso concreto se evidencia el dolo (que define el Tribunal como la voluntad de acabar con la vida del ofendido; folio 933 vuelto) porque los coimputados causaron la muerte de W.O. en co-dominio funcional del hecho; agrega que lograron su cometido al cortar la respiración tras comprimirle el tórax y poner en su cabeza una bolsa plástica, a sabiendas de que él era el esposo de D. (véase la exposición del órgano de mérito entre los folios 933 y 934). Así planteadas las cosas, debe advertirse que el Tribunal no fundamenta la existencia del dolo en la constatación o no de un motivo para que la imputada decidiese matar a su marido, sino que lo basa en las acciones que se demostró desplegaron los coimputados. Cabe advertir que aún suprimiendo del elenco de hechos probados -concretamente del segundo de ellos; folio 781 vuelto- que el ánimo de la imputada era hacer valer su condición de heredera universal de los bienes de W.O., ello en nada desacredita la existencia de una conducta homicida dolosa. Por ello, carece de interés discutir si en la presente causa se vulneraron las reglas de la sana crítica en cuanto a la determinación de la existencia de un motivo para que D.F.C. tomase la decisión de dar muerte a su esposo. De nuevo, se reitera que lo realmente decisivo es que se tiene por demostrado que ella participó en la elaboración y ejecución de un plan para matar a su cónyuge y que logró su fin. En ese sentido, no aprecia la Sala que se produzca agravio alguno en relación con la concurrencia de un móvil para cometer el homicidio, ya que independientemente de que éste se constate o no, ello en nada incide sobre la tipicidad de la conducta atribuida a D.F.C., la cual, como ya se indicó, es dolosa y se califica por su condición de cónyuge de la víctima, no porque se acredite la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo.*

Actúa con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro que genera su acción.

Hay que tener presente que para la doctrina y para nuestra jurisprudencia, en materia penal, **el dolo no se presume**, y no basta con sentar una probabilidad, sino que debe demostrarse **más allá de toda duda razonable**, que se cumple con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Así por ejemplo, en el caso de la estafa (Art. 216 Código Penal), son elementos objetivos del tipo la lesión al patrimonio ajeno, la inducción de una persona a error (ocultando hechos verdaderos o simulando hechos falsos) con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial antijurídico.

Además, los elementos subjetivos estarían integrados por el dolo y los elementos subjetivos distintos de este (intención de obtener el beneficio patrimonial), por lo que para dictarse una sentencia condenatoria, debe probarse –con razonable certeza– que el imputado tenía conocimiento de que estaba lesionando el patrimonio ajeno, y que estaba induciendo a error a una persona, conocimiento de que estaba simulando hechos falsos u ocultando los verdaderos, todo ello con la intención de obtener un lucro injusto, pues de lo contrario, la conducta no podría tenerse por típica. Otro ejemplo sería el del uso de documento falso (Art. 365 Código Penal), cuya tipicidad subjetiva requiere el conocimiento de la falsedad del documento que se utiliza¹¹².

Por supuesto que, en términos generales, el contenido cognitivo y volitivo de la acción, no tiene prueba directa, salvo los casos de resolución manifestada, por lo que a nivel jurisprudencial, se acepta que el dolo pueda ser inferido inductivamente del análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho, conforme a las reglas de la sana crítica¹¹³.

Esto debe ser tomado muy en cuenta por los fiscales, desde el planteamiento inicial del caso, de manera que la investigación en los delitos dolosos se oriente, no solo a la acreditación del hecho típico (elementos objetivos), sino también a la demostración de que el imputado actuó con conocimiento y voluntad (elementos subjetivos).

112 Sala Tercera, votos [n.º 38-F-94](#) de las 9:05 hrs. del 28 de enero de 1994 y [n.º 2004-1422](#) de las 10:10 hrs. del 17 de diciembre de 2004. En sentido similar, Tribunal de Casación Penal, voto [n.º 2003-288](#) de las 10:28 hrs. del 3 de abril de 2003.

113 Sala Tercera, votos [n.º 657-98](#) de las 9:20 hrs. del 10 de julio de 1998; [n.º 2002-152](#) del 22 de febrero de 2002; [n.º 2003-0004](#) de las 8:40 hrs. del 17 de enero de 2003; [n.º 2003-68](#) del 13 de febrero de 2003; [n.º 2004-1196](#) del 14 de octubre de 2004, entre muchos otros. Por parte del Tribunal de Casación, votos [n.º 2001-481](#) del 29 de junio de 2001 y [n.º 2004-1088](#) del 21 de octubre de 2004, entre otros.

2.3.1.3.- Clases de dolo

2.3.1.3.1.- El dolo directo (de primer y de segundo grado). El dolo se distingue según la mayor o menor intensidad del elemento intelectual o del volitivo, entre dolo directo y dolo eventual.

En el denominado **dolo directo de primer grado**, el autor quiere directamente realizar el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad). El componente volitivo predomina sobre el cognitivo.

En el **dolo directo de segundo grado** (modalidad complementaria del primero), se incluyen los casos donde el autor no quiere directamente la consecuencia que se va a producir; pero la admite como unida de manera necesaria, al resultado principal que pretende, y la incluye dentro de su voluntad.

A manera de ejemplo véase el siguiente caso: un sujeto ingresa intempestivamente a una casa de habitación, llevando consigo un objeto contundente con el que golpea al ocupante de la vivienda. En primera instancia, el imputado es condenado por los delitos de agresión con arma y violación de domicilio en concurso ideal.

La defensa del sentenciado sostuvo que dicha calificación era incorrecta, por considerar que la violación de domicilio constituyó, en el caso concreto, un acto previo impune, es decir, una acción de paso hacia el acto principal del sujeto activo: la agresión contra el ofendido.

Este alegato fue rechazado por el Tribunal de Casación, confirmando la calificación legal de los hechos con base en lo siguiente: a) No existe ninguna coincidencia entre el bien jurídico que tutela la violación de domicilio y la agresión con arma, supuesto que debe cumplirse, si se pretende establecer una sinonimia entre dos figuras delictivas que provoca la exclusión de la figura residual frente a la principal. Si el bien jurídico tutelado en ambas figuras fuera el mismo, y la acción cuya impunidad previa se pretende, no es más que parte de la acción que contiene la acción previa, como ocurre entre los abusos deshonestos y la violación, entonces sí podría admitirse, lógicamente, la impunidad de la acción de paso. No obstante, dichas condiciones no se cumplen entre los delitos de agresión con arma y de violación de domicilio, por cuanto el primero no contiene de ninguna manera al segundo, ya que la relación de medio a fin de dos figuras delictivas y la impunidad de la acción previa, se determinan conforme al contenido abstracto de cada tipo penal y no de las circunstancias particulares del caso.

b) Si bien en el caso de estudio resultaba claro que la intención principal del sujeto era agredir al ofendido, por lo que se puede afirmar que actuó con dolo directo de primer grado con respecto a este delito, el imputado sabía que alcanzar dicha meta importaba necesariamente (con seguridad) la producción de otro resultado, que fue irrespetar el espacio privado de la víctima, lo que también llevó a cabo consciente y voluntariamente,

cumpliendo así con los elementos subjetivos de la violación de domicilio, pudiéndose afirmar que actuó con dolo directo de segundo grado con respecto a este delito. Pues aunque el fin último del imputado era golpear al ofendido, sabía que estaba ingresando en una vivienda ajena sin autorización, y así lo quiso, como una consecuencia necesaria de la agresión que pretendía ejecutar¹¹⁴.

2.3.1.3.2.-El dolo eventual. El sujeto se presenta el resultado como de probable producción, y aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización. No quiere ese resultado, pero cuenta con él; acepta su producción (a diferencia del dolo directo de segundo grado, en donde el resultado no se representa como posible, sino como necesario).

Nuestra jurisprudencia ha definido el dolo eventual como una clase de dolo en donde el elemento volitivo y cognitivo se encuentran disminuidos pero no ausentes¹¹⁵. Si en el dolo directo, el autor quiere la realización del tipo objetivo (sea el resultado o la acción, según el delito de que se trate), en el dolo eventual, el sujeto activo, quien dirige su conducta a un fin (que podría ser lícito o ilícito), de forma seria y cierta, se representa o visualiza que, para alcanzar ese fin, resulta probable que se produzca un resultado típico que en realidad no quiere (ese no es su propósito directo). No obstante, continúa sin importar las consecuencias ilícitas que se deparen, a las cuales entonces acepta¹¹⁶.

Acerca de la justificación para reprochar penalmente a quien actúa en estas circunstancias, la Sala Tercera explica que, sin embargo, en el dolo eventual, el resultado solo se contempla como de posible realización, y la conducta del sujeto sigue siendo reprochable, **dada la aceptación de esa posibilidad**. A criterio de la Sala, esta es la tesis que siguió nuestro legislador, al equiparar en el artículo 31 del Código Penal el dolo directo y el dolo eventual. Por lo anterior, el hecho de que el individuo que obra con dolo eventual, **solo acepte seriamente la posibilidad de producción del resultado** (pues esta queda abandonada al curso de los acontecimientos), no excluye la ilicitud de su conducta, si el resultado se da¹¹⁷.

En cuanto al elemento volitivo, la diferencia entre el dolo directo y el eventual, estriba en que mientras en el primero el sujeto quiere y aspira a la realización del resultado, en el segundo el sujeto no aspira a él, pero lo acepta si se produce.

De acuerdo con el artículo 31 del Código Penal, obra con dolo eventual quien prevé la realización del hecho tipificado, al menos como posible, y la acepta. Ello permite entender

114 Tribunal de Casación, voto [n.º 2004-289](#) de las 11:00 hrs. del 26 de marzo de 2004.

115 Sala Tercera, voto [n.º 1334-97](#) de las 10:40 hrs. del 28 de noviembre de 1997.

116 Sala Tercera, voto [n.º 2002-777](#) de las 11:20 hrs. del 9 de agosto de 2002.

117 Sala Tercera, voto [n.º 2006-312](#) de las 9:40 hrs. del 6 de abril de 2006.

que, en el dolo eventual, también existe un elemento cognitivo (previsión) y un elemento volitivo (aceptación). A nivel jurisprudencial, se ha establecido que ese elemento cognitivo, requiere la representación real –por parte del sujeto agente– de la posibilidad que acontezca el resultado, no bastando la simple posibilidad de representación de este. Para el dolo eventual no es suficiente la comprobación de que el autor, que no ha pensado en la posibilidad, “*hubiera*” debido pensar en ella o “*hubiera*” actuado, aun con ese conocimiento (se diferencia el dolo eventual con la culpa). En otras palabras, la prevención debe ser suficiente, real y no un simple *deber* de prevención.

Para nuestra jurisprudencia, esta “*aceptación del hecho*” no puede tenerse como una fórmula vacía, sino que **su existencia debe demostrarse en el caso concreto**, lo cual requiere probar todas las circunstancias del caso; en especial, aquellas que indican esa aceptación del hecho, tales como: el carácter del autor, las relaciones entre autor y ofendido, la actitud antes, durante y después del hecho, etc.

Con fundamento en estas consideraciones, la Sala Tercera anuló, por defectos formales, una sentencia condenatoria por homicidio, en el caso de un joven que, estando con un amigo en la casa de la novia de este, se encontró un arma, y sin motivo evidente la colocó contra la cabeza de su amigo; haló el gatillo y causó su muerte. Por cuanto a criterio de la Sala, el *a quo* erróneamente trató los dos elementos requeridos por el dolo eventual, como si fuera uno solo, al afirmar que el acusado *tuvo* que prever el resultado y, *en consecuencia*, debió admitirlo, sin realizar un adecuado análisis intelectual del comportamiento anterior y posterior del sujeto (a fin de determinar, si efectivamente previó el resultado y actuó aceptándolo como posible), omitiendo el análisis de algunos elementos probatorios que dejaban entrever la posibilidad de que el imputado actuó confiando en que el resultado no se produciría, es decir, de forma culposa¹¹⁸.

El dolo eventual es el límite entre el dolo y la imprudencia, sobre todo la llamada imprudencia consciente o con representación. Ambas figuras comparten dos características que se dan en el sujeto activo: a) En ninguno de estos conceptos se persigue el resultado. b) En ambos el autor reconoce la posibilidad de que su conducta produce el resultado.

Para distinguir cuándo un sujeto actúa con dolo eventual, y cuándo con imprudencia consciente, nuestra jurisprudencia sigue la posición ecléctica asumida por la doctrina alemana (entre la teoría de la probabilidad y la teoría del consentimiento), en donde se combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con la voluntad del sujeto de actuar, pese a ese conocimiento. De acuerdo con esta posición, para que exista dolo eventual, el autor debe *tomar en serio* la posibilidad de realizar el delito y, pese a ello,

118 Ver voto de la Sala Tercera [n.º 2005-582](#) de las 10:05 hrs. del 10 de junio de 2005.

actúa, conformándose –aún a disgusto– con que dicha posibilidad se concrete. Esto significa que el sujeto no descarta la probabilidad de que, en el caso concreto, se dé el delito, independientemente de que pueda preferir o desear que no se dé, pues lo cierto es que aun con ese conocimiento, actúa. Por el contrario, cuando el sujeto, aunque sea temerariamente, actúa y, a pesar de la representación de la probabilidad, piensa que el resultado no se va a producir, y por ende, no lo acepta, obra con culpa consciente.

Ahora bien, debe tenerse presente que si no existen **razones fundadas y objetivas** para justificar la probabilidad de que un resultado lesivo no se producirá, a pesar de su rechazo por parte del agente, si al final dicho resultado se produce, el agente no podría alegar después que nunca aceptó esa posibilidad. (V. gr. un sujeto no podría argumentar que no aceptó la posibilidad de ocasionar un resultado lesivo, simplemente por “*confiar en su buena suerte*”. Este argumento es manifiestamente insuficiente para descartar la probabilidad de que un resultado se produzca, pues la “buena suerte” no constituye una razón fundada).

En el mismo orden de ideas, a fin de estimar que concurre el dolo eventual en un comportamiento, y no una actuación meramente culposa, la jurisprudencia también ha recurrido a lo que Jakobs llama “*el límite inferior de la probabilidad*”, el cual debe existir mediante un juicio concienzudo. A este límite se llega atendiendo a la relevancia del riesgo percibido para la decisión: debe ser tan importante para que conduzca, dado un motivo de evitar la realización del tipo, a la evitación real. En otras palabras, ese límite inferior en cuanto a la entidad del riesgo, según un juicio concienzudo, llevaría a evitar la conducta que realiza el tipo, límite que es sobrepasado en el dolo eventual, cuando el autor, pese a reconocer el riesgo y su entidad, decide actuar.

A su vez, la relevancia para la decisión debe verse en atención a la importancia del bien afectado y a la intensidad del riesgo. Ambos elementos se evalúan objetivamente, en el sentido de que, en cuanto al bien afectado, decide la estimación jurídica y no la del autor. En cuanto a la magnitud del riesgo suficiente, se valora en principio con arreglo a un juicio jurídico y no individual: el riesgo no permitido tiene que ser relevante para la decisión, aun cuando el autor lo siga considerando incidental.

Esto es lo que otros autores llaman “*indicadores objetivos*” de los que puede deducirse la decisión contra el bien jurídico, entre los que se señalan el riesgo o peligro para el bien jurídico implícito en la acción y la capacidad de evitación del resultado que el sujeto puede tener cuando actúa¹¹⁹. **Tal como se indicó anteriormente, la prueba de que el sujeto actuó con dolo eventual (o bien con culpa consciente), debe obtenerse del examen objetivo y minucioso de las circunstancias en que se desarrollaron los hechos investigados.**

119 Ver votos de la Sala Tercera n.º 1334-97 de las 10:40 hrs. del 28 de noviembre de 1997; n.º 2000-589 de las 10:55 hrs. del 2 de junio de 2000 y n.º 2002-242 de las 9.00 hrs. del 15 de marzo de 2002. En sentido similar, se pronunció el Tribunal de Casación en el voto n.º 2002-815 de las 16:15 hrs. del 4 de octubre de 2002.

En caso de duda, en cuanto a si el agente actuó con dolo eventual o culpa con representación, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado, en observancia del principio in dubio pro reo, por aplicar la interpretación más favorable para el imputado.

Finalmente, debe tenerse presente que existen delitos, como por ejemplo, el uso de documento falso y la falsedad ideológica, en los cuales el dolo requiere un conocimiento cierto sobre los elementos descriptivos y normativos del hecho tipificado. (V. gr. sobre lo que es un “documento”, que este es “falso” y su utilización puede provocar perjuicio a terceros). Por lo que esta clase de tipos penales, por su naturaleza, no admite el dolo eventual, únicamente dolo directo¹²⁰.

En el análisis de los supuestos de tentativa con dolo eventual, queremos dejar establecido que algunos pensadores rechazan esta posibilidad, a partir de la consideración del carácter de dispositivo amplificador del tipo penal, que corresponde a la tentativa, cuya interpretación en forma ampliada podría ser arbitraria.

Antecedentes jurisprudenciales

Síntesis. Un sujeto conduce un taxi, en cuyo asiento trasero viajan dos pasajeras; una de ellas está sentada justo detrás del asiento del chofer. Al llegar a su destino, el taxista intenta estacionarse detrás del vehículo de color blanco que se encuentra aparcado en la vía pública, el cual súbitamente da marcha en reversa, y el taxista presiona el pito de su vehículo para evitar la colisión, lo que enfada al segundo conductor. A petición de una de las pasajeras, el taxista intenta estacionarse entonces delante de ese vehículo blanco, y al pasar al lado de este, su conductor comienza a insultar al taxista; saca un arma de fuego que le muestra y, en el acto, realiza un disparo contra el taxi, lo cual no produce consecuencias.

El taxista continúa con su marcha hacia el frente, por lo que el conductor del vehículo blanco se baja; nuevamente saca un arma de fuego y, dirigiendo la misma hacia la parte posterior del taxi, propiamente hacia su parabrisas trasero, realiza dos disparos seguidos. Antes de iniciar los disparos, la pasajera que se había sentado detrás del conductor del taxi, se voltea, y al observar que el sujeto apunta su arma en dirección al vehículo en que viaja, le indica a su acompañante que se agache, maniobra defensiva que ambas pasajeras ejecutan e, instantes después, el imputado efectúa los disparos, con el resultado de que uno de los proyectiles efectivamente ingresa por el parabrisas trasero, y se incrusta en la parte posterior de la cabeza del taxista, causándole la muerte.

120 Sala Tercera, votos [n.º 2000-434](#) de las 10:30 hrs. del 28 de abril de 2000 y [n.º 2005-438](#) de las 10:18 hrs. del 20 de mayo de 2005, así como del Tribunal de Casación Penal [n.º 2005-1328](#) de las 15:55 hrs. del 19 de diciembre de 2005.

En primera instancia, el imputado es sentenciado por homicidio simple en perjuicio del taxista, así como homicidio simple en grado de tentativa en perjuicio de la pasajera que iba sentada detrás de este, absolviéndolo por el homicidio simple en grado de tentativa en perjuicio de la segunda pasajera, por considerar que la vida de esta última, no corrió peligro.

Tesis de la defensa. Se alegó la errónea aplicación de los artículos 24 y 111 del Código Penal, pues se tuvo por demostrado que el *ánimus necandi* del agresor, siempre estuvo enfocado en contra del occiso, lo que excluye dicha intención con respecto a la pasajera que iba sentada detrás de este, haciendo imposible sostener la calificación jurídica de tentativa de homicidio.

Decisión del Tribunal. Al estudiar la sentencia, la Sala Tercera detectó defectos formales en la fijación del hecho probado, propiamente inconsistencias relativas –sobre todo– a cuál fue la *intención* concreta del sujeto activo al perpetrar su conducta ilícita, lo que genera cierta confusión a la hora de establecer cuáles fueron los alcances subjetivos (motivación) de su comportamiento. Asimismo, en los considerandos de fondo, en un primer momento, decía el fallo que cuando el imputado disparó contra el taxi, tenía la intención de acabar con la vida *de sus ocupantes*. Pero posteriormente se indicó que con ello tenía la intención de acabar con la vida de *cualquiera* de sus ocupantes, y finalmente, se afirmó que disparó *dirigiendo su atención hacia el chofer del taxi*.

No obstante, a criterio de la Sala estos defectos no atentaban contra la legitimidad del pronunciamiento impugnado, y para ello procedió a analizar de manera hipotética, cuál sería la *eventual* solución de fondo que debería adoptarse, dependiendo de la estructura o plataforma fáctica (cierta y precisa) de la cual se parta en cada supuesto, en los siguientes términos:

a) El imputado quería acabar con la vida de todos los ocupantes del taxi. Si se acepta que la acción de efectuar dos disparos contra el taxi, estuvo motivada en su conocimiento y voluntad de matar a *todos* sus ocupantes, hay que concluir que el sujeto actuó con *dolo directo* con respecto a estas tres personas por igual (pues con pleno *conocimiento* y *voluntad*, dirigió su conducta a la producción del resultado previsto por el tipo penal), solo que –en lo referente a las pasajeros– el ilícito quedó en grado de tentativa. En efecto, el numeral 31 del Código Penal, establece que obra con dolo quien desea la realización del hecho tipificado, disposición que resultaría aplicable a esta hipótesis, pues si en el caso de estudio, la motivación del agente, al disparar en dos ocasiones con dirección al taxi, sabiendo de manera cierta que en el mismo se encontraban los tres ofendidos, se sustentaba en su conociendo y voluntad (intención) de acabar con la vida de estos por igual. Necesariamente se concluye que se está ante un delito de homicidio simple consumado (por la muerte del taxista), así como dos tentativas de homicidio simple en perjuicio de las pasajeras, todo en concurso ideal (no un solo delito, como erróneamente calificó el Tribunal de Instancia), puesto que si la muerte de las pasajeras no se produjo,

fue precisamente por la acción defensiva de ambas, por lo que la decisión del *a quo*, salvo el error cometido en cuanto a la segunda tentativa, resultó acertada.

b) *El imputado quería acabar con la vida de cualquiera de los ocupantes del taxi.* Si se acepta que la conducta de disparar en dos oportunidades al vehículo, estuvo motivada en su conocimiento y voluntad de matar a *cualquiera* de los ocupantes del mismo, y si además de ello también se aceptara que, de no haber realizado la maniobra de agacharse, quien habría fallecido es la pasajera que viajaba detrás del taxista, y habría que concluir que el imputado actuó con lo que en doctrina se conoce, como *dolo alternativo*, cuya solución tampoco difiere con la adoptada por el *a quo*.

De acuerdo con la doctrina, las dos formas de dolo –directo y eventual– incluyendo ambas variantes del primero –de primer grado o inmediato, y de segundo grado o mediato– pueden combinarse en la voluntad realizadora de una conducta que abarque dos resultados queridos; pero excluyentes entre sí; este es el denominado dolo alternativo. Este no hace referencia a una forma de dolo, sino a la forma como una de las formas de dolo, puede acontecer. Aplicando estas reglas al supuesto fáctico objeto de análisis, el comportamiento del imputado, al disparar en dos ocasiones con dirección al taxi en procura de darle muerte a cualquiera de sus ocupantes (incluso aceptando que dichos resultados sean excluyentes entre sí), cumple con todos los elementos requeridos para predicar en su contra un dolo alternativo, pues no podría siquiera pensarse que la afectación a los bienes jurídicos involucrados, haya sido buscada en forma subsidiaria, sino alternativa, por cuanto (según la descripción del fallo) el mismo abrió fuego con el propósito manifiesto de darle muerte a cualquiera de esas personas. Por tanto, necesariamente se debe optar por la misma solución antes analizada: un delito de homicidio consumado y dos en estado de tentativa, todos en concurso ideal.

c) *La intención del imputado se dirigió y centró en el conductor del taxi.* Si se acepta que la actuación del encartado estuvo motivada en su conocimiento y voluntad directos de matar al conductor, necesariamente tendría que concluirse que actuó con *dolo directo* con respecto a este; pero con dolo eventual en lo que a las dos pasajeras del asiento trasero se refiere. Sin embargo, en lo que a estas atañe, igualmente tendría que concluirse que el ilícito quedó en grado de tentativa. Según el criterio de la Sala, a partir de la redacción del numeral 31 del Código Penal, en su segunda parte, se está en presencia de un dolo eventual en todos aquellos casos, donde el sujeto activo dirige su conducta a un fin (que incluso hasta podría ser lícito). De forma seria y cierta se representa o visualiza que, para alcanzarlo, resulta probable que se produzca un resultado típico que en realidad no quiere (ese no es su propósito directo). No obstante, continúa adelante sin importar las consecuencias ilícitas que se deparen y que –entonces– acepta.

En el caso de estudio, si el acusado, con plena certeza de la presencia y ubicación de las pasajeras dentro del taxi –que viajaban en el asiento posterior– decidió disparar en contra

del conductor, centrado en este su atención, a sabiendas de que con dichos disparos tendría que poner en riesgo la vida de aquellas (al encontrarse en medio del trayecto que necesariamente tendrían que recorrer los proyectiles, podrían ser alcanzadas). Obviamente se estaba representando la posibilidad de dicho resultado, el cual aceptó como posible, por cuanto no detuvo su accionar.

En esta misma resolución, la Sala se cuestiona si resulta factible una tentativa con dolo eventual, a lo que responde afirmativamente por las siguientes razones: Si bien de acuerdo con la redacción del artículo 24 del Código Penal, parece que la tentativa, en principio, fue prevista por el legislador, solo para aquellos supuestos en donde se dé un dolo directo, pues se utiliza la frase “*actos directamente encaminados a la consumación del delito*”, de donde habría que entender que se trata de un comportamiento objetivo, subjetivo y directamente dirigido a la producción del resultado ilícito. También habría que determinar si, en el caso del dolo eventual, podrían estimarse los resultados como *queridos* por el agente.

Al respecto, la Sala consideró que cuando la actitud objetiva evidenciada por el agente permite establecer que, a pesar de la certera representación del probable resultado típico que se derivaría de su conducta, el imputado no desistió de su plan, sino que decidió seguir adelante, aceptando lo que podría suceder. De esta forma, habrá entonces que concluir que dicho resultado ilícito, también forma parte de sus cálculos, y como tal, le es reprochable a título de dolo.

La determinación de la esencia del dolo eventual deriva básicamente de la actitud real del autor ante la probabilidad del evento, pues él mismo –a pesar de dicha representación– decide de manera consciente seguir adelante con su plan, aceptando los resultados que podrían producirse con su actuación. Siendo así, y a pesar de esa “debilitación” del elemento volitivo (no es lo mismo “*querer*” que “*aceptar*”). Desde un punto de vista normativo, no desaparece esa manifiesta decisión por la posible lesión de bienes jurídicos, lo que entonces determina la configuración del hecho ilícito a título de dolo, aunque en su modalidad de “*eventual*”.

Por lo anterior, a criterio de la Sala Tercera, el dolo eventual entra perfectamente dentro de la previsión del artículo 24, pues si bien en este tipo de casos no se podría afirmar que el elemento volitivo (“*querer*”), tenga la misma definición y nitidez que sí tiene el dolo directo. Sí debe admitirse que no está excluido del todo, pues de lo contrario, se estaría ante una culpa consciente. Partiendo de lo anterior, concluyó la Sala que cuando el artículo 24 utiliza la frase “*actos directamente encaminados*”, no solo se está refiriendo y englobando al dolo directo, sino también incluye al eventual, pues en este último supuesto, la actuación del sujeto (que representa de manera efectiva la probabilidad del resultado, como consecuencia de su accionar), voluntariamente se ha manifestado en contra del bien jurídico, pues tal representación no lo disuade, no obstante, sigue adelante con su plan, con lo que normativamente conduce su comportamiento a dicho resultado.

En el caso de examen, aún asumiendo que el imputado, al disparar su arma en dos ocasiones, centró su atención en el occiso, se tendría que concluir que con respecto a las pasajeras, lo hizo con dolo eventual, pues a pesar de que las mismas estaban dentro del rango de acción de los proyectiles, en cuyo caso sus vidas corrieron un peligro real, decidió seguir adelante con su propósito. Por lo cual, se dan todos los elementos requeridos para estimar que, con respecto a estas, medió un delito de homicidio con dolo eventual en estado de tentativa, el cual concursa idealmente con el primero, misma solución de fondo que adoptó el Tribunal de Juicio¹²¹.

Síntesis. Un grupo de sujetos armados con fusiles AK-47, se presentan a una sucursal bancaria con la intención de llevar a cabo un asalto. Desde las afueras del local, ubican al único guarda de seguridad, contra quien realizan varios disparos, y le ocasionan múltiples lesiones que ponen en peligro su vida, imposibilitándole intervenir. A pesar ello, los imputados, en forma indiscriminada y voluntaria, continúan disparando ráfagas de ametralladora hacia la sucursal —a sabiendas de que en su interior, hay clientes en espera de ser atendidos. Además rompen las puertas de vidrio e hirieron a cuatro personas más que se encuentran dentro local, de los cuales tres sufren lesiones que ponen en peligro sus vidas. En primera instancia, estos son condenados por cinco delitos de homicidio calificado en grado de tentativa.

Tesis de la defensa. Se alegó errónea calificación legal de la conducta, por considerar que no se constató en la especie, un conocimiento previo de los agentes del objetivo de causar la muerte a los afectados (clientes), y haciendo uso de una cita doctrinaria, se indicó que quien ignora lo que producirá, no tiene voluntad de realizarlo, y su acto no es voluntario respecto del resultado, descartándose así el dolo. Además, no es dable combinar el dolo directo con el dolo eventual, pues ambas figuras resultan incompatibles.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la calificación legal de los hechos, por considerar que no existe incompatibilidad doctrinaria o legal de que, en un caso concreto, coincidan el dolo directo y el dolo eventual. En sentencia se tuvo por demostrado que se utilizaron armas de grueso calibre, y el elemento subjetivo del tipo penal de homicidio, se evidenció de manera ostensible, no solo porque se estableció pericialmente que cuatro de los cinco afectados, sufrieron heridas que hicieron peligrar sus vidas, sino más bien por el *modus operandi* desplegado por los asaltantes.

En el caso del guarda de seguridad, este sufrió heridas múltiples en su cuerpo, lo que denotaba el ánimo homicida directo para acabar con la posible única fuente de resistencia al asalto. Sin embargo, los disparos continuaron y, en la mente de los perpetradores, existía conocimiento de que dentro de las instalaciones, había clientes. Aun así, conociendo esta

121 Voto [n.º 2002-777](#) de las 11:20 hrs. del 9 de agosto de 2002. Sobre el tema de la tentativa cometida con dolo eventual, el voto más reciente de la Sala corresponde al [n.º 2006-580](#) de las 15:15 hrs. del 19 de junio de 2006.

circunstancia, voluntariamente dispararon ráfagas de metralla, asumiendo como posible el resultado de que alguna o algunas de esas personas dentro de la sucursal, sufrieran heridas graves o incluso la muerte. A pesar de ese conocimiento, insistieron en seguir ese procedimiento para irrumpir dentro de las instalaciones, teniendo la opción de hacer –por ejemplo– un único disparo calculado al llavín de la puerta, por lo que no cabía duda de que, aun cuando en cuatro de cinco heridos, se puso en peligro la vida de los ofendidos. En los cuatro casos (exceptuando al guarda), se actuó con dolo eventual donde si bien el resultado muerte no es querido en principio, sí es representado y aceptado como posible por los agentes que realizan la acción¹²².

Cabe señalar que nuestra jurisprudencia acepta que la concurrencia entre dolo directo y dolo eventual, también puede presentarse en otros casos, como aquellos en donde un grupo de sujetos acuerdan efectuar un asalto a mano armada, y durante su ejecución, el sujeto que porta el arma dispara contra la víctima del robo, y le ocasiona la muerte.

De acuerdo con el criterio de la Sala Tercera, dando por descontado que en estos casos, claramente existe dolo directo de cometer el robo agravado, de la interpretación integrada de los artículos 31 y 48 del Código Penal, se determina que esos mismos sujetos, también cometen el delito de homicidio doloso, aunque solo uno de ellos haya disparado el arma, ya que aceptaron como probable la producción del resultado de muerte. Desde el momento en que los integrantes del grupo deciden, en forma conjunta, utilizar armas para realizar el robo, están aceptando la posibilidad de que estas sean accionadas, lo que permite afirmar la existencia de dolo eventual de todos ellos con respecto al homicidio¹²³.

Síntesis. En horas de la madrugada, dos ofendidos contactan a una pareja de hombres que vestían y lucían como mujeres, con quienes acuerdan trasladarse a un hotel. Una vez en la habitación, los sujetos vestidos de mujer suministraron a cada uno de sus acompañantes, una botella de cerveza que contenía una dosis no determinada de un fármaco denominado Rohypnol (el cual es utilizado para inducir al sueño), y les insistieron a los ofendidos que bebieran, con la aparente intención de drogarlos y, de esta forma, despojarlos de sus pertenencias. No obstante, uno de los ofendidos, al ingerir la cerveza, sufrió la muerte inmediata producto de la acción del fármaco, en tanto que el otro quedó gravemente intoxicado.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación Penal, partiendo de la definición adoptada por la teoría ecléctica, consideró que en el caso de estudio se actuó con dolo eventual de homicidio, pues la insistencia por parte de uno de los acusados para que los ofendidos tomaran las cervezas, previamente manipuladas por el otro imputado, evidenciaba

122 Sala Tercera, voto n.º 2002-242 de las 9:00 del 15 de marzo de 2002. El mismo sentido, voto n.º 2004-1435 de las 11:00 hrs. del 17 de diciembre de 2004.

123 Votos n.º 2001-1170 de las 8:55 hrs. del 30 de noviembre de 2001 y n.º 2003-471 de las 15:22 hrs. del 9 de junio de 2003.

el conocimiento que estos tenían de los efectos que iba a producir la droga en ambas víctimas, y aun así aceptaron ese resultado, con lo que tácitamente aceptaron todas las consecuencias posibles que pudieren derivarse de su acción; entre ellas, que la reacción que producía la droga en el metabolismo de las víctimas, ocasionaría su muerte.

Diferente es el caso del homicidio preterintencional, donde el agresor únicamente desea lastimar a su víctima, pero nunca prevé ni acepta la posibilidad de que su víctima muera a consecuencia de su acción. A juicio del Tribunal, los hechos probados del fallo permitían fundamentar la concurrencia del dolo eventual, en la medida que, por la previsibilidad del resultado merced a la idoneidad del procedimiento y medios empleados (utilización de un potente fármaco que solo se puede conseguir con receta médica, mezclado con bebidas alcohólicas), los acusados representaron, con un alto grado de probabilidad, la muerte de los ofendidos y, en tal virtud, la aceptaron como resultado de su acción¹²⁴.

Con ocasión de este mismo caso, la Sala Tercera también emitió un pronunciamiento, en donde señaló que, efectivamente, quien emplea de forma clandestina una sustancia psicotrópica para adormecer a un sujeto, con la intención de robarle, acepta la posibilidad de que el ofendido pueda fallecer. Tratándose del dolo eventual, el elemento cognitivo consiste en un conocimiento efectivo de la probabilidad de que el resultado se produzca y que, pese a ello, no se evite el mismo.

En el caso de estudio, el sentido común permitía sostener que el imputado, al utilizar una droga con las particularidades del Rohypnol, que era de uso restringido, conocía que combinado con alcohol el resultado muerte puede producirse y, en lugar de evitar el mismo, procedió con su actuar ilícito y de tal suerte el dolo eventual quedaba acreditado.

A propósito del dolo eventual, indicó la Sala que la doctrina penal reconoce esta figura como una clase de dolo, en donde los elementos volitivo y cognitivo, se encuentran “disminuidos”, aunque no ausentes. En el dolo eventual, el autor realiza la conducta aunque reconozca como posible que, con ella, se produce o realiza el tipo penal, y si bien no lo desea, actúa a sabiendas de esa posibilidad y esto significa que acepta o cuenta con que suceda. Esta figura comparte con la culpa consciente, las características de que en ninguno de ambos conceptos, se desea el resultado y, en ambos, el autor reconoce la posibilidad de que su conducta produzca el resultado.

Precisamente para distinguir ambas figuras, surgen diferentes teorías que tratan de darle una explicación al dolo eventual, inclinándose la Sala de Casación por la posición ecléctica adoptada por la doctrina alemana, según la cual, el autor debe tomar en serio la posibilidad de realizar el delito y, pese a ello, actúa, conformándose –aun a disgusto– con que dicha posibilidad se concrete.

124 Tribunal de Casación, voto n.º 2002-815 de las 16:15 hrs. del 4 de octubre de 2002. En el mismo sentido, se había pronunciado anteriormente la Sala Tercera en el voto n.º 2000-589 de las 10:55 hrs. del 2 de junio de 2000.

De esta forma, tomar en serio la posibilidad del delito, equivaldría a “no descartar” que se pueda producir, es decir, “contar con” la posibilidad del delito. Conformarse con la posible producción del delito significa, por lo menos, “resignarse” a ella, siquiera como consecuencia eventual desagradable, cuya posibilidad no consigue hacer desistir al sujeto de su acción: significa el grado mínimo exigible para que pueda hablarse de “aceptar” y, por tanto, de “querer” (Mir Puig).

Así, lo básico para esta posición, es que el sujeto no descarta la probabilidad de que, en el caso concreto, se dé el delito, independientemente de que pueda preferir o desear que no se dé, pues lo cierto es que aun con ese conocimiento, actúa. Como ejemplo de esta corriente de pensamiento, la Sala citó la posición de Jakobs, para quien

[...] Importa el conocimiento de que no es improbable la realización del tipo. En este conocimiento se debe tratar de un juicio válido para el autor; no basta el mero pensar en la posibilidad del resultado, pues sólo con un conocimiento que presente al autor como causante del resultado según la experiencia válida, y no especulativamente o por una excesiva escrupulosidad imaginativa, podría surtir efecto el motivo de evitación directamente, es decir, sin ulterior reflexión.

De acuerdo con lo anterior, concurrirá el dolo eventual, cuando en el momento de la acción, el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción. Ahora bien, se cuestionó en el voto lo siguiente: ¿Por qué resulta relevante definir y conceptualizar el dolo eventual? Para algunos, bastaría con remitirse al artículo 31 del Código Penal que señala: “*Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien lo acepta, previéndola a lo menos como posible*”.

Sin embargo, a criterio de la Sala Tercera a esta definición debe dársele contenido interpretativo a la luz del principio constitucional de legalidad y de culpabilidad, receptado por el artículo 39 de la Constitución Política.

Respetando el marco constitucional, para la Sala Tercera resulta acertada la posición ecléctica reseñada, pues con ello no se pierde de vista el principio de culpabilidad que exige, como mínimo, una relación de imputación subjetiva del hecho a su autor, un mínimo de conocimiento y voluntad en el sujeto activo respecto de su actuar, así como de libertad para hacerlo, siendo estas las bases generales de cualquier juicio de reproche que pueda corresponderle: la culpabilidad es, además, un concepto graduable. Existen distintas formas de infringir un deber, con plena conciencia y voluntad de hacerlo, sin voluntad de resultado, pero infringiendo el cuidado exigible, con conciencia y voluntad de realización de una conducta peligrosa, pero con la esperanza de que no se produciría un resultado tan grave con el que finalmente se produce, con conciencia y voluntad de realización del hecho y manifiesto desprecio a la lesión del bien jurídico que con ella pueda producirse.

Todas estas son distintas formas de infracción del deber que comportan diversos grados de imputación subjetiva. El respeto al principio de culpabilidad, exige no solo que no se

imponga pena alguna sin un mínimo grado de libertad y voluntad en el sujeto, sino también una adecuación entre el grado de infracción del deber y la consecuencia jurídica que comporta (Carbonell Mateu).

En el caso de la imputación por dolo eventual, el reproche se hace a la acción del sujeto que, mediante un juicio válido, conoce la probabilidad de que el tipo penal se realice con su conducta y, aunque no lo desea, aun así la materializa, conformándose con este. Hay aquí conocimiento de la posible lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados con la conducta que se piensa realizar y, pese a ello, el sujeto decide actuar. Para la Sala, este es el marco que posibilita, en un Estado democrático, la sanción de una conducta por dolo eventual.

Para estimar que concurre el dolo eventual –y no culpa consciente o atipicidad– debe determinarse lo que Jakobs denomina “*el límite inferior de la probabilidad*” que debe existir, según el juicio concienzudo. A ello se llega atendiendo a la relevancia del riesgo percibido para la decisión: debe ser tan importante para que conduzca, dado un motivo supuesto dominante de evitar la realización del tipo, a la evitación real. Es decir, que ese límite inferior en cuanto a la entidad del riesgo, según un juicio concienzudo, llevaría a evitar la conducta que realiza el tipo, límite que es sobrepasado en el dolo eventual, cuando el autor, aunque reconoce el riesgo y su entidad, decide actuar.

A su vez, la relevancia para la decisión, debe verse en atención a la importancia del bien afectado y a la intensidad del riesgo. Ambos elementos se evalúan objetivamente, en el sentido de que, en cuanto al bien afectado, decide la estimación jurídica y no la del autor.

En cuanto a la magnitud del riesgo suficiente, se valora en principio con arreglo a un juicio jurídico y no individual: el riesgo no permitido tiene que ser relevante para la decisión, aun cuando el autor lo siga considerando incidental (Jakobs). Esto es lo que otros autores llaman “indicadores objetivos” de los que puede deducirse la decisión contra el bien jurídico, entre los que se señalan el riesgo o peligro para el bien jurídico implícito en la acción y la capacidad de evitación del resultado que el sujeto puede tener cuando actúa (Muñoz Conde).

Tal como se había indicado, una característica del dolo eventual es, precisamente, que el resultado no se desea, sino que se acepta como posible y ello no impide al sujeto actuar. Por eso se afirma que su contenido de injusto es menor, pues en él “*ni se persigue el resultado ni es segura su producción, sino que se abandona al curso de las cosas*” (Jescheck).

Aplicando todas las anteriores consideraciones al caso de examen, a criterio de la Sala Tercera se traducía un claro riesgo que, para la integridad y la vida de las personas, representaba la conducta del agente de mezclar Rohypnol con la cerveza que beberían los agraviados, aun cuando desconociera las condiciones particulares de los ofendidos.

Aunque el medicamento fuera un inductor de sueño y la dosis suministrada haya sido baja, aun cuando los imputados ya habían usado esta droga para robar los bienes a otros sujetos, cierto es que atendiendo a la naturaleza de la droga empleada que, como se indicó, no se encuentra en el mercado dada su peligrosidad, es claro que el riesgo que se genera con su uso es tal que resulta probable para cualquier persona que realice una utilización clandestina de la sustancia, la posibilidad de que la víctima muera, especialmente por la forma como fue suministrada a los ofendidos¹²⁵.

Síntesis. Una menor de ocho meses de edad fue sometida por su progenitor a un proceso de agresión, el cual consistió, tanto en golpes como en privarla de muestras de afecto de otros miembros del grupo familiar y de alimentos, lo que llevó a la víctima a un severo estado de desnutrición. Un día en que la niña se despertó llorando, su progenitor la tomó por el cuello, la golpeó con los puños en la cara, le presionó el cuello y la sacudió violentamente para hacerla callar. A raíz de dichos golpes y sacudidas, la menor sufrió una hemorragia cerebral, y falleció en un hospital donde fue llevada a instancias de su madre con el auxilio de la Fuerza Pública varios días después.

