

“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 II



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 33350

TOMO II



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 II

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



CONTENIDO

IV.- CUARTO MÓDULO	
CULPABILIDAD	277
1.- Concepto y fundamentos.....	279
2.- La función de la culpabilidad en el marco de nuestro ordenamiento jurídico	282
3.- Elementos de la culpabilidad	285
3.1.- Imputabilidad o capacidad de culpabilidad	287
3.1.1.- Inimputabilidad	390
3.1.2.- Imputabilidad disminuida	297
3.1.3.- “Actio libera in causa” y perturbación provocada	300
3.1.4.- Estado de emoción violenta	311
3.2.- Conocimiento de la antijuridicidad	325
3.2.1.- Error de prohibición.....	326
3.2.2.- Error de prohibición directo	329
3.2.3.- Error de prohibición indirecto	333
3.2.4.- Error de comprensión culturalmente condicionado.....	337
3.3.- Exigibilidad de otra conducta	340
3.3.1.- Coacción o amenaza y el estado de necesidad “exculpante”	341
3.3.2.- La obediencia debida	347
3.3.3.- La necesidad exculpante en los delitos culposos	347
4.- Graduación de la culpabilidad y fundamentación en la solicitud de las penas.....	348
V.- QUINTO MÓDULO	
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	353
1.- Autoría	355
1.1.- Nociones generales sobre el concepto	355
1.2.- Teoría del dominio del hecho	357
2.- Diferencias entre autoría y participación	367
3.- Clases de autoría.....	368
3.1.- Autoría directa individual.....	368
3.2.- Autoría mediata	368
3.2.1.- Límites a la autoría mediata.....	370
3.2.2.- Casos de exclusión de la autoría mediata	371
3.3.- Coautoría	374
3.3.1.- Características y requisitos de la coautoría	383
3.3.2.- Aspecto objetivo y subjetivo	386

3.3.3.-	Retiro del acuerdo por un coautor	389
3.3.4.-	Casos de exclusión de la coautoría	390
3.3.5.-	Los excesos y la coautoría	390
3.3.6.-	Otros antecedentes jurisprudenciales.....	392
4.-	Participación	398
4.1.-	Aspectos generales y fundamento de la punibilidad del partícipe.....	398
4.2.-	Accesoriedad de la participación	400
4.3.-	El error del partícipe.....	400
4.4.-	Formas de participación.....	401
4.4.1.-	Inducción o instigación.....	401
4.4.1.1.-	Requisitos de la instigación o inducción	402
4.4.1.2.-	Formas de la instigación	404
4.4.2.-	Complicidad	409
4.4.2.1.-	Requisitos de la complicidad.....	410
4.4.2.2.-	Otros antecedentes jurisprudenciales.....	416
4.4.2.3.-	Complicidad como aumento causal del riesgo. Acciones profesionalmente condicionadas y acciones diarias.....	420
4.5.-	La participación en los delitos especiales	420
5.-	Comunicabilidad de las circunstancias	421
6.-	Problemas de determinación de autoría en delitos de delincuencia organizada y económica empresarial	434

VI.- SEXTO MÓDULO

ÍTER CRÍMINIS **439**

1.-	El íter críminis.....	441
2.-	Fases del íter críminis.....	441
2.1.-	Fase interna	441
2.2.-	Fase intermedia	442
2.3.-	Fase externa	442
3.-	La tentativa	448
3.1.-	Concepto y generalidades	448
3.2.-	El fundamento del castigo de la tentativa	454
3.3.-	El dolo en la tentativa.....	456
3.4.-	Elementos de la tentativa.....	458
3.5.-	Clases de tentativa.....	464
3.5.1.-	Tentativa idónea e “inidónea”	464
3.5.2.-	Tentativa acabada e inacabada	469
3.5.3.-	Tentativa desistida.....	471
3.5.4.-	Requisitos del desistimiento voluntario	472
3.5.5.-	Instigadores, cómplices y coautores en relación con el desistimiento	480

3.5.6.- Casos especiales de tentativa	480
3.5.7.- Tentativa en los delitos omisivos.....	480
4.- La penalidad	481
4.1.- Condiciones objetivas de penalidad.....	481
4.2.- Excusas absolutorias	482
4.3.- Causas de extinción de la responsabilidad criminal	482

VII.- SÉPTIMO MÓDULO

UNIDAD Y PLURALIDAD DE CONDUCTAS TÍPICAS

EL CONCURSO DE DELITOS Y DE LEYES..... 487

1.- Generalidades	489
2.- Unidad de acción y de delito.....	492
3.- El concurso ideal	500
3.1.- Aspectos generales.....	500
3.2.- Penalidad del concurso ideal	507
4.- El concurso real o material	529
4.1.- Aspectos generales.....	529
4.2.- Concurso real retrospectivo	531
4.3.- Penalidad del concurso material	532
5.- El delito continuado	550
5.1.- Aspectos generales.....	550
5.2.- Penalidad del delito continuado	554
6.- Concurso aparente de delitos.....	567
6.1.- Aspectos generales.....	567
6.2.- Efectos del concurso aparente.....	575
6.3.- Penalidad del concurso aparente.....	576

VIII. OCTAVO MÓDULO

EL MÉTODO DEL CASO..... 587

1.- El método de la resolución de casos	587
2.- ¿Qué es un caso?	588
3.- Utilidad de la teoría del delito	589
4.- Pasos para la resolución de un caso.....	589

CUARTO MÓDULO

CULPABILIDAD

- 1.- Concepto y fundamentos
- 2.- La función de la culpabilidad en el marco de nuestro ordenamiento jurídico
- 3.- Elementos de la culpabilidad
 - 3.1.- Imputabilidad o capacidad de culpabilidad
 - 3.1.1.- Inimputabilidad
 - 3.1.2.- Imputabilidad disminuida
 - 3.1.3.- “*Actio libera in causa*” y perturbación provocada
 - 3.1.4.- Estado de emoción violenta
 - 3.2.- Conocimiento de la antijuridicidad
 - 3.2.1.- Error de prohibición
 - 3.2.2.- Error de prohibición directo
 - 3.2.3.- Error de prohibición indirecto
 - 3.2.4.- Error de comprensión culturalmente condicionado
 - 3.3.- Exigibilidad de otra conducta
 - 3.3.1.- Coacción o amenaza y el estado de necesidad “exculpante”
 - 3.3.2.- La obediencia debida
 - 3.3.3.- La necesidad exculpante en los delitos culposos
- 4.- Graduación de la culpabilidad y fundamentación en la solicitud de las penas

1.- Concepto y fundamentos

La culpabilidad es algo más que la simple posibilidad de poder actuar de un modo distinto de como se actuó. Es cierto que, entre varias acciones posibles, se puede elegir, pero definir cuáles son las razones que motivaron la elección, es algo que no podemos llegar a conocer de manera suficiente.

La culpabilidad no es solo un fenómeno individual, **sino también social**; no es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella.

El fundamento social de la culpabilidad deriva del hecho de que el Estado, en un determinado momento histórico, producto de la correlación de fuerzas existentes en el momento, definió los límites de lo culpable y lo no culpable, de la libertad y de la no libertad.

Debe tenerse presente que “culpabilidad” y “principio de culpabilidad” no son exactamente lo mismo. El primero está representado por el aforismo “*nulla poena sine culpa*”, el cual implica la imposibilidad de castigar a un sujeto que actúe sin culpa. De igual forma, el principio de culpabilidad incluye el concepto de derecho penal de acto, según el cual, no interesa la personalidad del sujeto sino el hecho delictivo que realiza. También implica que la culpabilidad es el límite de la pena.

El principio de culpabilidad se convierte en un límite a la intervención del Estado, en tanto implica una necesaria demostración de culpabilidad en cada caso concreto.

Podemos entender la culpabilidad como categoría de la teoría del delito, como el juicio de reproche o exigibilidad que se le formula al sujeto activo que, aunque podía ajustar su comportamiento a derecho, no lo hizo. De esta forma, los elementos de la culpabilidad estarían conformados por: **la imputabilidad, el conocimiento de la ilicitud y la exigibilidad.**

Este concepto es objeto modernamente de una polémica, entre quienes plantean el abandono del principio para sustituirlo por una noción funcional, así como quienes cuestionan la posibilidad de la libre determinación de la persona al momento de cometer el hecho. Su carácter ético moral, inadmisibles en un Estado de derecho y entre quienes le niegan al Estado, la posibilidad de practicar la retribución judicial y señalan que es irracional pretender que la pena pueda compensar el daño ocasionado.

Las diversas alternativas que se ofrecen, sin embargo, no exponen un panorama claro y debemos aceptar que un concepto ideal de culpabilidad, exento de contradicciones o críticas, **no ha sido encontrado todavía.**

De esta manera, mientras el comportamiento desviado sea tratado mediante la aplicación de penas, el principio de culpabilidad aparece como imprescindible.

Culpabilidad es entonces un juicio de exigibilidad, en virtud del cual, se le imputa a la persona la realización de un injusto penal, dado que, en virtud de las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, al realizarlo, se hallaba en posibilidad de dirigir su comportamiento de una manera acorde con lo que le exigía el ordenamiento jurídico y no lo hizo.

Este concepto evidencia **el carácter individual y social de la culpabilidad**, en la medida en que se es responsable, en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada y en función de una variedad de condiciones de diverso orden, que inciden en el comportamiento individual.

El juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios del Estado social y democrático de derecho, debe corresponder a sus postulados básicos inspiradores, encabezados por el respeto a la dignidad de la persona humana.

La culpabilidad es juicio de exigibilidad normativa, limitado por los principios que aseguran la convivencia civilizada en un Estado democrático de derecho.

Se espera que, a partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural, la persona pueda motivarse por los mandatos normativos. El fundamento común de estos criterios, se encuentra en aquellas facultades que le permiten al ser humano, participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida común, pacífica y justamente organizada.

La capacidad para reaccionar frente a determinadas exigencias normativas, permite la atribución de una acción a un sujeto, de manera que, cualquier alteración a esta capacidad, (cualquiera que sea el origen de la misma), deberá determinar la exclusión o la atenuación de la culpabilidad, según el caso.

Precisamente, en el juicio de culpabilidad, se analiza si, frente a esas exigencias normativas, la persona estaba en capacidad de ajustar su conducta a estas. Para ello se examina –como se verá en detalle más adelante– si tenía capacidad de comprender el carácter ilícito de los actos o de ajustar su conducta a esa comprensión; si conocía la ilicitud de su proceder y si había alguna causa que le impedía realizar una conducta adecuada al ordenamiento. En esta fase deben valorarse **las condiciones particulares de una persona**, para determinar el grado de reproche por su actuación contraria a derecho.

Por ello, a manera de ejemplo, no podría hacerse el mismo juicio de reproche por un accidente de tránsito que le produjo lesiones a una persona que apenas inicia la conducción de vehículos, que al chofer de un autobús o camión con una experiencia de varios años,

pues a los conductores de vehículos de servicio público, se les exige un mayor cuidado en su labor, porque esa es precisamente su especialidad, en donde se desempeñan todos los días y forman parte de la explotación de un riesgo permitido, lo cual justifica que se les exija un mayor nivel de cuidado en la conducción²¹⁵.

De esta forma, la exigencia de un determinado grado de participación subjetiva del autor en el hecho, la normalidad psíquica de este, el conocimiento de la antijuridicidad, etc., suponen un avance hacia una concepción democrática del derecho penal, en tanto limitan el poder punitivo del Estado, con base en consideraciones emanadas al tomar en cuenta la propia dignidad del ser humano, como sujeto responsable.

En la corriente de pensamiento funcionalista, particularmente la expuesta por Jakobs, el concepto de culpabilidad se reduce a una necesidad de prevención general positiva, sin datos psicológicos, la cual deduce que las ciencias psicológicas y sociales no pueden aportar nada al concepto de culpabilidad y que la inimputabilidad no es más que la falta de competencia para cuestionar la validez de la norma.

Desde esta perspectiva funcional, si la población no percibe la incapacidad de la persona que actúa, se alarma por la violación de la norma, y su vigencia se debilita, por lo que, desde el funcionalismo, parece acertado pasar por alto la verdadera incapacidad y condenar al sujeto, porque es necesario para reafirmar la vigencia de la norma en la población.

Aunque paralelamente se ha señalado el peligro de esta interpretación, en cuanto podría también concluirse que, cuando un sujeto es percibido como loco por la opinión pública, habrá que considerarlo inimputable, porque todo poder punitivo será innecesario para ratificar la validez de la norma. Además, aunque no se diga de manera expresa, podría entenderse que el reforzamiento de la confianza en el sistema, demandará el control psiquiátrico de quien no es incapaz. Por esta vía, podríamos llegar a la psiquiatrización de los disidentes, como lo señalan autores como Zaffaroni.

A la posición funcionalista, que cataloga el libre albedrío y la culpabilidad como ficciones indemostrables, autores como Mariano Silvestroni le contestan que, en todo caso, la culpabilidad sería **“una ficción en beneficio del autor”**, ya que su efecto es introducir determinadas causales de inculpabilidad que son situaciones donde **es perfectamente demostrable la falta de libertad**. Si se partiera de la base de que nadie es libre para decidir, no existirían entonces razones para no aplicar penas aun en casos de minoría de edad, errores invencibles o incluso estados de coacción que impedirían a la persona actuar de otro modo. Si nadie es libre y la libertad no es el fundamento de la sanción penal, podrían aplicarse penas a pesar de la ausencia de libertad, lo que lleva a un resultado final

215 Tribunal de Casación, voto n.º 2003-447 de las 11:30 hrs. del 22 de mayo de 2003.

más desventajoso para el destinatario de las garantías. En este sentido, el reconocimiento del libre albedrío es más compatible con nuestra noción de Estado social y democrático, respetuoso de los derechos fundamentales.

Por su parte, el profesor Fernando Velásquez nos expone con sensatez que no existe un concepto de culpabilidad exento de contradicciones, y que por ahora no encontraremos un concepto ideal de culpabilidad. Sin embargo, nos señala que resulta compatible con el Estado de derecho entenderlo como un juicio de carácter eminentemente normativo, fundado en la exigibilidad, evidenciando su carácter individual y social, en la medida en que se es responsable en un contexto histórico concreto.