Tesis de defensa. En el caso de estudio, no es dable aplicar el artículo 112 inciso 1) del Código Penal, por cuanto la muerte de la víctima no fue ocasionada con intención homicida. Por el contrario, del marco histórico que se tuvo por demostrado, se infiere que lo único perseguido por el justiciable, era que su hija dejara de llorar, nunca ocasionarle la muerte, de ahí que los hechos debían calificarse como homicidio culposo, o bien preterintencional. Asimismo, según se estableció, no era la primera vez que el acusado había agredido a la menor, ya que en las oportunidades anteriores, no sobrevino la muerte, por lo que no existía prueba de que en esta última ocasión, el imputado sí debió preverla como posible.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera mantuvo la calificación jurídica de los hechos. El anterior alegato de defensa no resultaba de recibo, desde que el Tribunal de Juicio estableció que el imputado actuó con dolo eventual, al considerar que, si bien la conducta de este no se encaminó subjetiva y directamente a la muerte de la niña, sí aceptó ese resultado en caso de producirse. Por lo anterior, el propósito originario del imputado, a la hora de sacudir a la niña, pudo ser de la más distinta naturaleza (v. gr. asustarla, hacerla callar, etc.), sin que ello enervara la existencia del dolo eventual, pues lo característico de este último, es que el fin, inicialmente perseguido por el sujeto, era distinto del resultado antijurídico que, a fin de cuentas, se obtuvo, pues de otro modo se estaría en presencia de un dolo directo.

Por otro lado, se estableció que la conducta específica que ocasionó el deceso, fue sujetar y presionar el cuello de la niña; propinarle golpes en la cara y, por último, sacudirla con tal violencia que le causó una hemorragia cerebral, al impactar el cerebro con las paredes internas del cráneo. Desde esta perspectiva, la Sala no encontró reproche que plantear a

125 Sala Tercera, voto [n.º 2000-589](#) de las 10:55 hrs. del 2 de junio de 2000.

las conclusiones de los juzgadores, en el sentido de que el imputado no solo representó como posible el acaecimiento de la muerte, sino que aceptó su producción, y esto es así cuando se atiende, por un lado, a las condiciones particulares de la menor –desnutrición severa– que disminuían aún más sus, de por sí, ínfimas posibilidades naturales de defensa y, por otro, a lo violento del ataque.

Para cualquier observador imparcial, agredir a un infante de ocho meses de edad, del modo en que lo hizo el encartado, constituye un acto evidentemente más que idóneo para provocar la muerte, sin que abone a favor de la tesis de defensa el argumento de que no todas las sacudidas a un infante, generan de modo ineludible la muerte, así como que el justiciable acostumbraba agredir a su hija sin haberla matado antes, pues la circunstancia de que la muerte pueda o no ocurrir, es un factor que posee interés en ciertos casos límite, de cita usual en la doctrina, pero no en el caso de estudio, en donde los actos realizados, eran en sí mismos aptos y suficientes para producir el fallecimiento. Por lo anterior, se descarta el homicidio preterintencional o culposo, dado que no solo existió una obvia previsibilidad del resultado muerte, sino que el imputado la aceptó si sobrevenia y no fue simplemente que se confió que no ocurriría (como sucede en la culpa con representación)¹²⁶.

Síntesis. Un menor de edad de escasos dos años, es entregado por su madre a la custodia de una mujer y su compañero sentimental. Durante varios meses, este último llevó a cabo, en forma sistemática, una serie de agresiones físicas y psicológicas contra el menor (golpes con mecates, lanzamientos al suelo, privación de alimentos, etc.), ante la inercia de su compañera (quien en ocasiones, en forma personal, coadyuvó a los actos de violencia padecidos por el ofendido).

Lo anterior deterioró paulatinamente la salud física y mental del niño. Finalmente, un día el sujeto sacude violentamente al menor y lo arroja a un patio, lo cual fue observado por su compañera sentimental, quien no intervino en absoluto. Dada la quebrantada salud del ofendido, las sacudidas y el lanzamiento descritos, provocaron en el niño lesiones internas que, poco después, le ocasionaron la muerte. Tanto el agresor como su compañera sentimental, fueron declarados coautores responsables de homicidio simple.

Tesis de defensa. No se acredita que la mujer previera la posibilidad de que las lesiones propinadas al menor por su compañero sentimental, podían producirle la muerte. De los hechos descritos no se desprende, para el caso de la imputada, el elemento cognitivo ni el elemento volitivo del dolo de homicidio, por lo que resultan atípicos con respecto a su participación.

Del marco histórico tampoco se desprende que para la imputada, fuera fácil advertir que los golpes que, en ocasiones ella le propinó al menor, le causarían la muerte, o que este

126 Voto n.º 2005-102 de las 10:10 hrs. del 18 de febrero de 2002.

resultado se produciría por las sacudidas efectuadas contra el niño por su compañero, o bien que ella quisiera ese resultado o lo aceptara como probable, razones por las cuales no se le podía imputar penalmente el fallecimiento de la víctima.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la calificación legal. La imputada no solo participó en forma directa y sistemática en el ciclo de agresión física y psicológica a que fue sometida la víctima, sino que también se constató su participación por omisión durante las agresiones violentas ejecutadas por su compañero de vida, con quien compartía el cuidado y la protección del menor ofendido, ante solicitud expresa de la madre de este último.

Estas agresiones, que desembocaron en la muerte del niño, pudieron ser evitadas por la imputada, quien no reaccionó, y más bien coadyuvó a la actividad violenta a la que el menor era sometido, permitiendo a la vez que se le agrediera, sin prestarle ayuda, pudiendo hacerlo. Propiamente al momento en que el menor murió, la imputada observó pasivamente cuando el coimputado lo sacudía violentamente y lo arrojaba al patio, sin ejecutar acción alguna en su defensa. De acuerdo con este marco fáctico, la imputada cometió el delito de homicidio simple por omisión, cuando por su posición de garante y guardadora con respecto al menor, estaba obligada a cuidarlo frente a los peligros que pudieran amenazarlo. Asimismo, esa conducta fue ejecutada con dolo eventual, en el tanto que la imputada, según se fueron desarrollando los hechos (espiral de violencia en que se vio inmerso el menor ofendido), pudo prever como posible el resultado “muerte”, y aunque no lo quisiera, lo aceptó si ocurría¹²⁷.

2.3.1.4.- La ausencia de dolo el error de tipo. Implica un desconocimiento de los elementos integrantes del tipo objetivo de injusto, sean de naturaleza descriptiva o normativa. El error es una falsa representación de la realidad (una discordia entre la consciencia del agente y la realidad). El que ignora que detrás de una mata sobre la que dispara para probar el funcionamiento del arma, hay una persona durmiendo y la mata, no actúa con dolo de homicidio. Eventualmente, solo podría ser responsabilizado por homicidio imprudente.

El dolo resulta excluido entonces por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado. Si el error es vencible (cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, hubiera podido salir de este y no realizar el tipo objetivo), subsiste la tipicidad culposa, en el caso de los delitos que admiten su comisión por culpa. Si el error es invencible (cuando el agente, a pesar de aplicar el cuidado debido, no podía salir de este), se excluye por completo la tipicidad.

El error de tipo puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo, abarcados por el conocimiento del dolo, sean descriptivos (el autor percibe equivocadamente con sus sentidos), o bien normativos (el autor ha carecido de una valoración que no le permite comprender el significado del elemento normativo).

127 Voto n.º 2005-103 de las 10:20 hrs. del 18 de febrero de 2005.

Acercas de este tema, el criterio reiterado de la Sala Tercera ha sido que, para los efectos de plantear claramente la estructura de la teoría del error en el Código Penal, resulta necesario efectuar una lectura armónica de los artículos 30 y 31, en relación con el 34 y 35 del Código Penal. La tendencia seguida por nuestro código en lo que se refiere al conocimiento requerido en la voluntad realizadora del hecho tipificado (Artículo 31 del CP), es que si el dolo requiere el conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo, esto presupone que el autor **haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico**.

Los artículos 34 y 35 utilizan la vieja nomenclatura de “*error de hecho*” y “*error de derecho*”, vigente en España y Latinoamérica en los años setenta (recogida en el Código Penal Tipo), cuya razón de ser era tratar de separar el error de derecho con el error de hecho que, según la vieja discusión, no excusaba a la gente de su conducta¹²⁸. Sin embargo, para la Sala el legislador costarricense consigné una tesis de distinción que supera los problemas iniciales, y esta consiste en definir el error de derecho (Artículo 35 del Código Penal) como el [...] *error invencible de lo que se realiza no está sujeto a pena* [...], es decir, que es el falso conocimiento o ignorancia de que lo que se realiza no está prohibido, sea esto provocado por error sobre el hecho.

A efectos de esta distinción, se presenta un problema, cuando en la segunda parte del artículo 34, el legislador costarricense ubicó el error sobre las causas de justificación o de los permisos, al consignar que “[...] *Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado*”, problema que tiene interés en el tanto la doctrina moderna prefiere hablar del problema de las justificantes como de un error sobre la prohibición (el denominado *error de prohibición indirecto*).

La génesis de esta discusión se dio con el advenimiento de la denominada “*teoría rígida de la culpabilidad*”, según la cual los errores sobre las justificantes significan una exclusión del reproche y no del dolo. La importancia de esta discusión se inicia cuando se comprueba que el error sobre las justificantes no elimina el dolo de la conducta del autor, ni siquiera elimina la antijuridicidad (porque la relación de contradicción con el ordenamiento jurídico permanece vigente), sino que hace que el reproche, es decir, el análisis de la culpabilidad, deba hacerse sobre la capacidad de comprensión de la antijuridicidad, problema que es distinto y con consecuencias de no punibilidad del injusto en el caso de error invencible.

128 La redacción de estos artículos se modifica sustancialmente en el proyecto del nuevo código, cuyos numerales 23 y 30 delimitan, en forma expresa, los presupuestos del error de tipo y del error de prohibición, tal como actualmente son interpretados por la Sala Tercera. Así el artículo 23 del proyecto dispone que: *No es típica la conducta de quien al actuar desconoce alguna exigencia necesaria para que el delito exista, según su descripción, y cuando el error provenga de culpa, la conducta se sancionará sólo cuando la ley señale penal para su realización a tal título*. Por su parte, el artículo 30 establece que: *No es culpable quien por error invencible cree que la conducta que realiza no está sujeta a pena o que está amparado en una causa de justificación. Si el error es vencible la pena a imponer puede ser disminuida incluso por debajo del extremo menor previsto para el delito que se trate*.

Por lo anterior, a pesar del aparente problema ocasionado por la ubicación del segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal, para la Sala Tercera, la falsa suposición de atenuantes no elimina el aspecto volitivo y de conocimiento de la acción del autor, ya que este desea y conoce que realiza el hecho típico. Su falso conocimiento e ignorancia consiste en suponer que tiene una causa de justificación que en realidad no existe. No se podría hablar en ese caso de un error de hecho, con las consecuencias que tiene en el Código Penal, porque sería desaplicar para el caso concreto, lo dicho sobre la definición del dolo que establece con claridad el artículo 31.

Sin embargo, el problema de la falsa suposición de permisos o justificantes no queda sin solución en nuestro ordenamiento jurídico, ya que al estar redactado el artículo 35 del Código Penal de manera tan amplia (ubicando el problema sobre el desconocimiento de la punibilidad de lo que se realiza), hace que los problemas de error sobre justificantes, se resuelvan amparados a un problema de error de prohibición.

En todo lo demás, el artículo 34 del Código Penal consigna, solamente, problemas de tipicidad, de manera que quien se encuentre en un supuesto de error de tipo, en realidad actúa sin dolo, por lo que si su error es vencible, se le castigaría por la conducta culposa, si esta se encuentra descrita paralelamente a la tipicidad dolosa (párrafo primero del artículo 34 C.P.).

Por consiguiente, según el criterio de la Sala Tercera, se puede colegir que el error sobre las circunstancias previstas en el tipo objetivo (y que tienen que conocerse a nivel de tipo subjetivo) es un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva no existe o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Como lo indica el artículo 34: el error (falso conocimiento o ignorancia) de hecho debe recaer sobre [...] *algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción* [...]. En los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo y, al no existir ese querer, no hay dolo y, por ende, la conducta es atípica. Lo anterior sucede porque si el dolo es querer la realización del tipo objetivo, si el sujeto no sabe que lo está realizando, no puede existir ese querer.

Los efectos del error de tipo dependen de si este es evitable (o vencible) o inevitable (o invencible). El **error vencible** sucede cuando **si se hubiera prestado la debida atención**, el resultado podría haberse evitado, o al menos, la persona se hubiera dado cuenta de que estaba en un error. El **error invencible** es aquel que **bajo ninguna circunstancia, es posible superar**, pues aunque la persona puso el mayor cuidado al accionar, aún no se hubiera podido dar cuenta de que estaba en un error.

De acuerdo con la Sala Tercera, en nuestro ordenamiento jurídico, el error invencible, además de la tipicidad dolosa, elimina también la posibilidad de la tipicidad culposa. El error vencible, si bien no da lugar a una tipicidad dolosa, sí puede dar lugar a una tipicidad culposa (artículo 34 del Código Penal).

Ahora bien, el artículo 35 del Código Penal establece que: “*No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena*”. A criterio de la Sala Tercera hay dos elementos de esta definición legal que interesan: En primer lugar, el epígrafe del artículo: “*Error de derecho*”, y en segundo lugar, el factor de la “*creencia*” de que el “*hecho*” no está sujeto a pena.

El epígrafe del artículo responde a una vieja distinción doctrinaria, la cual es evidentemente inútil, ya que hoy día es posible demostrar con claridad que el error de tipo (aquel que recae sobre los elementos del tipo objetivo), puede ser de hecho o de derecho, lo mismo, un error de prohibición puede provenir de un falso conocimiento o ignorancia del hecho que genera una situación que creemos justificada o sobre la norma que prohíbe la conducta. Por ello, señala la Sala, la doctrina prefiere referirse al error de tipo (ubicado su análisis en la tipicidad), y el error de prohibición (ubicado su análisis en la culpabilidad)¹²⁹.

129 Ver voto de la Sala Tercera n.º 446-F-92 de las 15:40 hrs. del 25 de septiembre de 1992 y más recientemente los votos n.º 2005-758 de las 10:00 hrs. del 8 de julio de 2005 y n.º 2006-457 de las 8:55 hrs. del 23 de mayo de 2006. Puede citarse aquí que el Tribunal de Casación, en el voto n.º 2001-713 de las 9:30 hrs. del 14 de septiembre de 2001, se apartó parcialmente del criterio sostenido por la Sala Tercera y, aplicando la teoría de la doble posición del dolo desarrollada por Wilhem Gallas (según la cual el dolo es un elemento del tipo de injusto, pero también de la culpabilidad), afirmó que nuestro ordenamiento penal contempla tres tipos de errores: error de tipo (art. 34 párrafo 1º), error de tipo permisivo (art. 34 párrafo 2º) y error de prohibición (art. 35). De acuerdo con esta resolución, como el art. 31 CP dispone que el dolo no requiere el conocimiento de la antijuridicidad, sino únicamente de los elementos del hecho típico (aspecto en el que coincide con la Sala Tercera), descartándose la aplicación de la teoría de los *elementos negativos del tipo* en nuestro ordenamiento, en los supuestos del error de tipo permisivo lo que se eliminaría es el *dolo de culpabilidad*, no el dolo de tipo, de modo que la conducta cumpliría con los requisitos del tipo objetivo y subjetivo, siendo además antijurídica, pudiendo subsistir la culpa, no así la culpabilidad. No obstante, en sentido contrario a esta tesis, pueden consultarse los votos de este mismo Tribunal n.º 2000-703 del 14 de setiembre de 2000, n.º 2005-1045 de las 9:35 hrs. del 13 de octubre de 2005 y más recientemente el n.º 2007-331 de las 7:45 hrs. del 22 de marzo de 2007, en el que se indica lo siguiente: [...] *Interesa para dilucidar esta última cuestión jurídica plantear varios aspectos de este problema: i) en primer lugar, habría que observar si el falso conocimiento o ignorancia del sujeto actuante recae sobre las circunstancias objetivas que originan una causa de justificación que en realidad no existe; ii) en segundo lugar, y desde la perspectiva del propio sujeto actuante, habría que determinar si la persona se creyó justificada, esto es, que su acto carecía de antijuridicidad y, en tal caso, se trataría más bien de un error de prohibición indirecto y, de ahí derivar en una tercera cuestión: iii) si es posible constatar un error, debe determinarse si este es vencible o invencible. En cuanto a este último punto, resulta que la estructura de la Parte General de nuestro Código Penal Vigente (arts. 34 y 35) resuelve el problema de una manera aparentemente distinta. Al respecto ha habido un debate bastante álgido en la jurisprudencia de este Tribunal de Casación (cfr. Voto 2001-713 del TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, de las nueve horas con treinta minutos del catorce de setiembre de dos mil uno, con integración de los jueces Rosario Fernández Vindas, Carlos Luis Redondo Gutiérrez y Javier Llobet Rodríguez) y de la propia Sala de Casación (cfr. V-446-F de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA a las quince horas cuarenta minutos del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos) acerca de cuál es el sistema que subyace a la construcción legislativa de la teoría del error. El debate se origina, principalmente, a partir de la separación de ambos errores en dos figuras independientes: el error sobre las circunstancias objetivas de las causas de justificación en el segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal y el error de prohibición en el artículo 35 de ese mismo cuerpo legal. En un fallo importante de este Tribunal (Voto 2001-713) se procedió a hacer un balance de las teorías estricta y limitada de la culpabilidad,* (continúa en la siguiente página)

En sentido similar, el Tribunal de Casación ha señalado que el error de hecho y el error de tipo, no son equivalentes, como tampoco son idénticos el error de derecho y el error de prohibición. Por esta razón, no pueden concurrir –en un mismo hecho– un error de tipo con un error de prohibición, o un error de hecho con un error de derecho, pues la falta de identidad entre lo que se piensa y lo que materialmente se hace, es la característica del error de tipo (también del error de hecho), pues se trata de una actuación bajo la ignorancia de realizar los elementos objetivos del tipo penal, en tanto que la actuación con conocimiento de lo que se hace, pero sin saber de su carácter delictivo, es la característica del error de prohibición (como también del error de derecho).

Si bien estas figuras no pueden ser alegadas conjuntamente, dada la dinámica analítica de la estructura del delito, sí pueden ser examinadas en forma subsidiaria, de manera que, en un caso concreto, una vez descartado el error de tipo durante el examen

así como también de la así denominada teoría de los elementos negativos del tipo para efectos de resolver la cuestión planteada en una hipótesis donde el imputado creía actuar justificado por una legítima defensa de la propiedad. Aun cuando no se tomó claramente posición, la respuesta jurídica dada al caso pareció orientarse por una aplicación bastante cercana a la teoría limitada de la culpabilidad, donde los casos de error sobre las justificantes (justificantes putativas) habrían de resolverse como error de tipo, y si el error sobre ellas es invencible desaparecería el dolo con el que se realizó el hecho. Por el contrario, si el error es vencible, desaparece el dolo pero subsiste la culpa, la cual se imputaría solamente si el delito tiene una descripción imprudente paralela. Es decir, se aplica la misma solución que está prevista en el primer párrafo del artículo 34 del CP para los casos de error sobre los elementos que harían que el delito exista según su descripción, lo que ubica la solución dada en aquél fallo muy cercana a las propuestas que últimamente se escuchan en los autores que promueven el resurgimiento de la teoría de los elementos negativos del tipo. Esta última teoría, que ha ido ganando algunos seguidores en la doctrina nacional, postula que la constatación de la tipicidad implica la comprobación de que no hay una justificante específica para el hecho. De la misma forma, las vicisitudes de la tipicidad (causales de atipicidad) afectan a la antijuridicidad, provocando que una ausencia de tipicidad termine haciendo desaparecer la antijuridicidad del hecho. Para la teoría de los elementos negativos del tipo resulta claro que el dolo pertenece al tipo penal y, por ende, si existe un error sobre una causal de justificación (las cuales afectan por igual a la tipicidad) debe tratarse como si fuera un error de tipo, que elimina el dolo si es invencible. A esta teoría se pueden hacer varias objeciones, pero lo más importante es que dejaría impunes aquellos delitos graves, donde ha habido una justificante putativa, y el error es de carácter vencible, por la sencilla razón de que no todos los delitos tienen una tipicidad culposa correlativa a la dolosa. La segunda objeción sería que ante quien actúa en una justificación putativa no podría ejercerse, por ejemplo, una legítima defensa, ya que el actuar desplegado carece de dolo, no es una agresión ilegítima. En el caso examinado por esta Cámara en el año 2001 resultaría entonces que el ciudadano no puede defenderse legítimamente de quien lo ha privado de su libertad injustamente, simplemente porque el actuar de ese sujeto carecería de dolo. Es en virtud de estas objeciones que corresponde aplicar una tesis que se conforme de una manera mucho más racional a la estructura del dolo que sigue el Código Penal vigente y, por ello, esta Cámara, en su configuración actual, respeta el criterio expresado en dicho antecedente del año 2001 pero prefiere apartarse de la tesis del error que fuera expuesta allí y brindar sustento a la solución que se le da a este problema jurídico con la ayuda de una tesis diversa. La teoría estricta de la culpabilidad, que los suscritos jueces acogemos y que armoniza con la estructura vigente del Código Penal, hace una diferenciación más clara entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad. El error de prohibición viviría entonces de su conexión con el conocimiento de la antijuridicidad, mientras que el error de tipo estaría conectado al dolo y al conocimiento (-y a la voluntad realizadora-) de los elementos del tipo penal (artículo 31 del Código Penal). Por lo tanto, los casos de error sobre una justificante no son errores de tipo sino errores de prohibición, ergo, errores sobre el conocimiento de la antijuridicidad y deben ser resueltos como tales, esto es disminuyendo o eliminando el monto del reproche que se puede hacer al autor del hecho [...].

de tipicidad, posteriormente puede estudiarse el error de prohibición, durante el examen de la culpabilidad¹³⁰.

No debe confundirse el error con las emociones del agente, pues estas últimas –sea dicho en forma general– no excluyen el dolo (conocimiento y voluntad) con que actúa y, por ello, no tornan atípica la acción. La emoción es solamente una atenuante de la pena en tipos específicos, cuando su causa u origen la hacen excusable (V. gr. el homicidio y lesiones en estado de emoción violenta), y funciona como condición de punibilidad, cuando implica el exceso en el ejercicio de una causa de justificación. No obstante, la ofuscación o las emociones del agente no excluyen el dolo y no significan atipicidad, aunque pueden ser atenuantes o condiciones de punibilidad, cuando la ley así lo indique¹³¹.

Debe tenerse muy presente que el error de tipo, para que pueda excluir la tipicidad subjetiva, **debe ser esencial y no meramente accidental**. De esta forma, el cazador que dispara contra un bulto, creyendo que era un venado, cuando en realidad era un hombre, incurre en un error esencial sobre uno de los elementos del tipo objetivo del homicidio. Por el contrario, quien dispara queriendo matar a su enemigo, pero mata a otra persona a quien confundió con su enemigo por su parecido físico, incurre en un error accidental que no excluye la tipicidad subjetiva del homicidio. Este tipo de errores serán examinados a continuación.

2.3.1.5.- Clases de error de tipo (los denominados errores secundarios o accidentales)

- a) **Error sobre el objeto de la acción.** En principio es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción: si A mata a B en lugar de C; o si detiene de manera ilegal a F, porque lo confundió. Pero cuando los objetos son heterogéneos, el error sí dará lugar a un concurso entre el delito que se quería realizar y el realizado, como ocurre cuando se quiere matar al perro del vecino, pero se mata al vecino, aquí habría un concurso entre el delito de daños (tentado o consumando, si el perro también muere) y el homicidio culposo. **En estos casos, el dolo no se excluye.**
- b) **Error sobre la relación de causalidad.** Como se indicó anteriormente, el agente debe prever (aunque no a nivel de conocimiento efectivo), el resultado que producirá su conducta y el nexo de causalidad entre ambos. Las desviaciones que no son esenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor, son irrelevantes, como sería el caso en el que Mario dispara contra Pablo, con ánimo de matarlo, pero solo lo hiere, y Pablo muere a los días, por la gravedad de la herida ocasionada por el disparo. No hay duda de que Mario será autor de homicidio. Distinto sería el caso de que Pablo muera, a consecuencia del incendio en el hospital donde está internado, pues en este caso, no podría hablarse de la imputación objetiva del resultado a la acción.

130 Tribunal de Casación, voto n.º 2002-751 de las 10:45 hrs. del 19 de septiembre de 2002.

131 Tribunal de Casación, voto n.º 2000-471 del 23 de junio de 2000.

- c) **Error en el golpe (*aberratio ictus*).** Se presenta fundamentalmente en los delitos contra la vida y la integridad física. Juan quiere matar a Fernando, pero por su mala puntería, mata a Pedro. La solución podría ser la misma que la del error *in persona* y si se establece la existencia de un delito de homicidio doloso (en tanto este resultado haya sido incorporado como posible en su voluntad realizadora, conforme a las reglas del dolo eventual, pues en caso contrario sería homicidio culposo), en concurso ideal con la tentativa de homicidio de Fernando.
- d) **Error *in persona*.** En realidad no constituye un verdadero caso de error sobre el desarrollo del suceso, pues no hay desviación alguna, solo se trata de un error en la identidad del sujeto pasivo y este no es un elemento del tipo, por regla general.
- e) ***Dolus generalis*.** Se procura emplear para resolver los supuestos en que el resultado se atrasa o adelanta con respecto a lo planeado por el agente. El autor cree que consumó el delito, cuando en realidad la consumación se produce por un hecho anterior o posterior. Por ejemplo, A golpea fuertemente a B en la cabeza y cree que lo mató. Luego trata de simular un suicidio, anudándole un cable en el cuello. La autopsia determina que la muerte fue causada por el estrangulamiento y no por los golpes. Otro ejemplo es el del sujeto que cree que mató a golpes a su víctima, y luego la arroja al mar para evitar que lo descubran. En la autopsia se determinó que la causa de muerte fue el ahogamiento. La solución preferible en estos casos, es la de existencia de tentativa de homicidio y homicidio imprudente en concurso material, ya que en el momento de producir el resultado, el autor no dirige a él su acción y no sabe de la realización del tipo. Un caso de adelantamiento sería el del sujeto que droga a una víctima para que se duerma, y después la arroja a las líneas del tren a fin de simular un suicidio, pero la persona ya había muerto por intoxicación con la droga suministrada. Un sector de la doctrina señala que, en los casos de adelantamiento, en que el resultado se produce antes del comienzo de ejecución, no es posible imputar más que por culpa.
- f) **Error sobre elementos agravantes o calificantes.** No se elimina la tipicidad, pero se determina la no configuración del tipo agravado o calificado, por lo que debe jugar el tipo básico, al ser la definición genérica de la acción, y que se cumple tanto objetiva como subjetivamente. Esta regla juega de diferente manera, según la hipótesis: i) Falsa suposición de agravantes: el que cree que mató a su padre, pero mata a una persona que en realidad no lo era (homicidio simple). ii) Ignorancia de atenuantes existentes en la tipicidad objetiva. iii) Ignorancia de las circunstancias calificantes de la tipicidad objetiva. (V. gr. quien mata a su padre, sin saber su identidad: homicidio simple, pues falta el dolo de parricidio).

El error sobre los elementos del tipo excluye el dolo. Si es vencible puede subsistir la responsabilidad por culpa. Si es invencible, se excluye por completo la tipicidad.

A diferencia del error de tipo, el error de prohibición recae sobre la antijuridicidad de la conducta, de manera que la tipicidad de esta subsiste, aunque pueda excluirse o atenuarse la culpabilidad.

Antecedentes jurisprudenciales

Síntesis. Con ocasión de un proceso interdictal, un tribunal acoge la pretensión del actor, dictando una sentencia donde se ordena expresamente el derribo de una construcción sita en una playa, el cual fue debidamente notificado a los demandados, quienes, de acuerdo con la ley vigente, estaban obligados a acatar en forma inmediata dicha orden, pues el ordenamiento jurídico vigente, en ese momento, no contemplaba mecanismo alguno para la suspensión de su ejecución. No obstante, por consejo de su abogado, los demandados interponen un proceso ordinario con la intención de que se declarara la ilegalidad de dicha orden de derribo. Creyendo que la interposición de ese proceso ordinario, sí les concedía un plazo para el cumplimiento del derribo, los demandados desacataron la orden emanada por el Tribunal, por lo que fueron acusados y condenados por el delito de Desobediencia a la Autoridad.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera anuló el fallo condenatorio, por considerar que los imputados actuaron bajo los presupuestos del error de tipo. Si bien es cierto que de conformidad con el ordenamiento jurídico-procesal, vigente a la fecha de los hechos, la orden de derribo emitida por el Tribunal debió obedecerse, los acusados actuaron creyendo en un plazo de cumplimiento que su propio abogado (conocedor de la legislación civil y procesal civil) creyó que existía. Así los imputados supusieron, falsamente, que contaban con un plazo para cumplir con el derribo, dentro del cual se tramitaría el juicio ordinario, donde se discutiría el fondo del asunto, y no se les podría obligar a ejecutar la orden del Tribunal. El dolo del tipo previsto en el artículo 307 del Código Penal requiere una voluntad de desobedecer, conociendo que la orden es de inmediato cumplimiento y, además, que emana de un funcionario público competente.

En el caso de estudio, el error de tipo en donde incurrieron los acusados, lo fue sobre el “*inmediato*” cumplimiento de la orden, creyendo falsamente que tenían un plazo para cumplir, cuando este en realidad no existía. En virtud de este error sobre una de las circunstancias que debían conocerse a nivel de tipo subjetivo, en el caso se cumplió con los requisitos de un error de tipo. Además se consideraba que el error en que incurrieron los imputados, era de carácter invencible, pues tuvieron el cuidado de tomar consejo de un profesional en derecho, a fin de que les indicara los pasos por seguir, en relación con las consecuencias jurídicas de la orden emanada del Tribunal. Por tanto, no se les podía exigir que superaran un falso conocimiento o ignorancia que el mismo profesional en derecho estaba propiciando al creer, de modo erróneo, que el ordenamiento jurídico establece una posibilidad de suspensión de la orden que en realidad no existía.

Síntesis. A un sujeto se le encomienda la labor de aserrar árboles en una propiedad privada. En virtud de la información que le suministra la persona que encargó realizar el

trabajo, el sujeto asume que esta persona, quien además era su amigo, tenía en su poder el respectivo permiso de la administración forestal del Estado para efectuar el derribo, por lo que procedió a talar los árboles que se le indicaron. Dicha actividad de aprovechamiento forestal, fue detectada por las autoridades, quienes a su vez, constataron que la persona que encargó los trabajos no contaba con permiso alguno extendido por la administración, por lo que se interpuso la denuncia por infracción a la Ley Forestal contra el sujeto que aserró los árboles. No obstante, este imputado fue absuelto por considerarse que actuó bajo los supuestos del error de tipo.

Tesis del recurrente. En el caso de examen, no era posible aplicar el error de tipo, por cuanto la conducta del imputado se enmarcaba en el error vencible de prohibición, cuando este conocía la necesidad de contar con un permiso forestal para aprovechar la madera, pero no lo solicitó a su amigo, pudiendo haberlo hecho. Por lo anterior, con la falsa representación de la existencia del permiso, taló los árboles, por lo que al tratarse de un error de prohibición, no se excluía la tipicidad de la conducta, y se le debió aplicar una sanción, aunque atenuada.

Decisión del Tribunal. Aun cuando el Tribunal de Casación reconoció que el planteamiento del recurrente, estaba bien fundado y resultaba interesante, consideró que el imputado actuó bajo los presupuestos del error de tipo. El primer apartado del artículo 61 de la Ley Forestal (Número 7575), contiene un elemento normativo, como es el permiso de la Administración Forestal, el cual se requiere para que el sujeto activo cometa el delito.

Si bien no se discute que al infractor puede reprochársele el esfuerzo o actividades que pudo realizar para conocer que se requería el permiso, en el caso de estudio, la situación es diferente, pues se trata de una hipótesis donde el imputado no tuvo que realizar ningún esfuerzo para ponerse en una situación, en donde se mantiene el juicio de reproche que caracteriza la culpabilidad, pues conforme se estableció en sentencia, el imputado supuso, por una información errónea de su compañero, que este poseía el permiso para realizar la actividad forestal. Por tanto, el tema no es la vencibilidad o invencibilidad del error. En el caso de un error de tipo, la evaluación conceptual requiere establecer que en verdad existió el error, sin que pueda admitirse algún tipo de gradación, excepto la distinción entre acción dolosa y culposa.

Por el contrario, en el error de prohibición, es posible evaluar diversos grados de reprochabilidad (art. 79 Código Penal). Si en sentencia se determinó que el sujeto activo no estaba, de hecho, en capacidad de establecer si el permiso o autorización existía, frente a esta conclusión, no es posible aplicar una mayor o menor vencibilidad. Simplemente se asume, razonablemente, que el sujeto activo actuó bajo la idea de que el permiso jurídicamente exigible, lo poseía la persona que le encomendó una determinada labor.

Bajo este supuesto, para el Tribunal de Casación no se podía modificar la decisión del *a quo*, pues conforme se define la figura delictiva, el permiso constituye un elemento

normativo del tipo penal, de manera que un error sobre su existencia, sí constituye un error de tipo (art. 34 del Código Penal); y se trata de un error de tipo de derecho. Si bien existe una proximidad conceptual entre este y el error de prohibición, pues los elementos normativos del tipo, cuando se refieren a requisitos o conceptos jurídicos, tienen una estrecha cercanía con las categorías que integran el juicio de reproche por la culpabilidad, tal proximidad no justifica la confusión entre uno y otro concepto.

Si el imputado no actuó bajo la idea de que el permiso se había expedido, tal situación, conforme al texto penal aplicado, no admite una evaluación circunstanciada, como el juicio de culpabilidad, sino que solo requiere la credibilidad de la prueba que sustente tal extremo y, si tal parámetro se supera, debe admitirse que se trata de un error de tipo de derecho, cuya existencia excluye la tipicidad¹³².

Síntesis. Un sujeto mantiene una relación sexual consentida con una menor de 13 años, circunstancia que era desconocida por el sujeto, dado que la apariencia física de la menor, era la de persona mayor de 15 años.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación consideró que el sujeto actuó bajo un error de tipo que excluía la tipicidad de su conducta. El artículo 159 del Código Penal sanciona a quien, aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aun con su consentimiento. Al creer que estaba manteniendo relaciones sexuales con una persona mayor de quince años, dado que la ofendida no aparentaba su edad cronológica, el imputado actuó con falso conocimiento (un error de tipo de hecho) acerca de una de las exigencias necesarias para que el delito exista, el cual es que la ofendida sea mayor de 12 y menor de 15 años, por lo que al excluirse el elemento subjetivo del tipo penal, correspondía la absolutoria del imputado¹³³.

132 Voto n.º 2003-1113 de las 9:50 hrs. del 31 de octubre de 2003.

133 Voto n.º 2005-097 de las 8:45 hrs. del 17 de febrero de 2005. En forma distinta se pronunció la Sala en el voto n.º 2006-457 de las 8:55 hrs. del 23 de mayo de 2006, con ocasión de un caso en que un sujeto lleva a su novia a un sitio oscuro y apartado, donde le exige que le dé un beso, a lo que esta se niega, por lo que el sujeto la amenaza, forcejea con ella, la arroja al sujeto sujetándola por la fuerza, donde comienza a manosearla e insistirle que le diera el beso. Ante esta situación, la muchacha, atemorizada, acepta darle el beso, lo que aprovecha también el sujeto para manosearla impudicamente. La Sala rechazó la tesis de defensa, la cual consistía en sostener que las palabras de “aceptación” por parte de la víctima, hicieron incurrir en error de tipo al imputado sobre el consentimiento de la ofendida, pues a criterio de la Sala para que en el caso de estudio, se hubiera podido aplicar la figura del error de tipo, se requería como presupuesto fáctico que el agente activo hubiera apreciado incorrectamente las circunstancias que lo rodeaban, creyendo erróneamente que la conducta por él desplegada no se adecuaba a las exigencias de un tipo penal, nada de lo cual se cumplía en el caso de estudio, donde más bien se descartó esa “falsa o errónea representación” aducida por la defensa (en el sentido de que el encartado, creía que la ofendida aceptó que ambos tuvieran un “acercamiento sexual”). Debido a que las circunstancias que rodearon el hecho específico, esto es, las amenazas y violencia previas, necesariamente harían entender a cualquier
(continúa en la siguiente página)

Síntesis. Un sujeto recoge una piedra, y la lanza contra un hombre que se encuentra en un portón con intención de lesionarlo. No obstante, la piedra no impacta al hombre contra el que fue originalmente lanzada, sino a la hija de este, quien se encontraba a su lado en el portón, por lo que le causó lesiones graves.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación concluyó que el resultado debía reputarse como doloso. El *aberratio ictus*, denominado también error en el golpe, no excluye el dolo de la conducta. En el caso de estudio, la ofendida estaba muy cerca de su padre, entonces el imputado podía inferir el grado de probabilidad necesario, que de no atinarle al padre, le podía pegar a la hija como efectivamente ocurrió, lo cual le es atribuible a título de dolo¹³⁴.

persona que la voluntad del sujeto pasivo, estaba viciada, e incluso, aún partiendo de la base de que el acusado, pudo haberse representado erróneamente que la ofendida estuvo de acuerdo con darle el beso, para la Sala era claro que todo lo que se diera más allá del mismo, iría contra su voluntad, de tal modo que al extralimitarse, pues de seguido procedió a tocarle el cuerpo mediante el ejercicio de violencia, el imputado cometió el delito de abusos sexuales.

- 134 Tribunal de Casación, voto n.º 2002-838 de las 11:40 hrs. del 11 de octubre de 2002. En el mismo sentido, voto de este mismo Tribunal n.º 2005-1000 de las 10:10 hrs. del 6 de octubre de 2005. Sobre el tema de la *aberratio ictus*, recientemente la Sala Tercera, en el voto No. 2006-252 de las 16:05 hrs. del 27 de marzo de 2006, se pronunció en los siguientes términos: [...] **III.- Análisis del presente caso según las dos alternativas que plantea el Tribunal.** Para esta Sala, la decisión que adoptó el Tribunal en cuanto al delito de lesiones graves se mantiene igual sea que se considere que el acusado actuó con dolo directo, o bien con dolo eventual. **A) EL IMPUTADO QUERÍA LESIONAR AL OFENDIDO Y ESE DOLO DIRECTO SE CONCRETÓ EN EL RESULTADO.** Como se ha venido señalando, el Tribunal tuvo por demostrado que J. R., con pleno conocimiento y voluntad, le lanzó un envase de cerveza al ofendido J. H. R. (con quien tenía problemas previos, a quien había lesionado en el pasado y con el que peleó luego de tirarle la botella, así folios 37 a 39 frente), siendo que éste logró esquivar dicho objeto, debido a lo cual quien al final de cuentas resultó impactada fue la señora O. M. Esta relación fáctica, así descrita, es constitutiva únicamente del delito de lesiones graves, pues estamos en presencia del *ABERRATIO ICTUS* (o error en el golpe), donde la equivalencia de los sujetos pasivos de la acción ilícita no haría ninguna diferencia en la norma sustantiva a aplicar, ello por cuanto el agente activo quiso lesionar a una persona, lo que al final de cuentas consiguió. Al respecto, ha dicho esta Sala: “[...] en lo que a la cuestión de fondo se refiere, del contenido del fallo se colige como hecho probado el siguiente: “[...] Los aquí ofendidos JFRR y MTM, se encontraban departiendo en el negocio [...] también se encontraba presente el aquí acusado JQG, quien sin precisarse motivo, tuvo una discusión con el ofendido JFRR, el cual desencadenó que el aquí encartado JQG, y dicho agraviado iniciaran una riña entre ellos y aquel, con pleno menosprecio de la integridad física de los ofendidos mencionados, lanzó con fuerza un envase de cerveza impactando la botella de cerveza, lanzada por el encartado JQG, en pleno rostro de la ofendida MTM, provocándole un desprendimiento del canino inferior izquierdo [...] tales lesiones le produjeron una incapacidad temporal de ocho días a partir de la fecha de los hechos y le queda un debilitamiento del órgano de la masticación [...]” (cfr. folio 75, línea 178 en adelante). Asimismo, en los considerandos de fondo se explicó lo siguiente: “[...] concluimos entonces que el imputado participó dolosamente en los hechos investigados, y que estos constituyen infracción a la norma contenida en el artículo 124 del Código Penal, pues el imputado JQG, al impactar, conscientemente y queriendo el resultado, la botella de cerveza referida, en la humanidad de la agraviada MTM, le provocó serias lesiones que la incapacitaron para realizar sus labores cotidianas por ocho días [...] El imputado dirigió su botellazo contra la humanidad de don JFRR, pero, como este lo esquivó, impactó a la señora MTM [...]” (cfr. folio 83, línea 2 en adelante). Como se logra comprender de lo transcrito, el hecho que se tuvo por demostrado consistió en que con pleno conocimiento y voluntad, el imputado le lanzó un envase de cerveza al ofendido JFRR, quien esquivó dicho objeto, debido a lo cual quien al final de cuentas resultó impactada fue la señora MTM. Esta relación fáctica fue calificada por el Tribunal de mérito como constitutiva de un delito de lesiones graves, pues con acierto, y apoyándose en la solución propuesta por BACIGALUPO (la que prohija esta
- (continúa en la siguiente página)

Sala), se estimó que se estaba en presencia del *ABERRATIO ICTUS* (o error en el acto), donde la equivalencia de los sujetos pasivos de la acción ilícita no haría ninguna diferencia en la norma sustantiva a aplicar, ello por cuanto el agente activo quiso lesionar a una persona, lo que al final de cuentas consiguió: “[...] ambos ofendidos resultan ser sujetos pasivos diferentes, pero esa diferencia, en relación al bien jurídico tutelado -la vida y la integridad física- no resulta esencial, de manera que no se eliminan la tipicidad, la antijuridicidad ni la culpabilidad. Esto por cuanto estamos en presencia de lo que se conoce como *aberratio ictus*. Sobre él, Enrique Bacigalupo afirma: “Mayor complicación (respecto al error in persona) presenta el caso del *aberratio ictus*. Ejemplo: A quiere matar a B, que está sentado junto a C; apunta mal y en lugar de dar a B, mata a C, a quien no quería matar. Para este caso se ofrecen en la teoría dos soluciones. Un grupo de autores piensa que no se diferencia del error in persona y estiman que debe tratarse como un homicidio doloso consumado. Otros en cambio piensan que el autor no logró consumir el hecho que quería (matar a B) y que a este respecto sólo puede haber tentativa de homicidio, ya que además mató a C, sin quererlo, pero por falta de cuidado, lo que constituye un homicidio culposo, y que ambos hechos concurren idealmente. La primer solución es la correcta [...]” (cfr. folio 83, línea 24 en adelante). Ya esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en cuanto a la figura penal de comentario, donde se ha indicado lo siguiente: “[...] es factible comprender que conociendo la presencia del menor en el sitio (sentado en la parte trasera del caballo que jineteaba su padre JPP), el imputado accionó el revólver, disparó y ocasionó la muerte del menor E.G. (ver al efecto los hechos tercero y cuarto de la acusación, folio 66 vuelto). Sobre este mismo tópico, conviene apuntar que tampoco es cierto que el fallo de instancia resulte contradictorio en cuanto a determinar la naturaleza jurídica o la especie de dolo de la conducta desplegada por el justiciable. Es evidente, que con argumentos sólidos enlazados en un razonamiento pormenorizado y conforme reglas del correcto entendimiento humano, el sentenciador arribó a la conclusión de que el convicto había disparado con dolo directo y expreso, estableciendo además que en la especie se había presentado un “[...] error en el golpe [...]” (“*aberratio ictus*”), que como tal no elimina la intención dolosa con que se actuó, porque si dadas las condiciones específicas del medio empleado (arma de fuego) y por el modo en que se usó (disparando a corta distancia) y contra el padre del menor, si el tiro no impactó a éste, sino que por el contrario impactó en el cuerpo del joven, es evidente que de acuerdo con las circunstancias específicas del suceso, hubo un error en la causalidad que no anula la intención inicial de ocasionar la muerte a una persona [...]” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 1189-99, de las 9:20 horas del 17 de setiembre de 1999. De igual modo, se ha señalado lo siguiente: “[...] Esta Sala debe advertir que se está en presencia de un caso muy cercano a lo que doctrinariamente se denomina “error en la ejecución” o “error en el golpe” (*aberratio ictus*) en el cual: “[...] el resultado de la lesión se produce en un objeto que no es el que constituye el objetivo verdadero del ataque. Aquí no se produce la lesión que el autor ha querido (en el objetivo), en tanto que el resultado de la lesión que efectivamente se ha producido (en el objeto alcanzado por equivocación) no ha sido querido.” (Ver Wessels Johannes, Derecho Penal. Parte General. página 76). Debe recordarse también que este tipo de problema ha conocido doctrinariamente al menos dos distintas soluciones: (a) la posición que estima que en el caso se da un **concurso ideal** entre la tentativa de la lesión querida y la consumación (culposa) de la lesión no querida; y (b) la consumación de un único delito a través de un **dolo general**, que los tratadistas ejemplifican diciendo que: “se quiso matar a otro” y “se mató a otro”, aunque, ese “otro” no fuera el inicialmente propuesto por el plan de autor [...]” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 864-99 de las 9:40 horas del 09 de julio de 1999. Por último, también se estimó lo siguiente: “[...] aún y cuando aceptáramos que los hechos se produjeron conforme a la mecánica que describe el defensor, esto es, que el occiso recibió el impacto cuando se interpuso en la trayectoria del disparo que en realidad iba dirigido contra la humanidad de MC, ello tampoco excluiría el juicio de culpabilidad por homicidio. De dicho relato hipotético se desprendería supuestamente que estaríamos en presencia de lo que en doctrina se conoce como la *aberratio ictus*, que a efecto de establecer el dolo del sujeto activo resulta irrelevante: “[...] No ha existido mayor discusión en cuanto a que el error en la persona es irrelevante [...] ya que la acción es dirigida a darle muerte a una persona determinada y se mata a esa persona, existiendo equivocación sólo en cuanto a la identidad de esa persona [...] debe distinguirse entre error en la persona y el error en el golpe (*aberratio ictus*) [...] Este último existe cuando la equivocación no es en la identidad del objeto material, sino lo que sucede es que la acción del sujeto activo da en un objeto diferente al que quería alcanzar. Por ejemplo A dispara contra B y por mala puntería o porque C se interpuso al momento del disparo, mata a este último, mientras B sale ileso. La doctrina se encuentra dividida. Algunos estiman que se está ante una tentativa de homicidio doloso de B, en concurso ideal con un homicidio culposo de C, siempre que la muerte de éste se haya debido a una falta del debido cuidado de A [...] ya que

(continúa en la siguiente página)

2.3.2.- Otros elementos subjetivos del tipo doloso

Hay tipos penales que tienen una estructura más o menos simétrica, es decir, donde basta que la voluntad del dolo produzca el resultado descrito en el tipo. No obstante, hay otros que la doctrina denomina **tipos asimétricos**, en donde la tipicidad subjetiva requiere, además del dolo, algunos elementos especiales de carácter subjetivo que no coinciden con este último (son objetivos específicos que el autor quiere alcanzar, mediante la realización del tipo).