2.- La función de la culpabilidad en el marco de nuestro ordenamiento jurídico

Sobre el tema de la culpabilidad como **base de la responsabilidad penal y límite para la imposición de la sanción**, nuestra jurisprudencia ha señalado que de la relación de los artículos 22, 37, 39 y 40 de la Constitución Política, se derivan la autorización y la legitimidad del Estado para imponer penas a los que sean encontrados **culpables** de un hecho delictivo (principio *nullum poena sine culpa*). Estas penas no pueden ser crueles ni degradantes y tampoco perpetuas.

Asimismo, de conformidad con el artículo 28, párrafo segundo de la Constitución y los principios inspiradores del sistema democrático que consagran los artículos 9 y 11 constitucionales (razonabilidad y proporcionalidad), la imposición de penas por parte del Estado, se entiende legítima siempre que sea utilizada **como última respuesta en protección de bienes jurídicos esenciales**, de manera que la pena pueda ser **proporcionada** a la lesión que se ha ocasionado o que se quiere evitar y a la importancia de los bienes jurídicos comprometidos.

La concreción de las penas y de la política criminal es un aspecto que define cada sociedad a través de sus legisladores, como también el tipo de conductas que sanciona, la duración de las penas y las condiciones de su cumplimiento (sin perderse de vista el respeto a los derechos fundamentales del ser humano y los principios sentados en las convenciones internacionales).

En lo que respecta al medio costarricense, la Sala Constitucional ha entendido la pena como la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a la ley por órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de un delito. Esta restricción puede dirigirse a bienes de su pertenencia, a la libertad personal, a la propiedad, etc. En este sentido, la

línea jurisprudencial más reciente ha sostenido **la función rehabilitadora de la pena de prisión**, con fundamento en el mandato previsto por el artículo 51 del Código Penal²¹⁶, así como por las convenciones internacionales suscritas por nuestro país²¹⁷.

Ahora bien, si la pena es una restricción de derechos o bienes jurídicos importantes del condenado que cumple con los presupuestos esenciales de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y parte de la necesaria demostración de culpabilidad, además de los presupuestos para que el poder penal se ejerza legítimamente en un Estado de derecho y de los requisitos desarrollados por la teoría del delito, ya en cuanto a la pena en sí misma, **el fundamento esencial de esta vendría a ser la culpabilidad**.

La Sala Tercera²¹⁸ ha señalado que como la pena es la consecuencia de la realización del delito, ante la demostración de este último, la efectiva imposición de la pena y la correlativa ejecución del castigo, resultan necesarias, pues de lo contrario los ciudadanos no creerían en la realidad de la amenaza ni la vigencia del derecho penal. De la misma forma, la ejecución de la pena persigue el doble propósito de que el culpable no vuelva a cometer delitos durante el tiempo de la sanción, y por otra parte, se tenderá a conseguir que este supere las circunstancias que lo llevaron a delinquir, y libremente decida no reincidir. Todo este proceso parte de la premisa de que el ciudadano está en condición de entender el mensaje del ordenamiento jurídico (que la conducta delictiva fue llevada a cabo con suficiente grado de voluntad, como para serle subjetivamente imputada como propia). Si dicha libertad de este para decidir no existiera, no sería racional la amenaza de pena, ni sería lícita su imposición.

Por lo expuesto, la importancia de la culpabilidad consistiría, no solo en que esta es un elemento más de la teoría del delito, sino que también funciona como garantía al ciudadano de una respuesta proporcional al juicio de reproche que corresponda hacer por la acción realizada.

216 Artículo 51.- La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora. Su límite máximo es de cincuenta años, (Así reformado por el artículo 1 de la ley n.º 7389 de 22 de abril de 1994).

217 Ver voto de la Sala Constitucional n.º 2001-10543 de las 14:46 hrs. del 17 de octubre de 2001.

218 En este sentido, pueden consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 446-F-92 de las 15:40 hrs. del 25 de septiembre de 1992; n.º 511-F-93 de las 9:00 hrs. del 10 de septiembre de 1993; n.º 561-F-93 de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993; n.º 713-F-93, de las 10:55 hrs. del 17 de diciembre de 1993; n.º 131-F-94 de las 9:00 hrs. del 13 de mayo de 1994, y más recientemente, votos n.º 2004-920 de las 10:55 hrs. del 30 de julio de 2004; n.º 2005-1020 de las 9:00 hrs. del 9 de septiembre de 2005; n.º 2005-1165 de las 10:55 hrs. del 10 de octubre de 2005 y n.º 2006-474 de las 8:50 hrs. del 26 de mayo de 2006.

Para la Sala Tercera²¹⁹ la **culpabilidad**, siguiendo la **teoría normativa** (adoptada por nuestra jurisprudencia, por estimarse más ajustada a una visión racionalizadora del derecho penal), significa **reprochabilidad**, es decir, que la acción u omisión que es típica y antijurídica, pueda serle atribuida al sujeto como una **conducta libre y voluntaria** y, por ende, pueda serle **reprochada**, mediante la imposición de la pena prevista para el delito concreto.

Para la teoría normativa, a diferencia de la antigua teoría psicológica (que hacía depender el *quantum* de la pena del dolo o culpa con que había actuado el sujeto), el reproche depende de la mayor o menor exigibilidad para que el sujeto –en la situación concreta– actuara conforme el derecho esperaba.

La **culpabilidad normativa** obliga al operador del sistema a apreciar **las circunstancias que rodean al agente en el momento del hecho**, para establecer si el ordenamiento jurídico podía –bajo esas circunstancias concretas– requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho. De esta forma, cuanto más exigible fuera para esta persona que adecúe su conducta al ordenamiento, más reprochable será su comportamiento ilícito, y por tanto, será merecedor de mayor pena; por el contrario, cuanto menos exigible sea, menos reprochable será.

Según la doctrina normativa de la culpabilidad, recogida por nuestro ordenamiento jurídico penal, el juicio de reproche sobre el autor de un hecho típico y antijurídico, descansa en la capacidad del mismo (la cual se debe fijar al momento del hecho) de conocer el carácter ilícito de sus actos y de adecuar su conducta a dicho conocimiento.

En consonancia con dicha concepción, la Sala Tercera señala, como componentes de la culpabilidad en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, los siguientes: a) La capacidad de culpabilidad, conocida como imputabilidad. b) La capacidad de adecuarse a esa comprensión o reprochabilidad. c) La exigibilidad del comportamiento conforme a la norma.

Para emitir el juicio de culpabilidad, se debe entonces partir del reconocimiento de **una base de libertad en el sujeto para decidir**, identificable al menos con su capacidad para recibir los mensajes normativos y adaptar su conducta a los mismos. Dentro de este contexto, la afirmación de que *un sujeto que pudo y debió motivarse por la norma no lo hizo, llevando a cabo una conducta delictiva*, equivale a indicar que el sujeto pudo y debió llevar a cabo una conducta distinta de la que efectivamente actuó; es decir, que el sujeto **era libre de decidir si llevaba a cabo o no esa conducta adecuada a la norma**.

219 Ver votos de la Sala Tercera [n.º 446-F-92](#) de las 15:40 hrs. del 25 de septiembre de 1992; [n.º 511-F-93](#) de las 9:00 hrs. del 10 de septiembre de 1993; [n.º 561-F-93](#) de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993; [n.º 713-F-93](#), de las 10:55 hrs. del 17 de diciembre de 1993, [n.º 131-F-94](#) de las 9:00 hrs. del 13 de mayo de 1994, y más recientemente, votos [n.º 2004-920](#) de las 10:55 hrs. del 30 de julio de 2004; [n.º 2005-1020](#) de las 9:00 hrs. del 9 de septiembre de 2005; [n.º 2005-1165](#) de las 10:55 hrs. del 10 de octubre de 2005 y [n.º 2006-474](#) de las 8:55 hrs. del 26 de mayo de 2006.

La concepción normativa de la culpabilidad, precisamente, se basa en esa libertad del sujeto para decidir actuar de un modo u otro, cuando en un derecho penal, propio de un Estado social y democrático de derecho, no se puede castigar a quien no se motivó, aunque podría haberlo hecho, es decir, a quien no tuvo la capacidad de optar entre llevar a cabo la conducta adecuada a la norma, motivándose por ella, o a la contraria, no motivándose.

De conformidad con lo expuesto, para la Sala Tercera surgen entonces varios presupuestos que hacen de la culpabilidad una exigencia ineludible en un sistema respetuoso de los derechos fundamentales: a) Se es culpable si se tiene la capacidad de comprender —en general— el carácter ilícito o no de las conductas. b) Se es culpable, además, si teniendo esa capacidad, se puede obrar conforme a ese conocimiento, escogiendo libremente el comportamiento que se adecúe o que no lesione la norma. c) Si se escoge de manera libre la conducta transgresora, la sanción que el tipo penal establece, deberá ser individualizada como reproche en el caso concreto, considerando las especiales condiciones de la persona por sancionar y delimitando la pena según el reproche que se le pueda hacer.

Una vez establecido ese reproche, debe concretarse en la imposición de la pena necesaria para el sujeto, para lo cual deben ponderarse, proporcionalmente, **los parámetros establecidos en el artículo 71 del Código Penal**, como son los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o del peligro, las circunstancias de modo tiempo y lugar y la calidad de los motivos determinantes, etc.

La importancia política de esta conceptualización de la culpabilidad, como exigibilidad y como reproche, radica también en que se trata de sancionar al sujeto por una conducta específica que resulta típica y antijurídica, **no por su personalidad o su forma de vida**; es decir, responsabilidad por el acto o la conducta y no por la forma de ser o vivir. La individualización de la pena —adecuar la sanción al nivel de reproche que corresponda hacer a la persona responsable—, implica realizar un esfuerzo de concreción y de análisis de las características de esa persona que ayudan a imponer la pena justa y proporcionada a su culpabilidad. Así es como, además de elemento necesario para la teoría del delito, la culpabilidad se convierte en garantía de una pena justa y se adapta al nivel de reproche que —dentro de los límites de la pena ya definida, no son disponibles— corresponde realizar en cada caso concreto²²⁰.

3.- Elementos de la culpabilidad

La afirmación de la culpabilidad de una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico, requiere de la confirmación de la presencia de una serie de requisitos, sin los cuales, no se podría hablar de culpabilidad.

220 Sala Tercera, votos n.º 2005-1020 de las 9:00 hrs. del 9 de septiembre de 2005 y n.º 2006-474 de las 8:55 hrs. del 26 de mayo de 2006.

La persona debe tener la capacidad para sentirse motivada por la norma; debe conocer su contenido, y debe encontrarse en una situación donde pueda regirse, sin grandes esfuerzos, por ella.

Los elementos de la culpabilidad, tal como se han señalando, son: 1.- Imputabilidad o capacidad de culpabilidad. 2.- Conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. 3.- Exigibilidad de un comportamiento distinto o de otra conducta.

1.- Imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Incluye los supuestos referidos a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse.

2.- Conocimiento de la antijuridicidad del hecho. La persona debe conocer, a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones normativas, para poder motivarse de acuerdo con ellas. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización. La norma no lo motiva, y su infracción, si bien puede ser típica y antijurídica, no se le puede atribuir a título de culpabilidad.

3.- La exigibilidad de un comportamiento distinto. El derecho no puede exigir comportamientos heroicos. Las normas tienen un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Sin embargo, esta exigibilidad parte del supuesto de que el autor, en el caso concreto, pudo comportarse de manera diferente a como lo hizo, es decir, tenía todas las posibilidades de no cometer el ilícito, por tener capacidad para motivarse y conocer el carácter ilícito de la conducta.

Estos tres elementos **son graduables**, de manera que su ausencia puede tener un efecto excluyente o solo atenuante de la culpabilidad. Así ha sido reconocido también por nuestra jurisprudencia, en donde se ha indicado que las reglas de esta graduación son aquellas que brotan, precisamente, del caso concreto, de las circunstancias culturales y sociales que rodean al sujeto activo, así como también de las circunstancias que influyeron en el hecho investigado. Para tal efecto, y de conformidad con el artículo 71 del Código Penal, el ejercicio que debe llevarse a cabo, consiste en **la observación y aquilatamiento de todos aquellos elementos y circunstancias que inciden en el autor para realizar el hecho punible**. Dentro de estas últimas, se encuentran incluidas todas aquellas que llevan al autor a un determinado comportamiento, conforme a sus creencias, sus pautas de conducta y su visión integral comunitaria, razón por la cual **el juicio de culpabilidad no puede ser el mismo para todas las personas**²²¹.

221 Al respecto pueden consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 561-F-93 de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993 (reiterado recientemente por el n.º 2005-1020 de las 9:00 hrs. del 9 de septiembre de 2005) y del Tribunal de Casación Pena, l n.º 2002-379 de las 9:35 hrs. del 17 de mayo de 2002; n.º 2003-447 de las 11:30 hrs. del 22 de mayo de 2003; n.º 2004-214 del 4 de marzo de 2004 y n.º 2005-406 de las 9:30 hrs. del 12 de mayo de 2005.

3.1.- Imputabilidad o capacidad de culpabilidad

El conjunto de facultades mínimas que se requiere para que una persona pueda ser considerada culpable, por haber realizado una conducta que reúne las condiciones de típica y antijurídica, es conocido como **imputabilidad o capacidad de culpabilidad**.

Nuestro Código Penal no establece un concepto de imputabilidad, pero el artículo 42 indica que es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental o de grave perturbación de la conciencia. De esta norma, interpretada a contrario sensu, se extrae que es imputable todo aquel sujeto que posea capacidad de comprender y de determinar su conducta²²².

La imputabilidad, entonces, implica considerar que el autor del hecho punible tiene las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas, para que pueda motivarse por los mandatos normativos.

Las facultades intelectivas y volitivas están condicionadas por otros factores, que también son relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad, tales como: factores psíquicos y socioculturales.

Las personas, en la interacción social que supone la convivencia, se ven obligadas **al intercambio y la comunicación con los demás**, y desarrollan facultades que les permiten conocer las normas que rigen la convivencia del grupo al cual pertenecen, y actúan de acuerdo con esas normas.

De esta manera, es la capacidad de motivación, a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de la imputabilidad.

La falta de desarrollo de esa capacidad, por carencia de madurez²²³, por defectos psíquicos o de cualquier origen, o por trastornos transitorios, impide hablar de culpabilidad.

La imputabilidad no se agota en una valoración de contenido psicológico psiquiátrico, sino que se traduce en un juicio cultural de carácter complejo **que abarca también lo**

222 Sala Tercera, voto n.º 2000-109 de las 10:00 hrs. del 28 de enero de 2000.

223 Téngase presente que en el medio costarricense, de conformidad con el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, son sujetos de responsabilidad 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. El Tribunal de Casación ha señalado que la circunstancia de una menor madurez, como consecuencia de la corta edad del agente, es un aspecto que debe considerarse al hacerse el examen de la capacidad de culpabilidad, tanto para la determinación del grado de reprochabilidad, como para lo relativo a la gravedad del hecho, que debe considerar las particularidades de la delincuencia juvenil. (Ver voto n.º 2003-274 de las 11:30 hrs. del 31 de marzo de 2003).

normativo, ya que no se es imputable en abstracto, sino en un concreto contexto social, cultural, histórico y antropológico, donde la persona actúa.

El concepto de imputabilidad corresponde a una categoría de contenido jurídico, que puede tomar como antecedentes las valoraciones de contenido psicológico y psiquiátrico. Pero los fiscales y los jueces deben tener claro que **no puede trasladarse a los profesionales en estas materias, la decisión final sobre la imputabilidad**.

El concepto de imputabilidad debe ser entendido en el contexto de una historia, una biografía, y debe ser referido a una estructura social determinada, como la consecuencia de un largo proceso de socialización que se inicia desde el nacimiento, y se continúa durante toda la vida con la “internalización” de las diversas exigencias normativas, sociales y jurídicas.

Cualquier alteración a ese proceso socializador, aunque no afecte las facultades volitivas e intelectivas, debe ser tenida en cuenta a la hora de formular un juicio de valor sobre el comportamiento de una persona; con mayor razón cuando se trate de afirmar o negar su capacidad para ser declarado culpable.

Los trastornos relevantes en la capacidad de motivación de una persona, deben tener una relevancia eximente o atenuante, en el contexto de un derecho penal de culpabilidad, procurando al mismo tiempo controlar o tratar en forma adecuada esos trastornos.

En realidad, la imputabilidad es una característica del acto, aunque provenga de una capacidad del sujeto. No hay una clasificación de las personas en imputables e inimputables, sino injustos que son imputables y otros que no lo son por razones de capacidad psíquica del autor.

En el ámbito costarricense, tal como vimos en el capítulo dedicado a la tipicidad penal, a partir del voto **n.º 446-F-92** de las 15:40 hrs. del 25 de septiembre de 1992, la Sala Tercera modificó su posición sobre el tema de la culpabilidad, al concluir que el examen de esta debía ser separado de la cuestión de la voluntad realizadora del tipo penal. De esta forma, la problemática del dolo y la culpa queda reservada exclusivamente para su análisis dentro del juicio de tipicidad, en tanto el análisis de culpabilidad se concreta a la tarea de reprochar el injusto al autor; es decir, de proceder a investigar la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión (el injusto sigue conservando sus características de ser una conducta típica y antijurídica).

Para un correcto examen de la culpabilidad, de acuerdo con esta posición jurisprudencial, lo que interesa al operador del sistema penal, es el examen de los extremos que permiten entender que el sujeto ha actuado conforme a un ámbito de libertad y de interiorización de la pauta normativa en la esfera paralela del lego. Esta tarea de “**interiorizar**” consiste en **conocer la pauta normativa** y, además, **introducirla en el contexto general de las valoraciones personales** que inspiran el comportamiento del sujeto en sociedad.

De lo anterior resulta que si el autor de un hecho típico y antijurídico (injusto), ha realizado la conducta, pero carece totalmente de la comprensión del carácter ilícito del hecho (primer nivel del juicio de culpabilidad, según el artículo 42 del Código Penal) por alguna razón que bien puede ser **psicopatológicamente inducida** o **culturalmente condicionada**, no se le puede reprochar el injusto que ha realizado y, por ende, no es posible imponer una pena, puesto que de acuerdo con los principios generales de legalidad y culpabilidad, el reproche personal de una conducta se hace, precisamente, en razón de que la persona no ha respondido a los deberes impuestos por las prohibiciones y mandatos del derecho, a pesar de haber podido hacerlo.

En este sentido, y siguiendo la teoría normativa de la culpabilidad, la Sala Tercera ha interpretado que el artículo 42 del Código Penal establece **dos niveles para determinar la capacidad de culpabilidad**, al disponer que

Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes.

A criterio de la Sala, esa “o” es excluyente, lo que significa que se está hablando de dos niveles, de ahí que pueden existir hipótesis donde el sujeto haya podido tener capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, pero no así que haya podido determinarse de acuerdo con lo que ha comprendido, y viceversa.

Según esta interpretación, es el análisis de las citadas hipótesis lo que preocupa al legislador cuando, por ejemplo, procede a indicar en ese artículo 42 que la enfermedad mental, la grave perturbación de la conciencia (provocada o no) por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes, puede incidir en ambos niveles del análisis del reproche. Todas las causas de exclusión del reproche (también llamadas causas de inculpabilidad) son supuestos de **inexigibilidad de otra conducta** y esa es su verdadera naturaleza jurídica.

Por lo anterior, cuando el operador del sistema penal encuentra que en un caso concreto no se puede imponer una pena, porque el sujeto, por ejemplo, ha actuado bajo un supuesto de coacción o de miedo insuperable que le ha coartado su capacidad de autodeterminarse, conforme a su comprensión de lo ilícito, debe concluir que no se trata de justificación de la conducta del inculpable, sino que simplemente no existe fundamento para el reproche jurídico penal, aun cuando la conducta permanece típica y antijurídica²²⁴.

224 Ver votos de la Sala Tercera n.º 446-F-92 de las 15:40 hrs. del 25 de septiembre de 1992 y n.º 561-F-93 de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993. Esta posición ha sido reiterada recientemente en los votos n.º 2005-1020 de las 9:00 hrs. del 9 de septiembre de 2005 y n.º 2005-1165 de las 10:55 hrs. del 10 de octubre de 2005.

De seguido pasaremos a examinar, en detalle, las causales excluyentes de la imputabilidad

3.1.1.-Inimputabilidad

La incapacidad total o parcial para comprender el carácter ilícito de la conducta, así como la ausencia de la capacidad para motivarse en los actos, atendiendo los mandatos normativos, son causa de exclusión de la culpabilidad por una condición que se denomina **inimputabilidad**.

El reproche de culpabilidad requiere no solo que el sujeto tenga la capacidad psíquica que le permita la comprensión de la antijuridicidad, sino, también, que esa capacidad tenga un grado tal, que permita hacerle exigible la adecuación de la conducta a la comprensión del desvalor jurídico.

De esta forma, en los casos de inimputabilidad, la persona se encuentra seriamente limitada, de manera análoga a la coacción, pero la limitación no proviene del exterior, sino del propio psiquismo del autor.

Tal como se indicó, nuestra jurisprudencia ha señalado que, en lo que respecta a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, con esta se designa y se analiza la posibilidad **psíquica biológica** del sujeto de determinarse por el cumplimiento de lo ordenado por el derecho. Por ello, en el análisis de imputabilidad, se siguen **un método y criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos**²²⁵. A este nivel, se analiza la existencia de estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves (enfermedad mental) de carácter orgánico, o de base biológica. Pero también se determina la existencia de trastornos, cuya causa no es orgánica, corporal o biológica. Estos trastornos, cuya causa no es orgánica o cuya base no es biológica, se denominan **trastornos de la conciencia**. Este análisis se realiza en el entendido de que, para que exista culpabilidad, para que pueda reprocharse una conducta ilícita a una persona, es necesario que el autor de la misma haya tenido **una capacidad psíquica que le permita disponer de un cierto grado o ámbito de autodeterminación**.

La determinación de si existe o no una enfermedad mental, o un grave trastorno de la conciencia, es relevante en tanto esos fenómenos inciden en la capacidad de comprensión y en la capacidad de voluntad del sujeto, en relación con un ilícito penal. Sin capacidad mental no existe autodeterminación, y, por tanto, no puede haber juicio de desaprobación por realizar un ilícito penal. En consecuencia, nuestra jurisprudencia asume que la imputabilidad en el derecho penal posee dos niveles de análisis: a) El primero de ellos

225 Téngase cuidado de no confundir el análisis de la imputabilidad con **el examen general de la culpabilidad**, el cual, como se verá, **es siempre normativo** y no psiquiátrico.

donde se requiere el diagnóstico o determinación psicológica o psiquiátrica sobre la existencia de enfermedades mentales o de graves trastornos de conciencia. b) El segundo se refiere a la incidencia o no de estos fenómenos en la capacidad de comprensión y voluntad respecto de lo prohibido y penado por el derecho. Es decir que el sujeto pueda, desde sus facultades psíquicas, comprender el carácter ilícito del hecho, y pueda dirigir su comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

Por lo anterior, jurisprudencialmente se ha interpretado que una cuestión es padecer una enfermedad mental o un grave trastorno de la conciencia, diagnosticado mediante pericia psicológica o psiquiátrica, y que con base en ello, y de conformidad con los artículos 42 y 43 del Código Penal, se concluya que existe una anulación (inimputabilidad) o una disminución (imputabilidad disminuida) de la capacidad de comprensión de que la conducta está prohibida y penada o una anulación o disminución de la capacidad de voluntad para dirigir dicha conducta. Estos aspectos deben ser analizados a nivel de la culpabilidad y si son verificados la excluyen. Otro asunto muy distinto es que se acredite la existencia de un factor o circunstancia objetiva, excusable, que provoca, por ejemplo, un estado de emoción violenta con el que disminuyen los frenos inhibitorios del autor, situación para la cual nuestra legislación prevé únicamente una atenuación de la pena (artículo 127 del Código Penal)²²⁶.

Doctrinalmente se señala que los trastornos arriba indicados pueden ser permanentes (cuando tienen una duración indeterminada) o bien transitorios. A estos últimos se les señalan cuatro requisitos: a) Debe tratarse de una reacción vivencial anormal, de causa inmediata, evidenciable, pasajera, que termina por la curación sin dejar huella. b) No implica necesariamente base patológica. c) Debe alterar significativamente la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de adecuarse de acuerdo con dicha comprensión. d) Puede ser de índole exógena o endógena.

Actúa en situación de inimputabilidad quien, al momento de cometer el hecho, atendidas las condiciones político- sociales y culturales concretas, no se encontraba en capacidad de comprender la ilicitud de su actuar, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, o ambas, por padecer un trastorno mental, una inmadurez psicológica, una grave perturbación de la conciencia o diversidad sociocultural.

Es necesaria la existencia de **un nexo de causalidad hipotética o un nexo normativo**, entre el trastorno mental o la inmadurez psicológica padecida por la persona y la conducta realizada. En este sentido, la inimputabilidad (total o parcial, de carácter permanente o transitoria), para ser exculpante, **debe estar presente al momento de los hechos**, y

226 Ver voto de la Sala Tercera, [n.º 2004-920](#) de las 10:05 hrs. del 30 de julio de 2004.

debe haber sido determinante en su producción. Pero no es tan relevante que dicho estado psicológico se mantenga o se prolongue hasta el momento del juicio²²⁷.

La existencia de estos trastornos debe ser al menos probada y diagnosticada mediante pericias idóneas, para que luego el Ministerio Público y los jueces, con base en la valoración de la pruebas y de acuerdo con los criterios de sana crítica, analicen su incidencia real a nivel de la capacidad de comprensión y voluntad del imputado, y su injerencia en la comisión del injusto; es decir, si la causa detectada afectó o no, de manera notable, el funcionamiento normal de la personalidad²²⁸.

Se debe tener muy presente que la Sala Tercera ha hecho énfasis en que valoraciones, por ejemplo, la capacidad de imputabilidad, responden al fuero interno, y por ello, **no bastan para determinar las simples observaciones externas por parte de los fiscales y los jueces**²²⁹.

227 En este sentido, votos de la Sala Tercera n.º 368-F-94 de las 9:40 hrs. del 23 de septiembre de 1994 y n.º 2003-1160 de las 10:40 hrs. del 19 de diciembre de 2003.

228 A nivel doctrinal se señala que, como buena parte de los trastornos mentales son constitutivos de enfermedad mental en sentido de la nosología psiquiátrica, puede tomarse como punto de partida una clasificación como la ofrecida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) u otra cualquiera, que puede ser la mantenida por direcciones del pensamiento psiquiátrico actual, que dividen los padecimientos mentales en: psicosis orgánicas y los síndromes psíquicos (v. gr. demencia senil, tumores cerebrales, parálisis progresiva); las psicosis de carácter endógeno (v. gr. esquizofrenia, paranoia, psicosis maniaco-depresiva); trastornos psíquicos derivados de reacciones de situación, y finalmente las oligofrenias en sus diversos grados. La presencia de cualquiera de estos padecimientos puede generar inimputabilidad, con la condición de que tenga la hondura e intensidad suficiente como para producir el efecto exigido por el artículo 42 del Código Penal. También constituyen causas de inimputabilidad el ser menor de 12 años, el trastorno mental transitorio (siempre que no haya sido autoprovocado), la sordomudez no adecuada (de nacimiento y sin instrucción especial), el sonambulismo y los hechos cometidos durante ataques de epilepsia (en dos últimos casos incluso se puede hablar de inexistencia de conducta).