Los elementos subjetivos distintos del dolo, son de dos clases: a) Unos son las ultrafinalidades, es decir, se exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo (son los tipos que exigen un “*para*”, “*con el fin de*”, “*con el propósito de*”). Dan lugar a los denominados **delitos de intención** (v. gr. la estafa requiere que la inducción a error, ya sea con el propósito de obtener un beneficio patrimonial¹³⁵; la estafa de seguros requiere que el daño o destrucción de la cosa asegurada sea *con el propósito* de lograr un cobro indebido¹³⁶).

*la acción querida por A era matar a B, no logrando su resultado [...] Otros dicen que al problema debe dársele la misma solución que al error en la persona, ya que se quiso matar a un sujeto y se mató a un sujeto, por lo que se comete sólo un delito doloso consumado [...]” Llobet Rodríguez Javier y Rivera Sánchez Juan Marcos, “COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL”, editorial Juriscentro, San José. 1.ª edición, octubre de 1989. Págs. 7 y 8. En el mismo sentido véase Bacigalupo (Enrique), “PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)”, Ediciones Akal, S.A., Madrid. 2.ª edición, 1990. Pág. 133. De acuerdo con la doctrina citada, es criterio de esta Sala que -ante esa forma hipotética de ocurrir los hechos- en la especie la conducta del agente, dirigida a terminar con la vida de una persona pero que, por un desviación del nexo causal, afecta a otra, debe enmarcarse en el tipo penal del homicidio simple tal y como acertadamente lo hizo el órgano de instancia [...]”, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 1276-99, de las 16:24 horas del 08 de octubre de 1999. De acuerdo con lo anterior, no advierte esta Sala ningún yerro sustantivo en la calificación jurídica por la que optó el Tribunal, de donde el reclamo se declara sin lugar en todos sus extremos.” Resolución No. 733 de las 10:00 horas del 1 de julio de 2005. Como se extrae del precedente transcrito, esta Sala es del criterio que en aquellos casos donde el sujeto activo tenía la intención de lesionar a una persona específica, pero por un error en el golpe impacta a otra, su conducta encuadra en un único delito de lesiones (leves, graves o gravísimas según sea la magnitud de la lesión causada), toda vez que la acción iba dirigida a lesionar a un ser humano y ese es el resultado que se produjo, siendo irrelevante el error mencionado. A la luz de esta tesis, en el presente asunto solamente se configuraría el delito de lesiones graves en perjuicio de Obregón Milanés. **B) EL IMPUTADO PREVIÓ QUE AL LANZAR LA BOTELLA AL OFENDIDO ÉSTE PODÍA ESQUIVARLA Y EN CONSECUENCIA, PODÍA IMPACTAR A UNA PERSONA DIFERENTE, Y ACEPTÓ ESE RESULTADO:** Como se indicó en el primer considerando, el Tribunal también tuvo por demostrado que JR al lanzar la botella contra JHR actuó con dolo eventual, es decir, aceptó como probable que éste la esquivaría y en consecuencia, que podía impactar y lesionar a cualquier otra persona. Ahora bien, partiendo de esta posición la solución no diferiría de la antes analizada, pues también nos encontraríamos ante un único delito de lesiones graves con dolo eventual. Recapitulando, si el acusado al lanzar la botella a JHR previó que podía impactar a cualquier otra persona -y no necesariamente a JHR- y aceptó ese resultado, cosa que efectivamente sucedió, hay que concluir que él cometió un único delito de lesiones graves con dolo eventual, en perjuicio de la agraviada antes mencionada.*

135 Artículo 216 del Código Penal, 245 en el proyecto.

136 Artículo 220 del Código Penal, 248 en el proyecto.

El tráfico de personas menores sanciona a quien facilite esta actividad *con el fin* de comerciar sus órganos¹³⁷. La simulación de delito requiere que se afirme falsamente la existencia de un delito, *con el fin* de inducir a su investigación¹³⁸. El secuestro extorsivo requiere que la privación de libertad sea *con fines de lucro*¹³⁹. El homicidio *crimínis causa* requiere que la muerte sea *para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito*¹⁴⁰, etc.). b) Cuando los elementos subjetivos distintos del dolo, asumen la forma de elementos de ánimo, dan lugar a los **delitos de tendencia** que se caracterizan porque la voluntad de la acción, asume una modalidad particular que no se exterioriza en forma completa (v. gr. dar muerte con *alevosía*¹⁴¹).

La importancia de estos elementos estriba en que, si no concurren, no se configura el delito, aunque se actúe con dolo.

Antecedente jurisprudencial

Síntesis. Dos sujetos suministraban marihuana a un grupo de mujeres, durante reuniones que efectuaban en una casa de habitación. Luego de consumir la droga, llevaban a cabo actividades sexuales, y durante estas, las mujeres, que se encontraban bajo los efectos de las drogas, eran fotografiadas desnudas. Los sujetos fueron condenados por infracción a la Ley de Psicotrópicos, porque consideró el Tribunal que el suministro de marihuana era con la intención de estimular a las ofendidas al consumo de drogas.

Tesis de defensa. No se acredita que los imputados suministraron marihuana con el ánimo de estimular a las ofendidas en el consumo de drogas, y más bien era muy probable que el fin del mismo era "*aderezar las actividades sexuales*", lo cual es reprochable desde el punto de vista moral, pero no desde el punto de vista penal.

En el artículo 61 de la Ley de Psicotrópicos, *está latente o intrínseco un tipo subjetivo que puede ser fin de lucro, o ánimo de incitar a las personas a la adicción*, por lo que el suministro debe tener una intención especial: la finalidad de tráfico, en tanto que, en el caso de estudio, está demostrado que el fin del suministro, era procurar actividades sexuales, de modo que las acciones son atípicas por ausencia del tipo subjetivo.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria. Desde la aceptación unánime en la doctrina de la teoría del tipo complejo, se reconoce la existencia de algunos

137 Artículo 377 del Código Penal, 188 del proyecto. En este último, a diferencia del actual, se incluye la protección a las personas mayores de edad.

138 Artículo 320 del Código Penal, 352 en el proyecto.

139 Artículo 215 del Código Penal. En el proyecto, el fin de lucro se constituye en un agravante del secuestro de personas, según el cual, se sanciona a quien secuestre una persona, exigiendo una condición para ponerla en libertad (arts. 178 y 179).

140 Artículo 112, inciso 7º del Código Penal, 119 de proyecto (en que se denomina "*Homicidio conexo a otro delito*").

141 Artículo 112, inciso 4º del Código Penal, 118 inciso 5º del proyecto.

elementos subjetivos del tipo, distintos del dolo. Una de las sistematizaciones de los tipos con elementos subjetivos, es la formulada por Mezger, quien los clasifica en delitos intencionados, delitos de tendencia y delitos de expresión.

Si bien es cierto, los delitos pertenecientes al primer grupo contienen una intención subjetiva dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo, también lo es el hecho de que en virtud del principio de tipicidad o legalidad, *strictu sensu*, dicha intención especial solo puede ser definida por el legislador. En el caso bajo examen, se discute la aplicación del artículo 61 de la Ley n.º 7786 del 30 de abril de 1998. Dicha norma contiene en realidad dos tipos penales. En el párrafo primero, regula lo que se suele llamar *tráfico de drogas*. Esa denominación –que no proviene de la ley– no resulta muy afortunada, pues incluye conductas que no necesariamente pertenecen al sentido comercial del término traficar, tales como: el suministro o el simple cultivo que, sin embargo, indudablemente se encuentran contenidas en la descripción típica de las conductas prohibidas. Este tipo penal contiene un núcleo verbal que incluye catorce modos, mediante los cuales, se puede cometer el delito. El mismo no establece ningún elemento subjetivo distinto del dolo.

Por otro lado, tenemos el párrafo segundo que sanciona lo que comúnmente se denomina *tenencia de drogas para el tráfico*, terminología que tampoco es lo suficientemente precisa. Este segundo tipo penal tiene como componente objetivo la tenencia de: **a)** drogas no autorizadas y, **b)** productos naturales para producir drogas no autorizadas o semillas de esas drogas con capacidad germinadora, así como la comercialización de los segundos. Aparte de estos elementos objetivos del tipo, hay un elemento subjetivo distinto del conocimiento y voluntad respecto del tipo objetivo, que dicha posesión debe tener la finalidad de distribuir, suministrar, comerciar, fabricar, elaborar, refinar, transformar, extraer, preparar, cultivar, producir, transportar, almacenar o vender las referidas drogas, semillas o productos. En el caso sometido a examen, se está aplicando el tipo penal contenido en el párrafo primero, el cual no constituye un delito intencionado, según se analizó, de manera que por definición legal resulta irrelevante la finalidad que tuviera el suministro.

En todo caso, tampoco el párrafo segundo, contiene como fines especiales el lucro, la generación de adicción, ni el tráfico –término que ni siquiera figura dentro del artículo citado. Al no tratarse de un delito intencionado, para los efectos del párrafo primero del artículo 61, es irrelevante si el fin del suministro de drogas, fue “aderezar actividades sexuales” o estimular el consumo de drogas o cualquier otro fin. El legislador no definió una intención especial para el suministro, de manera que para la configuración del ilícito, basta el simple suministro de algún estupefaciente o psicotrópico¹⁴².

2.3.3.- La imprudencia. El que llamamos tipo imprudente, se ha denominado también tipo culposo y, algunos autores como Zaffaroni, mantienen esta misma denominación.

142 Voto n.º 2002-882 de las 15:25 hrs. del 12 de septiembre de 2002. Como antecedente de la misma Sala, puede revisarse el voto n.º 540-99 de las 10:15 hrs. del 7 de mayo de 1999.

En realidad el cambio no tiene ninguna significación particular y su uso resulta indiferente. Algunas personas prefieren hablar de delito imprudente, para evitar las confusiones que, inicialmente, se formulan sobre todo los estudiantes, entre la culpa como categoría dogmática que pertenece a la tipicidad y los hechos culposos que tienen que ver con una actuación no dolosa, en donde intervienen una infracción al deber de cuidado y la culpabilidad como estadio de la teoría del delito. Sin embargo, tampoco debe confundirse el concepto de imprudencia, con el que corresponde al derecho civil, junto a los de impericia y negligencia.

2.3.3.1.- Consideraciones. Lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente, no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. La observancia del deber de cuidado y la diligencia debida, constituyen el punto de referencia obligado. En los delitos culposos, a diferencia de los dolosos, la conducta no está dirigida a lesionar bienes jurídicos. No obstante, al faltarse al deber de cuidado, se evidencia menosprecio hacia estos.

Cabe destacar que no toda realización de los elementos objetivos de un tipo de delito, se castiga en todo caso, ya que por el principio de intervención mínima, se deben seleccionar solo aquellos comportamientos imprudentes que afectan bienes jurídicos fundamentales, tales como: la vida, la integridad física, salud, y castigar, entre todos estos comportamientos que llegan a producir realmente un resultado lesivo para esos bienes jurídicos. Por lo anterior, los tipos culposos deben estar expresamente descritos en la ley. En esta clase de delitos, no se criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben, en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realizar la acción. De esta manera, un sector de la doctrina señala que en los delitos culposos, a diferencia de los dolosos, la finalidad del autor persigue una meta distinta a la contemplada en la figura típica.

Dicha finalidad no cuenta por sí misma, pues la prohibición se funda en que, **al seleccionarse los medios, se infringió el cuidado debido** y se causó un resultado lesivo. Por tanto, esta sí es indispensable para averiguar cuál era el deber de cuidado que le incumbía al agente (si no sabemos qué acción realizaba el agente, no podemos preguntarnos por el deber de cuidado que debió observar). Esto obedece a que los tipos culposos son abiertos, es decir, necesitan de una norma de cuidado que los complete o cierre, lo cual tiene explicación, porque es muy difícil prever las innumerables formas en que la realización de una acción penal, puede violar un deber de cuidado y crear un peligro.

Los componentes del tipo objetivo del delito imprudente son: la acción típica imprudente y el resultado que ella ha causado.

2.3.3.2.- La acción típica: la infracción al deber de cuidado. El contenido de la acción típica no está determinado con precisión en la ley, por ello debe ser el juez o el intérprete quien debe establecer el contenido de la acción imprudente. Lo que debe hacerse es buscar un punto de referencia para comparar la acción realizada, y ese punto lo da el **deber objetivo de cuidado**.

El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente, consiste en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debió haber sido realizada, en virtud del deber de cuidado, que, objetivamente, era necesario observar, y que cualquier persona colocada en la posición del autor, podía haber observado.

La desaprobación jurídica recae en estos delitos, sobre la forma de realización de la acción o sobre la selección de los medios para realizarla.

En estos supuestos, el juzgador debe partir de la infracción al deber de cuidado que es un aspecto objetivo del hecho, para derivar a partir de él la conexión con el resultado dañoso, y ponderar en virtud de ese ejercicio, lo que el sujeto exteriorizó. Esta exteriorización es lo que permite deducir lo que pudo prever y evitar el sujeto activo de un hecho culposo.

Como se expuso líneas atrás, el artículo 30 del Código Penal establece que nadie puede ser sancionado por un hecho tipificado, si no lo ha cometido con dolo, culpa o preterintención. No obstante, el código no contiene una definición de "culpa"¹⁴³. Para nuestra jurisprudencia, esta apertura tiene una gran ventaja, ya que permite enfocar el análisis judicial, hacia la forma en que el agente, en cada caso concreto, condujo la causalidad hacia un fin intrascendente para el derecho, puesto que dicha causalidad es la que establece la relación entre la infracción al deber de cuidado (manifestada en esa conducción) y el resultado antijurídico que sí es trascendente para el derecho.

El tipo culposo tiene entonces un examen de dos resultados: uno intrascendente para el derecho, hacia el cual se conduce el sujeto por medio de su finalidad y el escogimiento de medios requeridos. El otro que sí interesa al derecho, ocurre cuando, por la forma en que condujo la causalidad, el agente produce una lesión a un bien jurídico, manifestado en un resultado no querido por este.

Modernamente, nuestra jurisprudencia ha sustituido los antiguos conceptos civiles de *negligencia*, *imprudencia* e *impericia* para la definición legal de la conducta culposa, pues estos suelen llevar a serios problemas lógicos de definición. En vez de ello, establece que el análisis judicial del hecho se debe hacer *ex post facto* con las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho investigado. Pero en este nuevo suceso, se pone al sujeto a actuar conforme a todo el deber de cuidado que le correspondía, acorde con sus condiciones personales, oficio, profesión o arte que hayan concurrido para caracterizar su comportamiento dirigido al fin intrascendente para el derecho. Si después de semejante examen, el resultado lesivo siempre se produce, la conducta analizada resulta atípica del delito culposo. En el caso contrario, la conclusión que se deduce, es

143 Situación que varía en el proyecto del nuevo código, en cuyo artículo 21 se define la culpa de la siguiente forma: "Actúa con culpa quien cause un resultado no querido, previsible y evitable, como consecuencia directa de la infracción a un deber de cuidado".

que la conducta que infringió el deber de cuidado, fue idónea para producir el resultado antijurídico y, por ende, resulta típica del delito culposo que se esté investigando.

Aunado a lo anterior, resulta además indispensable establecer la **relación de determinación** entre el resultado y el grado de culpa con el que actuó el agente (la infracción al deber de cuidado **debe incidir directamente** en el resultado lesivo), el cual solo puede medirse en cada caso concreto, pues como se analizó anteriormente, el Código no contiene una definición de "culpa" ni le fija límites, salvo los que puedan derivarse de los principios de legalidad y culpabilidad. Igualmente, para el examen de la culpa, es necesaria la detección del resultado y del deber de cuidado que debió tomarse para evitarlo, porque el tipo culposo, como veremos más adelante, también tiene aspectos de voluntad y conocimiento, aunque son diferentes a los del tipo doloso.

Por consiguiente, tanto para la Sala Tercera como para el Tribunal de Casación, el analista debe examinar los elementos objetivos y subjetivos del delito culposo, no partiendo de la licitud inicial de la acción, sino de la anticipación de un fin intrascendente para el derecho, la realización de una causalidad necesaria para obtener ese fin y la infracción al deber de cuidado que genera un segundo resultado que interesa al ordenamiento jurídico, pues este último es el que determina el alcance de la tipicidad culposa.

Con miras a la realización de ese examen, para nuestra jurisprudencia resulta fundamental lo siguiente: a) El analista debe observar el tipo objetivo del delito culposo, es decir, que la conducta del agente cause el resultado típico y que la causalidad haya sido defectuosamente programada. Esto significa que la selección de medios para producir el resultado querido, haya sido defectuosa, de manera que constituya una violación al deber de cuidado, así como también que, en el resultado, medie una relación de determinación, en donde la infracción al deber de cuidado, haya sido esencial para la producción de este (análisis judicial *ex post* con la conducta adecuada al deber de cuidado). b) Se debe poner especial cuidado al tipo subjetivo, en donde basta que el sujeto no haya deseado producir el resultado que lesiona el bien jurídico penalmente tutelado, y que si el resultado típico es aceptado como posible por ese sujeto, este debe haber sobrevenido con una causalidad diferente de la programada y, por supuesto, diferente de la voluntad final realizadora de la conducta intrascendente al derecho (pues de lo contrario, no habría culpa, sino dolo eventual). c) Se debe valorar también que el resultado típico y la causalidad sean previsibles para el sujeto activo, poniéndose especial interés en dilucidar, si el sujeto activo

pudo conocer la peligrosidad de la conducta desplegada, en relación con el bien jurídico en cuestión, y si pudo evitar el resultado¹⁴⁴.

Estas consideraciones fueron utilizadas por la Sala Tercera para resolver el siguiente caso. Dos sujetos que son buscados por las autoridades, detectan que se aproxima una unidad policial, por lo que uno de estos se introduce rápidamente dentro de la cajuela de un vehículo, cuya compuerta permanece abierta, mientras el otro lo maniobra para darse a la fuga. La unidad policial se le atraviesa para impedirle la salida, y se bajan dos agentes armados (**A** y **B**). El conductor del vehículo en fuga maniobra, tratan de abrirse paso, con lo cual estuvo a punto de embestir al agente **A**, quien dispara su arma contra las llantas de dicho automotor, por lo que el prófugo realiza entonces un viraje en U, con lo cual casi atropella al agente **B**, quien dispara contra sus neumáticos, también con dirección al suelo.

Como última maniobra, el conductor del vehículo en fuga, consigue abrirse paso, por lo que acelera para huir, llevando a su compañero en la joroba del carro, con la compuerta abierta, de manera que este último era visible para los agentes policiales. En el momento en que el automotor se marchaba, el agente A apunta su arma contra el vehículo en fuga, y efectúa un disparo, el cual ingresa libremente a la joroba e impacta al sujeto que se encontraba dentro, causándole la muerte. En su defensa, el agente **A** afirma que su intención nunca fue impactar al sujeto que viajaba en la joroba, sino al vehículo para intentar detenerlo, y disparó confiando en su buena puntería.

Si bien, en un principio, el agente fue sentenciado por homicidio simple con dolo eventual, la Sala Tercera recalificó los hechos a homicidio culposo, por considerar que, en el caso de estudio, el problema del conocimiento y de la voluntad de acción, resultaba trascendental, al punto de que distanciaba la solución de un mero problema de infracción, al deber de cuidado.

De acuerdo con los hechos, resultaba evidente que el agente no podía alegar una posibilidad de conocimiento sobre la posibilidad de que el suceso se verificara, ya que dado el medio empleado para tratar de detener el vehículo, este permitía hacer un cálculo de efectos concomitantes que permitía prever el resultado de lesiones o muerte, pero que el sujeto no aceptó como posible, pues pensó que por su habilidad y destreza en el manejo de su arma reglamentaria, pudo evitarlo y así percutió su arma e impactó al ofendido.

144 Ver votos de la Sala Tercera [n.º 2003-386](#) de las 15:00 hrs. del 20 de mayo de 2003; [n.º 2004-446](#) de las 11:20 hrs. del 7 de mayo de 2004 y [n.º 2005-398](#) de las 10:05 hrs. del 13 de mayo de 2005. En sentido similar, Tribunal de Casación Penal en los votos [n.º 2000-841](#) del 30 de octubre de 2000; [n.º 2001-843](#) de las 10:10 hrs. del 26 de octubre de 2001; [n.º 2001-889](#) de las 10:10 hrs. del 9 de noviembre de 2001; [n.º 2002-14](#) de las 11: 05 hrs. del 18 de enero de 2002; [n.º 2002-396](#) de las 10:40 hrs. del 24 de mayo de 2002; [n.º 2003-285](#) de las 9:38 hrs. del 3 de abril de 2003 y [n.º 2003-696](#) de las 11:55 hrs. del 18 de julio de 2003, entre otros.

Como el mero examen de tipicidad culposa resulta insuficiente, con apoyo de citas doctrinales, la Sala señaló que el mero “*pensar en*” u “*ocurrirse*”, sin cualidad de juicio, podía constituir una culpa consciente, pero que la consciencia en este tipo de imprudencia, ya en su contenido, no se correspondía con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo.

En el caso de estudio, a criterio de la Sala, de la relación de hechos probados, podía derivarse válidamente la tesis de que el agente, movido por un excesivo celo en el ejercicio profesional y, con el afán de lograr la detención de los sospechosos, disparó de manera temeraria contra el vehículo, en donde aquellos pretendían huir, pero no lo hizo de forma dolosa sino que, aunque se representó el resultado de lesiones o muerte como posible, no lo quiso ni lo aceptó, ya que en un ejercicio mental apresurado, se figuró que dicho efecto no se produciría, gracias a su destreza o su buen hacer como tirador entrenado, por lo que en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, se optó por descartar el dolo eventual y recalificar los hechos a homicidio culposo¹⁴⁵.

2.3.3.3.- El concepto de cuidado objetivo. Se trata de un concepto objetivo y normativo. Objetivo, porque no interesa para establecerlo, cuál es el cuidado que, en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, sino el requerido en la vida de relación social. Supone además un juicio normativo que surge al comparar la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente, y la observada por el autor.

Este criterio de previsibilidad objetiva es, sin embargo, insuficiente, porque no toda acción que pueda producir resultados lesivos, es de por sí imprudente. Se necesita además la previsibilidad que la persona no atienda las reglas de cuidado debido.

Las reglas de cuidado debido no son siempre fáciles de precisar. En términos generales, la doctrina señala que el deber de cuidado, se puede definir acudiendo a un criterio mixto, según el cual debe partirse no solamente del cuidado que hubiera puesto un hombre prudente y consciente, del mismo tráfico jurídico y en similar situación a la vivida por el agente, sino además a las capacidades y conocimientos del autor en concreto. (V. gr. no puede juzgarse igual a un piloto de fórmula uno que a un conductor común, si ambos provocan a título de imprudencia, una muerte en un accidente automovilístico).

145 Ver voto n.º 2003-386 de las 15:00 hrs. del 20 de mayo de 2003. No obstante, como bien señala Miguel García Martínez en su libro (*cit.* pp. 109 a 129), la jurisprudencia de la Sala no siempre ha sido congruente en lo que toca a la diferenciación entre culpa consciente y dolo eventual, pues con motivo de un caso similar al aquí reseñado, en donde un policía dispara con un rifle a un vehículo en movimiento, y causa la muerte de su ocupante, la Sala consideró que sí hubo dolo eventual. Se trata del voto n.º 596-F-92, mismo que será revisado más adelante, al tratar el tema de la preterintención. Asimismo, llama la atención que del contenido del este voto 2003-386, se desprende que, para fundamentar la aplicación en el caso concreto del principio de *in dubio pro reo*, la Sala tomó en consideración la tesis de descargo del imputado, en cuanto este último confió en su buena puntería para no dar muerte a la víctima, pese a que dicha circunstancia no formó parte de la relación de hechos probados del fallo condenatorio, en la cual más bien se atribuyó al imputado una conducta dolosa.

La determinación de la tipicidad o no de la conducta realizada, debe hacerse teniendo en cuenta también a la persona que la lleva a cabo.

Ante la ausencia de un catálogo de deberes de cuidado, coincide la doctrina en que el operador del sistema penal, debe remitirse a distintas fuentes que le pueden servir para determinar, si en una situación dada, se configura o no la infracción al cuidado, entre ellas las siguientes: a) Existen normas jurídicas de índole legal o reglamentaria (v. gr. normas de tránsito, normas para regular la seguridad en el trabajo, normas para regular fuentes de riesgo, normas que rigen la práctica de ciertos deportes, etc.), de las cuales se puede derivar una infracción al deber de cuidado. Asimismo, debe tenerse cuidado de que no toda infracción reglamentaria implica *per se*, una infracción al deber de cuidado (v. gr. conducir con la licencia simplemente vencida, o el conductor que invade el carril contrario o la acera para salvar la vida de un peatón que yace postrado sobre la calzada). b) Los principios generales de la experiencia (v. gr. las reglas del arte médico). c) El examen del riesgo permitido dentro de una actividad (conductas que aumentan significativamente el riesgo socialmente tolerado en las distintas actividades. d) Como producto de estas mismas normatividades, aparece el principio de confianza (el cual ya fue ampliamente expuesto al estudiarse el tema de la imputación objetiva), según el cual, quien participa en el tráfico de acuerdo con la norma, puede y debe confiar que otros también lo hagan, a menos de que manera fundada, pueda y deba confiar en que todos los participantes en él también lo hagan. e) El criterio del hombre medio en el mismo sector del tráfico jurídico, equivalente al “*buen padre de familia*” que refiere la legislación civil. De esta manera, si la actuación del agente se mantiene dentro de los marcos propios de tal pauta, no podría afirmarse la violación al cuidado; al contrario, si se sale de los límites, procederá la imprudencia a condición de que se cumpla con las restantes exigencias típicas.

Esta última pauta, el criterio del “*hombre medio*”, ha sido criticada por la doctrina más reciente, por tratarse de una construcción artificial, dado que no existe en la realidad un imaginario ser humano prudente que sea profesional en todas las artes y ciencias, conocedor de todos los mecanismos y practicante de todos los deportes, por lo que se trata de una figura imaginaria manipulable a la voluntad del intérprete.

Por ello, en vez del criterio del hombre medio, la doctrina moderna propone recurrir al “**estándar mínimo de previsibilidad**” que es compartido por casi todos los integrantes de una cultura, lo que sí es verificable y comprobable en un momento determinado (no es necesario ser electricista, para saber que dos cables pelados son capaces de producir un corto circuito, ya que ello forma parte del saber compartido entre los miembros de una comunidad).

A pesar de estas críticas, el criterio del hombre medio no es pauta excluyente y esta, necesariamente, requiere complementos como el último. Así el cuidado debido debe precisarse, partiendo de puntos de partida mixtos.

Zaffaroni señala que esta capacidad individual de previsibilidad, no debe ser confundida con otras dos hipótesis en que media imputación culpable: a) La imprudencia por

emprendimiento que se da cuando el sujeto emprende el desarrollo de una actividad, sabiendo que tiene sus facultades disminuidas, cuando lo debido es abstenerse (v. gr. un miope que sale de caza con un rifle y sin anteojos, o en idénticas condiciones, sale a conducir por una autopista). b) Quien actúa sin informarse adecuadamente (v. gr. el médico que interviene sin los análisis previos aconsejados, no carece de previsibilidad, sino que viola el deber de cuidado que le imponía informarse).

Si bien es cierto que pautas generales, como las anteriormente descritas, resultan muy útiles, el fiscal nunca debe prescindir del análisis meticuloso de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se obre dentro de un contexto social determinado, a fin de precisar el cuidado debido en cada caso concreto.

Por su parte, la Sala Tercera ha definido la “culpa” como un *“resultado dañoso previsible y evitable”*, en donde la determinación del cuidado debido, es un elemento esencial en el análisis de la tipicidad culposa, pues en esta clase de delitos, no puede partirse de un criterio exclusivamente objetivo para su imputación, sino que estos se construyen a partir de la infracción al deber de cuidado que no es casual.

De esta manera, para que una conducta encuadre en un tipo culposos, **debe ser contraria al cuidado debido, siendo esta la razón de su desaprobación legal, y no solamente por la creación o incremento de un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico.** Si bien ese riesgo es importante y debe ser tomado en cuenta, como complemento a la infracción al deber de cuidado (pues resulta necesario demostrar que la conducta descuidada, ha excedido el ámbito de permisión normativa), este no puede ser el único criterio de imputación, sino que también es necesario averiguar la finalidad concreta del autor ante el hecho, para saber de qué acción se trataba y, conforme a ello, determinar el cuidado debido que había de tenerse presente en esa clase de acciones, con lo que se puede “cerrar” el tipo y verificar si se ha producido el hecho culposos.

En otras palabras, además de la realización o incremento del “riesgo” expresado en la infracción al deber de cuidado, deben tenerse en cuenta la capacidad y las circunstancias en que se encontraba el sujeto, para tener “previsibilidad individual” del resultado, y de ahí poder deducir las condiciones de la evitabilidad del hecho.

De la misma forma, a criterio de la Sala Tercera, el examen de los delitos culposos, entendidos como *“cláusulas generales”* que deben especificarse en cada caso concreto, obliga al analista a definir, si en cada hipótesis, se ha verificado una contrariedad al cuidado. No puede reprocharse meramente el haberse causado un resultado, sino además el actuar humano que se materializa en forma contraria al cuidado.

Como en los delitos culposos, también existe una finalidad que resulta decisiva para establecer un desvalor del actuar desplegado. (No es lo mismo haber causado un homicidio culposos, por ejemplo, a sabiendas de que el autor se encontraba en un error sobre las

condiciones de conducción en una autopista y su señalamiento, como si ese homicidio culposo acaece, porque el autor conduce a una velocidad superior a la permitida en una zona que sabe es muy transitada).

Además, en los delitos culposos, el resultado es obra del autor, por lo que corresponde atribuirlo de manera causal a su comportamiento, y para ello, debe analizarse de manera correspondiente dicha causalidad, teniendo siempre presente que la finalidad en este tipo de delitos, a diferencia de los dolosos, no va dirigida a producir el resultado del hecho, sino precisamente, otro resultado que no es relevante para la norma.

Las anteriores consideraciones fueron desarrolladas por la Sala Tercera, con motivo del siguiente caso. Una comisión municipal de festejos cívico-populares contrata los servicios del propietario de una fábrica de juegos pirotécnicos, para realizar un juego de pólvora. Para dicho evento, la comisión le solicitó permiso al cuerpo de bomberos, así como también se solicitó a la Subcomisaría del Ministerio de Seguridad Pública, la autorización para detonar pólvora. Esta dependencia policial informó, en relación con la solicitud, que estaría presente en dicho acto prestando vigilancia. Por su parte, el dueño de la fábrica de pólvora solicitó además los permisos de funcionamiento del Ministerio de Salud y del Ministerio de Seguridad Pública, Departamento de Armas y Explosivos.

La noche del evento, el equipo pirotécnico fue colocado por el propietario de la fábrica en varios sectores de un parque público, y con la presencia de dos policías del Ministerio de Seguridad Pública, se dio inicio a la actividad pirotécnica. No obstante, sin poderse determinar la causa, se produjo una explosión de un juego pirotécnico, cuyas esquirlas alcanzaron a tres personas que se encontraban entre quince y veinte metros de donde se encendía la pólvora (a pesar de que los reglamentos que regulan este tipo de actividades, establecen que debía acordonarse un área de 35 metros de diámetro entre el sitio donde se enciende la pólvora y el público), dándole muerte a uno e hiriendo seriamente a los restantes.

Sin embargo, el propietario de la fábrica de pólvora fue absuelto por los delitos de homicidio y lesiones culposas, pues durante el debate, no se acreditó que dicha explosión fuera consecuencia de una infracción al deber de cuidado por parte del polvorista.

Dicho fallo absolutorio fue confirmado por la Sala Tercera, rechazando la tesis del representante de las víctimas, la cual consistía en sostener que la violación al deber de cuidado por parte del imputado consistió, precisamente, en haber efectuado el juego de pólvora, violentando las ordenanzas reglamentarias (distancia menor a 35 metros entre el lugar donde se quemaba la pólvora y el público), por lo que en esas condiciones, dicha actividad, ya de por sí peligrosa, sobrepasó el riesgo permitido por el ordenamiento jurídico.

Al respecto, la Sala consideró que la mera infracción de reglamentos, o la simple creación de un riesgo no permitido, *per se* no implica causación culposa de un resultado, pues aún quedaría por demostrar que la infracción reglamentaria se une a otros elementos, para

poder determinar que —efectivamente— el hecho es responsabilidad del acusado, entre los cuales estaría **que la infracción al deber de cuidado se ha realizado en condiciones de previsibilidad y evitabilidad objetivas**, las cuales solo pueden sustentarse en cada caso concreto cuando, *ex post facto*, resulte evidente que el autor podía personalmente **prever los resultados y disponer de precauciones para evitarlos**. No obstante, en el caso de estudio, este examen no fue posible para el tribunal sentenciador, ya que no se pudo determinar la causa efectiva de la explosión, así como tampoco se pudo establecer si el resultado lesivo fue previsible —y por ende evitable— para el imputado¹⁴⁶.

2.3.3.4.- El deber subjetivo de cuidado. Tal como vimos anteriormente, el tipo subjetivo en la imprudencia, atiende a la **capacidad individual**, al nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencias del autor. En el caso de un profesional en la medicina, se toma en cuenta su mayor capacitación en la prescripción de un medicamento, mientras que la misma conducta realizada por una persona sin esos conocimientos, podría no ser delictiva. Se trata de reglas y principios de experiencia, abstractos y generalizados, que deben aplicarse a un caso concreto para valorar si hubo o no imprudencia.

Para la tipicidad culposa, basta que el agente posea un conocimiento actualizable; es decir, no es necesaria la actualización (el pensar en ello o la consciencia de la creación de un peligro).

Nuestra jurisprudencia ha interpretado que el tipo culposo tiene una subestructura binaria¹⁴⁷: a) El tipo objetivo se llena por la falta al deber de cuidado que causa directamente un resultado previsible y evitable. b) El tipo subjetivo, se llena por la culpa como relación personal entre acción y resultado, subestructurada en un elemento cognitivo y uno volitivo. La parte cognitiva alude a la previsibilidad potencial del hecho (conocida como culpa sin representación) o en la previsión concreta del resultado (culpa con representación). La parte volitiva consiste en aceptar medios contrarios al deber objetivo de cuidado; pero sin aceptar el resultado típico.

La previsibilidad —así como la evitabilidad del resultado— es una característica intrínseca a las conductas culposas que siempre debe existir, pues si el resultado es absolutamente imprevisible para el sujeto, o estaba más allá de su capacidad de previsibilidad, el hecho sería atípico (estaríamos ante un caso fortuito o fuerza mayor). La previsibilidad del resultado depende de las reglas o normas de la experiencia, de lo que es estimado como lo común u ordinario (reglas de carácter objetivo), de conocimiento de la generalidad de una sociedad, sin necesidad de conocimientos especializados. Esto no implica que, para establecer si un sujeto conoció y previó un resultado, no se deban tomar en cuenta los especiales conocimientos que posee.

146 Ver voto n.º 2004-1291 de las 9:05 hrs. del 12 de noviembre de 2004.

147 Sala Tercera, votos n.º 511-F-93 de las 9 hrs. del 10 de septiembre de 1992; n.º 2000-127 de las 9:45 hrs. del 4 de febrero de 2002 y n.º 2004-1291 de las 9:05 hrs. del 12 de noviembre de 2004. En el mismo sentido, Tribunal de Casación Penal en el voto n.º 2003-696 de las 11:55 hrs. del 18 de julio de 2003.

La diferencia, en punto a la culpa, radica en que mientras en la consciente –o con representación– el autor, en efecto, prevé el resultado como posible y, sin embargo, obra creyendo que podrá evitarlo o que no ocurrirá (es decir, lleva a cabo una programación defectuosa de la causalidad, por no responder al cuidado debido). En la culpa inconsciente –o sin representación– la falta al deber de cuidado recae sobre el propio juicio de previsibilidad, de modo que no se previó el resultado típico, cuando se estaba en condiciones potenciales de hacerlo. Ambas formas de culpa reciben un idéntico tratamiento en nuestra ley, la cual no hace distinción alguna.

Con fundamento en este tipo de consideraciones, en el caso del sujeto que conducía en horas de la noche por una autopista, en donde súbitamente se encontró un “mataburros” colocado en media vía, por lo que, con el fin de esquivarlo, viró su vehículo hacia un costado, perdió el control del mismo e invadió el carril contrario, donde colisionó de frente con otro automotor, ocasionando la muerte de sus pasajeros (caso examinado en el capítulo anterior).

La Sala Tercera estimó que no hubo una violación al deber de cuidado por parte del imputado, pues no resultaba *previsible*, para un conductor medio, suponer que en una autopista (que admitía una velocidad máxima de 90 km/h, con cuatro carriles y acceso restringido) y, en donde no mediaban otras especiales condiciones (como lluvia, neblina, derrumbes, defectos existentes en las luces reglamentarias o cualquier otro componente del vehículo, etc.), pudiera encontrarse de pronto con un obstáculo de esa naturaleza.

Adicionalmente, se consideró que la nocturnidad, por sí misma, no constituía una condición excepcional que obligara al conductor a aminorar la velocidad en ese tramo de la autopista, por lo que la aparición del objeto de marras, constituyó un evento fortuito para el acusado que le eximía de responsabilidad penal por el accidente.

Por el contrario, en el caso del especialista en ginecología –también reseñado en el capítulo anterior– que no realizó exámenes diferenciales a la paciente recientemente operada, sino que le bastó con lo que observó y diagnosticó en ese único momento, a raíz de lo cual no detectó a tiempo un proceso infeccioso que estaba sufriendo la víctima, el cual le causó su muerte, la Sala Tercera consideró que el imputado actuó con culpa consciente, pues de acuerdo con los hechos probados del fallo, los datos con que este contaba al momento de examinar a la paciente, dados su historial y los síntomas que presentaba, hacían previsible y evitable el resultado. También indicó que este médico se hallaba en condiciones de preverlo y evitarlo, y debió hacerlo, pues si hubiera cumplido con su obligación de efectuar los exámenes diferenciales, se hubiera constatado oportunamente el proceso infeccioso.

Por otro lado, plegándose a los lineamientos doctrinales indicados, la Sala Tercera ha señalado que es necesario ponderar las condiciones personales del autor y, por ende, de sus conocimientos y circunstancias especiales, para juzgar la naturaleza del deber de

cuidado que le es exigible, pues el “*grado de culpa*”, al que se refiere la construcción típica de la culpa en el actual Código Penal, debe considerarse en cada caso, al no existir un límite normativo en el tipo penal. Así la ley no puede establecer todos los supuestos dentro de los cuales, se podría incrementar el riesgo de una determinada actividad, ni puede describir con lujo de detalles todos y cada uno de los deberes de cuidado competentes a todas las personas intervinientes en una determinada actividad normada por el derecho. Por esta razón, debe acudirse a patrones de prudencia.

A criterio de la Sala, no se trata de “construir” judicialmente un observador de los hechos, con todos los conocimientos y experiencias de la generalidad de los seres humanos, en todos los oficios, artes y profesiones imaginables, pues un estándar así es inconcebible, por ser una mera construcción no referente a ninguna persona viva, manipulable por el intérprete. Por ello, se habla más bien de un “*estándar mínimo*” de previsibilidad exigible a todos los ciudadanos de una determinada sociedad y cultura. De esta manera, la imputación conforme a la capacidad individual de previsión, constituye un límite para la tipicidad culposa y, por ello, es un criterio que debe tomarse en cuenta en el análisis judicial¹⁴⁸.

Así por ejemplo, en un caso donde una pasajera de un autobús es atropellada por el vehículo que la transportaba, a raíz de que el chofer decidió acelerar el automotor, y le causó lesiones varias y luego la muerte, la Sala anuló la sentencia condenatoria dictada en contra de este último, indicando que para precisar si la conducta desarrollada por el conductor, configuraba un homicidio culposo, debía haberse demostrado –mediante una adecuada fundamentación y valoración de la prueba– que éste infringió un deber de cuidado, y causó la muerte de la víctima, y que desde la conducta del imputado, dicho resultado era previsible y evitable.