229 Concretamente en el voto n.º 2006-473 de las 8:50 hrs. del 26 de mayo de 2006, se indica lo siguiente: [...] *Se entiende por culpabilidad: “[...] el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues –dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa– se encuentra en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos de orden jurídico y no obra pudiendo hacerlo [...]”, (Velásquez Velásquez: Derecho Penal Parte General, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1997, pp 547-548). Sus elementos configurativos se han definido como: 1) La capacidad de comprender la antijuridicidad y 2) La capacidad de dirigir las acciones de acuerdo con esa comprensión. A éste último elemento lo distingue la doctrina como imputabilidad en sentido estricto. Refiriéndose a la incidencia que tiene la insuficiencia de desarrollo mental en la imputabilidad del individuo que la padece, señaló Bacigalupo: “[...] La relevancia jurídico-penal de la insuficiencia intelectual está condicionada por el efecto excluyente de la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones [...]”, (Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1987, p 280). Aún Jakobs, que privilegia partir del baremo del hombre medio por sobre posiciones más individualistas del juicio de reproche (Welzel), otorga una consideración particular a los casos de oligofrenia al analizar la incapacidad de culpabilidad (disminución de las capacidades cognoscitivas), acotando que: “[...] El que la oligofrenia excluya la competencia para cuestionar la validez de la norma (y de qué normas), depende –a semejanza de la situación de niños y adolescentes– del grado de oligofrenia y de la medida de la socialización alcanzada a pesar del defecto. La Psiquiatría –y más esforzada por diferenciar– la Psicología distinguen la debilidad mental –la más relevante criminológicamente– (grado leve, que imposibilita obtener el grado de escolaridad, pero no aprender a leer y escribir; está mejor formada la inteligencia práctica) de* (Continúa en la siguiente página)

Sin embargo, debe considerarse también que la jurisprudencia ha aclarado que **no todo trastorno de personalidad, automáticamente convierte a la persona en inimputable**. Dicha posibilidad debe ser evaluada en cada caso. Véase el siguiente ejemplo: una mujer padece el síndrome denominado *Maunchausen by Proxy*, que se manifiesta en la conducta de llevar a su hija, reiterada y obsesivamente, ante profesionales médicos para que sea tratada por falsos padecimientos que su madre les narra, lo que a su vez da origen a la prescripción de diversos medicamentos (también por inducción de la madre) que no son requeridos por la menor, los cuales le producen a esta serios quebrantos de salud que incluso ponen en peligro su vida.

La Sala Tercera anuló, por defectos de fundamentación, la sentencia absolutoria –basada en una presunta inimputabilidad –dictada a favor de dicha mujer por el delito de tentativa de

*la imbecilidad (grado medio...) y de la idiocia (grado agudo...) [...]”, (Derecho Penal Parte General, tomo I, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 636). Ahora bien, cabe hacer énfasis en que el ordenamiento jurídico vigente distingue claramente dos situaciones: La ausencia absoluta de alguno de los elementos integrantes de la imputabilidad (utilizada en el Código Penal que rige, en sentido amplio) – artículo 42 ejúsdem – con lo que desaparecería la responsabilidad penal o bien, dichas capacidades pueden concurrir, aunque en forma incompleta, lo que daría lugar a imputabilidad disminuida. En la especie, no obstante partirse de que MM padecía de retraso mental, el a-quo rechazó la solicitud de la defensa para que se le realizara una pericia a efecto de determinar su capacidad de culpabilidad, motivando dicha decisión en que: “[...] Del interrogatorio del encartado extrajo el tribunal la conclusión de que no era necesario su examen técnico. El encartado respondió con coherencia a su interrogatorio. Además, indicó no tener antecedentes psiquiátricos de ningún tipo. Solo refirió un problema de aprendizaje en la niñez, que por lo demás no le impidió llegar hasta quinto grado. Su memoria se mostró normal, al punto que recordó los grados en que había fallado en la escuela. Más aún, ejerció su defensa material en forma adecuada, negando las manifestaciones de la imputada MG que lo involucraban en el hecho. Es claro entonces que no tiene dificultad congénita o volitiva notoria que permita dudar de su capacidad de comprender el carácter ilícito de sus actos o de comportarse conforme a esa comprensión [...]”, (folio 371). Se está entonces ante un supuesto de retardo mental leve, que dada la naturaleza de la afección y las observaciones del Tribunal, no elimina del todo las capacidades de comprensión de la antijuridicidad del hecho y de determinarse de acuerdo a ella en el justiciable (es decir, no se trata de un supuesto de inimputabilidad). Sin embargo, el razonamiento de los Juzgadores, que podría resultar de recibo para excluir la concurrencia de inimputabilidad, no insuficiente para evitar la concurrencia de imputabilidad disminuida. El ordenamiento jurídico otorga idéntico tratamiento a los casos de inimputabilidad e imputabilidad disminuida (artículo 98 del Código sustantivo). Adicionalmente, ya esta Sala de Casación ha establecido, que valoraciones tales como la capacidad de imputabilidad responden al fuero interno y por ello no bastan para determinarla, simples observaciones externas. En este sentido, se indicó en un caso similar que: “[...] la posición del Tribunal sentenciador de basarse en lo percibido por los oficiales que intervinieron en el allanamiento, así como en lo que muestra la cinta de video, resulta insuficiente para saber cuáles son los alcances del mencionado padecimiento y cómo podría éste haber afectado al endilgado para el momento de su detención, así como para determinar desde cuándo se habría producido tal afectación y su nivel de intensidad. Es decir, se requería una opinión científica, vertida desde el campo de la medicina, que hiciera posible dilucidar esas interrogantes. Sin embargo, no se aprecia que un dictamen en tal sentido se hubiese emitido, razón por la cual la sentencia cuestionada deviene infundada. Esto porque el estado externo de un individuo (lo que podría ser apreciado por los policías o por los propios jueces a través del video) no necesariamente refleja lo que sucede a su interior y como el problema de la imputabilidad del sujeto está relacionado con su fuero interno, se requiere del esclarecimiento de los puntos mencionados para ser resuelto conforme a Derecho. (# 1160, de las 10:40 horas del 19 de diciembre de 2003). En consecuencia, procede **declarar con lugar** el motivo. El único defecto detectado, se refiere específicamente a la determinación de si el imputado posee la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y adecuar su conducta de acuerdo a esa comprensión [...]”*

homicidio calificado. Aun cuando, se considere que no está probado que la imputada tuviera “*la intención consciente y determinada*” de darle muerte a su hija, consideró la Sala que el *a quo* no fue congruente en sus planteamientos, pues no descartó que aquella estuviera en el goce pleno de sus facultades mentales o que al menos su conducta patológica, interfiriera con su conocimiento y voluntad en alguna medida, lo que podría derivar no solo en un caso de dolo eventual, sino también en una disminución de la imputabilidad o de inimputabilidad absoluta.

En cuanto a estas dos últimas condiciones, no se llevó a cabo ningún pronunciamiento en la sentencia impugnada, y que en el caso de estudio, podrían tener relevancia, pues estaban contenidas expresa o implícitamente en los correspondientes dictámenes psiquiátricos, psicológicos y de trabajo social que fueron incorporados al debate, de acuerdo con los cuales, a pesar de dicho síndrome, la imputada no tenía padecimiento alguno que disminuyera sus capacidades superiores para reconocer el carácter ilícito de sus actos²³⁰.

Si se presentan dudas insalvables en torno a la imputabilidad del agente, en casos fronterizos o de inevitables vacíos probatorios, es preferible absolver por falta de culpabilidad, en aplicación de los principios de culpabilidad, dignidad de la persona humana y *favor rei*. Para nuestra jurisprudencia, en aquellos casos en que, debido a **las condiciones mentales propias del imputado** –determinadas a través de prueba técnica– existiera una **duda fundada y razonable** en cuanto a si el sujeto actuó en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida al momento del hecho, en observancia del principio *in dubio pro reo*, debe aplicarse la interpretación más favorable a este último²³¹.

No obstante, los fiscales también deben tener presente que **la jurisprudencia costarricense, ha enfatizado que lo normal es que las personas mantengan una adecuada capacidad mental**. En otras palabras, conforme a las reglas de la experiencia, tanto para la Sala Tercera como para el Tribunal de Casación, dicha capacidad **la poseen**

230 Sala Tercera, voto n.º 1380-99 de las 14:30 hrs. del 5 de noviembre de 1999. Puede también citarse aquí el voto del Tribunal de Casación n.º 2000-415 del 26 de mayo de 2000, el cual declaró sin lugar una demanda de revisión en la que se argumentaba que el imputado, de acuerdo con las pericias forenses, era un sujeto temperamentalmente agresivo y sufría de trastorno de inestabilidad emocional impulsiva. Así el homicidio por el que fue sentenciado pudo ser cometido en estado de inimputabilidad o emoción violenta. El Tribunal de Casación rechazó el alegato, señalando que la inestabilidad emocional, los sentimientos de confusión, síntomas depresivos, el pobre control de impulsos, así como la fragilidad de su ego y las necesidades afectivas insatisfechas, no constituyen un cuadro del que se pueda inferir un trastorno psíquico tan severo, como el que sustenta una inimputabilidad completa o disminuida. En este voto se consideró obvio que los trastornos de personalidad y la impulsividad, no excluyen el posible juicio de reproche que caracteriza la culpabilidad y que requiere una comprensión del significado de los hechos y de su trascendencia jurídica, ya que en el caso de estudio, no existía ninguna evidencia probatoria nueva, excepto la reinterpretación que proponía el recurrente del dictamen pericial que justificara una revisión del fallo.

231 Sala Tercera, voto n.º 2002-808 de las 9:25 hrs. del 23 de agosto de 2002.

de ordinario las personas, es decir, se presume, siendo lo excepcional su ausencia, por lo que si se alega la inimputabilidad del sujeto, esta debe ser demostrada²³².

Asimismo, la jurisprudencia ha indicado que en aquellos casos en que, mediante pruebas claras y objetivas, valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, se ha llegado a establecer la comisión de una acción típica, antijurídica y culpable, corresponderá a la defensa demostrar, si esa es la tesis que esgrime la concurrencia de cualquier circunstancia eximente de responsabilidad. Lo anterior significa, sin más, que una vez acreditada la acción delictiva –y cuando no existan motivos suficientes para estimar lo contrario– el órgano de instancia no será responsable también de establecer la inexistencia de todos aquellos hechos que vendrían a enervar el juicio de reproche; es decir, no podrá exigírsele adicionalmente que demuestre que la conducta no estuvo amparada a una causa de justificación o de inculpabilidad²³³.

Con fundamento es estas consideraciones, la Sala Tercera ha confirmado la culpabilidad del imputado en casos como el siguiente. Dos sujetos, en estado de ebriedad (sin poderse determinar la cantidad de licor que habían consumido), se pusieron de acuerdo para agredir a un ofendido que se encontraba dentro de un bar, evidenciando su intención de acabar con la vida de este último para luego salir huyendo del local.

La defensa de los imputados, que resultaron sentenciados por tentativa de homicidio, argumentó violación al derecho de defensa, por no haberse aceptado en juicio la recepción de un perito que estableciera si estos actuaron en estado de inimputabilidad.

Este alegato fue rechazado por estimar la Sala que, al desconocerse la cantidad exacta de alcohol en la sangre de los imputados, el perito no habría podido precisar si estos sujetos poseían o no la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión (aunque ni siquiera los resultados de una peritación son vinculantes para el juzgador, ya que este conserva la facultad de apreciar en cada caso el vigor de las pruebas sometidas a su consideración, conforme a las reglas de la sana crítica). Asimismo, si estos tuvieron capacidad para ponerse de acuerdo en agredir al ofendido, si efectivamente lo atacaron en forma violenta y si además salieron huyendo del lugar, era porque conservaban la suficiente capacidad para comprender el carácter ilícito del hecho y para determinarse de acuerdo con esa comprensión. Conforme a las reglas de la experiencia, dicha capacidad la poseen de ordinario las personas, y en el caso de

232 En este sentido, votos de la Sala Tercera n.º 657-98 de las 9:20 hrs. del 10 de julio de 1998 y n.º 2000-109 de las 10:00 hrs. del 28 de enero de 2001, y recientemente el n.º 2005-248 de las 11:30 hrs. del 1º de abril de 2005 y n.º 2005-1092 de las 10:55 hrs. del 14 de septiembre de 2005, así como del Tribunal de Casación n.º 2003-274 de las 11:30 hrs. del 31 de marzo de 2003.

233 En este sentido, consúltense los votos de la Sala Tercera n.º 795-97 de las 16:10 hrs. del 7 de agosto de 1997 y n.º 311-98 de las 10:35 hrs. del 27 de marzo de 1998, reiterados por los votos n.º 2002-616 de las 11:55 hrs. del 21 de junio de 2002 y n.º 2005-1092 de las 10:55 hrs. del 14 de septiembre de 2005.

estudio, los indicios no permitían suponer que los acusados, podrían haberse encontrado en un excepcional estado de inimputabilidad²³⁴.

Nuestra jurisprudencia también ha señalado que la poca escolaridad formal de un individuo, o la circunstancia de que este viva en una zona marginal, **no suponen su inimputabilidad**²³⁵. La toxicomanía del imputado **tampoco es considerada sinónimo de inimputabilidad o imputabilidad disminuida**, pues según las reglas de la experiencia, no en todos los casos la adicción a las drogas determina la conducta delictiva en los términos referidos por el artículo 98, inciso sexto del Código Penal²³⁶.

Como se verá más adelante, aun en el caso de que un sujeto, a la hora de cometer un delito, se encontrara bajo la influencia del alcohol o las drogas, no excluye su responsabilidad penal, si antes de la comisión del hecho, en forma consciente y voluntaria, se colocó en dicho estado. De esta forma, si un sujeto que padece una grave dependencia de las drogas, en forma voluntaria ingiere este tipo de sustancias enervantes, y posteriormente –estando bajo sus efectos– ejecuta un asalto a mano armada, responderá **a título doloso** por este último²³⁷.

Finalmente, también debe tenerse cuidado de no confundir los supuestos de inimputabilidad con aquellos en que, por ausencia total de la conciencia, ni siquiera se pueda considerar que exista una acción en sentido jurídico penal, por tratarse de un comportamiento puramente mecánico.

El proyecto de nuevo código incluye, en el artículo 29, una definición de inimputabilidad más cercana a los principios que aquí hemos mencionado, señalando que

No es culpable quien en el momento de la acción u omisión, no posea, total o parcialmente, la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de desarrollo psíquico incompleto, de trastorno mental o de grave perturbación de la conciencia. No hay inimputabilidad cuando el estado de perturbación haya sido buscado con el propósito de cometer un delito o se hubiera previsto o debido prever su comisión.

De conformidad con dicha disposición, serían tres las condiciones que impedirían la comprensión del carácter ilícito de la conducta o la posibilidad de determinación acorde con esa comprensión:

234 Sala Tercera, voto [n.º 657-98](#) de las 9:20 hrs. del 10 de julio de 1998.

235 Sala Tercera, voto [n.º 2005-1092](#) de las 10:55 hrs. del 14 de septiembre de 2005.

236 Sala Tercera, voto [n.º 2005-165](#) de las 9:30 hrs. del 11 de marzo de 2005.

237 Sala Tercera, voto [n.º 2005-1165](#) de las 10:55 hrs. del 10 de octubre de 2005.

a) Desarrollo psíquico incompleto. b) Trastorno mental. c) Grave perturbación de la conciencia²³⁸.

La regulación propuesta no incluye, expresamente, la diversidad sociocultural como causa de inimputabilidad, pero esta sí ha sido admitida por la doctrina y por nuestra jurisprudencia.

3.1.2.- Imputabilidad disminuida

Según la normativa vigente, en el artículo 43 del Código Penal, se considera que actúa con imputabilidad disminuida la persona que, por efecto de enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes, posea apenas, de manera incompleta en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Al igual que ocurre con el estado de inimputabilidad, nuestra jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de que los trastornos psicopatológicos que pueden disminuir significativamente la capacidad de imputabilidad, **sean transitorios**. Lo importante es que estén presentes al momento de los hechos²³⁹.

Ahora bien, de acuerdo con la interpretación que se ha venido dando al contenido de los artículos 42 y 43 del Código Penal, tanto por parte de la Sala Tercera, como de la mayoría de las integraciones del Tribunal de Casación Penal, el numeral 42 citado admite como posible que la culpabilidad pueda **excluirse** cuando el sujeto –al momento de la acción u omisión- no posea la referida capacidad de comprensión o de determinarse de acuerdo con ella, cuando se deba a una enfermedad mental o a una grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes.

Cuando no se elimina sino se **disminuye** esa condición para ser imputable, se estará ante la hipótesis del citado artículo 43, siempre y cuando el agente activo no se haya colocado

238 Véase, entonces, cómo en el proyecto del nuevo código, la inimputabilidad y la imputabilidad disminuida se equiparan, pese a que tanto la doctrina jurídica como algún sector de nuestra jurisprudencia –al menos en tesis de principio– admiten que la culpabilidad es graduable. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 99 y 100 del proyecto, cuando una persona realice la conducta punible en estado de inimputabilidad (que incluye la imputabilidad disminuida, se le impondrá una medida de seguridad consistente en un tratamiento psiquiátrico, psicológico, médico, o de desintoxicación o de rehabilitación integral. El juez decretará el internamiento de una persona en una institución, solo cuando no sea posible aplicar un tratamiento externo. Dicha medida deberá adecuarse a las necesidades personales del sujeto, según su padecimiento o disfunción y deberá proporcionarse a la gravedad del hecho, sin que se pueda ejecutar por un tiempo mayor al límite máximo de la pena señalada para el delito. Al momento de determinar cuál es la medida por imponer, el juez deberá consultar criterios médicos acerca de cuál es la medida más conveniente en el caso concreto.

239 Ver voto de la Sala Tercera, n.º 303-98 de las 10:10 hrs. del 27 de marzo de 1998.

voluntariamente en este estado (en cuyo caso se estaría ante una de las hipótesis del artículo 44 *ibídem*), sino que padece alguna enfermedad mental que altera esa capacidad de comprensión. Por principio general (aunque habrá casos excepcionales, donde ese juicio deberá retrotraerse en el momento en que el mismo se colocó en tal estado, donde se aplicarán las reglas de la *actio libera in causa*), este juicio de culpabilidad deberá establecerse al momento en el que se despliega la conducta.

Conforme a esta posición jurisprudencial mayoritaria, en ambos casos por igual (inimputabilidad e imputabilidad disminuida) no se cumplen todos los elementos necesarios para que se configure una acción que pueda generar una consecuencia o reproche jurídico-penal, pues si bien pueden existir acciones típicas y antijurídicas, no se configura la culpabilidad. Por ello, si se acredita que la capacidad de comprensión del carácter ilícito de sus actos, por parte del imputado, se encontraba disminuida por causa de un padecimiento mental, su conducta entonces resulta carente de culpabilidad, por lo que no podría, de ningún modo, calificarse como delictiva, y no es legalmente posible declararlo autor responsable de los hechos, ni condenársele a sufrir una pena.

No obstante, aun cuando no pueda efectuarse un juicio de reproche penal en contra del agente por ausencia de culpabilidad, resulta imperativo que se aplique en estos casos una medida de seguridad al imputado, con base en lo dispuesto por los numerales 98, inciso 1), 101, inciso 1) y 102, inciso a) del Código Penal. En estos casos, será el juez penal el competente para dictar dicha medida, así como su primera fijación, las condiciones de su cumplimiento y las sucesivas fijaciones, modificaciones, sustituciones o extinción, de conformidad con los artículos 453 y 463 del Código Procesal Penal²⁴⁰.

Sin embargo, existe también una posición minoritaria en el Tribunal de Casación Penal, de reciente data, según la cual, debe distinguirse entre inimputabilidad e imputabilidad disminuida, siendo consecuencia de dicha distinción que la inimputabilidad excluye la culpabilidad, mientras que la imputabilidad disminuida **disminuye la culpabilidad sin excluirla**, y en consecuencia le corresponde un menor reproche con respecto a quien tenía intacta su imputabilidad, lo que llevaría a una **atenuación de la pena**, conforme al principio constitucional de culpabilidad. Esta posición se sustenta en las siguientes consideraciones.

a) La culpabilidad **es graduable**, de modo que no se trata de una simple distinción entre la falta de culpabilidad y la existencia de la misma en el caso concreto, sino que en ese

240 En este sentido, votos de la Sala Tercera n.º 524-F-92 del 6 de noviembre de 1992; n.º 1254-99 de las 10:55 hrs. del 8 de octubre de 1999; n.º 2002-808 de las 9:25 hrs. del 23 de agosto de 2002 y n.º 2004-1389 de las 9:30 hrs. del 3 de diciembre de 2004. Por parte del Tribunal de Casación Penal, pueden revisarse los votos n.º 2002-579 de las 12:10 hrs. del 1º de agosto de 2002; n.º 2004-365 de las 9:44 hrs. del 22 de abril de 2004; n.º 2005-420 de las 11:07 hrs. del 13 de mayo de 2005; n.º 2005-537 de las 11:00 hrs. del 10 de junio de 2005; n.º 2005-628 de las 8:50 hrs. del 7 de julio de 2005 y n.º 2005-811 de las 9:45 hrs. del 25 de agosto de 2005.

supuesto, pueden establecerse **diversos grados de culpabilidad**, y con ello de reproche, lo que se aprecia en la regulación de las diversas causales que atenúan la culpabilidad en nuestro ordenamiento: el error de prohibición invencible lleva a la exclusión de culpabilidad y con ello de pena; mientras que el error de prohibición vencible disminuye la culpabilidad y se posibilita atenuar la pena (arts. 35 y 79 del Código Penal²⁴¹). Igualmente, el exceso en la defensa excluye la culpabilidad cuando proviene de una excitación o turbación que las circunstancias hicieran excusable, pero solamente la atenúa (sin eliminarla) cuando el exceso no se da bajo esas circunstancias, lo que conduce a una disminución de la pena (ver arts. 29 y 79 del Código Penal). Finalmente, la emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable (art.113, inciso1) y 127 del Código Penal) funciona como fórmula de atenuación en los supuestos de homicidio y lesiones.

b) Existe en general unanimidad en la doctrina de otros países en que la imputabilidad disminuida atenúa simplemente la culpabilidad y, con ello, puede conducir a una disminución de la pena.

c) En el derecho comparado (v. gr. alemán y español) la imputabilidad disminuida no supone una causa de exclusión de la culpabilidad, sino de disminución de la misma, de modo que lleva simplemente a una atenuación de la pena.

d) No es acertada la afirmación de que conforme al Código Penal costarricense, la imputabilidad disminuida excluye la culpabilidad y no puede imponerse una pena. Dicho código regula la posibilidad de aplicar una medida de seguridad a quien actúa con sus capacidades volitivas y cognitivas disminuidas; pero ello es conforme al derecho comparado, en el que, en general, se prevé que en tal supuesto, se produce una atenuación de la culpabilidad, no excluyéndose por ello la misma, de modo que debe atenuarse la pena, pero además es posible la imposición de una medida de seguridad. Este es el criterio que, de acuerdo con esta posición jurisprudencial, sigue nuestro Código Penal, tal como lo demuestra la previsión de la emoción violenta en el homicidio y las lesiones, como un supuesto atenuado al que se castiga con una penalidad menor, puesto que sería incoherente sostener que la imputabilidad disminuida, excluye la culpabilidad y mantener la posibilidad de imponer una pena atenuada en los casos de emoción violenta. Si se mantiene que la imputabilidad disminuida excluye la culpabilidad, debería coherentemente sostenerse que la emoción violenta la excluye, ya que no se trata sino de un supuesto de imputabilidad disminuida.

Por lo expuesto, quienes defienden esta posición, concluyen que el artículo 43 del Código Penal, no establece que la imputabilidad disminuida excluya la culpabilidad, de modo que debe ordenarse un sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria, según el estado procesal en que esté la causa, ya que el artículo 311, inciso c) del Código Procesal Penal,

241 Artículo 79.- En los casos de error no invencible, a que se refiere el artículo 35, o en los de exceso no justificado del artículo 29, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el juez.

regula el sobreseimiento definitivo por causa de inculpabilidad. Pero conforme a lo dicho antes, la imputabilidad disminuida no lleva a la inculpabilidad. Lo mismo se puede indicar en relación con el artículo 77, inciso a) de la Ley de Justicia Penal Juvenil, el cual alude a que falte una condición necesaria para imponer una sanción, siendo que la imputabilidad disminuida no excluye la posibilidad de imponerla²⁴².

En el proyecto del nuevo código, no se incluye una fórmula para la imputabilidad disminuida, en tanto se le incluye en la descripción de la inimputabilidad. Sin embargo, el artículo 120, párrafo 3, contempla como causa de atenuación del homicidio, la emoción violenta, y si esta es considerada como un supuesto de disminución de la capacidad para comprender el carácter ilícito de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, quedaría protegido por la inimputabilidad del artículo 29, por lo que tendríamos, entonces, una eventual contradicción normativa.

3.1.3.- “Actio libera in causa” y perturbación provocada

La capacidad suficiente para ser considerado autor del hecho, está referida al momento de la comisión del mismo, y así lo refiere, de manera expresa, la norma.

Sin embargo, la **actio libera in causa** o **acción libre en la causa**, refiere a los casos en que la persona debe responder por acciones u omisiones cometidas en un estado de inimputabilidad, en el que ella misma se colocó, dolosa o culposamente, para llevar a cabo la conducta.

Esta figura la prevé el artículo 44 del Código Penal, según el cual, cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos 42 y 43 *ibídem*, responderá en cuanto al hecho cometido por el dolo o culpa en que se halla en el momento de colocarse en tal estado. También podrá agravarse la respectiva pena, si el propósito del agente hubiera sido facilitar su realización o procurarse una excusa.

En la apreciación de estos supuestos, un buen sector del pensamiento jurídico ha visto una vulneración al principio de culpabilidad, por falta de correspondencia entre el injusto realizado y su juzgamiento en sede de culpabilidad, y a veces del principio de legalidad, por lo que la consideran una institución superflua que produce equívocos y malas interpretaciones.

242 Al respecto, pueden consultarse los votos del Tribunal de Casación [n.º 2004-214](#) de las 11:07 hrs. del 4 de marzo de 2004 y [n.º 2005-406](#) de las 9:30 hrs. del 12 de mayo de 2005.

Se trata, en realidad, de una ficción indemostrable que permite responsabilizar a quien no es culpable al momento de cometer el hecho. La verificación práctica de los supuestos de *actio libera in causa*, genera una gran cantidad de problemas probatorios.

Esta tesis recoge realmente una aplicación particular de la culpabilidad de autor, pues la responsabilidad se atribuye por la conducción de la vida, y lo cierto es que la ley es clara al exigir la capacidad en el momento del hecho.

En el caso del sujeto que bebe, su ánimo es solo eso: ánimo, pero no dolo, porque no hay tipo objetivo. El ejemplo clásico de dos sujetos que beben, uno para olvidar y otro para agredir, es muy gráfico en este caso, pues ambos hacen lo mismo y no hay objetividad típica de homicidio. El problema que se presenta, es que cuando el sujeto comienza a agredir, no es imputable, aunque en el momento en que estaba bebiendo lo era, pero no había tipicidad. Es muy difícil armar un delito con dos conductas diferentes, tomando la pretendida culpabilidad de una acción atípica (beber), y completarla con un injusto inculpable (lesionar).