Al examinar el caso, la Sala encontró que el tribunal de juicio había utilizado una “figura modelo”, denominada “*figura modelo diferenciada*”, donde se recurre a un modelo ideal de persona cuidadosa perteneciente al mismo sector laboral, actividad, oficio o profesión del autor, para comparar el comportamiento hipotético de este sujeto ideal con el del sujeto activo, en la misma situación sujeta a análisis. De esta manera, si la conducta concreta se mantiene dentro de los parámetros del modelo utilizado, entonces no se infringe el deber de cuidado.

No obstante, la Sala señaló que la dificultad de este tipo de procedimiento, radica en que, en muchas ocasiones, no resulta posible determinar la figura modelo. En el caso de profesiones u oficios, el problema se podría resolver mediante la utilización de las reglas técnicas, es decir, mediante las reglas de experiencia sistematizadas sobre una determinada actividad profesional o laboral. Para otro tipo de actividades, por su parte se

148 Sala Tercera, votos [n.º 511-F-93](#) de las 9 hrs. del 10 de septiembre de 1992; [n.º 676-98](#) de las 9:40 hrs. del 17 de julio de 1998; [n.º 2000-127](#) de las 9:45 hrs. del 4 de febrero de 2002 y [n.º 2004-1291](#) de las 9:05 hrs. del 12 de noviembre de 2004.

pueden emplear reglas de experiencia no sistematizadas o más propias del conocimiento común), uniéndolas a reglas generales de experiencia, con el fin de dotar de contenido al concepto de deber de cuidado en una situación específica. Sin embargo, en el caso de estudio, para la Sala la conclusión a la que arribó el Tribunal de Juicio, en cuanto a que el imputado vulneró los parámetros antes citados, se basó en una fundamentación carente de un esfuerzo descriptivo e intelectual adecuado, por lo que dispuso el reenvío¹⁴⁹.

2.3.3.5.- La lesión del cuidado. Si se compara la acción concreta realizada y el deber objetivo de cuidado necesario, y esta es conforme con el cuidado requerido, no habrá tipicidad imprudente. El derecho penal no puede obligar a nadie, más allá de la observación del cuidado que objetivamente era exigible en el caso concreto.

De acuerdo con nuestra jurisprudencia, como los delitos culposos requieren que exista una relación efectiva entre la falta del debido cuidado del agente y el resultado producido, esto la ha llevado a plantearse la hipótesis acerca de si una actuación de acuerdo con el debido cuidado del mismo, hubiera evitado el resultado producido.

No obstante, se considera que dicha hipótesis se debe hacer desde la perspectiva de la conducta del sujeto que se está juzgando (imputado), y no de la de los otros intervinientes que podrían haber actuado también en el caso concreto, con una falta al debido cuidado (v. gr. el sujeto que resultó lesionado en un accidente de tránsito).

Por lo anterior, la pregunta no es si una conducta conforme al debido cuidado del lesionado, hubiera evitado el resultado, sino por el contrario, si una actuación del imputado de acuerdo con el cuidado exigido, habría hecho que el resultado no se hubiera producido.

En este orden de ideas, debe tomarse en cuenta además que, según la jurisprudencia, en los casos de culpa concurrente (en los cuales ha medido infracción al deber de cuidado, tanto por parte del imputado como de la propia víctima), no se anula el elemento cognoscitivo (en cuanto a la previsibilidad en el resultado típico por parte del autor), ni la voluntad en la realización de la acción, por lo que aun cuando se acepte que el ofendido hubiera actuado faltando a su debido cuidado, no debe olvidarse que, en materia penal, no rige la llamada compensación de culpas.

Además aunque existiera culpa de la víctima, esto no eximiría de responsabilidad al sujeto que actuó también con falta del debido cuidado, en relación con el resultado producido¹⁵⁰. Asimismo, ha señalado el Tribunal de Casación que en nuestro sistema jurídico, la culpa concurrente es una circunstancia que, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 105

149 Sala Tercera, voto [n.º 2005-398](#) de las 10:05 hrs. del 13 de mayo de 2005.

150 Tribunal de Casación, votos [n.º 460-F-97](#) de las 14:40 hrs. del 9 de junio de 1997; [n.º 2000-841](#) del 30 de octubre de 2000; [n.º 2000-913](#) del 24 de noviembre de 2000 y [n.º 2001-843](#) de las 10:10 hrs. del 26 de octubre de 2001, entre otros.

del Código Penal y 132 del Código Penal de 1941 (ambos vigentes), solo obliga a reducir equitativamente el monto de la reparación civil¹⁵¹.

2.3.3.6.- El resultado. En la tipicidad culposa, el resultado es un componente de azar, pero del que no se puede prescindir (un sujeto puede realizar la misma maniobra imprudente con su automóvil todos los días durante un año; pero solo será penalmente típica, cuando atropelle y lesione a alguien). Sin resultado, no hay tipicidad.

Para que las acciones imprudentes sean castigadas, además del desvalor de la acción, es necesario que se conecten con el desvalor del resultado, ya que los delitos imprudentes solo se castigan, cuando se produce el resultado. Pero para ello es necesario por supuesto, una relación de causalidad que es la base de la imputación objetiva del resultado. Como se señaló antes, debe existir una relación de determinación entre la infracción al deber de cuidado y el resultado lesivo (**nexo de determinación**).

Como ya hemos visto, la previsibilidad objetiva y la diligencia debida son los elementos que se emplean para determinar cuándo una acción es imprudente; pero como no siempre que se dan una previsibilidad objetiva y la falta de diligencia, pueden imputarse los resultados, se han perfilado algunos criterios que restringen el ámbito de imputación a aquello que es jurídicamente relevante.

En primer término, se utilizan los principios de la casualidad adecuada y, modernamente, se utilizan criterios de imputación objetiva, para resolver casos más complejos que suelen presentarse en el delito imprudente, tales como los siguientes:

- a) El resultado se ha causado por la realización de la acción imprudente, pero también se hubiera producido, si el autor hubiera actuado correctamente (v. gr. el ciclista embriagado cae en las ruedas del camión, al ser adelantado por este a mayor velocidad que la permitida). La doctrina tradicional niega la causalidad en este caso; la teoría de la imputación objetiva la admite, si se comprueba que la acción imprudente supuso un incremento notable del riesgo normal.
- b) El resultado se ha producido por causas ajenas a la acción imprudente misma (v. gr. el herido falleció en un accidente, al ser trasladado al hospital o a consecuencia de un mal tratamiento médico). En este caso, se niega la imputación objetiva, si el resultado no es consecuencia directa de la realización del riesgo implícito en la acción imprudente.
- c) El resultado producido por la acción imprudente, cae fuera del ámbito de protección de la norma lesionada. También se pueden resolver por esta vía, los casos en que la víctima participa voluntariamente en la acción peligrosa, pues salvo el caso de

151 Voto n°. 2003-0594 de las 9:32 hrs. del 26 de junio de 2003.

incapaces, el derecho no puede extender su protección a los que voluntariamente renuncian a ella.

Tal como se expuso en la sección dedicada al estudio de los elementos del tipo objetivo, nuestra jurisprudencia, para determinar la causalidad entre el comportamiento contrario al deber de cuidado y el resultado lesivo, en ocasiones ha recurrido a la aplicación de ciertos criterios de imputación objetiva, como los descritos en dicha sección.

De acuerdo con lo señalado, en vista de que no hay forma de saber con exactitud, lo que hay en la mente del sujeto actuante, debiendo examinar su conducta externa para determinar, si tenía la posibilidad de prever el resultado lesivo, y tomar las medidas de precaución para evitarlo, la Sala Tercera ha recurrido también a la técnica de estudio denominada “*causalidad hipotética*”, en donde el analista piensa en el actuar de una persona que hubiera procedido, cumpliendo los deberes de cuidado reclamados al autor y observar si el hecho siempre hubiera ocurrido.

El sujeto actuante, en este ejercicio de análisis de causalidad, debe tener los mismos conocimientos y experiencia del autor, de manera tal que la única diferencia en la hipótesis imaginada, sea que en ella, sí se cumplió el deber de cuidado que se extraña¹⁵².

2.3.3.7.- Tentativa, autoría y participación en el delito imprudente. Debido a que el delito culposo es un resultado dañoso, previsible y evitable, la imprudencia se manifiesta en la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto, y por falta de precaución del agente, se produce lesión a un bien jurídico protegido. Estos delitos requieren un resultado material **y la sola falta al deber de cuidado, por sí sola, no es punible**, razón por la cual en el delito culposo, no existe la tentativa.

Por otro lado, a nivel doctrinal y jurisprudencial, se descarta la posibilidad de participación criminal en los delitos culposos. Sobre este tema, la Sala Tercera ha señalado que cobra especial importancia el **principio de accesoriedad de la participación**, el cual presupone la existencia de un hecho principal dolosamente cometido (consumado o en tentativa), y que recoge nuestro derecho positivo, **al descartar la posibilidad de un delito culposo tentado y al determinar el tipo doloso**, tanto de las figuras del instigador y el cómplice, como del hecho principal, cuya realización determinan, o al cual le prestan auxilio (artículos 24, 26, 47 y 48 del Código Penal).

En virtud de lo anterior, para la Sala Tercera ni la participación ni la coautoría, caben en los delitos culposos, por lo que la concurrencia de personas que, culposamente, contribuyan a producir el resultado, **las convierte en autoras**, aun cuando la magnitud del aporte de cada una, amerite ser considerado para determinar la pena.

152 Sala Tercera, votos n.º 2000-127 de las 9:45 hrs. del 4 de febrero de 2002 y n.º 2004-1291 de las 9:05 hrs. del 12 de noviembre de 2004.

En este mismo orden de ideas, la Sala Tercera se ha inclinado por seguir un **criterio unitario de autor en los delitos culposos**, al señalar que en esta clase de delitos, los criterios para decidir la autoría son por completo diversos de los postulados por la **teoría del dominio del hecho**. Por tanto, se hablará de violación al deber de cuidado, desprecio por los bienes jurídicos ajenos, imprudencia, negligencia, impericia, etc.; y se desemboca, finalmente, en un criterio unitario de autor, según el cual merece ese calificativo, quien aporte una contribución causal al resultado¹⁵³.

De acuerdo con lo anterior, lo que sí es posible que se presente en materia de delitos culposos, es la denominada **autoría paralela o accesoria**, la cual se produce cuando varias personas cooperan de modo imprudente en la producción de un resultado lesivo, en cuyo caso, cada uno será autor paralelo, y las diversas contribuciones al hecho tienen que ser examinadas por separado, en cuanto a su contenido de imprudencia. Esta figura requiere:

- a) La concurrencia de **varias acciones culposas independientes entre sí**.
- b) Que dichas acciones **confluyan en la realización de un resultado lesivo**.

Se debe tener claro que si bien en la autoría paralela, concurren varias conductas culposas, estas mantienen la condición de individualidad, por lo que se descarta la posibilidad de un acuerdo previo, simultáneo o sucesivo de los intervinientes, propio de los delitos dolosos.

A manera de ejemplo, véase el siguiente caso. En horas de la madrugada, tres ofendidos se encontraban sentados en el borde de un caño, de espaldas a la calle; estaban conversando con otras personas ubicadas en la acera. En ese momento, sobre dicha calle, dos vehículos transitaban en competencia –comúnmente denominada “piques”– y se dirigían a exceso de velocidad en dirección a donde se encontraban los ofendidos. Ambos vehículos venían muy juntos uno del otro, casi paralelos, “chillando” las llantas debido al exceso de velocidad y, evidenciando, según los conductores, una supuesta pericia que en realidad no tenían, y tratando de rebasarse el uno al otro, infringiendo, sin ninguna precaución, las normas de tránsito, máxime que se trataba de una calle angosta.

Cuando uno de los vehículos trató de rebasar al otro, maniobró para tratar de esquivar un hoyo de la carretera, lo que provocó que el conductor del segundo vehículo, maniobra hacia la derecha para evitar la colisión, perdiendo el control por el exceso de velocidad y su impericia, por lo que su vehículo se fue dentro del caño, donde se encontraban sentados los tres ofendidos, a quienes atropelló, causándoles la muerte. Acto seguido, el imputado que conducía este segundo vehículo, abordó el primero y ambos se dieron a la fuga.

153 Sala Tercera, voto n.º 2000-1427 de las 10:00 hrs. del 15 de diciembre de 2000.

Al ser analizado el caso por parte de la Sala Tercera, en aquel momento se consideró que de los hechos descritos, claramente se desprendía que el atropello se produjo por causa directa e inmediata, atribuible a la conducta de ambos conductores, quienes con absoluto menosprecio al deber de cuidado, por un lado, optaron por realizar esa competencia de velocidad, en las condiciones dichas, en una calle angosta y transitada; y por otro, ambos evidentemente intervinieron en la pérdida del control de segundo vehículo que fue el que atropelló a los ofendidos, pues uno lo conducía, y el otro que participaba en la competencia, intentó rebasarlo y, a la vez, pretendió esquivar un hoyo, lo que produjo que el otro conductor maniobrara su vehículo para no colisionar con quien pretendía adelantarlo.

Esta situación unida a su impericia en la conducción de vehículos, por el exceso de velocidad y las condiciones de la carretera en donde hacían esa competencia, provocaron definitivamente el atropello del que resultaron tres personas muertas. Se trataba de una conducta realizada por ambos, pues sus faltas se sumaron una a otra, y en conjunto constituyeron la causa directa del atropello, al extremo de que no podemos desligar la conducta de uno y la del otro para obtener el resultado lesivo.

De acuerdo con esa descripción, para la Sala se trató entonces de una conducta dolosa atribuible a ambos en calidad de coautores, de conformidad con el artículo 45 del Código Penal, pues la falta al deber de cuidado evidenciada en la conducta de ambos, configura la acción culposa a que se refiere el artículo 117 *ibídem*. Lo anterior no significaba que la Sala estimara como correcta la solución del caso con base en la teoría sobre el dominio del hecho –a que hizo referencia el Tribunal de Juicio– sino que se trataba del concurso de dos actuaciones que sumada una a la otra, constituyeron la falta al deber de cuidado que provocó el resultado lesivo, por lo que se confirmó la condenatoria por homicidio culposo¹⁵⁴.

Nótese que en este análisis, se incurre en una inconsistencia, porque se afirma por un lado que “se trató entonces de una conducta dolosa atribuible a ambos en calidad de coautores, de conformidad con el artículo 45 del Código Penal”. Pero luego se termina admitiendo una autoría culposa, confirmando la condenatoria por homicidio culposo dictada por el *a quo*.

En su reciente trabajo “*Autor y Coautor en el Derecho Penal*”, el Dr. Carlos Chinchilla Sandí, señala que, en un caso como el descrito, resultaría inapropiada la solución adoptada por el Tribunal de Juicio de aplicar la figura de la coautoría culposa, debido a la inexistencia de la misma y a la imposibilidad de su configuración, desde la óptica de las conductas culposas y su aplicación en la teoría del dominio del hecho.

Por otro lado, tampoco resultaría adecuado, como parecía aplicarlo la Sala, la posibilidad de establecer la coautoría culposa fuera del campo de la teoría del dominio del hecho, sin explicarse cuál teoría se estaría aplicando. En vez de ello, la solución que el Dr. Chinchilla propone para el caso de estudio, se dirige hacia la figura de la **autoría paralela**,

154 Sala Tercera, voto [n.º 58-F-93](#) de las 9:05 hrs. del 5 de marzo de 1993.

cuando se trató del concurso de dos actuaciones, independientes entre sí –porque no es posible pensar que actuaron conforme a un acuerdo previo– que sumadas una a la otra, constituyeron la falta al deber de cuidado que provocó el resultado lesivo.

Existe también la figura de la **culpa concurrente**, en donde varias personas, sin acuerdo previo común respecto a la infracción de la norma de cuidado, ni respecto al resultado final, concurren y contribuyen culposamente a la realización de un resultado dañoso, el cual incluso puede recaer sobre uno de los concurrentes o sus bienes. En un caso de culpa concurrente, bien pueden converger en la producción del hecho lesivo, tanto la responsabilidad culposa por parte del imputado, como de la propia víctima, lo que como vimos antes, no exime de responsabilidad penal al primero, sin perjuicio de que puedan atenuarse el juicio de reproche y la responsabilidad civil¹⁵⁵.

2.3.4.- La preterintención

La descripción de estos tipos se caracteriza por una alianza entre dolo e imprudencia. Se presenta cuando el agente dirige su conducta hacia un determinado resultado y se produce

155 Tribunal de Casación, votos [n.º 2000-841](#) del 30 de octubre de 2000 y [n.º 2000-913](#) del 24 de noviembre de 2000. Como antecedente, voto de la Sala Tercera [n.º 676-F-91](#) de las 8:30 hrs. del 13 de diciembre de 1991, en el cual se señaló que: [...] *En efecto, la denominada concurrencia de culpas en los ilícitos de esta naturaleza no solamente tiene incidencia en la responsabilidad civil (caso al que se refiere el artículo 105 del Código sustantivo, cuando la víctima contribuyó por su propia falta a la producción del daño, lo que permite reducir equitativamente el monto de la indemnización), sino, de modo obvio, en la responsabilidad penal, cuyo significado es que cada autor carga individualmente con la culpa que le corresponde (Cfr. al respecto obra de Terragni, Marco A., El Delito Culposo; Rubinzal-Culzoni, edit., 1984, p. 145), pues la falta al deber de cuidado de uno no elimina, ni tampoco compensa, la falta al deber de cuidado de otro. Lo anterior significa que ni en una ni en otra situación, ya sea que se trate de la víctima la que contribuyó con su propia falta al resultado dañoso o que se trate de dos autores -por ejemplo dos conductores de autos- que conjuntamente produjeron dicho resultado en perjuicio de un tercero, se excluye la responsabilidad penal, debido a la específica e individual culpa de cada uno (ver sobre este tema -entre otros autores- obra de Abdelnour Granados, Rosa María; La responsabilidad civil derivada del hecho punible; edit. Juricentro, 1984, ps. 64 y 65). Ahora bien, de acuerdo con los hechos que el tribunal de mérito tuvo por demostrados en su fallo, el Homicidio Culposo investigado en esta causa aparece incuestionablemente atribuido a dos factores: a la imprudencia del co-imputado R. M. que estacionó su camión cargado de tucas ocupando gran parte de la vía, y a la falta al deber de cuidado del impugnante M. C., que conducía rápidamente su vehículo y bajo los efectos del licor, sin tomar las previsiones del caso por ser de noche y estar "lluvioso" (estas últimas condiciones el a-quo las examina en su Considerando de fondo a folios 285 fte. al final, 285 voto. y 286 fte., viniendo a complementar el cuadro fáctico establecido, de lo que debe derivarse un solo contenido como unidad lógico-jurídica que constituye la sentencia). De ninguna manera se le está exigiendo al citado M. C. por parte de los juzgadores una conducta que pudiera suponer como se alega -in extremis- un dolo eventual (en que el autor acepta el resultado como posible o probable sin importarle que así ocurra), pues de su razonamiento queda claramente evidenciado que su comportamiento fue objeto de examen a título exclusivo de culpa (en este caso bajo lo que la doctrina llama "sin representación" o inconsciente puesto que el autor no se representó el posible resultado o peligro, sin que esto ni la diferencia con la culpa consciente tenga relevancia alguna para solucionar el presente reclamo). Asimismo cabe advertir que el tribunal da amplios argumentos para justificar la condenatoria del recurrente (ver en especial folios 285 voto., y 286 fte. y voto.), sin desbordar los límites de la acusación formulada en su oportunidad por el Ministerio Público ni de la relación fáctica que se estimó acreditada. Ante tales circunstancias es de rigor denegar el reparo.*

uno más grave de lo que él estaba –por lo menos– en capacidad de prever, o un resultado que, siendo previsible, excede la voluntad que se tuvo al momento de emprender el acto.

Los elementos de este tipo de delitos se integran por las circunstancias correspondientes al tipo base doloso (acción, nexo de causalidad, resultado, sujeto, objeto, bien jurídico, dolo, elementos subjetivos del tipo), y las circunstancias de la figura imprudente (violación al deber de cuidado, al producir el resultado excedido, relación de determinación entre la violación al deber de cuidado y el resultado, posibilidad de conocer la amenaza que la conducta representa para los bienes jurídicos y la previsión del resultado excedido).

El actual artículo 30 del Código Penal, prevé la preterintención como una subespecie de conducta humana, la cual es definida por el artículo 32 *ibídem* de la siguiente forma:

Obra con preterintención quien realiza una conducta de la cual se deriva un resultado más grave y de la misma especie que el que quiso producir, siempre que este segundo resultado pueda serle imputado a título de culpa.

El resultado más grave será de “*la misma especie*” que el resultado buscado, cuando ambos constituyan ilícitos, acciones que violenten injustamente el mismo bien jurídico, o lo pongan en peligro. El caso más representativo, corresponde al supuesto de hecho descrito en el inciso 2º del artículo 113 de ese mismo cuerpo legal (el sujeto que, queriendo lesionar a otro, causa su muerte).

En la preterintención, el conocimiento debe versar sobre la realización (intencionada-voluntaria) de una conducta ilícita determinada que, no obstante, produce o incrementa el riesgo de producción de un resultado de mayor gravedad (ilicitud) que el querido o buscado (por eso se dice que el agente es responsable a título de culpa), pero que es de la misma especie que el resultado al que está orientada la acción (o actividad) y en la que se reputa ese resultado (de mayor gravedad) como doloso al agente, en virtud de que era previsible. Si no se hubiera contravenido la norma prohibitiva, o se hubiera desplegado la conducta mandada, el resultado no se hubiera producido.

En el artículo 19 del proyecto de Código Penal, se elimina la preterintencionalidad en la parte general, dejando únicamente el dolo y la culpa como formas de conducta. En el párrafo tercero de ese mismo artículo, se incluye la disposición –actualmente prevista en el artículo 37– referente a que, si la ley señala pena más grave por una consecuencia especial del hecho, esta se aplicará solo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos, culposamente respecto a ella (ejemplos de consecuencias especiales en el actual código: la muerte de la víctima que califica la violación¹⁵⁶, o la muerte de una persona a consecuencia de un incendio o explosión que creó un peligro común¹⁵⁷).

156 Artículo 157 del Código Penal.

157 Artículo 246 del Código Penal.

No obstante, llama la atención que el inciso 3º del artículo 120 del proyecto, prevé, como “homicidio atenuado”, el mismo caso paradigmático descrito en el inciso 2º del actual artículo 113, que se trata, precisamente, del homicidio preterintencional. Asimismo, aunque se conserva la responsabilidad por consecuencias especiales del hecho, la parte especial del proyecto, a diferencia del actual código, no contiene tipos penales que se agraven por consecuencias especiales, como en los ejemplos señalados.

Para la doctrina moderna, si no existen expresamente los tipos preterintencionales en el código, los casos en que se presentan figuras complejas (v. gr. combinaciones de tipicidades dolosas y culposas), deben resolverse conforme a las reglas del concurso ideal.

Sobre este tema, la Sala Tercera se pronunció, indicando que, de acuerdo con la exposición de motivos del Código Penal, el artículo 37 revela el propósito del legislador de desterrar los delitos calificados por el resultado, así como otras formas delictivas que lesionan el principio de legalidad criminal. Sin embargo, la actual construcción permite la supervivencia de las figuras castigadas en el artículo 37 (figuras con lesiones a bienes jurídicos de carácter heterogéneo), y aquellas que tienen su razón de ser en la definición legal de la preterintención, escogiendo, al efecto, una definición amplia, pero limitando la existencia de estas hipótesis a la verificación de un resultado más grave, pero a un bien jurídico de la misma especie (lesiones jurídicas a bienes homogéneos: quien deseando lesionar, causa la muerte).

La tendencia legislativa actual va en el sentido de adversar los delitos calificados por el resultado, pues estos rozan con el principio de culpabilidad derivado del principio de legalidad criminal. Dicha tendencia es tan fuerte que doctrinalmente solo se admiten aquellos delitos calificados por el resultado, donde el autor, dolosamente, ejecuta un hecho pero, por imprudencia, produce un resultado mayor, es decir, la hipótesis legal del artículo 32 del Código Penal costarricense.

La preterintencionalidad, tal y como está establecida en nuestra legislación, pone el interés en la “intención” del agente, ya que la culpa que vincula al resultado más grave de la misma especie, lleva implícito que la acción querida también implique el peligro del resultado mayor, pues en nuestro esquema vigente la definición legal es de *numerus apertus*, pero obliga al juez a un examen del resultado más grave, en cuanto a que sea de la misma especie que aquél que se deseaba a título de dolo inicial. Así en un caso de preterintención, debe estudiarse la homogeneidad de las lesiones jurídicas.

Con base en estas consideraciones, la Sala Tercera confirmó una sentencia condenatoria por homicidio simple, cometido con dolo eventual, por un policía que disparó un rifle de grueso calibre contra un vehículo en fuga, y le produjo la muerte a su ocupante. La Sala rechazó la tesis de que se trataba de un homicidio preterintencional, por considerar que, aún aceptando la versión de que el imputado disparó solo para detener ese vehículo, no existió identidad en las lesiones jurídicas, porque por un lado quería afectar la propiedad

(dañar el vehículo para que se detuviera), y causó en el proceso (por el medio tan poderoso empleado para ocasionar el daño) un resultado más grave y de distinta especie (la lesión al bien jurídico vida). Por estos motivos, se descartó la preterintención, puesto que el resultado más grave, primero, no concurrió a nivel de tipo culposo (por el alto grado de previsibilidad que ostentaba el resultado efectivamente producido –que descarta la culpa con representación–), y segundo, por la distinta especie de bienes jurídicos lesionados. Asimismo, en el caso de estudio se descartó la culpa consciente, porque el medio empleado por el agente para lograr el daño en la propiedad, suponía la producción de un resultado más grave que el autor simplemente no podía confiar en evitar, entre otros aspectos, porque no tenía la pericia suficiente para hacerlo como tampoco, dadas las circunstancias, podía eliminar el altísimo grado de previsibilidad que hace que los resultados concomitantes de su acción, no puedan ser valorados como configurativos de una falta al deber de cuidado, sino más bien de un dolo eventual, como de hecho se estableció¹⁵⁸.

Veamos este otro caso: un grupo de secuestradores se organiza para privar de libertad a un ofendido y solicitar una recompensa por su liberación. Durante el cautiverio, la víctima fallece. Dentro de la división de funciones del grupo delictivo, se determinó que la labor de uno de sus miembros consistió en realizar llamadas extorsivas a la familia de la víctima; pero no se determinó que dicho sujeto interviniera de modo personal, atendiendo el cautiverio de la víctima o en el momento de su fallecimiento, tarea que sí les correspondió a sus restantes compañeros.

La Sala Tercera consideró que, en el caso particular de este sujeto, no cabía aplicar la agravante contenida en el párrafo último del artículo 215 del Código Penal. A criterio de la Sala de Casación, la interpretación del párrafo final del citado artículo, no puede aislarse de la norma general contenida en el artículo 37 del mismo texto, el cual dispone que: *“Si la ley señalarle pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos culposamente respecto a ella”*. En estos supuestos se está en presencia de delitos cualificados por el resultado y la agravación no se aplica de manera automática por el solo hecho de que el resultado se produzca, sino que se exige su atribuibilidad al agente o partícipe, por lo que la interpretación del artículo 215, debía hacerse con arreglo a las previsiones contenidas en la parte general.

Además, la muerte de la víctima, en el secuestro extorsivo, no es una consecuencia necesaria o “natural” del delito, como tampoco lo es, por ejemplo, en la violación. Se trata de un resultado especial que, en el caso de que ocurra, ha de ser atribuible al partícipe, al menos a título de culpa. Desde luego, si la muerte ocurre de manera dolosa por parte del secuestrador, existiría un concurso entre el secuestro y el delito de homicidio.

En el caso de estudio, no se pudo establecer que el sujeto que efectuaba las llamadas, interviniera o mantuviera siquiera un contacto personal con la víctima, o bien, que poseyera

158 Sala Tercera, voto [n.º 596-F-92](#) de las 9:10 hrs. del 11 de noviembre de 1992.

algún poder para disponer la forma en que se realizaría el “levante” o se ejecutaría el cautiverio. Dentro del plan común de los autores, se establece que le correspondió a este justiciable la tarea de hacer llamadas extorsivas, por lo que no es posible determinar que haya actuado (como lo prevé la norma) al menos culposamente y provocara con ello la muerte del ofendido¹⁵⁹.

Sobre el tema, el Tribunal de Casación también ha señalado que la preterintención como tal, no tiene mayor trascendencia en materia de lesiones, pues –independientemente de su definición en la Parte General– lo cierto es que en la Parte Especial, dicha figura solo se contempla para efectos del homicidio, en cuyo ámbito produce una atenuación especial (artículo 113 inciso segundo del Código Penal). Para este Tribunal, debe notarse que, en lo referente a las lesiones, la preterintención ni siquiera constituye una atenuante (artículo 127 *ibidem*). Por lo demás, tampoco existe ninguna base jurídica para afirmar que, en casos de preterintención, la parte inicialmente dolosa del delito se transforma en culposa, pues ese no es el sentido de lo dispuesto por el artículo 32 del Código Penal¹⁶⁰.

2.3.5.- Síntesis de la estructura de los distintos tipos penales

2.3.5.1.-El tipo del delito doloso. El tipo de los delitos dolosos contiene, básicamente, una acción dirigida a la producción del resultado. Se requiere una coincidencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo del hecho, (hay una coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere).

La realización del tipo objetivo en los delitos de lesión, es decir, su adecuación típica, dependerá entonces de que la realización de la acción, haya producido un resultado lesivo que le sea objetivamente imputable.

Los aspectos que integran el tipo objetivo de los delitos dolosos son: acción, nexo de causalidad, resultado, sujeto, objeto, bien jurídico, circunstancias agravantes o atenuantes. El dolo y los elementos subjetivos distintos del dolo (ánimo de..., con el propósito de..., a fin de...), integran el aspecto subjetivo.

2.3.5.2.- El tipo del delito imprudente o culposo. En el tipo culposo o imprudente se produce una acción que no se dirige por el autor al resultado. En estos casos, la distinción entre el tipo objetivo y el subjetivo, no tiene mayor significación práctica. Excepcionalmente, se afirma la existencia de un tipo subjetivo del delito culposo que estaría compuesto por la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos.

Entre los supuestos de hecho de los tipos imprudentes, podemos mencionar: el sujeto, la acción, el resultado, el nexo de causalidad, la violación al deber de cuidado, la relación de determinación entre el deber objetivo de cuidado y el resultado.

159 Sala Tercera, voto n.º 2007-18 de las 9:00 hrs. del 23 de enero de 2007.

160 Tribunal de Casación, voto n.º 2005-1217 de las 9:15 hrs. del 17 de noviembre de 2005.

En el aspecto subjetivo, aunque en sentido estricto no puede hablarse de un aspecto subjetivo, es innegable la presencia de algunos contenidos de naturaleza subjetiva. En primer término, supone una voluntad de realizar la conducta final- causal- social que se trata con los medios elegidos.

En segundo término, se requiere conocer la amenaza que la conducta representa para los bienes jurídicos y de prever el resultado, de acuerdo con ese conocimiento, porque la infracción al deber jurídico, debe no solo ser objetiva, sino también subjetiva, sea que se necesita que el riesgo sea previsible, y que sean atendidas las consideraciones individuales y *ex ante*.

2.3.5.3.- El tipo en los delitos de omisión. En el aspecto objetivo de los delitos de omisión, se encuentran también diversos hechos constitutivos de la infracción penal, pero estos solo están expresamente consagrados en el caso de los de omisión propia, mientras que en la omisión impropia, se traslada al juez la obligación de completar el tipo penal respectivo.

Asimismo, presentan, como cualquier otro tipo penal, un sujeto activo y uno pasivo (en los de omisión impropia, el autor se individualiza conforme a las características propias de la posición de garante). Esta posición de garante no puede derivarse de deberes de tipo social o moral, sino estrictamente jurídico.

Se deben presentar los presupuestos de la situación típica y el agente debe exteriorizar una conducta distinta de la ordenada; es decir, no debe impedir el resultado; este es el núcleo central del aspecto objetivo del tipo.

El sujeto activo debe tener la posibilidad efectiva de realizar la conducta ordenada. No se produce un nexo de causalidad en sentido estricto, sino de **evitación o de causalidad hipotética**.

También requieren estos delitos de un resultado, un bien jurídico tutelado, y, en algunos casos, es posible encontrar circunstancias de tiempo, modo, lugar, etc.

En cuanto al aspecto subjetivo, existe un componente conformado por el dolo, y, en algunos casos, por elementos subjetivos del tipo.

En lo que atañe al componente cognoscitivo, se requiere el conocimiento de la posición de garante (saber que ostenta la condición de padre, médico, salvavidas, etc.), que es distinta del conocimiento del deber de garante (sea el deber de actuar, que como tal, es un conocimiento de la antijuridicidad). También se requiere el conocimiento de la situación típica y del curso causal, cuando el tipo es de resultado, y además, se requiere la posibilidad de representación de la conducta debida, y, si el tipo es de resultado, la vía para evitarlo.

En las conductas de omisión imprudente, el autor no infringe el deber de cuidado con un acto positivo, sino omitiendo la realización de una acción ordenada. Debe tener además posición de garante, y la falta al deber de cuidado se debe referir, tanto al conocimiento de la acción típica, como a la comprobación de la propia capacidad de acción.

Una violación al deber de cuidado puede ocurrir cuando un médico no atiende a un herido, porque estima que su estado de salud no es tan grave, como el de otro paciente que debe socorrer, y en la realidad ocurre lo contrario. En el caso de una persona que no sabe nadar y cree que el estanque donde se ahoga un niño, es muy profundo, cuando en realidad es de poca altura.

2.3.6.- Síntesis de las causas de atipicidad

La atipicidad de una conducta puede presentarse por las siguientes razones:

a) Ausencia de elementos objetivos

No hay tipicidad, si falta uno o varios de los elementos objetivos del tipo en el caso que se analiza. Para analizar, por ejemplo, si existe un cohecho, desde el punto de vista objetivo, es necesario que el sujeto activo posea la calidad de funcionario público (sin perjuicio de la eventual comunicabilidad de las circunstancias, aspecto que se analizará más adelante).

Tampoco existe si falta el sujeto pasivo o cualquiera de los elementos típicos, incluidas las circunstancias de agravación o atenuación correspondientes.

b) Ausencia de elementos subjetivos

No hay tipicidad si la persona, a pesar de haber realizado el aspecto objetivo del supuesto de hecho, no actúa con el dolo requerido o con los elementos subjetivos necesarios, según el tipo de que se trate.

Falta de dolo y error de tipo. Si no se presenta uno de los dos componentes del dolo, o ambos al mismo tiempo, no hay tipicidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el autor ignora que está realizando el aspecto objetivo del supuesto de hecho; es decir, cuando actúa bajo un error de tipo. Este tipo de error implica una discordancia entre la conciencia del agente y la realidad. El autor presenta de manera equivocada lo existente. Ejemplo clásico es el de la persona que cree que dispara sobre un animal, cuando en realidad lo hace sobre su vecino.

Casos especiales de error de tipo

Error sobre el nexo de causalidad y el resultado. El agente debe prever el nexo de causalidad y el resultado, pero ello puede generar situaciones de error sobre el objeto de

la acción, error en el golpe y error sobre el nexo de causalidad en sentido estricto, en los que se presentan auténticos problemas de causalidad.

Error sobre el objeto de la acción. Se conoce también como error in persona o error en el motivo. Se presenta cuando la conducta desplegada se ejecuta sobre un objeto de la acción (persona o cosa), diferente del que quería dañar, y es necesario establecer, si el objeto representado tiene equivalencia con el afectado o no. (Se contrata a un asesino a sueldo para matar a Juan, pero lo confunde con Pedro y lo mata). En este caso, hay equivalencia en los objetos de la acción.

Error en el golpe. También conocido como *aberratio ictus* o error en la ejecución, que produce una lesión en un objeto distinto, aunque la actuación fue dirigida hacia el objeto representado. (Pedro lanza un dardo venenoso contra María, pero impacta a Carlos, a quien no quería matar ni lesionar, pero pasó por el lugar en ese momento). La tipificación para estos casos se ha resuelto mayoritariamente como constitutiva de una tentativa, en relación con el objeto propuesto y consumación respecto del alcanzado.

Error sobre el nexo de causalidad en sentido estricto. Se presenta cuando se realiza un curso causal, no siempre coincidente con el que el agente programó al inicio, aunque las desviaciones tengan o no carácter esencial. En el caso en que Juan quiere lesionar a Pedro, para lo cual le lanza un golpe, pero este resbala y al caer se golpea en la cabeza y muere, se produce una desviación esencial del nexo de causalidad que implicaría que Juan solo realiza una conducta típica de lesiones y no puede imputársele la muerte del agredido a título de homicidio doloso, aunque se le podría atribuir la realización del tipo culposo, si previó o pudo prever el resultado e, incluso, del preterintencional, según el caso.

Una hipótesis especial de esta clase de error, es el llamado ***dolus generalis*** que supone la presencia de dos actos. La persona que actúa toma el primero como exitoso, lo que lo motiva a adherirse al segundo acto que es el que conduce a la producción del resultado. Se presenta en el caso de que Juan lesiona mortalmente a Pedro y, al creerlo muerto, lo lanza a un río, donde este perece por asfixia por inmersión. Para resolver adecuadamente este caso, lo que importa es determinar, si la desviación en el nexo causal es o no esencial.

Errores sobre atenuantes y agravantes. En este caso, pueden presentarse diversas situaciones. Puede ser que la persona suponga la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes que no existen, o que ignore su concurrencia. Para admitir que estas constituyan errores de tipo, debe partirse de que la mayor parte de las circunstancias, tanto genéricas como específicas, son elementos típicos, pues si se trata de circunstancias que tienen que ver con la culpabilidad y la punibilidad, y se llega a presentar un error respecto de ellas, el tratamiento que debe dárseles es el correspondiente a errores sobre la culpabilidad y la punibilidad que, normalmente, son irrelevantes.

Efectos del error de tipo. La presencia de un error de tipo, en los casos normales de error, no en los especiales, elimina el dolo y la tipicidad dolosa de la conducta.

No obstante, si el error es evitable, sea que se hubiera podido evitar, si se hubiera aplicado la diligencia debida, se excluye la tipicidad dolosa, pero queda subsistente la culposa, cuando esta sea posible.

Si el error es inevitable, ocurre cuando, pese a la diligencia debida, es imposible salir de él, y se excluyen tanto la tipicidad dolosa como la culposa.

La falta de elementos subjetivos distintos del dolo. La ausencia de estos elementos, en los casos en que son requeridos por el tipo penal, hace que tampoco se realice la conducta típica, aunque actúe con dolo y se den los elementos del tipo objetivo.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2.^a edición ampliada y renovada, 1999.

BERDUGO GÓMEZ, Ignacio. Imputación objetiva y antijuridicidad. Bogotá editorial jurídica bolivariana, 2002.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito. San José, Ediciones Jurídicas Areté, 1.^a edición, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan / LARRAURI, Elena. La imputación objetiva. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., reimpresión, 1998.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. El dolo: Su estructura y sus manifestaciones. San José, Editorial Juritexto, 1999.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. Causalidad e imputación de resultado. San José, Editorial Juritexto, 2003.

CHOCLÁN MONTALVO. Sobre la evolución dogmática de la imprudencia. AP, 1998.

CHINCHILLA SANDÍ, Carlos. Autor y Coautor en el Derecho Penal. Parte General. San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

DALL'ANESE RUIZ, Francisco. El Dolo. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 3.^a edición, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, Valencia 1990.

GARCÍA MARTÍNEZ, Miguel Ángel. Algunas reflexiones sobre el Dolo. San José, Editorial Jurídica Continental, 2003.

GAMBOA, Natalia / FERNÁNDEZ, Christian. La teoría de los riesgos en los delitos culposos. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. UCR, febrero de 2003.

GIMBERNAT ORDEIG. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1966.

GONZÁLEZ, José Arnoldo / VARGAS, Omar / CAMPOS ZÚÑIGA, Mayra. Teoría del Delito a la luz de la Jurisprudencia. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 1999.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. ADP, 1990.

HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE y otros. La responsabilidad por el producto en Derecho Penal. Valencia, 1995.

HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia, 1999.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Imputación objetiva y principio de lesividad. En Homenaje a Torío, Granada, 1999.

JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1.ª reimpresión, 1995.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, 2.ª edición corregida, 1997.

JAKOBS, Günther. Estudios de derecho penal. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La Teoría del Delito en la dogmática penal costarricense. San José, Editorial Jurídica Continental, 2002.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Introducción a la imputación objetiva. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. La imputación objetiva del resultado, Madrid, Edersa, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Valencia, Tirant lo Blanch, 3.ª edición, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco / ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.

QUICENO ÁLVAREZ. Imputación objetiva y antijuridicidad. Compilación y Extractos. En Estudios de Derecho Penal, parte general, primera edición. Editorial bolivariana, 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General. Navarra (España), Editorial Aranzadi S.A., 3.ª edición revisada y puesta al día, 2002.

RENAULD CASTRO, Andrea. Imputación objetiva y delito culposo. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1.ª edición, 2004.

REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Bogotá. Editorial Temis, 1984

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Delitos de peligro, dolo e imprudencia.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Editorial Civitas S.A., traducción de la 2.ª edición alemana, 1997.

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. Derecho Penal, parte general. Doctrina y Jurisprudencia. San José, Editorial Jurídica Continental, 1999.

SILVESTRONI, Mariano H. Teoría constitucional del delito. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2004.

SOTO, Hannia / VARGAS, Patricia. Imputación objetiva en el Derecho Penal. San José, Librería Barrabás, 1998.

VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2.ª edición, 2004.

VARIOS AUTORES. Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1.ª edición, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2.ª edición, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2.ª reimpresión corregida, 2005.

TERCER MÓDULO

ANTI JURIDICIDAD

- 1.- La antijuridicidad penal
- 1.1.- El fundamento de lo injusto penal
- 1.2.- Antijuridicidad formal
- 1.3.- Antijuridicidad material
- 1.4.- Los conceptos de lesión y peligro
- 1.5.- Los delitos de peligro y la expansión del derecho penal
- 2.- Causas de justificación (o de exclusión de la antijuridicidad penal)
- 2.1.- Concepto y fundamento
- 2.2.- La legítima defensa
- 2.2.1.- Generalidades
- 2.2.2.- Agresión ilegítima
- 2.2.3.- Necesidad racional del medio empleado
- 2.2.4.- La falta de provocación de quien se defiende
- 2.2.5.- Exceso en la defensa
- 2.2.6.- Legítima defensa privilegiada
- 2.2.7.- Efectos a terceros
- 2.2.8.- Defensa putativa
- 2.3.- El cumplimiento de la ley
- 2.4.- El ejercicio legítimo de un derecho
- 2.5.- El consentimiento del titular del bien jurídico (derechohabiente)
- 2.5.1.- Concepto y alcances
- 2.5.2.- El consentimiento como causa de atipicidad y de justificación
- 2.5.3.- La disponibilidad del bien jurídico como presupuesto del consentimiento
- 2.5.4.- Los requisitos de validez del consentimiento justificante
- 2.6.- Estado de necesidad justificante
- 2.6.1.- Concepto y alcances
- 2.6.2.- La colisión de bienes jurídicos de desigual valor
- 2.6.3.- La actualidad o inminencia del peligro para el bien jurídico de mayor valor
- 2.6.4.- La ausencia de provocación voluntaria del peligro
- 2.6.5.- La inexistencia de otra vía de salvación
- 2.6.6.- Defensa de derecho propio o ajeno
- 2.6.7.- La inexistencia de un deber jurídico de afrontar el peligro
- 2.7.- Error en las causas de justificación
- 2.7.1.- Error sobre los presupuestos objetivos
- 2.7.2.- Error sobre los límites y la existencia de la causal de justificación
- 2.7.3.- Ausencia del presupuesto subjetivo de la justificación
- 2.7.4.- Justificación incompleta y atenuación de la pena

1.- La antijuridicidad penal

Con la tipicidad de la acción, se afirma su antinormatividad, es decir, la contradicción de esta, con la norma deducida del tipo, considerada aisladamente (tipo sistemático) y conjugada con las otras normas prohibitivas deducidas de toda la legislación (tipicidad conglobante).

A veces, la realización de la acción antinormativa, es un derecho que no puede negarse al agente, como parte de su ejercicio de libertad social que disuelve el conflicto, o al menos, la pretensión de ingerencia punitiva.

La antinormatividad (tipicidad), no pasa de ser un indicio de antijuridicidad, puesto que solo con el juicio de antijuridicidad, se verifica, de manera definitiva, la limitación al espacio social de libertad.

Los preceptos permisivos (causas de justificación o de licitud) que son capaces de neutralizar el indicio de antijuridicidad que proporciona la antinormatividad, no proceden solo del campo penal, sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad está dada por el choque de la conducta con la totalidad del orden jurídico, funcionando como tal.

1.1.- El fundamento de lo injusto penal

Cuando se ha realizado un comportamiento típico, como señalamos, se ha actuado en forma **antinormativa** (contrariando la norma deducida del tipo), pero todavía esto no significa que ese hacer sea antijurídico, pues existen, como sabemos, **normas permisivas** que podrían autorizar esa acción. En ese caso, el comportamiento típico estaría conforme a derecho.

Incluso podría haber supuestos de conductas típicas, no amparadas por ninguna norma permisiva, y sin embargo, podrían no ser antijurídicas, en la medida en que no alcanzan a amenazar o lesionar el bien jurídico, según el caso.

La antijuridicidad es el atributo con que se califica al comportamiento típico, para señalar que es contrario al ordenamiento jurídico como un todo (Constitución Política, tratados internacionales, leyes, reglamentos y decretos). Además, es una cualidad de la acción, común a todas las ramas del ordenamiento.

El **injusto** es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada como antijurídica, es la conducta antijurídica misma (la acción antijurídica de hurto, de homicidio, de infracción administrativa, etc.).

El injusto es la conducta humana desvalorada y la antijuridicidad es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre esa conducta.

Ahora bien, un injusto penal no es cualquier conducta antijurídica (v. gr. no pagar una deuda es incumplimiento de una obligación: antijuridicidad civil). Con la expresión **tipo de injusto**, el derecho penal se refiere a la calificación de aquellas **acciones antijurídicas, subsumibles como típicas**, en el supuesto de hecho de una norma penal.

El injusto penal está conformado por la **lesión al bien jurídico** y la **acción personalmente antijurídica**. La antijuridicidad será siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado.

Para la doctrina, si bien adoptar el criterio de la antijuridicidad como un juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta, presupone considerar al ordenamiento jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita, nada impide que una conducta considerada lícita por una rama del derecho, pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de **diferentes fundamentos de responsabilidad**. Por ejemplo, el oficial de policía que, estando en un bar en horas de servicio, para salvar su vida, dispara contra una persona que injustamente lo ataca con un cuchillo; pero se defiende legítimamente y no comete delito. No obstante, su presencia en dicho local en horas de trabajo implica que estaba incumpliendo su deber de servicio público, lo que perfectamente puede acarrearle responsabilidades de carácter administrativo y disciplinario.

Por lo anterior, se señala que el correcto entendimiento de la unidad de la antijuridicidad, implica reconocer la existencia de conductas que, si bien importan ejercicios de derechos, pueden generar responsabilidad civil o administrativa. Lo relevante es la no contradicción del ordenamiento jurídico.

El injusto es la conducta antijurídica misma, es algo sustancial, es un comportamiento humano, desvalorado por el ordenamiento jurídico, y está conformado, tanto por el desvalor de la acción como por el desvalor del resultado.

1.2.- Antijuridicidad formal

La antijuridicidad formal es la relación de oposición entre acción y norma, la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico.

La característica de contrariedad con el derecho que presenta un comportamiento, que consiste en la inobservancia de la prohibición o el mandato contenidos en la norma, es la esencia de la antijuridicidad formal. Pero esto no es suficiente para establecer el carácter antijurídico de la conducta.

1.3.- Antijuridicidad material

Para que se pueda establecer el carácter antijurídico de una conducta, no basta su contrariedad con el ordenamiento. Es necesaria la vulneración del bien jurídico que la norma quiere proteger, y se habla entonces de **antijuridicidad material**.

En la medida en que no se presenta ofensa alguna al bien jurídico, no se podrá hablar de antijuridicidad, aunque exista una formal o aparente contradicción entre la norma y la acción.

Sin embargo, el contenido de la antijuridicidad no se agota en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (desvalor del resultado), sino que se requiere que la misma se derive de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de la acción).

Los criterios de antijuridicidad material sirven tanto para una interpretación restrictiva de los tipos penales, como para graduar la gravedad de la misma, y para elaborar criterios como el de insignificancia e intervención mínima.

Con la aplicación de este criterio, puede restringirse el ámbito de aplicación del derecho penal a los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos de mayor importancia.

Para nuestra jurisprudencia, a fin de constatar la antijuridicidad de una conducta típica, resulta necesario determinar si esta lesionó o puso en peligro un bien jurídico tutelado por la ley penal. En dicho sentido, tanto el Tribunal de Casación como la Sala Tercera, han suscrito la posición, según la cual la antijuridicidad tiene como contenido material, un resultado que consiste, precisamente, en esa lesión o peligro para el bien jurídico. Como consecuencia de lo anterior, solamente si se verifica el resultado lesivo para el bien jurídico, habrá de acudir a las causas de justificación para acreditarlas o descartarlas, pues es insostenible pretender justificar (v. gr. por legítima defensa o estado de necesidad) una acción u omisión que no produce daño.

Esta toma de posición jurisprudencial ha sido fundamentada, tanto en el artículo 28 de la Constitución Política (que deja fuera de alcance legal cualquier acción que no cause daño), como también en los pronunciamientos de la Sala Constitucional que han impuesto límites al *ius puniendi*, al señalar que a cada figura típica debe ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado. Por tanto, no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo; es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico¹⁶¹.

161 En este sentido, votos del Tribunal de Casación n.º 2000-86 del 4 de febrero de 2000; n.º 2000-639 del 21 de agosto de 2000; 2002-1021 de las 11:00 hrs. del 19 de diciembre de 2002; 2004-98 de las 10:39 hrs. del 12 de febrero de 2004 y n.º 2006-643 de las 14:20 hrs. del 29 de junio de 2006. De la Sala Tercera, votos n.º 2001-74 de las 10:10 hrs. del 19 de enero de 2001 y n.º 2004-1309 de las 10:55 hrs. del 12 de noviembre de 2004, entre otros.

Tanto el concepto de desvalor de acción, como desvalor del resultado, son indispensables para configurar la antijuridicidad.

El concepto de antijuridicidad material, **debe utilizarse con cuidado** para no dar lugar a valoraciones subjetivas que permitan la introducción de criterios pretendidamente sociológicos, para crear o eliminar antijuridicidad en forma arbitraria, o en función de valoraciones puramente subjetivas del juzgador.

En realidad la antijuridicidad siempre es material, en tanto implica una certera afectación del bien jurídico, pero también es formal en la medida en que su fundamento deriva del texto legal.

1.4.- Los conceptos de lesión y peligro

La esencia del juicio de antijuridicidad, constituida por la ofensa al bien jurídico, puede estar conformada, tanto por una lesión como por una puesta en peligro de dicho bien.

Por su carácter de concepto normativo, la lesión del bien jurídico debe ser entendida, no solo como la destrucción o daño de un objeto material, sino también, las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material (la lesión a la *salud* o la destrucción de la *vida*, o el *honor* en las injurias).

El derecho penal no solo castiga la lesión, sino también la puesta en peligro de bienes jurídicos. Este concepto también es normativo, ya que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien, pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después la lesión, de hecho, no se produzca.

El juicio de peligro obliga al juez a situarse en el momento en que se realizó la acción, así como a conocer la situación de hecho, en donde se realiza la acción que está enjuiciando, las leyes de la naturaleza y las reglas de la experiencia por las que se puede deducir que la misma, realizada en esa forma y circunstancias, puede producir la lesión de un bien jurídico.

En el examen que se debe realizar para saber, por ejemplo, si una persona conducía su automóvil en una forma peligrosa, deben indagarse, a qué velocidad conducía, qué tipo de vehículo es, las condiciones de la carretera por las que transitaba, el estado del tiempo, etc., y se debe deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir, y dadas las circunstancias, se podría producir un accidente, capaz de ocasionar la muerte o lesiones a alguna persona.

Si realizadas las comprobaciones mencionadas, es posible deducir que no hubo tal peligro, el hecho no será antijurídico, en virtud de la antijuridicidad material que exige, al menos, la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en la norma penal.

De esta forma, la imputación objetiva de un resultado delictivo, en tanto suponga la realización de un riesgo no permitido o el incremento ilícito de uno permitido, así como la infracción a un deber de cuidado (criterio seguido por nuestra jurisprudencia), requiere del análisis *ex ante* de la acción, (situado el juzgador en el lugar del autor, en el momento en que la acción es realizada), para poder establecer la idoneidad o adecuación de esa conducta, en relación con la producción de un determinado resultado.

1.5.- Los delitos de peligro y la expansión del derecho penal

Hay ciertos supuestos en los delitos de peligro, en donde el peligro al que se refiere el delito, es meramente abstracto y no va referido a bienes jurídicos individuales, sino a bienes jurídicos colectivos inmateriales.

Se trata en estos casos de prevenir peligros generales que afectan a la comunidad y solo, de manera indirecta, a bienes jurídicos individuales. Pero esta doble naturaleza, plantea problemas de gran complejidad a la hora de resolver el grado de peligrosidad requerido, las relaciones de concurso que se puedan presentar entre el delito de lesión y el de peligro, el grado de conciencia y aceptación que requiere el dolo en los casos de peligro y su diferencia con el dolo en los supuestos de lesión.

Esta situación ha provocado una enorme expansión del derecho penal que ahora se utiliza o se pretende utilizar, en áreas que, normalmente, estaban alejadas del derecho represivo en materia penal, pero que cada vez son más importantes en las sociedades modernas, tales como: el medio ambiente, la salud pública, la economía, etc.

Además, se recurre en algunos casos a la creación de delitos de peligro hipotético, cuyo supuesto de hecho describe aptitudes o idoneidades de la acción típica para producir resultados lesivos.

Esta tendencia produce también una funcionalidad del derecho penal que se explica y justifica como característica de una sociedad, en donde el alcance del deber de los participantes, se determina en función del rol que objetivamente desempeñan y no en función de sus conocimientos o posibilidades de actuación individuales, (teoría de los roles de Jakobs, a la que nos referimos anteriormente).

Así se produce con esta tendencia, una pérdida de contenido material del injusto penal. Se debilita el principio de culpabilidad y se disminuyen los límites entre el injusto penal y los ilícitos puramente formales o administrativos.

2.- Causas de justificación (o de exclusión de la antijuridicidad penal)

En virtud de que el concepto de antijuridicidad es unitario, resulta evidente que una conducta no puede ser al mismo tiempo, ajustada a derecho y contraria a él. Por ende, podemos deducir que las diversas causas de exclusión de la antijuridicidad, deben buscarse no solo en la ley penal, sino en todo el ordenamiento jurídico. Se ha señalado incluso que, cuando no contravengan los postulados inspiradores de este, pueden tener origen fuera de él. En este caso, nos encontraríamos ante lo que, en doctrina, se denominan **causales extralegales o supralegales de justificación**.

Aun cuando no se incluye el tema de la causas de justificación supralegales, véase el siguiente caso, en donde la Sala Tercera analizó la incidencia que, bajo ciertas circunstancias particulares, podrían llegar a tener fuentes normativas, como la costumbre, en los hechos investigados. En una zona rural, un sujeto conducía un vehículo tipo pick-up, y al pasar frente a la porqueriza de otro vecino de la localidad, este último le solicitó que lo llevara en su vehículo. El conductor aceptó indicándole que subiera al cajón de dicho automotor. El conductor prosiguió su camino, pero por razones desconocidas, el vecino se cayó del cajón del vehículo y sufrió fuertes golpes al caer sobre la carretera, por lo que murió dos días después.

La Sala Tercera confirmó la sentencia absolutoria dictada a favor del conductor del pick-up, ya que no se comprobó la existencia de una acción violatoria del deber de cuidado por parte del imputado que, íntimamente relacionada con el resultado lesivo, pudiera generar una relación de causalidad objetiva y subjetiva en los términos del artículo 117 del Código Penal. De esta forma, no se logró establecer con precisión cuál fue la razón inmediata y directa por la que el ofendido se cayó del cajón del pick up, pues aparte de la sola acción del acusado de permitir que aquel viajara allí –en claro irrespeto de la prohibición que contempla el numeral 124 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres, N.º 7331 del 30 de marzo de 1993– no se describía ningún comportamiento anormal o extraordinario que indicara cuál fue la causa del accidente. Además, no se acreditó la concurrencia de una maniobra brusca o imprudente generadora del resultado, como resultaría ser una conducción descuidada, con irrespeto a las reglas de cuidado que le imponían las circunstancias, máxime que la carretera en ese sector, está en buen estado y se trata de una recta.

Tampoco se estableció ninguna situación especial del ofendido que hiciera previsible su caída del vehículo, como sería algún estado de ebriedad o drogadicción, o el deseo de producirse un daño. Lo anterior significaba que no se derivaba de los hechos descritos, una conducta imprudente del imputado que constituyera una causa determinante del resultado, a tal punto que se suprime hipotéticamente que este no se hubiera producido.

Para la Sala, la sola circunstancia de que se le haya permitido al occiso viajar en la parte trasera del vehículo, no sería suficiente para estructurar una relación de causalidad que

ligue una violación al deber de cuidado con la muerte del occiso, pues no se podría perder de vista que, conforme a las circunstancias que rodearon el hecho, no era posible –mediante un análisis *ex post*– exigirle al imputado un comportamiento diverso. En este caso, la costumbre en las zonas rurales del país, donde abundan los vehículos tipo pick-up, es que las personas viajen en la parte trasera, en virtud de las precarias condiciones de transporte público, ya que ante la ausencia de viajeros, son muy pocos los medios de transporte público con los que se cuenta. Así las personas no pueden optar más que en desplazarse a pie o solicitar que las trasladen en vehículos destinados a transporte de carga, aunque esto represente un peligro para la propia seguridad de las personas que viajan en esas condiciones.

Distinta sería la situación, si el caso de estudio hubiera ocurrido en un lugar con plenas facilidades para el transporte adecuado de personas, o –como se dijo– si se hubiera demostrado que, aún tratándose de una situación como la de este caso, el conductor además circulaba a exceso de velocidad en estado de ebriedad, o realizó inadecuadas maniobras al extremo de provocar culposamente, la caída del ofendido, o que el conductor hubiera apreciado que el ofendido no estaba en condiciones de realizar el viaje en esas condiciones, ya que se encontraba ebrio o drogado.

En las condiciones en que ocurrieron los hechos descritos, para al Sala no resultaba posible exigirle al imputado, una conducta diversa, como tampoco era posible pedirle al imputado que rechazara la solicitud del ofendido para subir a la parte trasera del vehículo, con el fin de hacerle un favor al trasladarlo de un lugar a otro, pues este tipo de conductas violatorias de la Ley de Tránsito, en estos lugares no solo resulta socialmente adecuado, sino que forman parte incluso de los deberes de buena vecindad.

Si a ello se le sumaba que no se logró establecer que el imputado condujera con menosprecio al deber de cuidado, ni que faltara a alguna otra regla de cuidado que las circunstancias le impusieron y que –en este caso– fuera la causa determinante e inmediata del resultado, debemos concluir que su acción –según se describe en los hechos probados– no podía encasillarse en la figura del homicidio culposo que prevé el artículo 117 citado¹⁶².

2.1.- Concepto y fundamento

El ordenamiento jurídico no solo consagra prohibiciones y mandatos, sino también, **autorizaciones para actuar**. Es decir, se trata de autorizaciones para realizar un hecho que, en principio, es prohibido, atendiendo a razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan.

Como señala la doctrina, la tipicidad supone un indicio de antijuridicidad, el cual queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, que no solo impide la imposición

162 Sala Tercera, voto [n.º 605-97](#) de las 11:10 hrs. del 20 de junio de 1997.

de una pena al autor, sino que convierte ese hecho en lícito, es decir, conforme a derecho, y se genera entonces **un deber de tolerancia** hacia este.

Además, como efecto de la presencia de una causa de justificación en la conducta del autor, la participación criminal (inducción, cooperación o complicidad), está también justificada. La presencia de alguna de estas causas, impide que al autor del hecho pueda aplicársele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su hecho es **lícito** en cualquier ámbito del ordenamiento.

Por lo anterior, frente a un acto justificado (por legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber legal, etc.) no existe legítima defensa, en tanto esta presupone una **agresión ilegítima**.

Es innecesaria la comprobación de la culpabilidad frente a una causa de justificación, y los efectos señalados se extienden para cualquiera de las causas de exclusión de la antijuridicidad, reconocidas por el ordenamiento (v. gr. la responsabilidad civil).

El catálogo o lista de las causas de justificación, no tiene el carácter de cerrado, ya que estas no son un problema específico del derecho penal, sino un problema general del ordenamiento jurídico.

De esta forma, cualquier acto lícito, desde el punto de vista del derecho público o privado, puede serlo también para el derecho penal, y a la inversa. Lo único específico son las distintas consecuencias que se atribuyen al acto jurídico o antijurídico, en cada rama del derecho.

Aunque en su mayoría, se encuentran contemplados en el Código Penal, los preceptos permisivos capaces de neutralizar el juicio de antijuridicidad, también pueden provenir **de cualquier parte del ordenamiento jurídico**, en tanto la antijuridicidad está dada por el choque de la conducta con la totalidad del orden jurídico, funcionando como tal (como unidad).

Las causas de justificación no crean derechos, sino que reconocen el ámbito de lo permitido o lícito, establecido a partir del principio de reserva constitucional.

El concepto de licitud o ilicitud, de jurídico o antijurídico, es un concepto general, válido para todo el ordenamiento jurídico.

Tradicionalmente se ha señalado que las causas de justificación, tienen elementos objetivos y subjetivos. Para justificar una acción típica, además de que se dé objetivamente la acción justificante, se requiere que el autor conozca esa situación (v. gr. quien actúa en legítima defensa, debe saber que se está defendiendo).

Acerca de este tema, ha sido criterio de nuestra jurisprudencia, en términos generales, que las causas de justificación posean elementos objetivos y subjetivos, y a la concurrencia de ambos requisitos, se le denomina **tipo permisivo congruente**. Así por ejemplo, en el estado de necesidad, ha señalado la Sala Tercera que en el análisis judicial del caso, debe verificarse la situación real de necesidad (elementos objetivos), en tanto que en el análisis de los aspectos subjetivos, se debe constatar que el sujeto sabía que existía una situación de peligro, y la lesión al bien jurídico de menor valía, era inevitable por ser la única forma para defender el bien jurídico de mayor valor, dadas las circunstancias.

De esta manera, el sujeto era consciente de que actuaba para proteger el bien jurídico más valioso y, por supuesto, que su acción no fue la que provocó el peligro que hizo necesaria la actuación lesionadora del bien jurídico sacrificado.

A estas circunstancias de carácter personal, se les denomina **tipo subjetivo de la permisión** y deben coexistir junto con las objetivas (**tipo objetivo de la permisión**). En tesis de principio, la Sala ha considerado que si solo se cumplen los requisitos objetivos, pero no hubo una actuación con previsión y conocimiento de los elementos subjetivos ya indicados, no se dan las causales en estudio y, por ende, la conducta no resulta justificada.

Por lo anterior, el juez debe hacer este análisis del tipo objetivo y subjetivo de la permisión *ex post facto* y, para ello, debe tomar en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho (*ex ante*), a fin de observar no solo la objetividad de la situación de peligro y la necesidad de la conducta desplegada, sino también la inexistencia de otra salida jurídicamente válida dentro de la circunstancialidad propia del evento en examen¹⁶³.

Apesar del criterio que ha externado la Sala Tercera, modernamente autores como Zaffaroni se ha planteado el tema de que la justificación no exige elementos subjetivos, pues ello estaría relacionado con una ultra finalidad que tiende a complementar la justificación con requerimientos éticos extraños al derecho.

Los defensores de esta posición sostienen que nadie tiene por qué conocer en cuáles circunstancias actúa, cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de estos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo. Así, quien se imagina que está cometiendo un injusto (v. gr. quien al ver a su enemigo de lejos, le apunta y dispara, sin percatarse de que este a su vez le estaba apuntando primero con ánimo de matarle, por lo que, sin darse cuenta, estaba defendiendo su propia vida), **solo incurre en un**

163 Sobre el tema de los elementos subjetivos en las causas de justificación, pueden consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 13-F-93 de las 9:30 hrs. del 8 de enero de 1993; n.º 613-F-96 de las 10:10 hrs. del 18 de octubre de 1996; n.º 367-98 de las 14:50 hrs. del 16 de abril de 1998 y n.º 2003-1163 de las 10:55 hrs. del 19 de diciembre de 2003. Incluso, esta tesis ha sido recientemente reafirmada por parte de la Sala Tercera en el voto n.º 2006-422 de las 10:45 hrs. del 12 de mayo de 2006. En sentido similar, el Tribunal de Casación se refiere en el voto n.º 154-F-95 de las 14:20 hrs. del 14 marzo 1995.

delito en su imaginación, porque no habría nunca un injusto en el mundo real, y dado que la impunidad del delito imaginario no es discutible, no puede pensarse en excluir la justificación, **cuando esta realmente existe**.

Para este sector doctrinal, la legítima defensa, el estado de necesidad y las demás causales de esta naturaleza, justifican la acción, con independencia de motivos, intenciones y creencias del agente, pues el derecho penal no va dirigido a evitar actitudes subjetivas indignas, sino situaciones socialmente indeseables. De esta manera, quien previene sin saberlo un mal mayor o repele sin querer una agresión ilegítima, no da lugar a una acción indeseable que el derecho trata de prevenir, sino todo lo contrario.

2.2.- La legítima defensa

2.2.1.- Generalidades

Es la respuesta adecuada a la agresión injusta. Sin embargo, en la medida en que puedan operar otros mecanismos protectores, el derecho a la defensa cede.

Toda persona puede ser sujeto activo de legítima defensa. Esta causa de justificación no tiene contenido recíproco, es decir, la persona que ilegítimamente agrede a otra, debe tolerar el ejercicio del derecho de defensa del agredido, no pudiendo invocar a su vez legítima defensa.

La legitimidad de la defensa de los bienes jurídicos de quien soporta una agresión antijurídica, no depende –en principio– de límites establecidos para la protección del agresor que ha generado el conflicto y, consecuentemente, la ponderación de intereses en estos casos, carece de razón de ser: el agresor no es merecedor de una protección general en detrimento de la vigencia del derecho que se proponía vulnerar, por lo que **debe cargar con la responsabilidad y consecuencias de su conducta**.

No obstante, como se verá al examinarse el tema de la necesidad y racionalidad, lo anterior no puede conducir a una autorización de la defensa totalmente desconectada de sus consecuencias. Como ejemplo, piénsese en el caso –citado por la doctrina– del empleo de una escopeta por parte de un paralítico que tiene solo esa arma al alcance de su mano, no disponiendo de ningún otro recurso para impedir que un niño se robe una manzana. Para algunos autores ese acto es antijurídico, no porque el bien jurídico *vida* sea de superior jerarquía al bien jurídico *propiedad*, sino porque el ordenamiento jurídico no puede tolerar que, para evitarse una lesión de tan pequeña magnitud, se utilice un medio que, aunque necesario –por ser el único disponible en ese momento– sea **irracional**.

En cuanto al fundamento de la legítima defensa, se acepta, mayoritariamente, una doble finalidad: por una parte la defensa del derecho propio y, por otra, la del orden jurídico en su totalidad.

Hay sectores del pensamiento jurídico que fundan la legítima defensa en **el principio de que el derecho no tiene por qué soportar lo injusto**, partiendo del carácter subsidiario de la misma, el cual implica que, solo puede ser legítima la defensa, cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente.

Sobre el fundamento de la legítima defensa, la posición de nuestra jurisprudencia es que esta causa de justificación, se basa en dos principios básicos: **la protección individual y el prevalecimiento del derecho**. Lo anterior implica que nadie está obligado a soportar lo injusto, cuando el Estado no puede intervenir a tiempo para proteger los bienes jurídicos del afectado. Así, la legítima defensa vendría a ser una afirmación del derecho y, como tal, constituye un tipo permisivo, en donde se parte de un fundamento subjetivo, en tanto ejercicio de un derecho, como de uno objetivo, el cual es la necesidad de conservar el orden jurídico (el justificado puede elegir entre ejercer el tipo permisivo o no hacerlo, y si lo ejerce, debe hacerlo con el fin de evitar o paralizar la agresión ilegítima).

En este orden de ideas, considera además nuestra jurisprudencia que la legítima defensa tiene como naturaleza, hacer valer un derecho y no una venganza, y busca evitar el daño sobre el bien, a la vez que constituye una reafirmación del Estado de derecho y del derecho, pues aquel que es atacado en sus intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, no puede dejar lesionar sus bienes, si tiene la posibilidad de defenderlos. Cuando la persona rechaza el accionar injusto de otra, realiza por una parte una acción protectora de sus intereses y, por otra, una confirmación del sistema jurídico de la sociedad¹⁶⁴.

El ataque al bien jurídico que justifica la defensa, debe entenderse como cualquier comportamiento del que pueda derivarse un peligro o la lesión para ese bien, tutelado por el ordenamiento. La defensa tiende a evitar la pérdida del bien, por lo que la intervención debe producirse en un momento en que el impedimento de pérdida, es aún posible.

Cuando definimos que el ataque es cualquier comportamiento humano que lesione o ponga en peligro un derecho propio o ajeno, nos referimos a la condición de que este provenga de **un comportamiento humano** que represente un desvalor de la acción. Sin embargo podemos admitir como ataque en este sentido, la utilización de un animal o algún objeto como instrumento para lesionar o matar a otro, o lesionar sus derechos. Esta situación se puede producir en el caso de que se deba matar a un perro bravo que ataca, azuzado por su dueño, ya que se puede alegar legítima defensa y no estado de necesidad.

En este sentido, no serían entonces ataques o agresiones, los comportamientos del ser humano que no son acciones regidas por la voluntad (cuando de una “no acción” surge una amenaza, aplican las reglas del estado de necesidad).

164 Ver votos del Tribunal de Casación Penal [n.º 2002-853](#) de las 9:40 hrs. del 17 de octubre de 2002 y de la Sala Tercera [n.º 2004-439](#) de las 10:46 hrs. del 7 de mayo de 2004.

Tampoco podría admitirse la legítima defensa, contra quien se halla impelido por la fuerza proveniente de un caso fortuito.

El ataque puede provenir también de personas menores de edad, contra el cual perfectamente corresponde la legítima defensa. En este sentido, se debe tener presente que en el nuevo modelo de responsabilidad para personas menores de edad, existente en nuestro país, el cual entró en vigencia con la Ley de Justicia Penal Juvenil, ahora son sujetas de persecución penal, todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales.

Igualmente, el ataque puede provenir de personas inimputables, contra el cual también corresponde la legítima defensa, según el criterio mayoritario de la doctrina, aunque se señala que, dado el requisito de la racionalidad como limitativo de la necesidad, en estos casos, el ámbito de permiso se estrecha.

Ahora bien, para la doctrina mayoritaria, tampoco el ataque tiene que ser un comportamiento final y agresivo, pues bien se puede ejercer legítima defensa, no solo de comportamientos dolosos, sino también de comportamientos culposos que constituyan una amenaza (casos de culpa con representación o conscientes). No obstante, otros autores consideran que, ante conductas culposas que ponen en peligro bienes jurídicos, no procede la legítima defensa (por considerar que técnicamente no existe *agresión ilegítima*), sino más bien el estado de necesidad justificante o exculpante, según el caso.

Doctrinalmente se acepta que es posible también llevar a cabo una agresión ilegítima mediante omisión, la cual puede ocurrir cuando el agresor tiene una obligación jurídica de actuar, y la agresión se comete, precisamente, no actuando, con lo que causa daño al atacado, de manera que la reacción de este último está cubierta por los presupuestos de la legítima defensa. El ejemplo clásico de esta situación lo constituye el caso de un individuo que, después de cumplida la prisión preventiva y a pesar de la orden de libertad dictada por el juez, ilegítimamente no es liberado, y obtiene su libertad golpeando a su carcelero.

Otro ejemplo sería el del médico que, ilegítimamente, no atiende al paciente que está sufriendo un infarto, y que es agredido por otra persona, causándole lesiones, con el fin de obligarlo a actuar (legítima defensa de un tercero).

La conducta realizada con error de tipo, no admite una respuesta capaz de ser justificada por la legítima defensa, sino por el estado de necesidad. Distinto es el caso del error de prohibición, en donde subsiste el dolo, y por ello, sí admite una defensa legítima.

En cuanto a los **bienes defendibles**, se incluyen bienes que el sujeto individualmente puede proteger, tales como: la propiedad, cuando el ataque la ponga en peligro de grave

deterioro o pérdida inminente; la morada o sus dependencias, si se entra indebidamente en ellas; la vida, la integridad física, la libertad, el honor¹⁶⁵. Son defendibles no solo los bienes jurídicos penalmente tutelados, sino también los que no lo son, especialmente los derechos de rango constitucional.

No hay razón para excluir los bienes estatales como defendibles, a través de la legítima defensa. Lo que podría generar dificultades, es la defensa del Estado como orden jurídico, cuando esto no comporte, simultáneamente, la afectación de derechos de los habitantes.

Al respecto, doctrinalmente se reconoce que son también defendibles los bienes jurídicos, cuyo portador es la sociedad o el Estado, cuando se trate de bienes jurídicos de carácter individual en cabeza del organismo estatal o de personas de derecho público (v. gr. patrimonio del Estado), con la condición de que la agresión a estos, afecte a particulares (v. gr. son defendibles los bienes propiedad de una institución estatal, como también es rechazable la ilegítima contaminación de un río por parte de los habitantes de la población que se ve amenazada por esta).

Los bienes jurídicos meramente comunitarios, no pueden ser objeto de este tipo de legítima defensa, ya que existen otros mecanismos de defensa a los que se puede acudir.

La defensa de bienes jurídicos individuales de terceros, sí resulta protegida, ya sea asumiendo la defensa que la víctima no pueda hacer (defender a una mujer que va a ser violada); ayudando al tercero para que él mismo se defienda (suministrando un arma), o interviniendo en forma directa con él en la acción defensiva.

Debe tenerse claro que la acción defensiva debe dirigirse **hacia los bienes del agresor** (pudiendo lesionarse cualquiera de sus bienes, no solo los utilizados para llevar a cabo el ataque), pero **no hacia los de terceros que no han tomado parte en la agresión**. El principio señalado por la doctrina, es que la lesión al tercero ajeno a la agresión, no está justificada. Por ejemplo, quien toma un jarrón muy valioso para golpear a una persona que intenta agredirlo, actúa en legítima defensa con respecto del agresor, pero no así con respecto del propietario del jarrón (sin perjuicio de invocar un estado de necesidad), o bien quien repele una agresión a balazos, dentro de los límites de la legítima defensa contra el

165 A propósito del bien jurídico "honor", el Tribunal de Casación anteriormente había señalado que debía aceptarse, por ejemplo, que el que responde con un puñetazo a quien lo injuria o calumnia para que cese su ataque verbal, perfectamente está amparado a la causa de justificación dicha. Pero no podía admitirse que, ante una agresión previa al honor –mediante injuria o calumnia– se entienda que la respuesta por esos mismos medios, sea legítima e idónea, es decir, no es aceptable repeler una frase injuriosa o calumniosa con otra. (En ese sentido, votos n.º 2001-226 del 16 de enero de 2001 y n.º 2004-408 de las 11:51 hrs. del 29 de abril de 2004). Sin embargo, mediante voto n.º 2007-975 de las 16:05 hrs. del 3 de septiembre de 2007, este mismo Tribunal varió el anterior criterio y admitió la posibilidad de legítima defensa –causa de justificación aplicable al ataque a cualquier bien jurídico y no solo de la vida o la integridad física– cuando una persona, para defender su honor, repele ofensas con ofensas.

agresor, no actúa justificadamente, si un tercero ajeno a la agresión es alcanzado por una de sus balas (sin perjuicio de invocar un estado de necesidad exculpante).

Tradicionalmente se ha indicado que la acción defensiva tiene un aspecto objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, requiere el rechazo del ataque, la necesidad de la defensa y la necesidad del medio empleado. También la acción defensiva debe ser necesaria y razonable.

En cuanto al aspecto subjetivo, la acción defensiva requiere la voluntad de defensa. La persona debe conocer la existencia de las condiciones objetivas de la situación defensiva. Su comportamiento típico y doloso, debe ser dirigido por la voluntad de defensa. Aunque para algún sector de la doctrina, como vimos antes, es suficiente con la situación objetiva justificante, pues lo fundamental, según esta posición, es solucionar conflictos de intereses.

Es irrelevante, en el caso de quien legítimamente usa un arma para defenderse, que tenga permiso legal para portarla (independientemente de su responsabilidad en los términos previstos en la Ley de Armas).

En nuestro medio, el artículo 28 del Código Penal dispone que no comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima. b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión. En su segundo párrafo, dicho artículo señala que se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquel que ejecuta actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se halla dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso¹⁶⁶. Esta figura es conocida como **legítima defensa privilegiada**.

2.2.2.- Agresión ilegítima

Esta expresión puede ser entendida, tanto como un acto de fuerza, como la acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, incluyendo en ella también la omisión, (obligar a un conductor que se detenga y traslade a un herido grave al hospital).

Tanto la acción u omisión como la agresión, deben ser ilegítimas, es decir, **antijurídicas** en sentido material, para que efectivamente se produzca una puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles. La doctrina mayoritaria coincide en señalar que, para ejercer válidamente la defensa, no es necesario que la conducta agresiva que se repele, sea penalmente típica, basta con que sea antijurídica (ilegítima).

166 El artículo 27 del proyecto de Código Penal, mantiene los mismos requisitos para esta causal de justificación que los vigentes.

No es necesario que el autor de la agresión antijurídica sea culpable, como ya se indicó antes, aunque en la medida de lo posible, hay que evitar reacciones frente a personas inimputables, pero en principio, si se presentan todos los requisitos de la causa de justificación, no hay obstáculo para repeler justificadamente la agresión.

La Sala Tercera define la “**agresión**” como una conducta deliberada de otra persona, tendiente a dañar un interés lícito. Como acción, subjetivamente está orientada a dañar; es su fin, y objetivamente busca crear el riesgo o el peligro del bien. Este aspecto objetivo supone una exteriorización del fin de lesionar un bien jurídico, mediante actos idóneos, ya sea que se utilicen violencia o no, armas o cualquier mecanismo físico o moral orientados a provocar un daño. La **agresión** existe incluso con solo que el agresor se halle en una posición inminente de ejecutar el ataque.

No tienen que existir actos materiales de acometimiento (v. gr. disparos o lanzamiento de piedras o golpes con un palo, contra el imputado). Es suficiente que el agresor se coloque en una situación inmediata de consumir el daño, mediante actos idóneos (por ejemplo, cuando a corta distancia del endilgado, el sujeto que agrede amenaza de palabra y mantiene un palo en sus manos, y las agita de arriba abajo, o bien cuando el sujeto toma el arma de fuego y la coloca en posición de disparo, ante lo cual el agredido no está obligado a esperar el disparo para iniciar su defensa). El **peligro** implica una posibilidad inminente de sufrir una lesión y esto tiene sentido, en tanto para la agresión no es indispensable el daño actual al bien defendido, basta el riesgo provocado, siempre y cuando ese peligro amenace en concretarse en un daño, si no se repele¹⁶⁷.

Ahora bien, como se indicó líneas atrás, debe tenerse claro que si esta conducta idónea para lesionar bienes jurídicos, resulta conforme a derecho, como es el caso de los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal (v. gr. ejecución de un desalojo administrativo, la legítima detención de un imputado, la realización de un allanamiento judicial en una morada, etc.), no puede invocarse legítima defensa para rechazarla.

De esta forma, nuestra jurisprudencia ha considerado que el ingreso, sin orden de allanamiento, por parte de la policía a una casa de habitación (con lo que se violentan el domicilio y la intimidad), en aras de rescatar a un menor de edad secuestrado, efectivamente se encuentra justificado en el artículo 28 del Código Penal, que autoriza a cualquiera (y en el caso de la policía, impone la potestad, entendida como poder-deber) a proceder en protección de los derechos propios o de un terceros, ante una agresión ilícita actual o inminente¹⁶⁸.

167 Sala Tercera, voto n.º 2004-439 de las 10:46 hrs. del 7 de mayo de 2004 y n.º 2005-608 de las 10:25 hrs. del 17 de junio de 2005.

168 Sala Tercera, voto n.º 2002-1162 de las 9:03 hrs. del 22 de noviembre de 2002.

Diferente es el caso de dos oficiales de la policía que, sin contar con autorización judicial, ni cumplir los presupuestos del allanamiento sin orden¹⁶⁹, intentaron ingresar a una vivienda con el fin de “investigar”, si su propietario tenía permiso para portar armas, y exigirle que se identificara. Este ingreso fue impedido por este último, encañonándolos con un arma de fuego.

El Tribunal de Casación consideró que no hubo delito de resistencia a la autoridad, pues dicha acción policial resultaba **totalmente ilegal**, y por ello, el ocupante de la vivienda podía ejercer una legítima defensa para repeler su intromisión. A criterio del Tribunal, la conducta del sujeto de empuñar un arma con la cual encañonó a los dos policías, a quienes les hizo ver sus intenciones de no dejarlos ingresar, a menos de que contaran con la orden escrita de un juez, no constituyó un exceso en el ejercicio de su derecho de defensa, por lo que su conducta (que en realidad no conllevaba el propósito de agredir) se encontraba amparada por el ordenamiento jurídico¹⁷⁰.

Igualmente se ha descartado la legítima defensa en casos como el siguiente: un sujeto (**A**), que al ingerir bebidas alcohólicas exhibe un comportamiento agresivo, inicia una discusión con otro (**B**) en un bar, pero se logra ponerle fin sin mayores consecuencias, y posteriormente **A** hace abandono del lugar. No obstante, desde fuera del local, **A** desafía a pelear a **B**, reto que es aceptado por este último, quien sale del bar y luego de eludir a varias personas que intentan detenerlo, se abalanza sobre **A**; lo enfrenta a golpes y, de seguido, lo hiere en el pecho con una cuchilla que **B** porta consigo, poniendo en peligro su vida.

La Sala Tercera rechazó la tesis de que **B** actuó amparado a una legítima defensa, puesto que si bien existió una discusión inicial promovida por **A**, cuya actitud hostil desencadenó los eventos, se estimó que al abalanzarse **B** sobre **A** y herirlo con un cuchillo, no actuó en respuesta a una agresión actual o inminente, sino aceptando un reto verbal a pelear, el cual no constituye, por sí solo, una circunstancia que pueda dar origen al ejercicio de una legítima defensa (esta situación es demostrada por la penalización del duelo en nuestro ordenamiento jurídico).

Si bien el ordenamiento no exige a ningún sujeto que se comporte como cobarde o como valiente, tampoco se autoriza aceptar los *retos* o *desafíos*, cuando no media una agresión actual o inminente, pues esto supondría permitir el ejercicio de la venganza privada en

169 Artículo 197 del Código Procesal Penal: Podrá procederse al allanamiento sin previa orden judicial cuando: a) Por incendio, inundación u otra causa semejante, se encuentre amenazada la vida de los habitantes o la propiedad; b) Se denuncia que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito; c) Se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión; d) Voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro.

170 Tribunal de Casación, voto [n.º 2002-917](#) de las 10:20 hrs. del 14 de noviembre de 2002

circunstancias tales en que el sistema jurídico sí podría intervenir y, por ende, haría innecesaria la “defensa” que se pretende ejercitar¹⁷¹.

A nivel jurisprudencial, se ha señalado también que lo importante para determinar si existe esta causal, es que, por un lado, la defensa sea necesaria, es decir, que sea indispensable **para no ser objeto de una nueva agresión, o para suspender la que en ese momento se padece**. Por otro lado, la agresión debe ser **inminente, actual, real, existente**, lo que significa que deben verificarse la **existencia** y la **naturaleza del peligro** corrido para apreciar la necesidad de la defensa¹⁷².

Tómese como ejemplo este caso: un sujeto (**A**) inicia una discusión con otro (**B**) en un bar. En un momento determinado, **A** arroja una botella contra **B** con intención de lastimarlo, la cual no da en el blanco, por lo que este último reacciona y lanza contra **A** otra botella, desatándose una “*batalla de botellazos*” entre ambos. Finalmente **A** resulta lesionado por una botella lanzada por **B**.

El Tribunal de Casación Penal consideró que **B** actuó amparado a una legítima defensa, en primer lugar, porque fue **A** quien inició la agresión ilegítima, al lanzar una botella a **B**, por lo que no podría negarse a este último, el derecho a defenderse. En segundo lugar, tampoco podría considerarse que, una vez que se había lanzado la primera botella por parte de **A**, la cual se estrelló en una recámara de refrigeración, la agresión cesó, puesto que **B**, víctima en ese momento, no podía tener claro si la agresión había cesado o si iba a continuar, situación que lo motivó a lanzar botellas contra **A**, y este a responder, convirtiéndose lo anterior en un combate. Por tanto, el derecho de defensa autorizaba a **B** a defenderse de una agresión que era actual y efectiva, sin que se pudiera decir que la misma había cesado, aunque el medio utilizado por **B** resultó razonable, por ser su único recurso disponible para repeler el ataque de **A**¹⁷³.

En cuanto a la **actualidad** de la agresión, no es requisito del tipo permisivo que la agresión se haya iniciado, basta el peligro al momento de la reacción. Pero tampoco se podría admitir, por ejemplo, que se mate al agresor por la espalda cuando huye (puesto que al haber cesado la agresión, la defensa ya no es necesaria).

Para algunos autores, no se puede acoger la legítima defensa cuando la agresión no ha comenzado, y solo por excepción han admitido la defensa frente a amenazas de un mal “futuro”, cuando no exista posibilidad de que la autoridad estatal lo conjure efectivamente

171 Sala Tercera, voto [n.º 2005-46](#) de las 9:20 hrs. del 4 de febrero de 2005. A manera de antecedente, puede revisarse el voto de esta misma Sala [n.º 2004-920](#) de las 10:55 hrs. del 30 de julio de 2004, en el donde se consideró que lanzar insultos contra una persona, no podía equipararse a una agresión ilegítima, al punto de justificar que el insultado tomó una pala y golpeó con ella el rostro de su víctima, causándole una marca indeleble, independientemente de que dicha situación pudiera ser valorada dentro del análisis de culpabilidad.