Por razones como las expuestas, la constitucionalidad del artículo 44 del Código en su momento fue cuestionada. No obstante, la Sala Constitucional, en el voto n.º 3411-92 de las 15 hrs. del 10 de noviembre de 1992 resolvió lo siguiente:

[...] solicita se le señale si puede hacerse reproche de culpabilidad en relación con un imputado “que se embriaga VOLUNTARIAMENTE como bebedor social, y con una alcoholemia de trescientos cincuenta gramos por ciento, incapaz de comprender el carácter ilícito de sus actos, comete algún delito doloso sin que haya sido ese su propósito”. Si para actuarse con dolo se exige que la conducta haya sido cometida con conocimiento y voluntad (ver artículo 30 del Código Penal), no podrá imputarse a ese título –dolo–, ninguna acción cometida sin propósito (voluntad). La perturbación provocada que regula el artículo 44 del Código Penal, es una formulación de la teoría de la “actio liberae in causae”, mediante la cual el planteamiento sobre imputabilidad se retrotrae a un momento anterior al desarrollo de la acción, aceptándose que el sujeto mantiene capacidad de atribución penal, aunque al momento de ejecutar la conducta, el sujeto activo se encontrara en imposibilidad de controlar sus actos como consecuencia de un hecho anterior a él atribuible. Lo que se reprocha es el haberse puesto en el estado, por dolo o culpa, en el que se produce el resultado constitutivo de delito. La doctrina ha aceptado que en “realidad, todos los actos de supuesta actio libera in causa pueden reducirse a dos grupos, pues o bien falta la acción, y entonces no hay delito, o bien existe un acto humano típicamente antijurídico, y entonces la imputabilidad se ha de regir por las reglas ordinarias, es decir, habrá que entender que el sujeto es imputable en tanto en cuanto no concurra una causa de inimputabilidad prevista por la ley”, sea que el sujeto debe responder por el hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado, según lo dispuesto en el artículo en comentario. Cuando el imputado se coloca voluntariamente en un estado de perturbación a efecto de cometer determinada acción

constitutiva de delito, se utiliza a si mismo como medio para la realización del ilícito, razón por la que basta sea imputable al momento de tomar la determinación de realizar el hecho, para que pueda tenerse como responsable de aquél. Si faltando a la debida diligencia que le era exigible en un determinado momento, se pone en estado de inimputabilidad y por ello causa un delito culposo, debe responder por este, así será responsable por la muerte causada culposamente, quien siendo consciente de que el sueño le domina, continúa manejando su vehículo y cuando se encuentra dormido atropella a un peatón y lo mata, pues la diligencia que le era exigible en la conducción de vehículos automotores, conlleva a que evite manejarlos cuando se es presa del sueño”.

Sobre este tema, la Sala Tercera se ha pronunciado indicando que la posibilidad de exclusión o disminución de culpabilidad (por motivo de que el agente, al momento de la acción u omisión, no poseía la capacidad de comprensión o de determinarse de acuerdo con ello), prevista en los artículos 42 y 43 del Código Penal, se encuentra condicionada a que el agente activo **no se haya colocado voluntariamente en este estado**, sino que, por ejemplo, un tercero le haya obligado a colocarse en dicho estado, o bien se tratara de un comportamiento del todo accidental, pues de lo contrario se estará en presencia de la hipótesis que regula el artículo 44 ibídem.

Si bien el juicio de culpabilidad –por principio general– debe establecerse al momento en el que se despliega la conducta, habrá casos excepcionales en donde el agente actúa sin ese conocimiento, en donde ese juicio debe retrotraerse al momento en el que el mismo se colocó en tal estado; es decir, la culpabilidad se funda no en el comportamiento ilícito que se ejecutó (pues el mismo se dio cuando el agente ya se encontraba en estado de inimputabilidad), sino más bien en el momento anterior.

En este sentido, a criterio de la Sala Tercera, el artículo 44 del Código Penal prevé tres situaciones en las que no se excluye la culpabilidad del sujeto activo, pese a encontrarse en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida: **a)** El agente provoca la perturbación de su conciencia, es decir, se coloca en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, en virtud de un acto culposo. Este sucedería, por ejemplo, cuando un sujeto, sin estar seguro de la naturaleza de la sustancia y sin guardar el mínimo cuidado, la ingiere, y le produce la eliminación o disminución de su capacidad de comprensión, o de adecuar su comportamiento a esta. **b)** El sujeto, a sabiendas de que la bebida que se le presenta lo colocará en estado de inimputabilidad, voluntaria y conscientemente la toma, o sea, se coloca dolosamente en ese estado. **c)** El agente perturba voluntaria y conscientemente su capacidad con el deliberado propósito de facilitar la realización del hecho (ya sin capacidad de conocer su carácter ilícito o de adecuarse a ese comportamiento), o de procurarse una excusa. En esta última situación –**que constituye la actio libera in causa en sentido estricto**– la pena respectiva podría agravarse²⁴³.

243 Ver votos [n.º 795-97](#) de las 16:10 hrs. del 7 de agosto de 1997; [n.º 311-98](#) de las 10:35 hrs. del 27 de marzo de 1998; [n.º 2003-257](#) de las 11:20 hrs. del 25 de abril de 2003; [n.º 2004-415](#) de las 10:10 hrs. del 30 de abril del 2004 y [n.º 2005-1165](#) de las 19:55 hrs. del 10 de octubre de 2005.

Con base en estas consideraciones, se ha confirmado la culpabilidad de los imputados en casos como los siguientes:

Síntesis. Un grupo de sujetos, que padecen adicción crónica a las drogas, acordaron conformar una organización destinada al trasiego y venta de estupefacientes. Durante la investigación, se llevaron a cabo intervenciones telefónicas en donde se escuchó a los sospechosos, conversar sobre las nefastas consecuencias de la ingesta, a veces desproporcionada, de drogas que efectuaban durante varios días, a raíz de lo cual en ocasiones sufrían pérdida de memoria de algunos eventos recientes (citas, compras en el supermercado, conversaciones, etc.), falta de concentración y bajo rendimiento laboral. En ocasiones, los sospechosos manifestaban su deseo de no continuar hablando del tema por teléfono, por temor a que estuvieran intervenidos por la policía. Posteriormente, se realizaron varias diligencias de allanamiento, en las cuales se detuvo a los sospechosos y se incautaron drogas que estaban en su poder. Como tesis de defensa, se alegó a favor de los imputados que no se consideró por parte del Tribunal, el grado de adicción a las drogas que padecían, en consecuencia estos, al momento de ocurrir los hechos, se encontraban en estado de inimputabilidad.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó este alegato y confirmó la condenatoria por tráfico de drogas. Si bien se acreditó que los sospechosos eran consumidores crónicos de drogas, dicho aspecto victimológico no excluía su participación activa en el tráfico de psicotrópicos, así como tampoco impidió que estos estuvieran en capacidad de reconocer el carácter ilícito de sus actos, cuando incursionaron en el mercado ilícito de drogas, y se determinaran con respecto a ese conocimiento (prueba de ello fue, entre otros aspectos, las conversaciones telefónicas donde manifestaban su deseo de no hablar más, por temor a ser escuchados, lo que comprobaba su conocimiento de la ilicitud). Además, según lo descrito, las pérdidas de memoria que sufrían como efecto del consumo, se limitaban a detalles menores, no a una amnesia total que impidiera recordar sus actividades de compra y venta de drogas. Lo anterior descartaba, al momento de los hechos, que estos sujetos se encontraran con sus capacidades cognitivas y volitivas abolidas.

En todo caso, aun si se aceptara que, para la época en la que se desarrolló la investigación, los acusados carecían de la capacidad de comprender el carácter ilícito de sus actos, o de adecuar su conducta a dicha comprensión, no se podría perder de vista que estos voluntariamente consumían las drogas sintéticas, lo que –conforme a la teoría normativa de la culpabilidad– no excluiría de ningún modo, el juicio de reproche en su contra, pues los imputados voluntariamente consumieron la droga que, según la defensa, los colocó en un supuesto estado de inimputabilidad, lo que de ningún modo excluiría el juicio de reproche en su contra²⁴⁴.

244 Sala Tercera, voto [n.º 2003-257](#) de las 11:20 hrs. del 25 de abril de 2003.

Síntesis. Tres sujetos se reúnen para consumir drogas y alcohol, en cantidades no determinadas. Dos horas después, se encuentran con un ofendido, al cual deciden asaltar. Con el fin de apoderarse de las pertenencias de este, uno de los sujetos lo golpea en el cráneo haciéndolo perder la conciencia. Luego lo trasladan a un lugar solitario, donde lo amarran de pies y manos y lo acuestan sobre un colchón.

Cuando el ofendido recobra la conciencia, los asaltantes proceden a rociar sus pantalones con una mezcla de gasolina y aceite, mientras le dicen: *“No maje, usted no nos sirve que amanezca”*. Sin escuchar las súplicas del ofendido, proceden a prenderle fuego con el objetivo de evitar que los delatara ante las autoridades. De inmediato sus extremidades inferiores alcanzan a las llamas, por lo que los asaltantes, creyendo que la muerte del ofendido era inminente, se retiran del sitio, entre risas y burlas hacia este último, examinando y llevando consigo los bienes sustraídos. No obstante, el ofendido logra rodar y con ello puede apagar las llamas, pero sufre quemaduras de tercer grado en las extremidades inferiores y genitales, así como de segundo grado en la extremidad superior derecha, lo que resultó en la amputación de sus dos piernas y lesiones que pusieron en peligro su vida.

En su defensa, los asaltantes argumentan que no actuaron de manera dolosa, ya que se encontraban en estado de inconciencia, debido al consumo de drogas y alcohol ese día.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condena por tentativa de homicidio calificado, rechazando el alegato de defensa por dos razones: a) Del estudio del comportamiento de los sujetos, al momento de la comisión del hecho, no se evidenciaba que estos no tuvieran conciencia de lo que acontecía con respecto al ofendido, al punto de que dicha víctima relató cómo momentos antes de arder en llamas, observó a los coimputados revisando sus pertenencias, para luego huir del sitio en medio de risas y confiados en su inminente muerte. b) Con respecto al reclamo de que los coimputados no se encontraban conscientes de lo que hacían, en razón de su eventual consumo de alcohol y drogas, lo cierto es que dichas sustancias fueron ingeridas por estos de forma voluntaria, por lo que en tal circunstancia, nos encontraríamos ante el supuesto de perturbación provocada de la conciencia, regulado en el artículo 44 del Código Penal. Incluso, resultaba claro el *ánimus necandi* de los coimputados, mismo que se visualizaba de forma irrefutable con el examen de la conducta desplegada en contra del ofendido, en donde los coimputados, después de comunicarle que no era conveniente que amaneciera, riéndose a carcajadas y actuando de común acuerdo, a pesar de las súplicas del ofendido, rociaban el cuerpo de este con gasolina para posteriormente prenderle fuego e inmediatamente huyen del lugar, confiados en su muerte²⁴⁵.

245 Sala Tercera, voto [n.º 2004-1469](#) de las 9:30 hrs. del 22 de diciembre de 2004.

Síntesis. Un sujeto amenaza constantemente a su ex compañera sentimental, haciéndole ver que si no volvía con él, la mataría con su “arvaleta”²⁴⁶. Un día, luego de ingerir una cantidad no determinada de alcohol, el sujeto se apersona al negocio donde su ex compañera laboraba como cajera, propiamente a la hora de cierre, llevando consigo, escondida debajo de una cobija, una “arvaleta” armada con un arpón listo para ser disparado. En un momento determinado, cuando la mujer reconoce al sujeto, este súbitamente saca la “arvaleta” y dispara contra su ex compañera, incrustando el arpón en su cabeza, causándole la muerte. Acto seguido, el sujeto se da a la fuga.

En su defensa, alegó que debido a la fuerte ingesta alcohólica que había tenido esa noche, al momento de dar muerte a su ex compañera se encontraba en estado de inimputabilidad. Al practicársele el respectivo examen mental, se concluyó que el imputado:

[...] mantenía una relación de pareja conflictiva con su compañera antes de la ocurrencia de la muerte de ella. El evaluado recuerda detalles de momentos previos y posterior a la ocurrencia del evento. No se encuentra evidencia, a través de su relato, de la presencia de alteraciones mentales significativas el día de la ocurrencia de los supuestos hechos que pudieran alterar su percepción sobre la naturaleza y consecuencias de sus actos. Mantiene en la actualidad las capacidades cognitivas, volitivas y judicativas por lo que es capaz de reconocer el carácter, la naturaleza, y las implicaciones de sus actuaciones.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera mantuvo la condenatoria por homicidio calificado. Aun en el caso eventual de que la capacidad de culpabilidad se hubiera eliminado o se encontrara disminuida al momento de darse el hecho de sangre, el encartado de manera voluntaria se colocó en ese estado, por lo que se estaría ante un supuesto de perturbación provocada de la conciencia, regulado en el artículo 44 del Código Penal.

En el caso particular, el sujeto de manera consciente ingirió bebidas alcohólicas antes de realizar el hecho, a sabiendas de los efectos que ejercía sobre su persona. Aunable a lo anterior, del examen psiquiátrico practicado se extraía que este recordaba detalles de momentos previos y posteriores a la ocurrencia del evento, sin que hubiera evidencia de que presentara alteraciones mentales significativas el día de la ocurrencia de los hechos, las cuales pudieran alterar su percepción sobre la naturaleza y consecuencias de sus actos²⁴⁷.

246 Instrumento que dispara arpones con gran potencia, utilizado para la pesca.

247 Sala Tercera, voto n.º 2004-415 de las 10:10 hrs. del 30 de abril de 2004. No obstante, puede reseñarse aquí que un sector del Tribunal de Casación Penal sostiene un criterio diverso del de la Sala Tercera con respecto a este tema. Concretamente en el voto n.º 665-F-98 de las 8:20 hrs. del 5 de octubre de 1998, el Tribunal de Casación de oficio anuló una sentencia condenatoria por agresión con arma fundamentada en las siguientes consideraciones: “[...] III. Debe tenerse en cuenta que en un procedimiento abreviado la sentencia, aun cuando puede ser sucinta, debe cumplir con los requisitos de fundamentación (Art. 375 último párrafo del C.P.P. de 1996). El Tribunal de oficio nota un vicio en la motivación de la sentencia y es que en la misma se indica que el imputado realizó los hechos en estado de ebriedad, pero se omite toda consideración acerca de si actuó con capacidad de culpabilidad (Art. 44 del Código Penal). Es conocido lo dicho por el profesor Frías Caballero en el fallo ‘Segura’, fallo que en su momento recibió el aplauso del (Continúa en la siguiente página)

resto de la doctrina argentina. En el fallo 'Segura' el citado profesor trató de distinguir los casos de ebriedad que eliminan la culpabilidad de otros, llegando a la conclusión de que cuando la ebriedad es voluntaria debe responderse de la conducta realizada. Véase el fallo del caso 'Segura' en: Elbert/Gulco. Ejercicios de Derecho Penal (y Derecho Procesal Penal) por crónicas periodísticas y jurisprudenciales. Parte General. Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 193-215). Lo indicado en el fallo 'Segura' ha sido aceptado en general por la jurisprudencia costarricense. Sin embargo, debe decirse que la doctrina moderna no acepta las conclusiones del fallo 'Segura' ni dichas conclusiones tienen acogida en la legislación penal costarricense en vigencia. Importante es lo indicado por Raúl Eugenio Zaffaroni (Sistemas penales y Derechos Humanos. Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 36), quien critica como un caso de *versari in re illicita* la interpretación jurisprudencial y doctrinal que se da en muchos países latinoamericanos a las reglas sobre ingestión voluntaria de bebidas alcohólicas, aun sin sustento legal. Así indica: 'la tendencia jurisprudencial en casi todos los países (de Latinoamérica) fue a sancionar como doloso el injusto cometido en estado de ebriedad completa y voluntaria (entendiendo por tal la ingesta voluntaria de alcohol)... No obstante en las leyes positivas, no todos los Códigos (de Latinoamérica) contienen disposiciones que consagran la responsabilidad objetiva en caso de embriaguez, lo que demuestra que, en la mayoría de los casos, es una creación o 'invención jurisprudencial'. y, lo que es penoso doctrinaria'. Dicha observación de Raúl Eugenio Zaffaroni es correcta y aplicable a nuestra jurisprudencia. La confusión doctrinaria y jurisprudencial ha existido con respecto a la ingestión voluntaria de bebidas alcohólicas y a la *actio libera in causa*, o sea, se ha confundido la situación de provocarse el trastorno mental sin ninguna intención delictiva, con la de preordenar el estado de inimputabilidad para la comisión de un delito. Es importante citar lo indicado por Hans-Heinrich Jescheck (Tratado de Derecho Penal. Barcelona, Bosch, 1981): 'Una *actio liberae in causa dolosa* concurre cuando el autor ha provocado dolosamente su incapacidad de culpabilidad (o capacidad de culpabilidad disminuida)[...] y comete en este estado en forma dolosa aquella acción típica a la que iba dirigido su dolo ya en el momento de la *actio praecedens* [...] El dolo debe pues dirigirse tanto a la producción del estado de incapacidad, o de disminución de ésta, como a la comisión de la propia acción típica'. En este sentido cf. S. Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, PPU, 1990, p. 633; Schönke/Schroeder/Lenckner. Strafgesetzbuch. Kommentar, Par. 20, No. 36; Sentencia No. 325-95 de la Sección Tercera del Tribunal Superior de Alajuela del 26 de diciembre de 1995. Resulta que en la sentencia se tiene por probado que el imputado se encontraba en estado de ebriedad, lo que eventualmente podría significar que actuara bajo un estado de falta de culpabilidad o de culpabilidad disminuida. Sin embargo, en la sentencia se omite todo análisis sobre ello, ya sea para afirmarlo o negarlo, por lo que debe afirmarse que carece de la debida fundamentación, debiendo el vicio ser declarado de oficio, ello conforme a la jurisprudencia constitucional que ha estimado que la falta de fundamentación de la sentencia condenatoria constituye una violación al debido proceso alegable incluso en la vía de revisión". Este criterio se ha reiterado en los votos [n.º 2002-149](#) de las 10:35 hrs. del 22 de febrero de 2002; [n.º 2002-297](#) de las 10:10 hrs. del 19 de abril de 2002; [n.º 2003-409](#) de las 11:30 hrs. del 15 de mayo de 2003; [n.º 2003-732](#) de las 9:40 hrs. del 31 de junio de 2003 y recientemente en el [n.º 2005-1010](#) de las 10:45 hrs. del 6 de octubre de 2005, en el cual se indica además que: [...] Debe anotarse que no procede simplemente anular la pena, puesto que debe ser analizado si existe un estado de inimputabilidad, resultando que en caso afirmativo no podría imponerse una pena, sino solamente una medida de seguridad, ello si se estima que no puede atribuirse una responsabilidad dolosa o culposa, conforme a las reglas de la **perturbación provocada**. El aspecto indicado fue alegado por la defensa en su recurso de casación, la que alegó que por el estado de ebriedad el imputado estaría en un estado de inimputabilidad. Es cierto que en el recurso de casación lo que pretende la defensa es solamente la anulación de la pena, pero ello no es un obstáculo para proceder a anular la sentencia condenatoria, en vista de que en definitiva está en discusión el principio de culpabilidad, establecido en el artículo 39 de la Constitución Política. Ello es conforme a la jurisprudencia de este Tribunal de Casación Penal, en particular a lo indicado en el voto 665-1998 del 5 de octubre de 1998, en el que la nulidad se dispuso incluso de oficio. Ese asunto incluso presenta similitudes con el presente, puesto que se trató también de la aplicación del procedimiento abreviado. No podrían mantenerse los hechos de la sentencia y reenviarse solamente con respecto a la discusión sobre la inimputabilidad, ya que si llegara a considerarse que se actuó bajo un estado de inimputabilidad, no sería aplicable el procedimiento abreviado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 389 inciso e) del Código Procesal Penal. II.-No procede anular la condenatoria civil y las costas correspondientes a ésta, considerando que se trata de un aspecto que no fue impugnado a través del recurso de casación y que lo resuelto al respecto fue producto de un acuerdo al que se llegó en la audiencia preliminar (folios 303-304 y 306) (Art. 319 penúltimo párrafo del Código Procesal Penal). Se agrega a ello que la anulación de la condena se basa en la falta de análisis de una posible inimputabilidad, lo que no excluye la responsabilidad civil (Art. 104 del Código Penal). Sobre ello es importante citar el voto 527-2002 del 12 de julio de 2002, ordenado por el Tribunal de Casación Penal, que también estaba relacionado con un procedimiento abreviado y con la anulación de la condenatoria penal por discutirse si el imputado actuó en un estado de inimputabilidad al cometer el hecho delictivo.

Cabe señalar que el proyecto de Código Penal, en el segundo párrafo del artículo 29, mantiene sin embargo esta posibilidad de aplicar la *actio libera in causa*, al excluir la inimputabilidad cuando el estado de perturbación haya sido buscado con el propósito de cometer un delito o se hubiera previsto o debido prever su comisión, aunque con una redacción de una manera más comprensible que la actual, que es bastante confusa

No obstante, es importante mencionar que, en un voto de fecha reciente²⁴⁸, la Sala Tercera se ha replanteado el tema de la *actio libera in causa* para el caso de los adictos crónicos a las drogas. En dicha resolución, la Sala ha señalado que la condición de farmacodependiente no implica necesariamente que el imputado no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de adecuarse a esa comprensión. Estos aspectos son fundamentales de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, porque no existen una premisa o máxima de la experiencia, ni criterio científico que permita afirmar, como generalidad, que el farmacodependiente esté incapacitado para comprender que la conducta es ilícita y así comportarse de acuerdo con ese conocimiento, es decir, abstenerse de realizar la conducta delictiva.

Como hemos visto en el presente capítulo, dicho tema ha sido analizado por la Sala desde la óptica de la *actio libera in causa* del artículo 44 del Código Penal, a partir del voto Nº. 795-97 de las 16:10 horas del 10 de agosto de 1997, según el cual, en los casos donde el imputado se encontraba en estado de ebriedad –o bajo los efectos de alguna droga, su capacidad de culpabilidad, que de hecho estaría disminuida o excluida al momento de la comisión del hecho, se analiza en un estadio previo, es decir, en el momento mismo del consumo de licor o de la droga.

De esta manera, si ese consumo fue voluntario o al menos negligente, se podrá responsabilizar penalmente al sujeto por colocarse “voluntariamente” en dicha situación. A partir de este precedente, la Sala ha descartado la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida para los casos en que el autor del delito es un adicto o farmacodependiente.

Ahora bien, en esta última resolución se señala que la condición de adicto o farmacodependiente del acusado al momento de los hechos, da pie a la doctrina y a varias legislaciones para acoger los presupuestos de la *actio libera in causa*, que, *strictu sensu*, permite considerar imputable al sujeto que voluntariamente se coloca en un estado de inimputabilidad para proveerse de una excusa al cometer el hecho delictivo.

Por tanto, se analizan los presupuestos de la capacidad de culpabilidad antes del hecho. Pueden distinguirse dos modelos o posiciones en relación con la *actio libera in causa*,

248 Sala Tercera, voto n.º 2007-48 de las 11:40 hrs. del 7 de febrero de 2007.

conocidos como modelo de tipicidad o del injusto típico y modelo de excepción. En cuanto al primero de ellos, se indica en el voto:

*[...] seguido mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia alemanas, se caracteriza por considerar el acto por el cual el sujeto se coloca en situación de inimputabilidad como acto ya de ejecución del tipo. La imputación se construye, por tanto, sobre un acto que cabe calificar como típico, y a la vez culpable, ya que el autor todavía no se encuentra en estado de inimputabilidad, y a partir de ahí se postula la aplicación de las reglas generales de imputación. Sin embargo, ello no resulta sencillo, pues el modelo de tipicidad se enfrenta a serias dificultades a la hora de aplicar esas reglas generales de imputación los supuestos de la alic: por ejemplo, al determinar el momento a partir del cual ha de considerarse iniciada y terminada la tentativa, así como el establecer los efectos que cabe atribuir al desistimiento efectuado en estado de inimputabilidad, o al determinar la pena que debe corresponder a estas constelaciones. El modelo de la excepción, por su parte, elimina muchos de estos problemas dogmáticos puesto que se considera la *actio libera in causa* una excepción a la regulación general de la imputabilidad, en el sentido de que la inimputabilidad provocada equivale a ausencia de inimputabilidad. En consecuencia, el hecho sobre el que se construye la imputación no es el acto por el cual el sujeto se coloca en estado de inimputabilidad, sino el propio hecho antijurídico cometido en ese estado. La culpabilidad se desliga así, en cierta forma, del hecho típico, puesto que para su determinación se acude a un momento anterior, aquel en el que el autor provocó la inimputabilidad. Pues bien, esta es la principal objeción que cabe hacer a este modelo, que rompe con la regla según la cual todos los elementos del delito han de concurrir en el momento de su comisión [...].(Martínez Garay, Lucía. Consumo de drogas y responsabilidad penal. El consumo de drogas como causa de exención o atenuación de la responsabilidad en el derecho comparado, San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, 2005, 218 p., p.36).*

Continúa señalando la Sala que la *actio libera in causa*, al presuponer la responsabilidad penal de una persona que al momento del hecho no era imputable, no está exenta de críticas frente al principio constitucional de culpabilidad. No obstante, parece existir cierto acuerdo en aquellos casos donde el estado de inimputabilidad es provocado para cometer el hecho procurándose una excusa, o es negligente en el sujeto, a sabiendas de los efectos que le ocasiona y los peligros a los que se enfrenta en tales condiciones.

Si bien algunas legislaciones, como la nuestra en la norma del artículo 44 citado, extienden sus presupuestos a la ingesta involuntaria, sin relacionar las condiciones de la ingesta o consumo con el delito que se realiza en este estado, a saber doloso o culposo. Sin embargo, según la *actio libera in causa*, se analiza el hecho cometido por una persona que al momento de su realización, se encontraba en estado de inimputabilidad.

En este fallo, indica la Sala que vale reconocer, no obstante, que no todos los casos pueden ser analizados desde estos mismos presupuestos, y que la adicción crónica a

determinadas drogas, puede implicar disminuciones permanentes en las capacidades cognitivas o volitivas.

De esta manera, es necesaria una cuidadosa valoración en cada caso concreto. En especial, la condición de adicto, dependiendo entre otros aspectos del tipo de droga, la frecuencia del consumo y otras condiciones propias de la fisonomía y constitución de la persona concreta, puede deteriorar seriamente no solo el aspecto físico, sino el mental, afectando el juicio para discernir lo que es correcto o no, o bien, la capacidad para adecuar su comportamiento a los cánones sociales, e incluso colocando a la persona en una situación tal que no sería dable exigirle una conducta diversa, es decir, se estaría frente a un problema de inexigibilidad.

Para la Sala cabría entonces cuestionarse, si en todos los casos, una persona adicta, inmersa en el consumo constante de drogas, mantiene incólumes sus capacidades al realizar un hecho delictivo, pues en estos casos no es suficiente que se valore si la ingesta es o no voluntaria, porque la condición misma de farmacodependencia llega a convertirse en una suerte de camino sin regreso, donde el adicto ya no puede controlar su inclinación a las drogas. Así se desdibuja el carácter voluntario de su consumo, pues habría que retrotraerlo –para realizar un análisis como el que se hace, según la *actio libera in causa*, mucho tiempo atrás, lo que parece irrazonable y desproporcionado, pues la capacidad del sujeto debe analizarse **al momento de cometer el hecho**, siendo la *actio libera in causa* una excepción, pues permite analizar la capacidad en un momento anterior, como se analizó, pero no puede ser indefinido, sino, por el contrario, debe ser lo más inmediato a los hechos.

En el voto de marras se indica, además, que no podría admitirse, por ejemplo, que si una persona se inició en el consumo de drogas tres años atrás, aceptó para el resto del tiempo en que continúe consumiendo (y cuando ya es un farmacodependiente crónico), la posibilidad de cometer una gama indefinida e indeterminada de delitos, porque tal conclusión es francamente inaceptable.

Por eso, la adicción **crónica** a las drogas debe ser analizada cuidadosamente en cada caso, y no basta para ello, conformarse con la pericia médica que encuentra signos claros de adicción, sino que haría falta eventualmente y según el caso, una valoración psiquiátrica de la posible existencia de deterioro mental o afectación de las capacidades volitivas y cognitivas en virtud de la adicción

Asimismo es necesario revisar la versión de la persona afectada y su propio comportamiento, como también se debe analizar la conducta del sujeto antes, durante y posterior al hecho, es decir, con toda la información posible para valorar, según las reglas de la experiencia y la psicología, si la conducta y comportamiento del sujeto al momento de realizar el hecho, permiten concluir que estaba en pleno uso de sus capacidades de cognición y también de voluntad, o no.