172 Sala Tercera, voto [n.º 562-F-92](#) de las 9:20 hrs. del 20 de noviembre de 1992.

173 Tribunal de Casación, voto [n.º 2002-853](#) de las 9:40 hrs. del 17 de octubre de 2002.

y a tiempo, pues de lo contrario, debe acudir a las autoridades. El caso en que se ha aceptado la legítima defensa en dichas circunstancias, es el de las mujeres agredidas que han matado al marido, mientras este duerme, en tanto se actúa para prevenir agresiones futuras o la propia muerte¹⁷⁴.

No obstante, la doctrina mayoritaria sí acepta la legítima defensa, cuando la agresión es **inminente**, lo que significa que aún no ha comenzado, pero que se puede inferir de gestos, amenazas, actitudes, etc., que podrían implicar daño inmediato o peligro para la persona o el derecho, a partir de la situación objetiva. En este sentido, la inminencia debe entenderse como la posibilidad de que la acción se verifique en cualquier momento, lo que debe establecerse, es el carácter inequívoco de la conducta del agresor.

Es suficiente que el agresor haya hecho manifiesta su voluntad de agredir, y que, conforme los medios que ha escogido para hacerlo, su conducta pueda verificarse en cualquier momento.

Recordemos que inminencia hace alusión a algo que “puede suceder en cualquier momento” o que “amenaza con suceder prontamente”. De esta manera, en el plazo o término que puede suceder la agresión, no es tan importante como la determinación de que la conducta se puede verificar en cualquier momento, generando un peligro para el bien jurídico.

Así por ejemplo, si un individuo esgrime un arma y se dirige amenazador hacia otro, con el propósito evidente de materializar el ataque, el agredido queda en condiciones de ejercer la legítima defensa, pues ya se ha producido la agresión exigida por la ley. Esto significa, por otra parte, que entre la agresión y la defensa, **debe haber unidad de acto**, la cual debe ser inmediata consecuencia de aquella.

174 En nuestro país existe un antecedente, en donde una mujer, víctima de constantes agresiones por parte de su marido, le dio muerte a este mientras dormía. De acuerdo con los hechos investigados, el marido, quien había sido diagnosticado como “paranoico sádico”, durante cuatro meses que convivió con su mujer, a diario le propinaba a esta brutales golpizas; la mordía y le cortaba el cuerpo con un puñal; estando embarazada la violaba vaginal y analmente. Al ser obligada a mantener relaciones a la fuerza, el sujeto hacía sangrar a su mujer, pero no le permitía ir al hospital. El día de los hechos, el marido amenazó a su mujer diciéndole que él se iba del lugar donde residían, pero la única forma en que ella saldría de ahí era “hecha picadillo”, por lo que la mujer aprovechó cuando el sujeto yacía dormido para darle muerte. El Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón, mediante resolución 289-94-A de las 15:30 hrs. del 17 de enero de 1996, absolvió a la mujer por el delito de homicidio, al considerar que ésta había actuado bajo una “situación de necesidad”. El Tribunal aceptó que la mujer estaba segura de que su marido cumpliría su amenaza de matarla, puesto que ella había visto cómo mataba a un gallo, y sabía que este mismo sujeto casi había matado a machetazos a su esposa anterior, sin que aparentemente hubiera sido castigado por la ley. No obstante, como bien señala la Licda. Priscilla Gutiérrez Moya en su tesis para optar por la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, “Violencia Doméstica y Legítima Defensa”, este caso perfectamente pudo haber sido analizado como una legítima defensa. Cuando el tribunal valoró que la mujer mató al sujeto, antes de que él lo hiciera con ella, es decir, se le adelantó, dicha instancia pudo haber usado ese criterio para considerar que la mujer estaba en una situación de peligro de muerte (según los drásticos antecedentes de violencia aceptados en el expediente y el diagnóstico psicológico del hombre), en donde la defensa y proporcionalidad de la misma eran necesarias, y era posible dictar sentencia conforme a esta figura, en vez de recurrir al del estado de necesidad.

Cuando estamos frente a delitos permanentes (el secuestro por ejemplo), la actualidad de la agresión se prolonga en el tiempo, hasta que cese la conducta desplegada por el secuestrador.

La agresión **continúa si todavía puede repelerse total o parcialmente**, por medio de una reacción que siga inmediatamente a la agresión. Es decir, la situación de defensa se mantiene desde que se inicia la amenaza al bien jurídico, hasta que cesa el peligro, lo cual debe analizarse en cada caso.

Para la doctrina, lo anterior es aplicable también a los delitos, cuya consumación depende del desapoderamiento (v. gr. si un ladrón me arrebatara mis pertenencias, la posibilidad de legítima defensa subsiste, mientras tenga oportunidad de perseguirlo y trata de recuperarlas).

Es importante entonces tener claro que la agresión y la defensa, deben ser **coetáneas**: un solo proceso finalístico que encadene los diversos actos y sus efectos. No es necesario que sean simultáneas. La situación de defensa **se mantiene desde que se inicia la amenaza al bien jurídico, hasta que cesa el peligro**, lo cual **debe analizarse en cada caso**¹⁷⁵.

Finalmente, se debe reseñar que la legítima defensa deja de existir, cuando **la agresión cesa**, cuando **el ataque pasa**, o cuando este **ya no se puede reiniciar**.

Consideramos que es válido admitir la legítima defensa, aun cuando no se haya iniciado el ataque, siempre y cuando del contexto objetivo en donde suceden los hechos, pueda inferirse la convicción de que la ofensa va a producirse, o que esta ya comenzó a ejecutarse.

Tal como se indicó antes, debe recordarse que esta posición acerca de que la legítima defensa procede también, ante un peligro potencial (inminencia), ha sido decididamente aceptada por nuestra jurisprudencia. Al respecto, el Tribunal de Casación Penal y la Sala Tercera, coinciden en que la defensa solo puede ser necesaria, cuando la agresión está en curso, o por lo menos, cuando aparece como inminente, es decir, cuando el peligro de agresión es suficientemente próximo, como para que el agente se vea obligado a neutralizarla. En ese tanto, la inminencia del ataque equivale al ataque mismo, por lo que nadie está obligado a esperar que se le comience a pegar, lesionar o matar para empezar a defenderse, así como tampoco nadie está en el deber de dar tiempo a la materialización

175 Sala Tercera, voto [n.º 2006-477](#) de las 9:10 hrs. del 26 de mayo de 2006.

del daño a un tercero que se desea defender, pues de lo contrario, la justificación no tendría sentido alguno de existir¹⁷⁶.

Con fundamento en estas consideraciones, la jurisprudencia ha confirmado la existencia de legítima defensa en casos como los siguientes.

Síntesis. Un sujeto (**A**) que convive con su concubina en un apartamento alquilado, reiteradamente discute con ella y la agrede físicamente. Al presentarse uno de estos episodios de violencia doméstica, el propietario (**B**) del inmueble ocupado por la pareja, para poner fin al conflicto de violencia intrafamiliar que se venía dando, el cual afecta tanto la tranquilidad de otro inquilino, como la suya propia, intenta hablar con **A** (quien en ese momento, se encuentra bajo la influencia de drogas y alcohol), el cual reacciona violentamente contra su interlocutor, enfrascándose ambos en una pelea que culmina cuando **B** se retira de vuelta a su casa. Aproximadamente una hora después, **B** se encuentra sentado en una mecedora, y **A** se presenta al lugar armado con un palo; comienza a insultar a **B** y arremete contra este con “palo en mano”. Al verse agredido, **B** saca de su vivienda un arma y efectúa tres disparos al aire, advirtiéndole que desistiera de su agresión, pero **A** nuevamente arremete contra **B**, quien entonces dispara dos veces contra su agresor y le da muerte.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, la agresión existe cuando el sujeto activo se halle en una posición inminente de ejecutar un ataque idóneo para lesionar bienes jurídicos, sin que deban existir actos materiales de acometimiento, en tanto que el peligro implica una posibilidad inminente de sufrir una lesión. Para la agresión, no es indispensable el daño actual al bien defendido, basta el riesgo provocado, siempre y cuando ese peligro amenace en concretarse en un daño si no se repele. En el caso de estudio, para la Sala, **B** actuó conforme al ordenamiento jurídico, al usar su arma de fuego, pues **A** estaba amenazándolo de palabra y con un palo “en mano”, y el peligro para la vida de este, era evidente y suficiente para que optara por defenderse, utilizando dicho instrumento, a tal punto de que el agresor se lanzó contra la humanidad de **B**. Por tales motivos, este finalmente realizó disparos de defensa, pues los primeros fueron de advertencia para evitar la agresión¹⁷⁷.

Síntesis. Un sujeto de carácter violento somete, a lo largo de varios años, a su esposa e hijos a situaciones de violencia doméstica, al punto de que los golpea por cualquier motivo e, incluso, los amenaza de muerte utilizando armas. Un día, cuando una de sus hijas –que tenía cinco meses de embarazo– regresa del colegio, el sujeto irrumpe en su habitación

176 Ver votos del Tribunal de Casación n.º [2001-613](#) de las 10:20 hrs. del 17 de agosto de 2001 y n.º [2002-853](#) de las 9:40 hrs. del 17 de octubre de 2002, así como de la Sala Tercera n.º [327-F-92](#) de las 8:45 hrs. del 24 de julio de 1992; n.º [268-F-93](#) de las 9:15 hrs. del 11 de junio de 1993; n.º [391-F-93](#) de las 9:35 hrs. del 16 de julio de 1993; n.º [2004-333](#) de las 9:55 hrs. del 2 de abril de 2004 y n.º [2004-439](#) de las 10:46 hrs. del 7 de mayo de 2004.

177 Sala Tercera, voto n.º [2004-439](#) de las 10:46 hrs. del 7 de mayo de 2004.

y le reclama por haberle revelado a su madre, una situación de abuso, por lo que empieza a insultarla y golpearla (previamente el sujeto había mandado a cerrar los portones de la casa), momento en el que la madre de la joven interviene para protegerla, y es apartada a golpes por el sujeto. La mujer toma un arma de fuego de la habitación del sujeto y le dice que se aparte; pero este no hace caso. Entonces la mujer dispara contra su esposo, quien se vuelve y se dirige hacia ella, por lo que dispara por segunda vez, y lo hiere en el abdomen. De seguido la mujer llama a los paramédicos y a la policía; pero el sujeto fallece antes de que arriben.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera consideró que la mujer actuó en legítima defensa. Para estar en presencia de esta causa de justificación, se requiere en primer lugar, que la agresión que se repele sea ilegítima (efectivo acometimiento contrario a derecho, sin que necesariamente este constituya delito), además la agresión debe ser actual, de manera que la defensa resulte todavía necesaria.

En cuanto a la necesidad razonable de la defensa empleada, debe existir la proporcionalidad, el empleo adecuado de los elementos de defensa con relación al ataque. Se trata de una necesidad racional no absoluta, y debe considerarse la situación del agredido y la del agresor, por lo que la solución se dará en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias y debiéndose estudiar los hechos y las personas para decidir. En el caso de estudio, la mujer intervino con el objeto de poner fin a la agresión ilegítima del occiso hacia su hija, ya que su intención era causar un daño necesario con el objeto de defender los intereses de su hija y los suyos propios, y aunque como inicialmente fue apartada de un golpe por el sujeto, procedió a empuñar un arma de fuego y disparó en dos ocasiones.

Tales hechos unidos a las demás circunstancias que los rodearon, entre estos fundamentalmente, que el occiso en otras oportunidades había amenazado a su esposa e hijos con matarlos, y que mandó a cerrar los portones de la casa y el estado de gravidez que presentaba la joven agredida, hicieron ver a la aquí encartada, la imperiosa necesidad de defender a su hija, sin que se pueda haber en este caso de exceso en la defensa, ya que no resultaba posible, en virtud del temor existente ante las anteriores ocasiones, cuando habían sido agredidos los distintos miembros de la familia por el occiso, dado su carácter violento.

Asimismo, no se requiere, como requisito indispensable para estar en presencia de la causal citada, que la persona agredida sufra lesiones, ya que esto no excluye la legítima defensa y, más bien, implicaría necesariamente que se consume la agresión para poder defenderse, con lo que la justificación no tendría sentido alguno de existir, más bien obedecería a una especie de deseo de venganza, por lo que el hecho de que el sujeto no haya ocasionado lesiones de consideración a la joven agredida, no descartaba la legitimidad de la defensa ejercida por su madre¹⁷⁸.

178 Sala Tercera, voto n.º 327-F-92 de las 8:45 hrs. del 24 de julio de 1992.

Síntesis. Una pareja mantiene una relación de convivencia, durante la cual se experimenta una situación de violencia doméstica, caracterizada por las constantes amenazas del sujeto a su mujer y a los hijos de esta. Por tanto, dicha mujer lo abandona y se traslada a vivir a otro domicilio. Posteriormente, el sujeto se presenta en estado de ebriedad, a casa de su ex compañera e insiste en reiniciar su relación, a lo que esta se niega. Entonces el sujeto comienza a gritar, amenazando a los hijos de ella para que no participen en la discusión, advirtiéndoles que si lo hacen, los mata a todos.

El sujeto se marcha, pero luego regresa y abusa sexualmente de su ex compañera, y arremete a patadas contra la puerta de la casa, diciendo que él hace lo que quiera. Nuevamente sale, pero regresa otra vez, gritando que iba a quemar la casa y que a él nadie lo abandona. Entonces toma una camisa con combustible, intenta prenderle fuego a la vivienda y se vuelve a marchar. Uno de los hijos sale de la casa a buscar ayuda, pero su madre envía a otro a buscarlo, pues teme que se encuentre con su ex compañero. El muchacho efectivamente encuentra a su hermano forcejeando con el sujeto y acude en su ayuda, tomando una pala con la que golpea al ex compañero de su madre, en tanto que su otro hermano se vale de un cuchillo para herirlo también, y le causa la muerte.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera existió legítima defensa. El encartado y sus parientes citados, estaban ante un peligro inminente de muerte, por lo que repelieron la agresión de la que eran objeto, y le causaron la muerte al agresor, ya que este último estuvo amedrentando a la madre del imputado y a sus hermanos. Su nivel de agresión llegó a tal punto que amenazó con matarlos; abusó sexualmente de la mujer e, incluso, quiso prender fuego a la vivienda con ellos dentro de la misma (lo que revela que pretendía pasar de las palabras a los hechos).

Por lo anterior, resulta intrascendente que el ofendido estuviera ebrio, pues él era el agresor y en efecto estaba poniendo en inminente peligro la vida del justiciable y a las otras personas mencionadas. Además su agresión era completamente ilegítima, pues lo que pretendía era obligar a su ex compañera a reiniciar su relación de pareja y, ciertamente, debía repeler (hacer cesar) la agresión, siendo razonable que utilizara una pala para ello, pues la violencia exhibida por el fallecido, hacía previsible que se requiriera de un arma para doblegarlo¹⁷⁹.

Síntesis. Ante la falta de pago por parte de su inquilino, el arrendante [sic] de una vivienda ingresa a esta; recoge los enseres y pertenencias de su ocupante; las coloca en la calle y, posteriormente, se encierra en su propia casa de habitación, con su esposa e hijos menores de edad, desde donde llama al inquilino para informarle que lo había desalojado, a fin de que recogiera sus pertenencias que estaban en la vía pública. El inquilino, enfurecido, se apersona a la casa del arrendante, y con la clara intención de agredirlo, trata de ingresar por todos los medios posibles. Para lograrlo, da golpes con las manos, con la rodilla y con

179 Sala Tercera, voto [n.º 2003-169](#) de las 9:35 hrs. del 14 de marzo de 2003.

los pies a la puerta de ingreso a la vivienda (donde se encuentra refugiado el arrendante con su familia), y provoca una hendidura de aproximadamente un metro de largo, para luego tratar de ingresar por una de las ventanas, a la cual intenta despojar de sus verjas. El arrendante (un hombre de baja estatura, de sesenta años de edad) sale a llamar a la calma al inquilino (un hombre corpulento, de casi dos metros), quien al verlo súbitamente se le va encima en plan de ataque, por lo que el arrendante saca un revólver y efectúa dos disparos contra el inquilino, causándole la muerte.

Decisión del Tribunal. La proporcionalidad entre la agresión ilegítima y el medio empleado para repelerla, no es un requisito para que se tenga por configurada la legítima defensa. Lo único que se exige es la necesidad y razonabilidad de la acción defensiva, que se ejerce a través del medio empleado, sin importar que al final dicho medio, sea más lesivo que el que utiliza el agresor, o que este sufra un daño mayor que el que se proponía infligir.

En el caso de estudio, el hecho de que el arrendatario haya utilizado un arma de fuego para repeler la agresión de que era objeto, de ningún modo desnaturaliza los presupuestos de la legítima defensa, ni la convertirían en excesiva, pues tal acción fue absolutamente necesaria para evitar que el occiso consumara su ataque, dado que por la rapidez de la maniobra del inquilino, aquel no tuvo otra posibilidad de reacción, además de la notoria desigualdad física existente entre ambos.

De la propia dinámica del homicidio, se advierte que, salvo esa arma de fuego, el arrendante no contaba con otro medio para repeler la agresión que, siendo efectivo de cara a ese propósito, al mismo tiempo, fuera menos lesivo. Tampoco podría reprochársele que no haya hecho un disparo de advertencia, o que no haya amenazado al occiso con usar el arma, pues debido al estado de ofuscación de este (quien se mostraba violento, hostil, amenazante y agresivo), así como por la rapidez de los acontecimientos y la cercanía entre ambos protagonistas, no existiría fundamento alguno para siquiera suponer que hubo tiempo para desplegar esa conducta disuasoria, o que la misma hubiera evitado la agresión, es decir, que hubiera hecho retroceder al ofendido.

El mismo análisis podría hacerse en cuanto a una eventual acción de huida del encartado, pues aunado a que no tenía por qué hacer tal acción, tampoco existen elementos como para suponer que lo hubiera podido hacer de manera efectiva. Por lo anterior, en el caso de estudio, se contaba con todos los elementos requeridos para tener por configurada una legítima defensa pura y simple, pues el arrendante percutió su arma de fuego con el único fin de repeler la inminente agresión que, en su contra, desplegaba el ofendido, siendo esta la única y necesaria acción que podía desplegar para ello.

Si bien es cierto, el desalojo efectuado por el arrendante fue absolutamente ilegal (e incluso delictivo), para el momento en que el inquilino presenta dicha acción, había perdido su condición de actual, por cuanto el desalojo ya estaba consumado y no había forma de evitarlo. Ante ello, el inquilino también decidió tomar la justicia por su cuenta, y movido por sentimientos de ira y venganza, trató por todos los medios de ingresar a la casa,

no con el propósito de evitar el desalojo, sino más bien con la clara intención de agredir al arrendante, actuando así al margen del derecho, por lo que no estaba amparado en ninguna causal que excluyera la antijuridicidad de sus acciones.

Por su parte, el inminente ataque del ofendido, implicaba para el arrendante, una agresión ilegítima que no tenía por qué tolerar, contra la cual podía válidamente ejercer una acción defensiva violenta, conforme lo hizo. Aun en el supuesto de que se admitiera que el arrendante contribuyó de alguna manera a la agresión previa de que fue objeto el occiso (desalojo ilegal), esto en nada desnaturalizaría los presupuestos fácticos de la legítima defensa que ejerció, pues no podría dejarse de lado que para el momento en que este llegó al sitio, la agresión de desalojo ya no era actual, y no podría sostenerse que la actuación del mismo, estaba dirigida a repelerla, y por ello, estaba autorizada por el ordenamiento jurídico¹⁸⁰.

2.2.3.- Necesidad racional del medio empleado

La necesidad de la defensa se produce solo cuando esta es contemporánea con la agresión y persiste mientras dura la agresión, siempre que, además, sea la única vía posible para repelerla o impedirla.

La regla aplicable sería que no habría necesidad racional, si era posible evitar el mal amenazante de otra manera idónea y menos drástica. En este sentido, no se aparta del requisito de la racionalidad del medio empleado, quien utiliza un medio que, en abstracto, parece muy superior al que se hubiera requerido para repeler la agresión. Pero en la especie concreta, era el único disponible, aunque implicara para el agresor, un daño mayor al que él amenazaba con causar.

Sobre este tema, señala nuestra jurisprudencia que debe diferenciarse entre la **necesidad de la defensa** y la **necesidad del medio empleado**. La primera significa que la legítima defensa es un derecho principal y autónomo, lo cual implica que la acción de defensa es necesaria y no subsidiaria de otro medio de protección de los bienes jurídicos. La principalidad se opone a cualquier exigencia que se plantee al agredido para que recurra a otro tipo de acción (v. gr. solicitar ayuda de la autoridad o huir). Por ende, incluso si el atacado puede realizar otra conducta, pero prefiere defenderse, la defensa subsiste en tanto derecho que puede ejercerse a voluntad.

La segunda –necesidad del medio utilizado para el ejercicio de la defensa– se caracteriza por una subsidiaridad. Esta hace concluir que el uso de un medio, es necesario cuando el agredido no tiene a mano otros medios eficaces para contrarrestar el ataque. Por tanto, debe utilizar, entre los medios que tenga a disposición, los menos lesivos al agresor, siempre que esos medios sean igualmente idóneos para repeler la agresión, pues el

180 Sala Tercera, voto [n.º 2005-838](#) de las 10:00 hrs. del 29 de julio de 2005.

sistema jurídico no obliga al que sufre el ataque, a utilizar medios de eficacia dudosa ni a medirse de igual a igual con el agresor. En este caso, si bien es cierto que uno de los requisitos básicos de esta causal de justificación, consiste en que el hecho no pueda evitarse de una manera distinta a la empleada para repeler la agresión, también no puede pedírseles a los ciudadanos que frente a la adversidad, asuman conductas heroicas o cobardes, obligándolos a eludir cualquier enfrentamiento posible, huyendo del lugar como único modo de hacer “razonable” la evitabilidad de la agresión ilegítima, pues ello equivaldría a desconocer la naturaleza humana y los objetivos mismos de la justificación, según las circunstancias.

Para la determinación de la **necesidad razonable** de la defensa empleada, de acuerdo con el criterio de la Sala Tercera, se deben tomar en cuenta: a) La magnitud del peligro que corre el bien jurídico que se intenta defender. b) Las posibilidades de efectividad en el caso concreto. c) La eventual extensión de la agresión ilegítima a otros bienes jurídicos.

En este mismo sentido, también ha señalado al Sala que la necesidad de la defensa es un juicio *ex ante*, por lo que no puede analizarse, sino desde el punto de vista de quien se ve amenazado, es decir, debe derivarse del cúmulo de circunstancias que dan origen, tanto a la agresión como a la defensa, teniendo en cuenta el tiempo, el modo, el lugar, la persona del agresor, la entidad de la agresión, la situación personal y circunstancial en que se encontraba el defensor al momento de llevar a cabo su defensa, el bien jurídico afectado, los medios utilizados, etc. (la racionalidad no puede determinarse en forma abstracta, objetiva y general, sino que dependerá de la situación concreta, por lo que deben analizarse las circunstancias de cada caso).

Así, el examen *ex post* permitiría determinar si se incurrió en algún tipo de error, de manera que si ante una situación de falso peligro, un espectador objetivo hubiera creído también que lo había, se trata de un error invencible. Pero si la percepción de ser atacado deriva únicamente de la falsa representación de la defensa, se está en presencia de un error vencible.

Señala también nuestra jurisprudencia que el examen de racionalidad del medio empleado, implica valorar la entidad del ataque del que se es objeto y la posibilidad de emplear medios menos drásticos, como respuesta a la agresión. Sin embargo, tanto la Sala Tercera como el Tribunal de Casación, coinciden en señalar que no debe confundirse la “**proporcionalidad**” del medio defensivo, con la exigencia de igualdad de armas, ni siquiera con la exigencia de igual jerarquía de los bienes jurídicos que entran en juego, como si se tratara de un estado de necesidad.

Tampoco debe confundirse racionalidad con proporcionalidad. La esencialidad de la defensa no depende del mínimo que hubiera bastado para repeler la agresión, pues ni **nuestra legislación ni la doctrina exigen una correspondencia exacta entre la violencia con que se ataca y la fuerza con la que se repele la agresión**, como tampoco se exige **igualdad en las armas o elementos que se empleen en ataque y defensa**. En

cambio, se admite que la defensa pueda efectuarse con los medios que, en el momento y dadas las circunstancias, se cuenten.

Tampoco se puede fundamentar la legítima defensa en la Ley del Talión, de modo que como lo señaló la Sala Tercera en el voto n.º 741-f-96 de las 9 hrs. del 28 de noviembre de 1996: *“se autorice al agredido para ser lesionado a cometer lesiones, pero no homicidio, y al agredido para ser muerto a cometer homicidio, pero no lesiones”*. La **desproporcionalidad** del medio empleado para evitar o repeler la agresión, se presentaría cuando el sujeto escoge, conscientemente, un medio superior al necesario para lograr su finalidad defensiva, **habiendo disponibles otros medios también eficientes, pero menos drásticos**¹⁸¹.

Con fundamento en estas consideraciones, la jurisprudencia ha confirmado la existencia de legítima defensa en los siguientes casos.

Síntesis. Un sujeto (**A**) se encuentra frente a un negocio comercial, acompañado de varias personas de la localidad, momento en que se le acerca otro sujeto (**B**), con quien tiene problemas personales. Ambos discuten acaloradamente y **B** advierte que regresará pronto, retirándose del sitio, pero regresa armado con un machete, por lo que **A** saca un puñal. Ambos pelean y **B** hiere con el machete a **A**, de forma que le causa lesiones que lo incapacitan por ocho días. Ante las lesiones sufridas, **A** le produce heridas a **B** que ocasionan su muerte. La autopsia de **B** revela que tenía 195 miligramos de alcohol por cada cien mililitros de sangre.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, a pesar de que uno de los requisitos básicos de la legítima defensa, es que el hecho no pueda evitarse de una manera distinta de la empleada para repeler la agresión, no puede pedírseles a los ciudadanos que huyan del lugar como único modo de hacer “razonable” la evitabilidad de la agresión ilegítima.

Aunque **A** refiere que **B** estaba ebrio, no puede afirmarse categóricamente en este caso que **B** se encontraba en un estado de impotencia para pelear, por lo que en esas circunstancias no se puede exigir al imputado que eluda la agresión de otra manera. Es inaceptable el razonamiento de que la defensa de **A**, se produjo por venganza y no para defenderse, solo por el hecho de que este ya había recibido el ataque del ofendido (quien para ese momento le había causado heridas incapacitantes por ocho días), pues de admitirse ese razonamiento, para que exista la legítima defensa, **A** debería esperar un nuevo ataque, luego de haber sido agredido con un machete, lo cual lleva a un absurdo.

181 En este sentido, pueden consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 327-F-92 de las 8:45 hrs. del 24 de julio de 1992; n.º 562-F-92 de las 9:20 hrs. del 20 de noviembre de 1992; n.º 268-F-93 de las 9:15 hrs. del 11 de junio de 1993; n.º 234-F-95 de las 10:10 hrs. del 28 de mayo de 1995; n.º 2004-333 de las 9:55 hrs. del 2 de mayo de 2004; n.º 2004-439 de las 10:46 hrs. del 7 de mayo de 2004 y n.º 2005-838 de las 10:00 hrs. del 29 de julio de 2005. Igualmente, votos del Tribunal de Casación n.º 2000-265 del 31 de marzo de 2000; n.º 2001-729 de las 9:45 hrs. del 20 de septiembre de 2001; n.º 2001-226 del 16 de marzo de 2001; n.º 2001-1024 de las 11:55 hrs. del 7 de diciembre de 2001 y n.º 2002-853 de las 9:40 hrs. del 17 de octubre de 2002, entre otros.

Para que la defensa sea legítima, la misma debe ser necesaria, es decir, que sea indispensable para no ser objeto de una nueva agresión, o para suspender la que, en ese momento, se padece. Por otro lado, la agresión debe ser inminente, actual, real, existente, lo que significa que deben verificarse la existencia y la naturaleza del peligro corrido para apreciar la necesidad de la defensa. En el caso de estudio, **A** optó por utilizar el cuchillo para defenderse del ataque con un machete de parte del ofendido, al extremo de que si no lo hubiera hecho, la víctima hubiera sido él¹⁸².

Síntesis. Un sujeto (**A**) se encuentra con otro (**B**) en el centro de una localidad. **B** intenta arrebatárle a **A** unos anteojos que tenía puestos, por lo que se desata un forcejeo entre ambos. En pleno forcejeo, **A** saca una cuchilla y le propina tres heridas a **B**, quien sufre una incapacidad para sus labores habituales por espacio de ocho días.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, el requisito de la agresión ilegítima –sufrida por **A** y a cargo de **B**– existió, pues con el intento de apoderarse de los anteojos, hubo un ataque al patrimonio del primero y, con el forcejeo, hubo un ataque a la integridad personal del mismo. El requisito de la necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, también se cumplía en el caso, pues dado que en el forcejeo el acusado sacó una cuchilla, con la cual le propinó las heridas a **A**, se dedujo que **B** no tenía otra posibilidad de defensa que la que emplea ante los dos ataques o agresiones sucesivas que sufrió –contra su patrimonio y su integridad personal– lo que también hace que desaparezca un supuesto exceso en la defensa.

La legislación costarricense y la doctrina, no exigen una correspondencia exacta entre la violencia con que se ataca y la fuerza con la que se repele la agresión, ni una igualdad en las armas o elementos que se empleen en ataque y defensa, es decir, admiten que la defensa puede efectuarse con los medios que se tengan en el momento y dadas las circunstancias. Finalmente, el requisito de que el hecho no pueda evitarse de una manera diferente de la utilizada para repeler la agresión, debe considerarse con sumo cuidado, porque no puede pedírseles a los ciudadanos que, frente a la adversidad, asuman conductas heroicas o cobardes¹⁸³.

Síntesis. Una pareja termina una relación sentimental. El sujeto comienza a insistirle a su ex compañera que vuelvan, a lo que esta se niega. El sujeto responsabiliza de dicha ruptura, a una amiga de su ex compañera y empieza a manifestar a otras personas que, por tal razón, la mataría. Finalmente, el sujeto, en estado de ebriedad, busca a esta segunda mujer; la amenaza de muerte y, acto seguido, comienza a agredirla a golpes.

182 Sala Tercera, voto n.º 562-F-92 de las 9:20 hrs. del 20 de noviembre de 1992, reiterado por el voto n.º 2004-439 de las 10:46 hrs. del 7 de mayo de 2004

183 Sala Tercera, voto n.º 741-F-96 de las 9:00 hrs. del 28 de noviembre de 1996.

La mujer se defiende primeramente con sus puños y, durante el transcurso de la agresión, sin poderse determinar de dónde, se apodera de un objeto punzo-cortante con el que le produce una herida a su atacante, quien entonces se resbala y cae al suelo, lo que aprovecha la mujer para acometer de nuevo contra él, propinándole una herida a la altura del pecho que le ocasiona la muerte.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, la mujer no “agredió” al fallecido, sino que se defendió de este, quien inició el ataque, y repelió la agresión con los puños y luego con un arma punzo-cortante, enfrentando de esta forma la materialización de las amenazas de muerte que dicho sujeto le había manifestado. La mujer encaró un peligro real y actual contra su vida ante el ataque que inició el sujeto, por lo que la agredida utilizó razonablemente el medio que encontró a su alcance para defenderse.

De esta manera, no le era legalmente exigible comportarse de forma estoica o heroica y esperar a que el atacante se incorporara de la caída o resbalón con la clara posibilidad de que la desarmara y terminara con su vida, como lo había anunciado. A criterio de la Sala, pese a las heridas previas sufridas durante el ataque, nada indicaba que el sujeto hubiera cesado su propósito agresor en contra de su víctima. Por el contrario, la caída fue circunstancial como consecuencia directa de los movimientos físicos implicados en tales situaciones, por lo que no se podía interpretar que la agresión ilegítima había cesado¹⁸⁴.

Síntesis. En una localidad existían dos “barras” antagónicas, denominadas “La Terminal” y “Los Ángeles”. Uno de los miembros de esta última (**A**), venía siendo objeto de reiteradas agresiones por parte de miembros de la barra “Terminal”, especialmente cuando se encontraba solo. En algunas de esas agresiones, se utilizaron armas de fuego, así como amenazas en donde se le daba a entender a **A**, que él sería el primero al que matarían. En una ocasión, **A** viajaba a bordo de un autobús, junto con un amigo –también integrante de la barra “Los Ángeles”. En un momento determinado, un grupo de miembros de la barra “Terminal”, abordan ese mismo autobús, ubicándose en la última fila. Uno de estos (**B**), se dirigió hasta donde estaba sentado **A** y, en forma súbita, se colgó de la barra horizontal superior del bus, tomó impulso y le propinó un puntapié, y le impactó en las costillas frontales del estómago, por lo que **A** se incorporó; dio una vuelta y respondió: “¿Qué es la vara?”; **B**, entonces, hizo un ademán para cuadrarse con sus puños en posición de pelea y, al instante, **A** sacó un arma de fuego con la que disparó contra **B** a unos metros de distancia, y le causó la muerte.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, los hechos se dieron en el marco de agresiones mutuas entre dos grupos antagónicos que integraban **A** y **B**, y constituían una prolongación de dichas prácticas recíprocas de violencia. En tal extremo, cuando ingresaron miembros de la barra “La Terminal” al autobús en donde viajaba **A**, uno de ellos (**B**) se dirigió a

184 Sala Tercera, voto n.º 2001-1015 de las 10:25 hrs. del 19 de octubre de 2001.

donde se encontraba sentado este, y le propinó un puntapié, acción que constituyó una agresión ilegítima actual, pues no conforme con haberle propinado un puntapié a **A**—que se encontraba en actitud pasiva— **B** tomó posición de pelea y, en ese momento, **A** le disparó con el arma que portaba. Considera la Sala que, en esas circunstancias, no resulta exigible que **A** se enfrentara con sus puños a **B**, o que soportara mayores ataques a su integridad física. Además, ante la presencia de los restantes miembros de la barra “Terminal”, en razón de los antecedentes violentos habidos entre ambos bandos, era razonable que **B** pudiera suponer que se daría un ataque conjunto en contra suya.

En cuando a la razonabilidad del medio de defensa empleado, la Sala consideró que no había duda de que se estaba ante una agresión ilegítima, real y actual por parte de **B**, ante la cual el ordenamiento otorgaba a **A** la posibilidad de defender su integridad física propia. Ahora bien, la desproporcionalidad del medio empleado para evitar o repeler la agresión, implica que el sujeto escoge conscientemente un medio superior al necesario para lograr su finalidad defensiva, habiendo disponibles otros también eficientes, pero menos drásticos.

No obstante, en el caso concreto la adquisición de un arma tiempo atrás por parte de **A**, y la circunstancia de tenerla lista al percatarse de la presencia de quienes comúnmente le agredían, a criterio de la Sala no eran razones válidas para demeritar su actitud defensiva, pues quien buscó a **A** para atacarlo, aprovechando la ventaja numérica que se encontraba a su favor, fue precisamente **B**. Aun cuando este último estaba desarmado, no restaba ilegitimidad a su ataque, como tampoco imposibilitaba a **A** para defenderse con un arma, si no contaba con una manera menos drástica de repeler la agresión a su integridad física, como efectivamente aconteció.

Asimismo, deben tomarse en cuenta los antecedentes de agresiones previas a las que fue sometido **A**, a la hora de realizar la valoración *ex ante* de la amenaza que razonablemente podía percibir **A** al ser atacado por el occiso (recuérdese que se requiere ese tipo de análisis para determinar la necesidad de la defensa, porque esta no puede determinarse, **sino desde el punto de vista de quien se ve amenazado**), así como también la presencia de varios miembros más de su “barra”, que comúnmente lo atacaban, cuando se encontraba solitario¹⁸⁵.

Los fiscales deben tener claro que las reglas aquí descritas, siempre deben ser cuidadosamente evaluadas, en relación con el contexto de cada caso concreto, porque las situaciones frente a las cuales puede ser necesario invocar racionalmente la legítima defensa, no admiten en general un examen matemático de las alternativas posibles.

185 Sala Tercera, voto [n.º 2004-333](#) de las 9:55 hrs. del 2 de abril de 2004.

2.2.4.-La falta de provocación de quien se defiende

La doctrina mayoritaria coincide en que no es legítima la defensa, si la agresión fue provocada de manera **suficiente**, es decir, cuando el medio provocativo utilizado de forma deliberada, era razonable para producir la conducta agresiva, pues ello hace que esa agresión no sea ilegítima, y por ende, no se cumpliría con uno de los requisitos de esta causa de justificación.

Al respecto se señala que, si bien se reconoce el derecho a la legítima defensa, cuando no se puede deparar protección al agredido, el derecho no fomenta el innecesario y gratuito aumento de la conflictividad y, por ende, reconoce el derecho en la medida en que el agente, no haya caído en esa práctica. La conducta provocadora excluye la legítima defensa por ser jurídicamente desvalorada como contraria a principios elementales de coexistencia.

La doctrina define **provocar** como excitar, incitar, inducir a una persona a que ejecute una acción; irritar o estimular a otro con palabras u obras para que se enoje. En este sentido, la provocación es distinta de la agresión y supone una situación anterior a la agresión misma, por lo que no pueden confundirse ambas situaciones, aun en legislaciones –como la costarricense– que no contempla expresamente la “*falta de provocación suficiente*” como requisito. La provocación debe operar como **motivo determinante** para la conducta agresiva (v. gr. si el agresor ignora la previa provocación del agredido, este permanece en el ámbito de la legítima defensa, pues no habría determinado la agresión ilegítima).

Al hablarse en doctrina de provocación “**suficiente**”, se quiere significar que esta figura admite grados, como lo demuestra la vida cotidiana, cuando enseña que una persona puede ser sometida por otra a estímulos de mayor o menor intensidad, con miras al logro de un determinado cometido que puede ser, por ejemplo, generar en el otro una situación de agresión para así darle muerte en el ejercicio aparente de una defensa (el denominado **pretexto de defensa**).

La doctrina coincide en que la provocación puede hacerse incluso de manera imprudente o causal, sin medir el alcance de las palabras o de los estímulos empleados, ni su efecto en el provocado que puede ser de mayor o menor intensidad, según diversos factores. Así se distinguen entre diversos grados de provocación: *intencional, imprudente, mera provocación*.

Por lo anterior, no puede negarse a *priori*, en todos los casos, la legítima defensa del provocador (procederá con la condición de que se cumplan los requisitos de la justificante). Esto no ocurre en el caso de la *provocación intencional*, encaminada a crear un pretexto o simulación de legítima defensa, pues en ese caso, la agresión no sería injusta.

La provocación puede ser recíproca, lo que no impide que uno de los provocadores pueda actuar en legítima defensa, siempre y cuando cumpla con los presupuestos aquí expuestos.

2.2.5.- Exceso en la defensa

El artículo 29 del Código Penal dispone que, en los casos de legítima defensa, si el agente ha incurrido en exceso, el hecho será típico y antijurídico, y se sancionará de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 79 del mismo código (en caso de error no vencible, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el juez). Dispone también este artículo que no es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación que **las circunstancias hicieran excusable**¹⁸⁶.

Tal como se indicó, nuestra jurisprudencia ha interpretado que habrá exceso en el ejercicio de la defensa, cuando el medio que se utiliza para evitar o repeler la agresión ilegítima, es superior al necesario para lograr su finalidad defensiva, habiendo disponibles otros también eficientes, pero menos drásticos.

Evidentemente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 del Código Penal, para que exista el exceso, **es necesario primero acreditar la existencia misma de una legítima defensa**, luego se debe establecer si hubo o no exceso en ella, para finalmente decidir en caso de exceso, si las circunstancias permiten excusarlo o no, siendo punible o no punible, según este último análisis¹⁸⁷.

A manera de ejemplo, se presentan los siguientes casos.

Síntesis. A avanzadas horas de la noche, dos sujetos ingresan a una propiedad, con la intención de sustraer unos cerdos y unos tepezcuintles que su propietario guardaba en un corral, ubicado cerca de su casa de habitación. Este último se percató de la presencia de personas extrañas que tratan de ingresar a su corral, por lo que, desde una ventana de su vivienda, comienza a disparar hacia donde se encuentran los sujetos, utilizando en forma sucesiva dos armas de fuego, a raíz de lo cual le da muerte a uno de ellos, a pesar de que los sujetos, ante los disparos, salen huyendo.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, ciertamente el propietario del corral actuó en defensa de sus bienes, pues al darse cuenta de que en horas de la noche, personas extrañas intentaban robarse los animales de su propiedad, procedió a disparar desde su casa de habitación para impedir el robo. Las dependencias donde se encontraban los animales estaban dentro de su propiedad, muy cerca de su vivienda. Esta proximidad, las horas en que ingresaron los ofendidos para robar y la presencia de por los menos dos

186 El proyecto del nuevo código penal prevé la posibilidad de exceso en todas las justificantes, no solo en la legítima defensa. Precisamente en el artículo 33 del proyecto se establece que “[...] en caso de exceso en el ejercicio de una justificante, la pena podrá ser disminuida incluso por debajo del extremo menor de la prevista para el delito de que se trata. Cuando el exceso provenga de una excitación o turbación que las circunstancias hagan excusable, la conducta no es punible”.

187 Sala Tercera, voto n.º 2002-776 de las 11:10 hrs. del 9 de agosto de 2002.

personas, son circunstancias que demuestran que aquel tenía el derecho de proteger su patrimonio.

No obstante, el medio empleado fue excesivo, pues su conducta no guardó relación con la naturaleza de la agresión que estaba experimentando, pues si hubiera hecho algunos disparos al aire, estos muy posiblemente hubieran sido suficientes para alejar a los merodeadores, máxime que de los hechos descritos, no se desprendía que hubiera un peligro inminente para la vida suya o de su familia, como para utilizar, sucesivamente, dos armas de fuego, por lo que cometió el delito de homicidio simple con exceso en la defensa¹⁸⁸.

Síntesis. Un sujeto (**A**), sin poderse establecer un motivo, procede a agredir a otro (**B**) lanzándole piedras, impactándolo y haciendo que este caiga al suelo. **A** se acerca entonces a **B** con la intención de continuar su agresión; entonces **B** saca un arma con la que dispara contra **A** para evitar que su ataque continúe, y logra herirlo. Al verse herido, **A** se da la vuelta e intenta huir del lugar, pero **B** prosigue su acción de disparar contra **A** y le causa la muerte.

Decisión del Tribunal. Si bien **A** agredió ilegítimamente a **B** lanzándole piedras, obligando a este último a defenderse legítimamente, y para tal efecto, **B** utilizó un medio razonable, al final el empleo de dicho medio desbordó lo requerido para repeler o impedir que la acción agresiva de **A** continuara. La racionalidad del medio empleado está determinada por la necesidad del mismo ante el caso concreto, es decir, su utilización debe estar dirigida a evitar que la agresión (inminente) se produzca, o bien impedir que esta continúe. Sin embargo, cuando ello se ha alcanzado (el peligro desaparece), como efectivamente ocurrió en el caso de estudio, cuando **A** desistió de su ataque y trató de huir. Por tanto, si la acción de defensa prosigue innecesariamente, la misma será excesiva, por lo que cometió el delito de Homicidio Simple con exceso en la defensa¹⁸⁹.

Por el contrario, no se considera que exista exceso en la defensa en casos como el siguiente.

Síntesis. Una pareja mantiene una relación sentimental teñida de violencia doméstica, dado que el sujeto, cada vez que consumía licor –costumbre que hacía casi a diario– agredía a su compañera, a raíz de lo cual esta última lo abandona. Un día, este sujeto, en estado de ebriedad, llega a la casa de su ex compañera y le pide que vuelvan. La mujer se niega y le solicita que se vaya. En vez de ello, el sujeto toma del pelo a su ex compañera; le dice a la madre de esta que no se meta en el asunto entre él y su hija, e intenta patear a su suegra. Al percatarse de la situación, el padre de la muchacha agredida le pide que se retire, y ante su negativa, ingresa a la casa, toma un machete e impacta al agresor, el cual cae al suelo y el acusado lo acomete en tres ocasiones más, dándole muerte.

188 Sala Tercera, voto [n.º 1180-97](#) de las 10:05 hrs. del 31 de octubre de 1997.

189 Sala Tercera, voto [n.º 2000-650](#) de las 10:05 hrs. del 16 de junio de 2000.

El padre de la mujer fue condenado por homicidio simple, al considerar el Tribunal que hubo exceso en la defensa, en primer lugar, porque con el primer machetazo, el ofendido cayó al suelo y quedó indefenso, y en segundo lugar por la circunstancia de que el perjudicado se encontraba borracho.

Por tanto, para el Tribunal de primera instancia no existía necesidad de propinarle al ofendido otros machetazos, menos aún, uno en la espalda. Para sustentar la condenatoria, además el Tribunal indicó que, si bien existía razón para tener por acreditada la existencia de una amenaza actual e inminente, y debido a que el encartado era una persona mayor, de menos contextura física que el ofendido y como no existía otro medio de defensa, era entendible que fuera en auxilio de su familia. No obstante, al equilibrar las acciones con el machete, la cantidad de machetazos desproporciona la amenaza, convirtiéndose en exceso en la defensa.

Al analizar el caso, la Sala Tercera, por el contrario, estimó que la conducta del acusado se encontraba totalmente amparada a la legítima defensa. En el caso de estudio, efectivamente existió una agresión ilegítima, dado que el ofendido llegó a la casa de su ex compañera, y a pesar de que ella le pidió que se fuera, él la tomó del cabello y, ante el reclamo de la madre, arremetió a patadas contra esta última. Respecto al requisito de la necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, debían tomarse en cuenta la diferencia de edad y la contextura física entre imputado y agraviado (el imputado casi doblaba la edad al ofendido), así como el historial de violencia doméstica del ofendido hacia su ex compañera y la ausencia de otro medio de defensa.

Situándose en el momento del hecho, la forma en que se repelió dicha agresión, a juicio de la Sala no resultaba irrazonable, vista la negativa del ofendido a retirarse del lugar y el acometimiento por parte de este a los miembros de la familia del imputado, así como el estado etílico del ofendido, el cual, contrario a lo que indicaba el Tribunal, no fue una limitante para actuar, sino que en esa condición agredió, tanto a su ex compañera, como a la progenitora, y atentó contra la integridad del padre. De acuerdo con las pruebas recabadas, el ofendido tomaba prácticamente todos los días, y con esa misma regularidad, agredía a su pareja, lo que descartaba que la ingesta etílica le hiciera vulnerable, sino más bien agresivo.

En el contexto del caso, se requería una acción suficientemente disuasiva, útil para impedir que continuara o aumentara la agresión, todavía probable en razón de los antecedentes. En dicho sentido, la legítima defensa puede realizarse, mientras exista una situación de defensa que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico, hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos, por lo que en el caso de estudio, la conducta del encartado, sí se encontraba justificada, al amparo del artículo 28 del Código Pena¹⁹⁰.

190 Sala Tercera, voto [n.º 2006-477](#) de las 9:10 hrs. del 26 de mayo de 2006

En los casos de exceso de defensa, la conducta permanece como típica y antijurídica.

Ahora bien, la Sala Tercera ha señalado que, aunque doctrinaria y jurisprudencialmente se suele confundir el exceso en la defensa con la desproporción de la misma, **lo cierto es que se trata de situaciones diversas**. Una situación es que la defensa sea desproporcionada, es decir, que no sea la menos dañosa de las disponibles para superar la agresión que se sufre, y otra es que la persona crea que el medio que emplea es el adecuado para esa finalidad, cuando en realidad es más severo que lo necesario. En aquel caso, se está ante la intencionalidad de emplear más violencia que la indispensable, lo que transforma en ilegítima la defensa. En este caso, aunque la respuesta es excesiva, el agente cree que es la justa. O sea, se encuentra ante un error. Tanto es así, que en su artículo 29, el Código Penal disciplina ese tipo de situaciones remitiéndolas a los artículos 79 y 35, los cuales regulan los errores de prohibición.

Al respecto, de acuerdo con el criterio de la Sala, el asunto ha sido equivocadamente abordado por nuestra jurisprudencia nacional. En efecto, al igual que la acción que se efectúa como una aparente defensa, mas sabiendo que no hay agresión, no es una legítima defensa, tampoco lo es cuando media una desproporción entre la agresión y la defensa que se llevan a cabo, a sabiendas que esta rebasa lo necesario para superar la mencionada agresión. En tal caso, sencillamente se está ante una defensa desproporcionada que elimina la legítima defensa. En el exceso de defensa, por el contrario, la defensa va más allá de lo pertinente, pero obedece a un error del agredido, quien cree que debe actuar de forma más severa que lo que en realidad corresponde. Aquella irregularidad actúa sobre la antijuridicidad de la acción; este error sobre la culpabilidad. Así, la primera podría llevar a la configuración de un delito por actuarse fuera de los supuestos de la legítima defensa, en tanto que el segundo acarrea una reducción prudencial de la pena o incluso que el injusto no sea punible (arts. 29, 35 y 79 del Código Penal).

Por lo anterior, para la Sala se puede afirmar que el exceso representa una variedad de error de prohibición; pero atinente en particular a la proporcionalidad de los medios usados para la defensa, y debe ser dirimido según sus reglas, analizando su vencibilidad o invencibilidad a efectos de determinar la pena. Precisamente esa ponderación de la pena, dispuesta expresamente por el Código respecto al exceso junto al error de prohibición (al aludir a su artículo 79), corrobora la noción del exceso como un factor referente a la culpabilidad y no a la antijuridicidad, como sería si la circunstancia en cuestión fuese la ausencia sabida de la agresión actual o inminente, o bien la desproporcionalidad del medio empleado.

De igual modo, el párrafo segundo de dicho numeral 29, al acotar que no es punible el exceso proveniente de *“una excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusable”*, hace alusión a elementos que solo influyen en la culpabilidad, ratificando ulteriormente lo ya indicado en estas líneas.

Las anteriores consideraciones fueron utilizadas con ocasión del siguiente caso. **A** sostuvo una discusión con **B**, quien laboraba como cuidador de carros de un bar. Siguiendo las instrucciones del dueño del lugar, **B** le solicitó a **A** que vaciara lo que estaba bebiendo en un vaso plástico, para que entregara el de vidrio, a lo que **A** se negó. Ante esta respuesta, **B** empezó a descargar su bastón de cuidador contra el cuerpo **A**, quien procedió a desarmarlo y a empujarlo contra el suelo, y le produjo a **B** una fractura de tibia desplazada y peroné izquierdos, la cual lo incapacitó por noventa días para sus labores habituales. Con base en estos hechos, **A** fue condenado por el delito de lesiones graves.

Al examinar el caso, la primera pregunta que se formuló la Sala, fue si el endilgado se hallaba ante una agresión ilegítima actual, y fue positiva la respuesta, porque nada autorizaba a **B** que emprendiera con su bastón de cuidador contra la humanidad de **A**. Aunque este no quisiera entregar el vaso de vidrio en que bebía, lo procedente era llamar a la autoridad pública para que lo obligara a entregar el objeto, pues la pérdida no se sugiere como un mal inminente; pero nunca proceder a golpear al endilgado con el bastón. Ante dicha situación, este desarma a **B** para evitar la continuación de la agresión, empujándolo de seguido con las consecuencias ya referidas.

La discusión entonces queda en torno a si la reacción de **A** era la adecuada. En ese sentido, debía decirse que desarmar al perjudicado era la respuesta mínima que podía emplear el agredido para defenderse, lo que restringe la cuestión al empujón propinado a **B**. Esta acción no solo es indudable que fue la causante de las lesiones ocasionadas al último, sino que al mismo tiempo, es indudable que se desarrolló en el contexto del acto defensivo de **A**, pues desarmar al agresor y proceder a empujarlo para finalizar así una agresión (que bien podía continuar a pesar de que no tenía ya su bastón en las manos), es un mismo acto difícilmente distinguible, como para poder afirmar que, una vez desarmado **B**, el endilgado debió haberse contenido o frenado de cualquier otro impulso.

En otras palabras, para la Sala, el solo hecho de desarmar a **B** no aseguraba que este cesara en la violencia injustificada que había dirigido al justiciable usando su bastón. En segundo lugar, es difícil que en esa maniobra defensiva, el acusado **A** pudiera parar su defensa en el momento en que nada más le quitó el bastón a **B**. En consecuencia, como se quedó, debía concluirse que **B** actuó de manera proporcionada en su defensa, por lo que procedió amparado a la causal justificante de legítima defensa¹⁹¹.

2.2.6.- Legítima defensa privilegiada

El párrafo final del artículo 28 del Código Penal, dispone que se entenderá que concurre legítima defensa para aquel que ejecuta actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se halla dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso.

191 Voto n.º 2007-790 de las 11:00 hrs. del 3 de agosto de 2007.

Los presupuestos escritos suponen una presunción de carácter legal que, no obstante, pueden admitir prueba en contrario. Como requisitos señalados por la doctrina, debe tratarse de un “*individuo extraño*”, es decir, una persona que carezca de interés o motivo justificado para penetrar el domicilio ajeno, aun cuando no sea desconocida. La edificación (o sus dependencias) debe ser ocupada por la(s) persona(s) amenazada(s) en el momento en que se produce el ingreso. Finalmente, la agresión debe ser de carácter actual o inminente, así como de carácter injusto, de manera que represente un peligro que los ocupantes no estén obligados a tolerar.

Veamos los siguientes ejemplos.

Síntesis. Un sujeto, en forma sistemática, acosó sexualmente a una mujer. Una noche, estando la mujer en su casa de habitación, mirando la televisión, escuchó un ruido por lo que abrió la puerta que da al patio (el cual estaba debidamente cerrado por una tapia de latas de zinc), y se encontró sorpresivamente con el sujeto que la venía acosando. Este irrumpió en la vivienda; tomó a la mujer de uno de sus brazos, indicándole que debía ser de él y que el bebé que estaba esperando se lo sacaría. Luego tomó un cuchillo de cocina que tenía una hoja de quince centímetros de largo, y lo colocó en el cuello de la mujer, la cual, sin precisar la forma, pero resultando ilesa, despojó al sujeto del arma en referencia y con la misma arremetió contra este, a quien le propinó un total de once heridas punzo-cortantes, y le causó la muerte.

Decisión del Tribunal. El artículo 28 del Código Penal establece una presunción de defensa legítima (defensa privilegiada), cuando se ejecuten actos violentos “*contra el individuo extraño que sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso*”.

El caso bajo examen puede discutirse dentro de las previsiones exigidas para conformar la causal de justificación en su concepción genérica, pues resultaba evidente que la mujer se encontraba ante una agresión ilegítima. Aunque la defensa que empleó –eventualmente– podría estimarse como excesiva (por las once heridas producidas en el cuerpo de la víctima con el cuchillo que le fue arrebatado por la mujer), debía también tenerse presente que el sujeto irrumpió en el hogar de esta, ingresando subrepticamente al patio debidamente cerrado con latas de zinc, y aprovechando el momento cuando aquella abrió la puerta para ver lo que pasaba e introducirse de forma amenazadora e injusta en su casa de habitación, en cuyo caso la presunción de defensa anteriormente señalada, también debe operar en tutela de los intereses de quien sufrió el peligro y ocasionó la muerte del intruso agresor¹⁹².

Síntesis. En horas de la madrugada, un sujeto (**A**), en evidente estado de ebriedad, se presentó a casa de otro (**B**), con quien mantenía una relación de franca enemistad (pues

192 Sala Tercera, voto [n.º 274-F-93](#) de las 9:45 hrs. del 11 de junio de 1993.

A agredía frecuentemente a la hija de **B**, y ofendía a este último, a quien incluso obligaba por medio de la violencia a abandonar su vivienda), e ingresó cuando alguien abrió la puerta principal. Al percatarse **B** (de setenta y un años de edad, con problemas de salud y baja estatura) que **A** estaba dentro de su casa sin su autorización, tomó un cuchillo y le ocasionó diversas lesiones que le causaron incapacidad parcial permanente.

Decisión del Tribunal. De conformidad con el artículo 28 del Código Penal, la legítima defensa requiere un efectivo acometimiento contrario a derecho –que puede o no constituir delito– y que la agresión sea actual. Acto seguido, ese mismo artículo establece que esta causal tendrá vigencia dentro de una edificación o sus dependencias, en el supuesto en que se cause daño a un sujeto extraño que, sin derecho alguno y con peligro para sus habitantes, ingrese a ellas, **cualquiera que sea el daño causado al intruso**. Del estudio de los hechos, se aprecia que el *ánimus* de **B** al momento de ejecutar el suceso, consistió en repeler una agresión de **A**, que ingresaba a su vivienda sin autorización previa, y como ya había sido agredido antes, quiso evitar una nueva, acometiendo a **B** con el cuchillo.

Por tanto, su intención fue repeler la acción del **B**, ante el peligro actual e inminente en que se encontraba, por lo que su defensa resultó necesaria. Aun cuando **A** estaba ebrio y no portaba armas, no podría “presumirse” que no iba a agredir a **B**, y este no estaba obligado a esperar hasta que efectivamente fuera agredido para repeler la acción de **A**. Finalmente, la racionalidad de la defensa empleada por **B**, se aprecia en las circunstancias anteriores que rodearon los hechos, unidas a las características personales de los intervinientes.

Además, se observa la clara desventaja cronológica y física de **B** frente a **A**, de lo que este incluso ya se había aprovechado en otras ocasiones, y de su situación anímica, por lo que no resultaba posible una solución diferente, ante la agresión de **A**, quien ingresó a una residencia en forma indebida y con peligro para sus habitantes, pues en otras ocasiones ya había ocurrido¹⁹³.

Un problema que se está planteando en los tiempos actuales, en donde la inseguridad, real o creada, ha provocado un aumento en el uso de medidas de autoprotección, es si resulta aplicable la legítima defensa a casos de muerte o graves lesiones sufridas por personas que han intentado, por distintas razones, penetrar a un recinto y reciben fuertes descargas eléctricas.

Este tema se inserta en la discusión de si los medios mecánicos de defensa, conocidos como **offendicula**, podrían ser considerados como mecanismos de legítima defensa.

Establecer que en estos casos, pueda alegarse siempre legítima defensa, supone reconocer una defensa preventiva, antes de que se actualice la agresión ilegítima, e

193 Sala Tercera, voto n.º 140-F-94 de las 9:45 hrs. del 13 de mayo de 1994.

incluso, aunque no llegue a producirse una verdadera agresión, aparte de que puede resultar desproporcionada.

Más bien parece que el uso imprudente de estos dispositivos de seguridad (perros agresivos, descargas eléctricas, etc.), puede dar lugar a una responsabilidad por imprudencia, según sea el resultado producido.

2.2.7.- Efectos a terceros

Puede ocurrir que con ocasión del ejercicio de una legítima defensa, se pueda afectar a personas ajenas a la situación, ya sea porque son simples espectadores o pasan por el lugar cuando desarrolla la acción. Como se indicó, la respuesta que encontramos más apropiada en estos supuestos, es la de existencia de una causal de inculpatibilidad.

Finalmente, se debe señalar que el Tribunal de Casación ha considerado como posible la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, en relación con la existencia de causas de justificación, con ocasión del siguiente caso. La representación del Ministerio Público formuló una acusación, según la cual una ofendida que iba para su casa de habitación, al pasar frente a la casa de la imputada, fue interceptada por esta última, quien portaba un pedazo de madera, y sin que mediara provocación alguna, la imputada golpeó a la ofendida con dicho objeto en diferentes partes de su cuerpo, y le causó varias lesiones. Por estos motivos, la ofendida trató de defenderse, momento en que intervino la hija menor de esta última, quien pidió a la imputada que dejara de golpear a su madre, por lo que la encartada reaccionó de manera violenta y golpeó a la niña con el trozo de madera. El esposo de la ofendida intervino, pero también resultó golpeado con el trozo de madera en su rostro.

No obstante, en el debate se tuvo por acreditado que la imputada salió de su casa de habitación y se dirigió al galerón de la misma, en busca de unas cebollas que ocupaba, y en ese momento, fue llamada por la ofendida. Cuando la imputada volvió a ver, la ofendida le lanzó una piedra que le golpeó su rostro a la altura de la barbilla, y de seguido le arrojó otra piedra que impactó en la muñeca de la mano que la acusada interpuso para no ser golpeada en su cara nuevamente. En ese momento, la imputada se agachó y tomó del suelo un trozo de madera con el cual golpeó a la ofendida por la espalda y por la cara, para evitar la continuación de la agresión, instante en que intervino el esposo de la ofendida, quien sujetó a la imputada por la espalda. Pero esta, haciendo el brazo hacia atrás, lo golpeó con el mismo trozo de madera, logrando así que la soltara.

El Tribunal de Juicio justificó dicho cuadro fáctico argumentando que los hechos acusados por el órgano fiscal, no pudieron ser probados con total certeza, sino que en la especie existía la duda acerca de una posible legítima defensa de parte de la acusada. Además la aplicación en la especie del principio de *in dubio pro reo*, surge cuando la versión de descargo de la imputada, en cuanto a que ella fue ilegítimamente agredida por parte de la presunta ofendida con piedras, no pudo ser desvirtuada, luego de la recepción de la prueba testimonial ofrecida para el contradictorio.

Al analizar el caso, el Tribunal de Casación señaló que sí era posible aplicar el principio *in dubio pro reo* en relación con la existencia de una causa de justificación. En el fallo impugnado, el *a quo* había valorado la totalidad de la prueba y concluyó en el sentido de que no era posible descartar que la conducta de la imputada, de atacar con un leño a las víctimas, tuvo como fin defenderse de una agresión ilegítima que sufría en ese momento. Al respecto, el artículo 9 del Código Procesal Penal establece, en lo que interesa, que [...] *En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado* [...].

Para el Tribunal de Casación, resultaba claro que determinar si se dan los presupuestos de hecho de una legítima defensa (agresión ilegítima, necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, etc.), es una cuestión que contempla, no solo aspectos de orden jurídico, sino también fácticos. De tal forma que al no poder excluirse, con certeza, la existencia de esa causa de justificación, conllevaba lógicamente, al dictado de una absolutoria a favor de la imputada. En tal sentido, no existía contradicción en el fallo al afirmarse que no era posible desechar en su totalidad las versiones de cargo aportadas por el Ministerio Público y la prueba de la imputada, aunque la sentencia contenía una adecuada fundamentación, de por qué el *a quo* consideró que no resultaba descabellada la versión de los hechos sostenida por la imputada. De esta forma, a criterio del Tribunal, la conclusión alcanzada por el *a quo* resultaba correcta.

Ambas versiones sobre los hechos eran sostenibles, y no era posible inclinarse por alguna de ellas, lo cual generó la obligación de aplicar lo estipulado por el artículo 9 del Código Procesal Penal, favoreciendo a la imputada en el fallo.

Finalmente, explicó el Tribunal que no existía contradicción, al establecerse que era posible la utilización de la legítima defensa por la imputada; pero que esa causa de justificación no ha sido acreditada con la certeza debida, pues precisamente, por esa razón absolvió con fundamento en el principio *in dubio pro reo*. De haberse demostrado, con certeza, la legítima defensa, el fallo absolutorio no hubiera requerido el uso de dicho instituto¹⁹⁴.

2.2.8.- Defensa putativa

La defensa putativa tiene los mismos presupuestos que la legítima defensa real, con la diferencia de que, en la primera, la agresión no existe objetivamente, sino que es supuesta por el agente, a causa de un error tolerable en la apreciación de los hechos, lo que deberá acreditarse en el proceso o, en su defecto, se deberá crear la duda razonable.

Acerca de la distinción entre la legítima defensa y la defensa putativa, nuestra jurisprudencia ha señalado que la primera ocurre, cuando una persona está siendo atacada ilegítimamente

194 Tribunal de Casación, voto n.º 2005-1028 de las 14:42 hrs. del 11 de octubre de 2005. Igual criterio sostuvo la Sala Tercera en el voto n.º 2005-00539 de las 16:09 hrs. del 30 de mayo de 2005.

y debe repeler con un medio razonable ese ataque. Presupone entonces que el sujeto conoce que está siendo agredido o que corre riesgo de serlo, por una acción inminente. Por su parte, la defensa putativa implica que el sujeto activo cree subjetivamente que es víctima de un ataque que le hace reaccionar defendiéndose, pero que en definitiva, este ataque no era posible porque su “ofensor” no tenía los medios idóneos para hacerlo¹⁹⁵.

La problemática de las justificaciones putativas debe verse como un **error de prohibición**, con lo cual no debe acudir a la tesis de excluir el dolo en estos supuestos, y, por consiguiente, se mantiene la antijuridicidad del hecho, ya que la contradicción con el ordenamiento jurídico, permanece vigente.

La defensa putativa es la acción frente a una agresión que no existe realmente, y solo dará lugar a una causa de exculpación, si el error era invencible o a una atenuación de la pena, si era vencible.

2.3.- El cumplimiento de la ley

Dispone el artículo 25 del Código Penal que no delinque quien actúe en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho¹⁹⁶.

Este permiso legal de actuar implica que se consideran ajustadas a derecho, ciertas conductas típicas llevadas a cabo en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico (v. gr. el funcionario de policía que ingresa a un domicilio para sorprender a una persona en flagrante delito, para evitar que escape).

El fundamento de esta eximente descansa en el principio del interés preponderante; pero debe llevarse a cabo **una interpretación restrictiva**, con base en el **respeto a la dignidad de la persona humana**.

Cuando se presenta una colisión de deberes de igual jerarquía, resulta suficiente que la persona le dé cumplimiento a cualquiera de ellos para que su conducta sea lícita (v. gr. el padre de familia que solo puede poner a salvo a uno de sus hijos en un incendio). Si no fuera así, nunca se podría invocar la justa causa.

En los supuestos de esta causal, resulta indispensable la existencia de un **deber jurídico**, y este **no debe ser de rango inferior al infringido**. Tiene que tratarse también de un **deber**

195 Sala Tercera, voto n.º 2003-1163 de las 10:55 hrs. del 19 de diciembre de 2003.

196 En el proyecto de Código Penal, se establece en el artículo 24 que “*No comete delito quien realiza la conducta en ejercicio legítimo de un derecho*”, en tanto que en forma separada, el artículo 28 dispone que “*No comete delito quien actúa en cumplimiento de un deber legal*”, y ambos presupuestos su condición de causales de justificación.

estricto, en el sentido de que el agente, con su actuación, no rebase la medida de cumplimiento, y, de igual forma, debe mediar una **necesidad de ejecutar la conducta típica**.

En todo caso, por encima de cualquier regulación concreta, los principios generales de las causas de justificación están por encima, aunque no se citen de manera expresa.

Finalmente, debe considerarse que el autor actúe **con la finalidad de cumplir el deber o la carga impuesta** y no por otras motivaciones.

Los casos de uso de violencia por parte de la autoridad, en cumplimiento de un deber, capaz de producir lesiones e, incluso, la muerte, han llevado a establecer algunos límites, a fin de evitar excesos o desviaciones de poder, por ejemplo: la consideración, en primer lugar, de la necesidad racional de la violencia y su adecuación proporcional al hecho.

Se debe hacer la observación de que, en los casos de cumplimiento de la ley, debe tenerse presente la existencia del delito de Fraude de Ley en la función administrativa, contenido en el artículo 58 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N.º 8422, el cual prevé la posibilidad de que un funcionario público ejerza la función administrativa **en fraude de ley**. En este caso, de conformidad con la definición del artículo 5 de esta misma ley, según el cual, la función administrativa ejercida por el Estado y los demás entes públicos, así como la conducta de los sujetos de derecho privado, en las relaciones con estos que se realicen al amparo del texto de la norma jurídica y persigan un resultado que no se conforme con la satisfacción de los fines públicos y el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir.

Obediencia debida. En el cumplimiento de una orden de contenido lícito, no se presenta ningún problema, pero en algunos supuestos, se debe cumplir con ciertas órdenes, a pesar de su carácter típico, siempre que se presenten ciertos requisitos, entre ellos: una relación de jerarquía y subordinación, competencia abstracta del que da la orden para dictarla dentro de sus facultades, competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado por el superior y que la orden sea expresa y revestida de las formalidades legales¹⁹⁷.

197 El artículo 36 del Código Penal vigente, dispone que no es culpable el que actúa en virtud de obediencia, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que la orden dimanase de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por la ley. b) Que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expide la orden; c) Que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible. En el proyecto de Código Penal, la numeración de este artículo pasa al 31, y se ubica dentro del capítulo referente a las causas de disminución o exclusión del reproche.

Si el mandato cumple las formalidades legales y está dictado dentro de los límites de la respectiva competencia, el cumplimiento del mismo se ubica en los linderos de la obediencia debida, y esta es en nuestro ordenamiento, una causa de exculpación y no de antijuridicidad.

2.4.- El ejercicio legítimo de un derecho

Tanto actuar en cumplimiento de un deber legal como en el ejercicio legítimo de un derecho, para que operen como justificantes, **deben realizarse dentro de los límites legales y conforme a derecho.**

El derecho que se invoca debe ser verdadero, no supeditado a una condición suspensiva o resolutoria, o a una mera situación jurídica (no basta una simple expectativa de derecho). Además, debe emanar del ordenamiento jurídico.

Esta eximente requiere un ligamen con el bien jurídico tutelado en cada caso concreto, y el titular del derecho **debe tener capacidad jurídica para actuar** (el padre que corrige a sus hijos, debe tener la patria potestad, cuando ejerce el derecho de corrección). Así también el ejercicio **debe ser legítimo**, de manera que no se puede acudir a las vías de hecho o al empleo de la violencia, si existen otros medios para hacerlo.

El ejercicio de un derecho, **no debe implicar un atentado grave contra la dignidad de la persona humana** y se debe actuar siempre **con la finalidad de ejercer el derecho** y no con propósitos distintos (el educador no puede, por malsanos motivos personales, castigar al alumno).

Al respecto, resulta de interés considerar el análisis del siguiente caso.

Síntesis. Un sujeto procedió a picar la pared de su vecino, sin primero pedirle autorización, de la cual sujeta el portón de su propia vivienda. Al percatarse el vecino de lo sucedido, ya con posterioridad a que finalizara el citado trabajo de instalación, se enfureció; amarró una linga desde su vehículo hasta el portón que el sujeto había construido pegado a su pared, y procedió a poner en marcha su vehículo, hasta lograr desprender dicho portón, destruyéndolo totalmente, pues quedó reducido a un montón de inservible metal retorcido. El valor de ese portón superaba con creces la mitad del salario base. El propietario del portón destruido interpuso una denuncia contra su vecino por el delito de daños.

Tesis de defensa. En su defensa, el vecino alega que actuó amparado al legítimo ejercicio de un derecho, concretamente lo dispuesto por el artículo 295 del Código Civil (*El propietario tiene derecho a gozar de su cosa, con exclusión de cualquiera otra persona, y a emplear para este fin todos los medios que las leyes no vedan*), así como en lo dispuesto

por el artículo 305 de ese mismo código (*El propietario y el poseedor, de cualquiera clase que sean, pueden defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza o recurriendo a la autoridad competente*), ya que el propietario del portón, al guindarse de su pared, perturbó ilegítimamente su derecho de propiedad, lo cual incluso fue constatado por el acta de inspección que se practicó a su pared, luego de haber arrancado el portón, por lo que su conducta de arrancar el portón por fuerza se encuentra justificada.

Solución jurisprudencial. El Tribunal de Casación rechazó esta tesis de defensa y confirmó la existencia del delito de daños. Aunque se establezca que el portón fue instalado en propiedad del imputado, el ordenamiento jurídico no autorizaba a este último a utilizar tal método para reclamar cualquier daño ocasionado a su propiedad. No es a través de las vías de hecho cómo se dirimen las diferencias en una sociedad civilizada, sino que a través de las vías de derecho, a las que perfectamente ambos pudieron haber recurrido. La falta de diálogo y la intolerancia hicieron que el imputado actuara a la ligera, violentando el bien jurídico tutelado, a saber, la propiedad privada, y esto causó un perjuicio patrimonial que no tenía por qué soportar el ofendido. No es dable alegar el derecho de exclusión (artículo 295 del Código Civil), en tanto este se encuentra limitado a aquellos medios que la ley no prohíba para su ejercicio.

Esto implica que si lo que deseaba el acriminado era ejercerlo, lo podía hacer, pero a través de las vías que legalmente se establecen a ese respecto, por ejemplo la vía interdictal. Aun cuando el portón fuera fijado a la propiedad del imputado, no procedía su actuación en la forma en que lo hizo. Los derechos de exclusión y defensa que contempla el ordenamiento civil, no son irrestrictos. El repeler la fuerza con la fuerza de que habla el artículo 305 del Código Civil no significa que se olviden las instancias formales para dirimir los conflictos, y se opte en todos los casos por las vías de hecho.

Deben darse ciertas circunstancias, en el caso concreto, para que se obvien las vías formales. En primer término, la fuerza repelente debe ser simultánea a la fuerza que se emplea por quien perturba. Es una defensa, que por tanto se ejerce para impedir la perturbación, pero no se justifica una vez consumada la acción. Por otro lado, debe ser el medio idóneo en ese momento para impedir que se realicen actos cuyos efectos no sean reparables posteriormente.

En el caso de estudio, la fuerza ejercida por el imputado no lo fue para impedir que se perturbara su posesión, ni era el único medio de defensa en el momento de su actuación. El portón ya estaba debidamente instalado, cuando el imputado lo arrancó, y en nada variaba la condición de su propiedad, si reclamaba por las vías de derecho, el restablecimiento del goce de ella. No resultaba en consecuencia la fuerza, el medio idóneo para pretender el cese de la perturbación¹⁹⁸.

198 Tribunal de Casación, voto nº. 523-F-97 de las 8:55 hrs. del 27 de junio de 1997.

La amplitud que se reconozca a los derechos fundamentales, tales como: la integridad física, la libertad ambulatoria, la intimidad, etc., nos lleva a tratar cada caso en particular, para poder abarcar no solo actuaciones de funcionarios, sino también otros presupuestos que no suponen ninguna actuación oficial contraria al deber e implican ejercicio legítimo de un derecho. Podría considerarse en estos supuestos, la justificación del aborto dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, a manera de tema para ser discutido ampliamente.

Como ejemplo práctico, también puede citarse que nuestra jurisprudencia ha reconocido que, de acuerdo con el artículo 25 del Código Penal, no pueden estimarse como delito, los conceptos desfavorables expresados, al denunciar disciplinariamente a un funcionario público, o al denunciar administrativamente personas o empresas por daños al medio ambiente, siempre que los aspectos que se consideren ofensivos al honor, constituyan el fundamento de las denuncias, y no hayan sido dichos por pura maledicencia (es decir que no se afirmen falsedades), pues de lo contrario, se coartaría el derecho que tienen todos los ciudadanos de denunciar irregularidades presuntamente cometidas por los funcionarios en el ejercicio de su cargo o por las empresas que explotan los recursos naturales.

Por tanto, quienes actúen de esa manera, tendrán siempre la amenaza de ser encausados por la supuesta comisión de un delito, y se impedirían además la necesaria labor de fiscalización del ejercicio de las funciones públicas y la protección del medio ambiente. Así resulta equivocado argumentar que con respecto a las causas de justificación la “*carga de la prueba*” está a cargo del que reclama que se actuó bajo circunstancias que hacían justificada la acción¹⁹⁹.

Otro ejemplo de esta justificante es el derecho previsto en el artículo 1357 del Código Civil, según el cual, el depositante está obligado a indemnizar al depositario todos los gastos que haya hecho en la conservación de la cosa, y las pérdidas que la guarda haya podido ocasionarle. Precisamente para garantizarse dicho pago, el depositario goza del derecho de retención de la cosa, excluyéndose el delito de retención indebida²⁰⁰.

Por el contrario, se ha descartado esta causa de justificación en casos como el siguiente. A un sujeto se le decomisa una serie de armas catalogadas por la Ley de Armas como prohibidas (entre ellas varias subametralladoras y granadas de mano), las cuales resultan ser propiedad del arsenal nacional. En su defensa, el sujeto alegó que el Ministro de Seguridad le había dado un carné *ad honórem*, en donde le confirió el cargo de coronel, en razón de lo cual, él no era un simple ciudadano, sino un funcionario público autorizado para poseer este tipo de armas. Además, no le fue notificado personalmente un acuerdo posterior del Ministerio de Seguridad Pública, que dejaba sin efecto el otorgamiento de esos cargos y pedía la devolución de los carnés.

199 Ver votos del Tribunal de Casación n.º 2002-179 de las diez horas diez minutos del primero de marzo de 2002, y de la Sala Tercera n.º 531-F-93 de las 9:30 hrs. del 30 de setiembre de 1993.

200 Ver voto de la Sala Tercera, n.º 199-F-94 de las 9:20 hrs. del 3 de junio de 1994.

La Sala Tercera rechazó el alegato de defensa, al señalar que el derecho en donde pretendía ampararse esta persona, no existió, por cuanto el cargo *ad honórem* no lo autorizaba para usar las armas que le fueron decomisadas, que por su naturaleza, estaban clasificadas como prohibidas y esto restringía su uso, y no bastaba estar investido de un cargo de la Fuerza Pública para justificar una posesión indebida ajena al uso a que están destinadas. Así con este argumento, cualquier miembro de los cuerpos de seguridad podría intentar justificar la posesión de un arsenal de guerra.

A criterio de la Sala, precisamente por la peligrosidad que este tipo de armas representa, la ley ha establecido prohibiciones, al mismo tiempo ha creado tipos penales específicos, aunque en el caso de estudio, nunca existió un acuerdo formal y explícito de parte del Ministerio de Seguridad Pública que justificara la extensión del citado carné. De esta manera se incumplen deberes fundamentales impuestos por la Ley General de la Administración Pública (artículos 3.1, 11, y 128), especialmente todos aquellos que surgen del principio de legalidad, que es fundamental en un Estado de derecho. Por estas razones, resultaba improcedente ampararse a la causa de justificación prevista en el artículo 25 del Código Penal²⁰¹.

2.5. - El consentimiento del titular del bien jurídico (derechohabiente)

2.5.1.- Concepto y alcances

Existen algunos casos en donde el ordenamiento le reconoce al titular, **una facultad dispositiva sobre el bien jurídico**. Para que este opere como una causal de exclusión de la antijuridicidad, **debe quedar manifestado de manera clara**. Sin embargo, no siempre debe ser expreso, pues en algunos supuestos, se admite el consentimiento tácito, sobre todo en casos en donde media una relación de confianza, de vecindad, basada en gestión de negocios, etc., que permite concluir que el titular del bien jurídico, admite la realización del hecho.

En nuestra legislación vigente, el artículo 26 del Código Penal, contempla de manera expresa que no delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho, con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.

De igual forma, esta causal se mantiene en el proyecto de código, en el artículo 25 (según el cual, no comete delito quien lesiona o pone en peligro un *bien jurídico* con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo). Además tiene de alguna manera reconocimiento constitucional, en el artículo 28, párrafo segundo de la Constitución Política, cuando establece que las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley.

201 Sala Tercera, voto n.º 139-F-95 de las 10:10 hrs. del 13 de marzo de 1995.

Se ha entendido este consentimiento, como la facultad que tiene una persona de excluir de la esfera de protección de las normas penales, en forma jurídicamente relevante, **un bien jurídico que le pertenece y del cual puede disponer**.

En el sentido del consentimiento penal, **solamente los bienes jurídicos personales** serán disponibles.

El problema que se plantea es que ni el artículo 26 del Código Penal, ni la norma del proyecto, establecen los requisitos, condiciones y limitaciones del consentimiento, y estos tienen que ser establecidos por la doctrina, conforme a los criterios de una causa suprallegal de justificación.

Por esta razón, la antijuridicidad material es un concepto muy útil a la hora de valorar la existencia de esta causal de justificación, pues en este caso, cuando se da el consentimiento del derechohabiente, la acción del autor es formalmente antijurídica, pero materialmente conforme a derecho.

Los **vicios de la voluntad** tales como: el error, engaño, violencia o amenaza, tienen incidencia para **excluir la validez del consentimiento**.

2.5.2.- El consentimiento como causa de atipicidad y como causa de justificación

Cuando el consentimiento está referido de manera expresa en el tipo penal, algunos lo consideran como una causal excluyente de la tipicidad (consentimiento del morador para permitir ingreso a su domicilio, de la víctima para el acceso carnal). Sin embargo, en gran cantidad de supuestos, los rasgos más característicos de la causal, permiten ubicarla, de manera más adecuada dentro de la justificación, con el mismo tratamiento en los casos de error sobre sus presupuestos fácticos y sobre sus límites.

La consideración del consentimiento como excluyente de la tipicidad, parte del supuesto de que el orden jurídico no tiene interés en proteger aquellos bienes jurídicos, cuyo propietario ha querido exponer, a través de la renuncia a la protección penal.

Otras consideraciones toman en cuenta que el consentimiento es un acto de libertad del particular frente al Estado, y esta libertad, que es un bien jurídico, colisiona con el tutelado por el respectivo tipo penal, y el resultado de este balance de bienes, se resuelve en favor de la libertad del titular del derecho.

Quienes estiman que es una causa de atipicidad, consideran que algunos bienes jurídicos como el patrimonio, la integridad corporal y la libertad de movimiento, no se protegen como tales, sino solamente cuando el particular quiere esa protección. De esta forma, si el consentimiento excluye la violación al bien jurídico y si la existencia de este, es requisito para la realización de ciertos tipos penales, habrá ausencia de lesión o puesta

en peligro, cuando se ha llevado a cabo con el consentimiento de quien válidamente puede otorgarlo.

Nuestro Código Penal actual y el proyecto pendiente de aprobación, ubican el consentimiento como causa de justificación.

En relación con la posibilidad de admitir el consentimiento en los delitos culposos, la posición mayoritaria se inclina por aceptarlo, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y condiciones del consentimiento. Es necesario que el bien jurídico que se ponga en peligro, sea un bien personal, disponible por el derechohabiente, que el que consienta tenga la capacidad para dar el consentimiento, y este debe ser comunicado al autor del hecho o debe realizar actos que permitan concluirlo. También el consentimiento debe ser anterior al hecho; debe ser libre y puede ser revocado.

Realmente en los hechos culposos, el derechohabiente consiente en la exposición al peligro, pero no en el resultado lesivo.

El caso de una persona que, conociendo el estado de ebriedad de su acompañante, decide montarse en el vehículo que este conduce, y ocurre un accidente en donde resulta lesionado, puede considerarse como supuesto de existencia de la causa de justificación por consentimiento del derechohabiente. Nuestra jurisprudencia reciente, sin embargo, ha tratado este supuesto como de aplicación del criterio de autopuesta en peligro, desarrollado por la corriente de imputación objetiva que elimina la tipicidad.

El problema del consentimiento en los delitos omisivos, se plantea en el sentido de que no tiene efecto alguno, el consentimiento del derechohabiente en aquellos delitos que protegen un bien jurídico, cuyo titular es la comunidad o el Estado (arts. 185, 187).

2.5.3.- La disponibilidad del bien jurídico como presupuesto del consentimiento

El consentimiento, para que tenga relevancia jurídica, requiere de la facultad del titular para disponer de sus bienes jurídicos, lo que plantea problemas en relación con los derechos vinculados a la vida y la integridad física.

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce facultad alguna para disponer de la vida, en tanto que el Código Penal vigente establece una sanción para la tentativa de suicidio (art. 114) y la instigación al mismo (art. 115). Mientras que en el proyecto del nuevo código, se tipifican también como delito, la instigación o ayuda al suicidio (art. 121) y el homicidio a ruego o eutanasia (art. 122)²⁰². Si bien doctrinalmente se considera inválido el consentimiento para

202 Sobre el tema del valor constitucional de la vida humana, la indisponibilidad de este bien jurídico y la obligación del Estado costarricense de brindarle protección, pueden consultarse los votos de la Sala Constitucional [n.º 1729-92](#) de las 10:03 hrs. del veintiséis de junio de 1992; [n.º 5130-94](#) de las 17:33 hrs. del siete de setiembre de 1994; [n.º 2001-6685](#) de las 14:06 hrs. del 17 de julio de 2001, y la [n.º 2005-05057](#) de las 14:10 hrs. del veintinueve de abril de 2005.

la lesión de bienes personalísimos (consentir para que se mate o lesione), esto no debe confundirse con el caso de las lesiones consentidas, previstas en el artículo 129 del código vigente, las cuales son aquellas que se producen con el fin de beneficiar la salud de otros (v. gr. extraer un órgano para donación, transfusión de sangre, etc.)²⁰³.

De igual forma, nuestra jurisprudencia ha señalado que el consentimiento del derecho habiente es inadmisibles en delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad²⁰⁴.

2.5.4.- Los requisitos de validez del consentimiento justificante

El consentimiento como causa de justificación, requiere de ciertos requisitos, tales como: a) Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios. b) Capacidad para disponer que no tiene que coincidir de manera necesaria con la civil; pero que sí requiere al menos de las facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de los actos. c) El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa: d) Cualquier vicio esencial de la voluntad de quien consiente, invalida el consentimiento.

Para que sea válido y eficaz el consentimiento, el derechohabiente debe renunciar al bien jurídico que le pertenece, con pleno conocimiento del alcance de su manifestación de voluntad; es decir, cuando conoce el significado, la esencia y el alcance del peligro que lo amenaza. De esta forma, si el derechohabiente se encuentra en un error respecto de la acción que desarrollará el autor, o sobre sus dimensiones y afectación, se producirá una falsa representación de la realidad que impide una libre disposición del bien jurídico (si un sujeto permite el uso de un bien de su propiedad, desconociendo que con ese uso el bien se destruirá, no podríamos excluir el delito de daños).

203 A propósito de lo dispuesto por este artículo 129 del Código Penal, téngase presente que todo lo relativo a la obtención de órganos y materiales anatómicos humanos de donadores vivos, para implantarse en seres humanos con fines terapéuticos, se rige por la Ley N.º 7409 "Ley de Autorización de Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos Humanos", en cuyo artículo 7, a propósito del tema del consentimiento, se dispone que la obtención de órganos y materiales anatómicos de un donador vivo, para implantarlos en otra persona, solo podrá realizarse cuando: a) El donador sea mayor de edad, se encuentre en pleno goce de sus facultades mentales y en un estado de salud adecuado para la extracción. Si se trata de donadores menores de dieciocho años de edad, pero mayores de quince, la autorización la darán sus padres, tutores, representantes o, en su caso, los organismos judiciales correspondientes, si no hay objeción del menor de edad; b) El donador haya sido informado acerca de los riesgos de la donación, sus secuelas, la evolución previsible y las limitaciones resultantes. Del cumplimiento de este requisito y del consentimiento del donador deberá quedar constancia, debidamente documentada y firmada por él, de acuerdo con las normas que se establezcan en el Reglamento de esta Ley. El donante podrá revocar la manifestación de su voluntad, en cualquier momento, sin que esto genere ninguna responsabilidad de su parte; c) Se trate de uno de dos órganos pares o de materiales anatómicos, cuya remoción no implique un riesgo razonablemente previsible para el donador.

204 Sala Tercera, voto [n.º 2006-459](#) de las 9:05 hrs. del 23 de mayo de 2006.

Los problemas que se plantean con la capacidad del derechohabiente para dar su consentimiento, tienen que ver con aquellos casos en donde la persona, por razones de edad, carece de capacidad civil. Hay supuestos en los que el legislador establece una edad mínima del sujeto pasivo, como requisito del tipo penal, por debajo de la cual no tiene ninguna validez el consentimiento (acceso carnal con víctima menor de doce años).

En el caso de las intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos, tal como vimos, los cuales requieren el consentimiento del derechohabiente, es necesario que este sea informado de manera adecuada, sobre la naturaleza del tratamiento o la intervención, de su finalidad, así como de los riesgos y consecuencias, lo que supone una determinada capacidad de conocimiento y razonamiento. Esta capacidad no se juzga de conformidad con las reglas del derecho civil, sino de acuerdo con las facultades de conocimiento y de juicio naturales, así como el estado de madurez psicológica del derechohabiente en el caso concreto.

En el caso de las personas menores de edad, téngase en cuenta que el artículo 46 del Código de la Niñez y la Adolescencia, dispone que si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas, niegan, por cualquier razón, su consentimiento para la hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgente de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas, a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos, en los términos del artículo 144 del Código de Familia.

Veamos el siguiente antecedente jurisprudencial:

Síntesis. Una comisión de funcionarios gubernamentales se dirige a una localidad agrícola, con el fin de atender un conflicto promovido por un grupo de dirigentes campesinos. En el camino, son interceptados por campesinos de la zona, quienes portan machetes e invitan a dichos funcionarios a variar su rumbo y dirigirse a una escuela cercana, con el fin de realizar una reunión con ellos, en aras de buscar solución al conflicto, invitación que es aceptada por dichos funcionarios. Hecho lo anterior, uno de los campesinos arrebató un mapa y una brújula que saca uno de los funcionarios para ubicar el lugar en donde se encontraban, manifestándole que no tiene permiso para hacer nada porque está en “zona prohibida”. Cuando otro de los funcionarios trata de intervenir, es amedrentado con machetes, y posteriormente son dirigidos hacia la escuela donde los espera otro grupo de campesinos. Al llegar a la escuela se inicia la reunión, presidida por uno de los funcionarios, quien procede a presentar a cada uno de los miembros de su grupo. Al enterarse los campesinos de que no eran las personas que esperaban, estos, dirigidos por sus líderes, manifiestan a los funcionarios que no podrían salir, y los amenazan diciéndoles “*si era necesario que la sangre corriera, correría*”, y les prohibían salir del recinto así como hablar entre ellos.

Posteriormente, se le permite salir hacia San José a uno de los funcionarios, seleccionado por ellos mismos, acompañado con uno de los dirigentes campesinos, para que buscaran

solución a los problemas. Los demás funcionarios quedan retenidos y, al llegar la noche, son obligados a dormir en el sitio, mientras la puerta de salida permanece resguardada por dos personas armadas con machetes. Esta situación se mantiene hasta el día siguiente, cuando los emisarios regresan acompañados por un sacerdote y funcionarios de la Cruz Roja, quienes les informan a los campesinos de una futura reunión con personeros del Gobierno y de la Dirección General Forestal, por lo que estos aceptan entonces que los cautivos salgan, pero con la condición de que se firme un documento de abstención de denunciar los hechos.

Los campesinos responsables alegaron en su defensa que no hubo privación de libertad, y, por el contrario, existió consentimiento por parte de los funcionarios gubernamentales de permanecer con ellos en la escuela, lo que se evidenciaba por el hecho de que estos aceptaron su invitación para reunirse a dialogar en la escuela. Asimismo, dicho consentimiento se evidenciaba por el hecho de que uno de los funcionarios, incluso presidió la reunión que se celebró en dicho centro educativo, presentando a cada uno de sus acompañantes. Además, los ventanales de la escuela estaban abiertos y eran de baja altura, de manera que los supuestos ofendidos, si hubieran querido, pudieron haber hecho abandono del lugar.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó estos alegatos. Para que exista consentimiento es necesario que la persona que lo otorga sea capaz de comprender la situación en donde se da el consentimiento. El permiso debe ser anterior a la acción y debe subsistir con la acción misma, así como no debe provenir de error o haber sido obtenido mediante violencia o engaño.

En el caso de estudio, según la Sala, la circunstancia de aceptar, en principio, la invitación para dirigirse a la escuela, en modo alguno significaba una manifestación de voluntad eficaz de los ofendidos para ser privados de su libertad; es decir, con ello los sujetos pasivos no estaban otorgando ninguna autorización para ser retenidos, máxime que, si bien en principio fueron invitados, luego les exigen que se dirijan a dicho centro educativo, por lo que nunca hubo consentimiento anterior a la acción delictuosa, requisito esencial para el reconocimiento eficaz de la causal.

Por otro lado, para la existencia del **consentimiento presunto**, es requisito que la acción deba haber sido realizada en interés del titular del bien jurídico (v. gr. una violación del domicilio en ausencia del titular para reparar la tubería del agua y evitar una inundación). Además debieron concurrir las restantes condiciones del consentimiento. Para la determinación del consentimiento presunto, es decisivo que, según un *juicio objetivo*, hubiera sido de esperar [sic] en el momento de la acción (*ex ante*). Ese juicio objetivo se refiere al de un tercero razonable en el lugar del autor.

En el caso de estudio, no son motivos suficientes para que se presuma el consentimiento del hecho de que uno de los ofendidos, presidiera la reunión celebrada en la escuela,

o que presentara a los concurrentes a las personas que lo acompañaban, puesto que, precisamente, por no ser esas las personas que los campesinos esperaban, esto fue la causa que los determinó a retenerlos en dicho centro educativo, ni que los ventanales de la escuela “eran de baja altura” y que por ahí pudieron marcharse los sujetos pasivos, en el supuesto de haber ocurrido así, el escape no modificaba en absoluto la configuración ya existente de la privación de la libertad.

Además, según el planteamiento de la sala, no se puede considerar como elemento configurativo del consentimiento presunto, suponer que los funcionarios ofendidos fueron quienes nombraron entre sí un representante para que viajara a San José, en busca de autoridades de mayor rango, en procura de solventar los problemas de los moradores del área, sino que, por el contrario, fueron los imputados quienes propusieron o eligieron al ofendido para que saliera junto con uno de los dirigentes campesinos²⁰⁵.

2.6.- Estado de necesidad justificante

2.6.1. Concepto y alcances

Conforme establece el artículo 27 del Código Penal, no comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el peligro sea actual o inminente. b) Que no lo haya provocado voluntariamente. c) Que no sea evitable de otra manera. Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo²⁰⁶.

Podemos señalar que, en relación con la legítima defensa, el ámbito de aplicación del estado de necesidad, es más amplio, porque no requiere una previa agresión antijurídica, sino la elección de un mal menor, un sacrificio de los intereses menos importantes.

El estado de necesidad puede entenderse, en términos generales, como la situación de conflicto entre dos bienes, en donde la salvación de uno exige el sacrificio del otro. Ante la colisión de bienes, es socialmente útil que se salve el de mayor valor.

El agente realiza, en este caso, **una conducta típica**, con la finalidad de proteger un derecho propio o ajeno, de una amenaza o daño actual o inminente, produciendo un daño o lesión de menor gravedad, siempre y cuando no exista posibilidad de acudir a una vía

205 Sala Tercera, voto n.º 111-F-93 de las 8:40 hrs. del 26 de marzo de 1993.

206 El artículo 26 del proyecto del nuevo código contempla esta misma causal con la siguiente redacción: *“No comete delito quien ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) Que el peligro sea actual o inminente; 2) Que no lo haya provocado voluntariamente; y 3) Que no sea evitable de otra manera. Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo”.*

distinta; no se esté obligado jurídicamente a afrontar el riesgo y no haya sido provocado por él mismo.

Si se hace diferencia entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, tenemos que señalar que, en el primero, se produce un daño menor para evitar un mal mayor; en el exculpante se supone un daño no menor que el evitado.

En nuestro ordenamiento, el estado de necesidad se admite como una causa que excluye la antijuridicidad de la conducta.

El sujeto activo del estado de necesidad puede ser cualquier **persona física** que realice la conducta típica, con la finalidad de amparar los bienes jurídicos que se encuentran en situación de riesgo o peligro por la acción de fenómenos de la naturaleza, animales o comportamientos de seres humanos (sin importar si se trata de menores de edad o inimputables), siempre que esos comportamientos no constituyan agresiones ilegítimas.

También el que ha sido coaccionado a actuar por una tercera persona (*vis compulsiva*), podría invocar esta causal.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural o jurídica, incluso el Estado, no **así el propio sujeto activo** (auto lesión de bienes jurídicos). La conducta de quien actúa en estado de necesidad, resulta conforme a derecho. Por esto, la lesión del bien jurídico que se sacrifica, debe ser tolerada por todos, incluyendo el propio titular del bien sacrificado (deber de solidaridad recíproca), por lo que contra dicha conducta no puede invocarse legítima defensa.

Podemos apreciar ejemplos clásicos de estado de necesidad justificante, en los siguientes casos: el que sustrae alimentos por hambre; el que es despojado de sus ropas y se apropia de un vestido ajeno para cubrir su desnudez en plena playa; quien toma un vehículo en contra de la voluntad del propietario, para trasladar un herido grave al hospital; y el aborto terapéutico para salvar la vida de la madre.

La finalidad que interesa al derecho penal, es evitar el mal mayor, sin que tenga interés, por ejemplo, que quien ejerce la causa de justificación, tenga otra clase de motivaciones.

Esta causa de inculpabilidad puede presentarse en cualquier caso de colisión entre bienes e intereses jurídicos y para proteger cualquier bien jurídico de amenazas de un daño actual o inminente. Puede provenir de un mal o daño infligido por una tercera persona, o por una fuerza de la naturaleza.

Acerca del estado de necesidad, nuestra jurisprudencia ha señalado que esta figura funciona como una causa de justificación que implica ponderar bienes jurídicos en una situación de peligro (a diferencia de la legítima defensa que no requiere el examen de los

bienes jurídicos en concurrencia o peligro), ponderación que también puede recaer sobre deberes: el sujeto debe lesionar el bien jurídico menor para salvar el de mayor entidad. Por ello, es posible que el sujeto se equivoque en el aquilatamiento y escogencia de los bienes jurídicos en juego, sobre todo, tomando en cuenta la situación de conflicto extremo, dentro de la cual suele presentarse la necesidad a actuar.

En estos casos, se ha aceptado que produzca un error de prohibición indirecto y que se aplique lo establecido en el artículo 35 del Código Penal, por ser este un problema de reprochabilidad del injusto al autor. Cuando el sujeto actuante se ha equivocado y ha lesionado un bien jurídico de mayor jerarquía que el que deseaba proteger (jurídicamente de menor entidad), la conducta es típica y antijurídica, lo que sucede es que el reproche de ese injusto se reduce (en el caso de error vencible) o desaparece (en el caso de error invencible de prohibición)²⁰⁷.

2.6.2.- La colisión de bienes jurídicos de desigual valor

Tradicionalmente se ha señalado que el estado de necesidad justificante, surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, caso en el que la ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor. Además, todos los bienes jurídicos son salvaguardables, aún aquellos que no son penalmente tutelados.

El daño causado debe ser de menor entidad, pues si se trata de igual o superior valor, solo podrá invocarse el estado de necesidad exculpante (o no exigibilidad de otra conducta).

La no exigibilidad de otro comportamiento, es ante todo un principio regulador del ordenamiento jurídico que puede ejercer su influencia, tanto en el ámbito de las causas de justificación, como también y, sobre todo, en las causas de exculpación.

Normalmente, las situaciones de no exigibilidad general u objetiva, excluyen el tipo del correspondiente delito, en cuya redacción se tenga en cuenta esa situación, o por lo menos, la antijuridicidad del mismo, a través del estado de justificación genérica.

Pero también existe una no exigibilidad subjetiva que se refiere a situaciones extremas, en donde no se le puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico, que se abstenga de cometerlo, porque comportaría un excesivo sacrificio para él. El derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o no puede imponer una pena cuando, en situaciones extremas, alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su vida o integridad física. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento, solo excluye la culpabilidad²⁰⁸.

207 Sala Tercera, voto n.º 13-F-93 de las 9:30 hrs. del 8 de enero de 1993.

208 MUÑOZ CONDE, Francisco / ARAN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002, p. 403.

La idea de la no exigibilidad de otra conducta, no es privativa de la culpabilidad, sino de un principio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico.

No existe una fórmula unitaria de carácter abstracto, de los valores en conflicto, por lo que deberán considerarse diversos criterios, que tomen en cuenta la realidad y el contexto sociopolítico y económico en donde actúa la persona. Se deben considerar, entre otros aspectos, la jerarquía de los bienes jurídicos en conflicto, acorde con la valoración que ha hecho el legislador, la intensidad de la afectación (la amenaza o lesión para el derecho o bien jurídico), la proximidad y gravedad del mal que se cierne sobre el bien jurídico, el grado de idoneidad de la acción de salvamento emprendida por el agente, la meta perseguida por este último, la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares y el significado social del bien (no es lo mismo causar un daño a la mansión de un multimillonario que a la humilde vivienda de un asalariado).

Además, no se configura el estado de necesidad en casos de grave infracción al respeto, debido a la persona humana, aun cuando el mal provocado sea inferior al evitado (caso del médico que sin permiso extrae un riñón para trasplantarlo y salvar a otro paciente).

Sin embargo, el asunto no se trata solo de ponderación de intereses, pues de conformidad con el artículo 27 del Código Penal, no se alude a una comparación de los bienes en conflicto, sino entre **los males causados y evitados**.

De esta manera, más que una comparación de bienes, se trata de hacer una relación de adecuación, de forma tal que el estado de necesidad tendrá **efecto justificante, si el hecho realizado es el medio adecuado para evitar el peligro o daño mayor**.

Como ejemplo de ponderación, véase el siguiente caso. A raíz de un conflicto entre los sujetos **A** y **B**, un tercer sujeto interviene; comienza a perseguir a **A** y le propina un machetazo en la frente, ocasionándole una herida de consideración que comienza a sangrar profusamente. **A**, al percatarse de la gravedad de la herida que sufrió, súbitamente aborda el vehículo automotor de **B**, el cual se encontraba estacionado y con el motor encendido, y contra la voluntad de su propietario, se lleva consigo el vehículo, trasladándose hasta un hospital para recibir atención médica.

La Sala Tercera consideró que **A** no cometió el delito de hurto agravado (por el apoderamiento no autorizado del vehículo automotor), por haber actuado al amparo de un estado de necesidad justificante, cuando **A** fue objeto de una agresión ilegítima que no provocó, y resultó con una lesión en su rostro que lo hizo sangrar abundantemente, por lo que, al introducirse al vehículo de **B**, pretendió alejarse del sitio con la finalidad de salvaguardar su vida, haciendo uso del medio que –razonablemente– encontró más a su alcance.

A criterio de la Sala, **A ponderó** la pérdida eventual de su vida, como resultado de la agresión de que fue objeto. Por ende, resulta claro que la utilización del vehículo bajo las circunstancias en que actuaba, era la única vía que tenía a su alcance en forma inmediata, para salvaguardar el bien jurídico –su propia vida– que estimó se encontraba en peligro²⁰⁹.

Debe tenerse claro que, tanto la doctrina general como nuestra jurisprudencia, señalan que no cualquier colisión de bienes jurídicos justifica esta causal, pues de acuerdo con **el principio de dignidad de la persona humana**, ninguna vida tiene mayor valor que otra, como tampoco es justificada la ponderación de vidas en conflicto. Así se puede hablar de evitar un mal mayor, cuando, para proteger la vida o integridad física de una persona, se causa un grave peligro para la vida o integridad física de otra persona (v. gr. el médico que, para salvar la vida de un paciente urgido de un trasplante, extrae sin permiso un riñón a un sujeto sano, **no actúa amparado a esta causal de justificación**).

Estas consideraciones también fueron utilizadas por la Sala Tercera para confirmar la existencia de un hecho antijurídico, y por ende, la condena civil contra el Estado, en un caso donde el conductor de un vehículo oficial (quien fue penalmente absuelto), para evitar la colisión con otro vehículo, se salió de la vía y atropelló a un peatón, causándole graves lesiones²¹⁰.

2.6.3.- La actualidad o inminencia del peligro para el bien jurídico de mayor valor

Obviamente, la conducta realizada por el agente debe ser típica para poder invocar la justificante y debe existir un riesgo o un peligro para un bien jurídico propio o ajeno, que sea actual (riesgo que ya comenzó y no ha concluido) o inminente (amenaza inmediata para el bien jurídico, deducible de las circunstancias), es decir, debe haber un peligro real y objetivo.

Como ejemplo, se presentan los siguientes casos:

Síntesis. Para justificar el levantamiento de una cerca que encerró una franja de 900 metros cuadrados de la zona marítimo-terrestre, dentro de la cual se construyó además una pequeña vivienda, el sujeto responsable alega haber actuado bajo los presupuestos del estado de necesidad, ya que no tenía dónde vivir y, si lo expulsan de allí, no le quedaría otra opción que vivir en las calles.

Decisión del Tribunal. Para el Tribunal de Casación, si bien se acreditó la pobreza del sujeto, por su naturaleza, el estado de necesidad debe ser una situación capaz de suscitar un conflicto que solo pueda solucionarse, mediante el sacrificio de un bien jurídico ajeno,

209 Sala Tercera, voto n.º 613-F-96 de las 10:10 hrs. del 18 de octubre de 1996.

210 Ver voto n.º 93-F-99 del 10 de marzo de 1999.

en condiciones tales que pueda hablarse de un peligro actual o inminente, que no haya sido provocado voluntariamente por el sujeto y que no se pueda evitar de otra manera (una colisión entre bienes jurídicos que solo pueda superarse, mediante el menoscabo o la lesión de uno de ellos).

En el caso de estudio, no se acreditó la *actualidad* o *inminencia* del peligro, es decir, la existencia –al momento de realizarse el hecho– de un verdadero conflicto entre el bien jurídico que, supuestamente, se pretendía salvaguardar y el que fue afectado por la acción del usurpador, mucho menos si se tomaba en cuenta que se requeriría una situación de apremio de tal grado que, por su naturaleza, solo pudiera evitarse con la conducta que llevó a cabo el sujeto, consistente más bien en cercar un terreno de novecientos metros cuadrados del área restringida de la zona marítimo-terrestre, donde edificó una pequeña casa, por lo que el alegato fue rechazado²¹¹.

Síntesis. Luego de dieciséis años de matrimonio, una pareja se separó, y por resolución del Juzgado Civil de la localidad, se ordenó al esposo la salida del domicilio conyugal. Trascurrido un año después de la separación, el esposo presentó la respectiva demanda de divorcio por adulterio de su esposa, misma que se tramitó ante el Juzgado de Familia local. Se comprobó que durante el matrimonio dicha pareja adquirió una finca.

No obstante, a pesar de haberse instaurado ya la demanda de divorcio, la esposa del demandante donó la citada finca a su padre, aprovechando que, en este momento, ese inmueble no presentaba anotación registral alguna, con el fin de que este último la vendiera y se cancelara una deuda que dicha mujer tenía con él por dinero empleado en el estudio de los hijos que tenía en común con el demandante. Un año después de esa donación, el padre de la mujer vendió la finca a un tercero. Parte del dinero de la venta, se empleó en hacer reparaciones en la casa que habitaba su hija con los hijos que tenía en común con el demandante, así como para la cancelación de una serie de deudas contraídas por esta misma mujer.

Posteriormente, la mujer viajó a los Estados Unidos con fines laborales, sin embargo, para esa época el lote ya había sido vendido. En virtud de esta situación, el demandante interpuso una denuncia contra su esposa y su suegro por Fraude de Simulación, al haber dispuesto entre ambos de una finca sobre la él mantenía expectativas, por tratarse de un bien ganancial.

En su favor, la mujer argumentó que la situación económica en la que se encontraba, por la escasa ayuda de su cónyuge, era realmente apremiante, refiriendo cómo mantuvo a sus hijos en el colegio privado donde se encontraban estudiando y, para ello, tuvo que hacer frente a fuertes deudas. Por estos motivos, decidió irse a trabajar a los Estados Unidos

211 Tribunal de Casación, voto n.º 2002-842 de las 12:40 hrs. del 11 de octubre de 2002. Como antecedente, puede revisarse el voto de este mismo Tribunal, n.º 56-F-93 de las 16:10 hrs. del 17 de febrero de 1993.

de Norteamérica, y para que se cancelara el saldo de la deuda y le entregara el resto del dinero, traspasó, mediante el mecanismo jurídico de la donación, el lote de interés a su padre. Justificó el atraso en el viaje por problemas de visa y refirió la venta del lote, venta real y efectiva, lo cual se acreditó con el testimonio de su comprador.

El Tribunal de primera instancia acogió estos argumentos, y absolvió a los imputados por considerar que se no acreditó la culpabilidad de estos. A juicio del Tribunal, en el caso no se acreditó que la intención de la acusada fuera distraer el bien, sino que por el contrario, ello se debió a la necesidad de que su padre pudiera vender el bien, cancelar la deuda por estudios de los hijos y entregarle el resto del dinero para hacer reparaciones en la vivienda que habitan, ante un inminente viaje al exterior de la acusada, con fines laborales.

Además, un testigo explicó cómo en el régimen jurídico costarricense, cada uno de los cónyuges permanece siendo dueño de los bienes que se encuentran inscritos a su nombre y puede, por lo tanto, disponer de los mismos del modo que sea, mientras no se constituya la sociedad conyugal, la cual nace con la disolución del vínculo matrimonial.

La Sala señaló que este es el sistema legal que rige en materia de familia y no puede el derecho penal, que es de aplicación como *última ratio*, ir más allá de lo legalmente dispuesto sin actuar en contradicción con el resto del ordenamiento jurídico. En el caso de estudio, la titularidad sobre este bien se dispuso, cuando ni siquiera existía limitación alguna y cuando el bien era propiedad de la señora, estando plenamente facultada por la ley para disponer del mismo, según su mejor criterio.

Lo anterior, aunado a los movimientos migratorios, hacían creíble lo afirmado por la acusada en el sentido de que contempló salir del país para laborar en el extranjero, con el fin de sufragar los gastos de sus hijos, que fue la razón que la motivó a disponer del bien de referencia, en la forma cómo lo hizo, con anterioridad, aunque su viaje de trabajo se retrasó algunos años por las razones por ella explicadas.

Por lo anterior, a criterio del Tribunal, no se veía dolo en la conducta de la acusada, sino que por el contrario, resultaba loable la dedicación a sus hijos y su interés en el estudio, desarrollo y superación de ellos, y el Tribunal no podría, como tampoco podría el derecho, compeler a alguien a esperar una anotación, como hecho futuro e incierto ante la existencia de conflictos en el matrimonio, si la realidad obliga a tomar decisiones para hacer frente a las pesadas obligaciones familiares que ahora están sobre los hombros de uno solo de los cónyuges, la madre en este caso. Así muy por encima de la expectativa de derecho que pudiera tener el padre (aquí ofendido), están los intereses inherentes al mayor número de miembros que integran el núcleo familiar (la madre y los hijos) en este caso. De esta forma, el dinero producto de la venta del bien se empleó en los estudios de los hijos y en reparaciones necesarias para la vivienda en donde habitan con su madre, y no era posible exigir una conducta diversa en este caso, razón por la cual tampoco procedía hacer reproche de conducta.

Decisión del Tribunal. Ante recurso del Ministerio Público, la Sala Tercera revocó dicho fallo absolutorio, por considerar que el *a quo* se equivocó al confundir en su análisis diferentes aspectos de la teoría del delito (tipicidad y antijuridicidad). En síntesis, no existía dolo en la conducta de la acusada por la existencia de un supuesto estado de necesidad; y, simultáneamente, derivó este último de la sola declaración de la encartada, cuando las circunstancias que expone, en todo caso, no configuraban dicho instituto en un sentido técnico-jurídico, cuando el estado de necesidad se concibe como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, donde la salvación de uno de los dos, exige el sacrificio del otro, y esto supone que el bien jurídico que se trata de salvar esté en inminente peligro de ser destruido.

Este peligro debe ser real y objetivo; no puede ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por el que trata de evitarlo. Esta ponderación de peligros puede recaer sobre bienes jurídicos y también sobre deberes. El sujeto debe lesionar el bien jurídico menor para salvar el bien jurídico de mayor entidad. Por tanto, es posible que el sujeto se equivoque en el aquilatamiento y escogencia de los bienes jurídicos en juego, sobre todo, tomando en cuenta la situación de conflicto extremo dentro de la cual suele presentarse la necesidad a actuar.

Es posible que suceda esta “equivocación” o “error” sobre los bienes jurídicos, porque la doctrina ha aceptado, casi de manera unánime, que pueda producirse un error de prohibición indirecto en estos casos y sea de aplicación lo establecido en el artículo 35 del Código Penal, por ser este un problema de reprochabilidad del injusto al autor.

Cuando el sujeto actuante se ha equivocado y ha lesionado un bien jurídico de mayor jerarquía que el que deseaba proteger (jurídicamente de menor entidad), el injusto queda completo, es decir, la conducta es típica y antijurídica, lo que sucede es que el reproche de ese injusto o se reduce (en el caso de error vencible) o desaparece (en el caso de error invencible de prohibición).

De esta manera, también el error de prohibición, desde que es un problema de culpabilidad, comparte la naturaleza jurídica de todas las otras causas de exclusión del reproche: la de ser una inexigibilidad de otra conducta, solo que funciona en el primer nivel de análisis de la reprochabilidad: la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho (artículo 42 del Código Penal).

Mediante el estado de necesidad puede justificarse la defensa de cualquier bien jurídico (la legislación no establece límites); el mencionado bien jurídico puede consistir en una relación de disponibilidad propia o ajena (pueden defenderse bienes jurídicos propios o de terceros). No obstante, para que la mencionada causa de justificación nazca a la vida jurídica, a criterio de la Sala es necesario que exista una congruencia entre el tipo objetivo de la permisón y el tipo subjetivo de ella.

En otras palabras, deben concurrir los requisitos objetivos señalados en el artículo 27 del Código Penal: una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno; que el peligro

sea actual o inminente; que no haya sido provocado voluntariamente por el justificado; que no sea evitable de otra manera, y que exista la necesidad de una ponderación de bienes para escoger la defensa de aquel más importante, y, además, aspectos de conocimiento del sujeto actuante que coincidan con esos elementos objetivos de la justificante.

En este fallo se indica que la valoración jerárquica de bienes es propia —exclusivamente— del tipo permisivo contemplado en el artículo 27 del Código Penal. La legítima defensa (artículo 28 del Código Penal), por ejemplo, no requiere el examen de los bienes jurídicos en concurrencia o peligro, sino que son otros sus requisitos objetivos y subjetivos que la ley le ha previsto. Estos requisitos objetivos deben concurrir necesariamente junto con requisitos de carácter subjetivo.

La doctrina se refiere a este suceso de concurrencia como tipo permisivo congruente. En el análisis judicial del tipo subjetivo de la permisión, se debe constatar que el sujeto sabía que existía la situación de peligro; que la lesión al bien jurídico era inevitable, puesto que era la única forma para defender el bien jurídico, dadas las circunstancias, y que era consciente de que se actuaba para defender el bien jurídico de mayor jerarquía y, por supuesto, que su acción no fue la que provocó el peligro que hace necesaria la actuación lesionadora del bien jurídico de menor jerarquía.

A estas circunstancias de carácter personal, se les denomina tipo subjetivo de la permisión y deben coexistir junto con las objetivas (tipo objetivo). Para la Sala Tercera, si solo se dan los requisitos objetivos, pero no hubo una actuación con previsión y conocimiento de los elementos subjetivos ya indicados, no se da la causal en estudio y, por ende, la conducta no resulta justificada. La finalidad que interesa al derecho penal, es evitar el mal mayor, sin tener mayor interés, por ejemplo, que quien ejerce la causa de justificación, tenga otra clase de motivaciones. Tampoco es relevante, si el necesitado efectivamente logró la evitación del mal mayor, basta con que la acción iniciada (*ex ante*), hubiera sido adecuada para evitar la afectación del bien jurídico mayor. El juez hace este análisis del tipo objetivo y subjetivo de la permisión *ex post facto* y, por ello, debe tomar en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho (*ex ante*) a fin de observar no solo la objetividad de la situación de peligro y la necesidad de la conducta desplegada, sino también la inexistencia de otra salida jurídicamente válida, dentro de la circunstancialidad propia del evento en examen. Por todo lo expuesto, en el caso de estudio, a criterio de la Sala resultaba incorrecto afirmar que no existía dolo en la conducta, porque la encartada debió atender las necesidades básicas de sus hijos, y resulta hasta “loable”, según el pensamiento del Tribunal, puesto que, como se sabe, el dolo se refiere al conocimiento y voluntad de realizar la acción por parte del sujeto activo.

Igualmente, las circunstancias que expuso la endilgada, aún teniéndolas por ciertas con su solo dicho, no da cuenta el Tribunal de las razones por las cuales concluyó que constituyen una causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la conducta. Ella indicó que, al separarse de su esposo (el ofendido de la causa), se encontró al frente de

la totalidad de las obligaciones familiares, afrontando el pago de colegiaturas de sus hijos en una institución privada, y realizando reparaciones en la casa familiar que compartía con ellos y eso la llevó a vender el lote reclamado, sin que el *a quo* analizara en la sentencia impugnada, por qué tales necesidades podían entenderse como constitutivas de peligros eminentes o no pueden ser satisfechas de otra forma.

Tampoco se deducían de los razonamientos del fallo que las solas manifestaciones de descargo, en la actuación de la justiciable, se hubiera realizado bajo error, pues lo único que esta indicó es que el lote no estaba anotado, y el Tribunal no razonó nada al respecto. Por otro lado, erró también el Tribunal al entender que la imputada podía disponer libremente de los bienes obtenidos durante su matrimonio, considerados gananciales, porque así lo estipula la normativa de familia, o que podía disponer del bien de cita, porque no tenía anotación registral alguna. En el momento en que el traspaso se produjo, ya existía una expectativa de derecho a favor del ofendido, la cual debía ser respetada a las resultas del proceso judicial ya iniciado, cuyo conocimiento tenía la encartada.

A criterio de la Sala, no se trataba, tal como lo entendieron los juzgadores de instancia, de una contracción en el ordenamiento jurídico, sino, de aspectos completamente disímiles: por un lado, el régimen patrimonial de la familia y, por el otro, la protección a un bien jurídico. En ese sentido, sobre el delito de fraude de simulación, mediante resolución n.º 2000-1128 de las 9:40 horas del 29 de septiembre de 2000, la misma Sala de Casación había señalado que

[...] Éste es uno de los delitos incluidos en la Sección IV, del Título VII, de Libro II del Código Penal. Las conductas descritas en los tipos penales contenidos en ese Título son enunciadas de forma general como lesivas del bien jurídico propiedad. Sin embargo, de la lectura de todos los artículos que integran ese apartado del Código Penal, queda claro que en realidad se trata de proteger el patrimonio y no solamente el derecho de propiedad. El ordenamiento costarricense concibe dicho bien jurídico de forma tal que lo protegido es la totalidad de las relaciones jurídicas de las personas con respecto a ciertos bienes de interés económico (los que son susceptibles de comercio lícito y mesurables en términos dinerarios), siendo posible salvaguardar no solamente los derechos de los individuos (como el de propiedad o el de posesión), sino también las expectativas que éstos tengan sobre aquellos (como, por ejemplo, la posibilidad de que tiene una persona de que se le reconozca un derecho sobre un bien que se encuentra en litigio). En el caso del Fraude de Simulación (artículo 218 del Código Penal), para que se configure este hecho punible resulta indispensable -en lo que respecta a la primera modalidad del ilícito, que es la que interesa en este caso- que se lleve a cabo un acto, un contrato, una gestión o un escrito simulados (es decir, que su contenido no exprese una realidad, sino una ficción contraria a ella), teniendo quien lo realiza el ánimo de obtener cualquier beneficio indebido, de forma tal que se le cause perjuicio a otra persona.” [...] El dolo consiste en hacer el acto, contrato, gestión o escrito simulados, a sabiendas de su falsedad y queriendo realizarlo. Además, existe un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, cual es el ánimo de obtener

un beneficio indebido; nótese que no es necesario demostrar que efectivamente se haya alcanzado ese fin, sino que basta probar la existencia de esa intención. Lo “indebido” del beneficio no es otra cosa más que lograr una ventaja patrimonial con respecto a algo sobre lo cual no se tiene derecho. Cabe agregar que resulta necesario verificar la producción de un perjuicio para la víctima en su patrimonio [...]”²¹².

2.6.4.- La ausencia de provocación voluntaria del peligro

El mal menor no debe haber sido causado por el agente, pues se excluye la justificante al provocador. Por ejemplo, no podría cubrir a quien voluntariamente desata un incendio en su casa y, para salvarse, destruye el ventanal de la casa del vecino.

2.6.5.- La inexistencia de otra vía de salvación

Se debe exigir que el mal o daño causado, no haya podido ser evitado por otro procedimiento menos perjudicial, lo que significa que el agente debe hacer todo lo jurídicamente exigible para evitar causar daño al derecho o bien ajeno.

Es necesario que la realización del mal o la infracción del deber que se realiza para evitar un mal mayor para sí mismo o para un tercero, sea el único camino posible. La necesidad debe ser valorada en este sentido, desde un punto de vista objetivo, aunque se deben tener en cuenta la situación concreta en que se encuentra el sujeto, así como las circunstancias y los medios de que dispone.

A manera de ejemplo, véase el siguiente caso.

Síntesis. Una mujer, aprovechando que, a raíz de un sismo, la legítima adjudicataria de una vivienda hizo abandono temporal de esta, sin contar con autorización alguna ingresó a dicho inmueble, apoderándose del mismo con intención de habitarlo. Cuando la verdadera adjudicataria regresó a su vivienda, solicitó a la mujer que la desocupara. No obstante, esta última amenaza a la adjudicataria y a su familia con armas punzo-cortantes, para de esta forma seguir ocupando la vivienda y evitar ser desalojada. En su defensa, la mujer alegó estado de necesidad.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó el alegato, al considerar que en el caso no existía comprobación de que a favor de esta mujer, hubieran concurrido los elementos objetivos y subjetivos del estado de necesidad, y en vez de ello, el supuesto “peligro” que la imputada “ponderó”, fue haber sido desalojada por la propietaria, desconociéndose si ese desalojo no fue provocado voluntariamente.

212 Sala Tercera, voto [n.º 2006-422](#) de las 10:45 hrs. del 12 de mayo de 2006.

Además, resultó claro que delinquir no era la única vía posible para salvaguardar los bienes jurídicos en peligro, ya que perfectamente pudo haber solicitado en alquiler alguna casa o haber pedido alojamiento en los lugares que, para ese propósito, se habían instalado temporalmente en la provincia que había sido recientemente asolada por el evento sísmico de aquellos días, por lo que se descartaba la existencia de un estado de necesidad. De igual modo, no había elementos para determinar que podría haber existido un error de prohibición indirecto en el comportamiento de la imputada²¹³.

2.6.6.- Defensa de derecho propio o ajeno

Por otra parte, se requiere que se actúe para defender un derecho propio o ajeno, de manera que el titular del bien jurídico o derecho amenazado, puede ser cualquier persona, natural o jurídica, incluso el mismo Estado.

A través del estado de necesidad, puede justificarse la defensa de cualquier bien jurídico (la legislación no establece límites), y este puede consistir en una relación de disponibilidad propia o ajena (pueden defenderse bienes jurídicos propios o de terceros).

Sin embargo, para que la causa de justificación nazca a la vida jurídica, es necesario que exista una congruencia entre el tipo objetivo de la permisón y el tipo subjetivo de ella²¹⁴.

No obstante, tal como se reseñó a la hora de estudiarse la legítima defensa, actualmente un sector doctrinal sostiene que esta causa de justificación también se perfecciona con el cumplimiento de los elementos objetivos, independientemente de las motivaciones del sujeto a la hora de actuar, puesto que aun en el caso de que, sin tener conocimiento de ello, un sujeto evitó un mal mayor y/o protegió bienes jurídicos de mayor valor, y su conducta sería ajustada a derecho.

2.6.7.- La inexistencia de un deber jurídico de afrontar el peligro

El daño o mal causado no debe pertenecer a la condición de los que deben ser soportados por existencia de un deber jurídico (el bombero está obligado a apagar el incendio, y no podría justificar el incumplimiento de sus deberes afirmando que “se podría quemar”. Igualmente la enfermera debe afrontar el contagio y el salvavidas debe auxiliar a quien se ahoga).

En el estado de necesidad, quien actúa no debe estar obligado a soportar la situación, porque si esta es normal, de acuerdo con su profesión o funciones específicas, no operaría la causal de justificación (el bombero, el policía, no pueden, dentro de ciertos límites, excusarse para no cumplir sus obligaciones).

213 Sala Tercera, voto n.º 13-F-93 de las 9:30 hrs. del 8 de enero de 1993.

214 Así aceptado por nuestra jurisprudencia. Al respecto ver votos de la Sala Tercera n.º 13-F-93 de las 9:30 hrs. del 8 de enero de 1993 y n.º 613-F-96 de las 10:10 hrs. del 18 de octubre de 1996.

Se trata en estos casos de la imposición de un sacrificio, cuando el cargo u oficio así lo imponga. Sin embargo, los límites de la exigencia de sacrificio deben coincidir con los límites legales o sociales de la profesión. Por ello, no se puede invocar el estado de necesidad, cuando el deber de sacrificio es completamente inútil o la desproporción de los bienes en conflicto es muy grande (v. gr. no se puede obligar a un bombero a morir, cuando es inminente una explosión, solo para tratar de recuperar una obra de arte valiosa).

La persona que actúa en estado de necesidad justificante, debe actuar no solo conociendo los elementos objetivos de la causal, sino también, con el ánimo de evitar un mal propio o ajeno (para nuestra jurisprudencia, si falta este elemento no se puede invocar la eximente).

2.7.- Error en las causas de justificación

Para admitir la presencia de una causa de justificación, deben concurrir, tanto el elemento objetivo como el subjetivo, de la respectiva causal.

El error puede referirse a distintos elementos:

2.7.1.- Error sobre los presupuestos objetivos

Uno de los casos en que falta el elemento objetivo, se da en el supuesto de la creencia errónea de que existen los presupuestos objetivos de la causa de justificación (la persona dispara porque cree, erróneamente, que la víctima iba a dispararle).

Las diferencias entre lo real y lo putativo, son a veces difíciles de apreciar y dependen de diversas circunstancias objetivas y subjetivas, por lo que es necesario dejar un cierto margen al individuo en la apreciación de la realidad concreta.

Los criterios de imputación objetiva, parecen razonables para ser aplicados en estos casos y permitimos establecer entonces que actúa *ex ante*, dentro de los márgenes admitidos socialmente. Al apreciar el presupuesto de una causa de justificación, puede considerarse que actúa de manera justificada, aunque *ex post* resulte que su percepción fue errónea.

El verdadero error con relevancia jurídica, se producirá cuando la persona traspase en su apreciación, los límites del riesgo permitido y de lo razonable y adecuado socialmente.

Para constatar los presupuestos objetivos de las causas de justificación, no se pueden desechar las representaciones, creencias subjetivas, conocimientos especiales, etc., que tuvo el sujeto en el momento de su actuación. Pero tampoco serán los criterios subjetivos, los únicos por tomar en cuenta, para constatar la existencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

En los supuestos de error *in persona* o de *aberratio ictus* en la realización de un acto amparado por una causa de justificación, si el error se debe a la imprudencia y esta es punible, se aplicará el tipo imprudente que corresponda. Si es invencible, se aplicará la justificante sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera exigirse.

2.7.2.- Error sobre los límites y la existencia de la causal de justificación

En cuanto a límites, el sujeto que actúa pudo haber creído que su acción estaba autorizada, (la policía que cree que puede disparar contra todo el que pase el semáforo en rojo), o también, puede darse un error sobre la existencia de la causa de justificación (creer que se puede defender la patria, creando un grupo armado antiterrorista).

Este error puede dar lugar a una exclusión de la culpabilidad por error de prohibición, si este es invencible, o a su atenuación si resultara vencible.

2.7.3.- Ausencia del presupuesto subjetivo de la justificación

Cuando falta el elemento subjetivo de la justificación, aunque exista el elemento objetivo, como en el caso de quien dispara contra su enemigo, sin saber que este le estaba esperando para matarlo. Se ha discutido si procede un castigo por tentativa, pues aunque el resultado pretendido por el autor se ha producido y, objetivamente constituye la consumación de un delito, lo cierto es que el ordenamiento jurídico no lo desapueba. Estaríamos frente a un desvalor de acción que fundamenta la punición conforme a la tentativa; pero no un desvalor de resultado que justificaría la punición por delito consumado.

2.7.4.- Justificación incompleta y atenuación de la pena

La antijuridicidad puede ser graduada, ya sea que admita variaciones según su gravedad. Por ejemplo, matar a otro con alevosía convierte al simple homicidio en un delito calificado. En otros casos, la diversa gravedad se refleja en un tipo calificado o privilegiado derivado del tipo básico, lo que incide en las reglas para la determinación de la pena.

Las causas de exclusión de la antijuridicidad solo permiten excluirla, cuando se presentan completos sus elementos objetivos y subjetivos. La ausencia de alguno de ellos o el exceso en el ejercicio de la causa, pueden incidir atenuando el juicio sobre merecimiento de la pena.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2.^a edición ampliada y renovada, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad. La ley, 1986.

BAJO FENÁNDEZ. La intervención médica contra la voluntad del paciente. ADP, 1979.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. La Legítima Defensa. San José, Editorial Juritexto.

CARBONELL MATEU. La justificación penal: fundamentos, naturaleza y fuentes.

CEREZO MIR. La eximente de obrar en cumplimiento del deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. ADP, 1987.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuridicidad en el derecho penal.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de antijuridicidad material. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 3.^a edición, 2003.

GONZÁLEZ, José Arnoldo / VARGAS, Omar / CAMPOS ZÚÑIGA, Mayra. Teoría del Delito a la luz de la Jurisprudencia. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 1999.

GUTIÉRREZ MOYA, Priscilla. Violencia Doméstica y Legítima Defensa. San José, Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

HASSEMER, Winfried / LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Madrid, 1997.

LARRAURI PIJOAN. Violencia doméstica y legítima defensa. RDPC, 1997.

LARRAURI VARONA. Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. JD, 1994.

MOLINA FERNÁNDEZ. Antijuridicidad penal y sistema del delito. Barcelona, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Valencia, Tirant lo blanch, 3.^a edición, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco / ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General Navarra (España), Editorial Aranzadi S.A., 3.ª edición revisada y puesta al día, 2002.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Editorial Civitas S.A., traducción de la 2.ª edición alemana, 1997.

ROXIN, Claus. Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. CPC, 1992.

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. Derecho Penal, parte general. Doctrina y Jurisprudencia. San José, Editorial Jurídica Continental, 1999.

SILVESTRONI, Mariano H. Teoría constitucional del delito. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2004.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2.ª edición, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2.ª edición, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2.ª reimpresión corregida, 2005.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 33350