No obstante, bien podría suceder que se supere el tema y se concluya que la adicción no ha implicado una afectación de tales capacidades y, sin embargo, restaría por analizar si en las condiciones concretas, era legítimo exigir al adicto una conducta diversa a la manifestada, por ejemplo, en los casos de violencia doméstica que generan el llamado síndrome de invalidez aprendida o de desesperanza aprendida, que podría afectar la decisión de actuar conforme a las normas o factores relacionados con la adicción en casos, por ejemplo, del síndrome de abstinencia, etc. Debe reconocerse que aún no se podría establecer un criterio claro y delimitador entre una adicción frecuente o habitual y una crónica y las implicaciones en ambos casos.

Señala la Sala de Casación que la jurisprudencia y doctrina italiana ha recurrido a algunos criterios para distinguir ambas situaciones, por ejemplo, se ha indicado que:

*[...].La embriaguez o intoxicación habitual se caracteriza por tratarse de una serie de episodios de intoxicación agudas, separados por períodos en los que el sujeto recupera la plenitud de sus facultades psíquicas. Incluso aunque pueda afirmarse que existe una dependencia respecto de la sustancia de la que se abusa, el sujeto está todavía en situación de interrumpir el proceso y abandonar el uso o someterse a una cura de desintoxicación; en definitiva se trataría en todo caso de situaciones reversibles. Por el contrario, la hipótesis de intoxicación crónica representaría el estadio final de alcoholismo o la toxicomanía, caracterizado por la aparición de fenómenos degenerativos de la esfera física, neurológica y psíquica, y por la existencia de alteraciones psicóticas. Es un estadio patológico y permanente, una alteración no transitoria del equilibrio bioquímico de la persona, en el que tampoco la eliminación de la sustancia conlleva la curación del sujeto (Martínez Garay, *ibíd.* p. 80) [...].*

Concluye la Sala que está claro que no es sencillo hacer una distinción, pues ni siquiera desde el punto de vista médico y científico, existe acuerdo al respecto. No obstante, debe procurarse la mayor información en cada caso para lograr una respuesta correcta y lo más adecuada a la realidad.

Las anteriores consideraciones se efectuaron con ocasión de un caso donde tres sujetos fueron condenados por dedicarse a vender drogas, propiamente “crack”, en un callejón. Si bien de las actas de vigilancia y vídeos elaborados por la policía judicial, se desprendía que los imputados también eran adictos crónicos a esa droga, para la Sala resultaba claro que estas personas realizaban su actividad ilícita con pleno dominio, sin que existiera un solo indicio que señalara que tuvieran afectadas sus capacidades para reconocer el carácter ilícito del hecho o de adecuarse a dicha comprensión.

En este caso resultaba claro cómo controlaban la llegada y los movimientos entre los adictos; cómo separaban las dosis y cómo las entregaban y recibían el dinero. De tal modo, el hecho de que respecto de los imputados, existía una pericia médico-legal que señalaba su condición de adictos, ello no implicaba que existiera alguna afectación a su

capacidad de culpabilidad, ni había evidencia alguna de que no pudiera exigírseles una conducta diversa. Además, si bien se determinó que estas personas vivían en condiciones de pobreza extrema, se concluyó que a pesar de ello, se les podía exigir a los acusados un comportamiento distinto, descartando de paso que existiera alguna afectación a su capacidad de culpabilidad.

3.1.4.- Estado de emoción violenta

Conforme lo disponen los numerales 113, inciso 1 y 127 del Código Penal, la emoción violenta constituye una fórmula de **atenuación** en los supuestos de los delitos de homicidio y de lesiones²⁴⁹. Nuestra jurisprudencia²⁵⁰ ha señalado que existe emoción violenta, cuando se presenta una **conmoción impulsiva en el ánimo del autor**, ocasionada por una ofensa a sus sentimientos que proviene –muchas veces– de la propia víctima, la cual **relajando el pleno gobierno de sus frenos inhibitorios**, lo conduce a la acción agresiva contra esta última.

Para tal efecto, no es suficiente el simple estado de emoción, sino que es imprescindible que tenga **un grado tal que, por su violencia, arrastre al autor a cometer el hecho**. Ello no significa que tal estado prive al autor de la conciencia de la criminalidad de su conducta o de la dirección de ella, pues **no se trata de un caso de inimputabilidad**²⁵¹, sino de **una situación de menor responsabilidad criminal**. En consecuencia, para que en una situación concreta sean aplicables las normas citadas, se necesita no solo que el sujeto al momento del suceso, se encuentre emocionado y alterado psíquicamente, sino además que esa alteración sea **violenta, grave**, que se trate de **un verdadero impulso desordenadamente afectivo**, capaz de hacerlo **perder el control de sí mismo** y hacerlo realizar un acto que, **en circunstancias normales, no habría hecho**.

De la misma forma en que debe tenerse cuidado de **no confundir** el estado de emoción violenta con la inimputabilidad, también debe evitarse la confusión de la emoción violenta con **la mera actitud violenta** que evidencia el agresor a la hora de actuar.

Nuestra jurisprudencia también ha señalado que la emoción violenta, **es un concepto o instituto de naturaleza jurídica, no psiquiátrica**, por lo que quienes tienen la potestad

249 El proyecto del nuevo código conserva figura del homicidio en estado de emoción violenta –que las circunstancias hicieran excusable– en el inciso tercero del artículo 120; no así para el caso de las lesiones.

250 Al respecto, ver votos de la Sala Tercera n.º 681-F-91 de las 8:55 hrs. del 13 de diciembre de 1991; n.º 154-F-92 de las 9:05 hrs. del 8 de mayo de 1992; n.º 500-F-92 de las 8:45 hrs. del 30 de octubre de 1992; n.º 427-F-93 de las 16:00 hrs. del 29 de julio de 1993; n.º 609-F-94 de las 10:05 hrs. del 22 de diciembre de 1994; n.º 344-F-96 de las 9:35 hrs. del 5 de julio de 1996; n.º 2000-151 de las 10:00 hrs. del 11 de febrero de 2000; n.º 2004-920 de las 10:55 hrs. del 30 de julio de 2004; n.º 2005-387 de las 9:00 hrs. del 13 de mayo de 2005 y n.º 2005-1434 de las 9:10 hrs. del 12 de diciembre de 2005.

251 Sobre la diferencia entre la inimputabilidad y el estado de emoción violenta, puede ampliarse con el voto de la Sala Tercera n.º 2004-920 de las 10:55 hrs. del 30 de julio de 2004.

(poder-deber) de determinar su existencia en un caso concreto no son los especialistas en esta rama de la ciencia médica, sino los jueces, ya que el criterio orientador de aquellos no vincula ni condiciona obligatoriamente la decisión que estos vayan a adoptar. Lo anterior obedece a que, cuando los artículos 113, inciso 1) y 127 del Código Penal, refieren que la emoción violenta debe acontecer “**en circunstancias que la hicieren excusable**”, estas constituyen elementos normativos de los tipos citados.

Por tanto, debe recurrirse a **criterios culturales y psicológicos** para determinar cuáles “circunstancias”, en cada caso concreto, harían o no excusable el estado de emoción violenta, lo que pone de manifiesto el carácter normativo de este instituto.

A manera de ejemplo, véase el siguiente caso: un sujeto consumió voluntariamente licor hasta embriagarse. En este estado le propinó cuatro puñaladas a una mujer, para posteriormente dejarla encerrada en una vivienda, producto de lo cual dicha víctima falleció. La Sala Tercera rechazó el alegato de defensa, en el sentido de que este actuó en estado de emoción violenta, propiciado por la ingesta alcohólica, no solo porque la grave perturbación de la conciencia no excluye de responsabilidad penal al agente, si este se colocó consciente y voluntariamente en dicho estado (arts. 43 y 44 del Código Penal), sino porque además la demostración de un eventual estado etílico, no conlleva necesariamente a la configuración de un estado de emoción violenta. Si bien es probable que una persona que haya ingerido voluntariamente alcohol, puede cometer un delito en estado emocionalmente violento, ese simple estado de emoción no atenúa su conducta, excepto que provenga **de circunstancias que lo hagan excusable**, lo que en el caso particular **no se demostró**²⁵².

Retomando lo expuesto, el estado de emoción violenta requiere entonces de dos elementos básicos: **un elemento interno o subjetivo** que consiste en la alteración psíquica violenta e irreflexiva arriba descrita; pero también es indispensable la presencia de **un elemento externo u objetivo** al agente, que puede ubicarse como la causa eficiente e idónea que provoque ese estado de alteración psíquica.

A propósito de este último, doctrinalmente se señala la necesidad de que exista ese **factor externo** para que pueda configurarse la emoción violenta. Esa causa debe ser **eficiente respecto de la emoción que alcanza características de violencia**: por tal se entiende la que normalmente, según nuestros parámetros culturales, incidiendo sobre las particularidades del concreto autor y en las circunstancias particulares del caso, puede suscitar una emoción de esa índole.

En otras palabras, debe tratarse de un estímulo externo que muestre la emoción violenta como algo “comprensible”. Debe revestir cierta gravedad (aunque la emoción en sí puede

252 Sala Tercera, votos [n.º 2004-920](#) de las 10:55 hrs. del 30 de julio de 2004; [n.º 2005-387](#) de las 9:00 hrs. del 13 de mayo del 2005 y [n.º 2005-1434](#) de las 9:10 hrs. del 12 de diciembre de 2005.

desencadenarse por un hecho nimio insertado en una situación precedente que no lo sea). En este último sentido se han propuesto distintos criterios **para medir la eficiencia causal** de ese estímulo externo, como el relativo al tiempo transcurrido entre la producción del estímulo y el hecho delictuoso; el del medio empleado; el conocimiento previo o no de la situación que constituye el estímulo, etc., negándose la eficiencia cuando el hecho ocurre después de un intervalo respecto del momento en que se suscitó el estímulo; o cuando el agente ya tenía conocimiento previo de la situación que no hace más que renovarse en el momento en que se produce la emoción, o ha empleado medios que ha tenido que buscar para llevar a cabo la acción.

Ahora bien, nuestra jurisprudencia aclara que ninguno de los criterios arriba expuestos permite resolver, en forma inequívoca, absolutamente todos los casos, sin insertar dichos criterios en las circunstancias particulares. Ciertamente, el transcurso del tiempo puede eliminar la emoción o atenuar su violencia, pero a veces –en casos muy particulares– también puede exacerbarla.

De igual forma, el conocimiento previo de la situación puede ser el terreno en donde se inserta un acontecimiento actual que provoca la emoción violenta. Por ello, las fórmulas arriba expuestas constituyen soluciones relativas que dependen de las concretas circunstancias de los hechos y del autor, las cuales siempre deben examinarse caso por caso.

En concordancia con esta aclaración, jurisprudencialmente se ha aceptado que la excusabilidad objetiva de la emoción, **no necesariamente** lleva como requisitos que la situación estimulante inmediata al hecho sea “sorpresiva” para el agente, ni tampoco que deba transcurrir un corto tiempo entre el estímulo y la reacción.

Dependiendo de las concretas circunstancias previas que rodean al hecho y a su autor, las cuales obviamente podrían desempeñar un papel fundamental en la perturbación emocional de este (por lo que deben ser analizadas en cada caso concreto), su conocimiento previo más bien podría implicar que un hecho que, en otras circunstancias, pueda parecer “nimio” o “insignificante”, sea el detonante que venga a desatar una reacción violenta, como aquella *“gota que derramó el vaso”*.

Además, la inmediatez entre estímulo y reacción violenta, tampoco es un criterio que, en todos los casos, permite solucionar la situación, ya que el transcurso del tiempo, en ocasiones, más bien podría implicar que esa perturbación hasta podría llegar a exacerbarse, por lo que los parámetros aquí referidos, siempre deben considerarse conjuntamente con las particularidades del concreto autor y las circunstancias propias del caso.

Tampoco se precisa como requisito indispensable, para estar en presencia de la emoción violenta, que esa situación perdure por determinado tiempo, sino que basta que **al momento de los hechos, esa alteración aparezca en la conducta del agente.**

De esta forma, la Sala Tercera ha considerado que el hecho de que un imputado muestre una actitud serena antes y después de cometido el hecho, no necesariamente descarta que haya podido actuar en estado de emoción violenta²⁵³. El tiempo no constituye un factor para descartar automáticamente dicho estado, **sino que debe analizarse la situación caso por caso**, a fin de establecer si el transcurso del tiempo fue suficiente para que un determinado estado anímico disminuyera e, incluso, desapareciera, luego de producirse una causa de alteración.

Siempre debe tenerse el cuidado de diferenciar la furia o cólera del momento con la que puede actuar el imputado, de la circunstancia que hace atenuar el delito por estado de emoción violenta en el sujeto activo. Lo primero que se debe considerar es el entorno en que se dio la situación, tanto al momento de ocurrir el hecho, como antes y después, porque para el estado de emoción violenta, no solo es necesario establecer la situación inmediata al hecho, sino también las circunstancias anteriores que podrían definir un cuadro de emoción violenta en el imputado, que permita, razonablemente, atenuar el delito. **De lo contrario, si cada vez que una persona tiene una discusión con alguien, o se da un enfrentamiento físico, se dice que existe emoción violenta, y haría que esta atenuante se convierta en una autorización legal para la violencia**²⁵⁴.

De igual forma, la Sala Tercera ha señalado que esta atenuante también se excluye, cuando el homicidio no es sino la culminación de un historial de violencia doméstica, pues el instituto no persigue favorecer a los individuos con temperamento irascible o violento, cuando decidan dar muerte a su pareja. En esos casos, es claro que el estado de emotivo no se origina en circunstancias que lo hagan excusable, por lo que no puede alegarse estado de emoción violenta²⁵⁵.

253 Al respecto ver voto de la Sala Tercera, n.º 427-F-93 de las 16:06 hrs del 29 de julio de 1993.

254 Consultar voto de la Sala Tercera, n.º 2006-432 de las 8:40 hrs. del 19 de mayo de 2006.

255 Voto n.º 2007-684 de las 09:45 hrs. del 29 de junio de 2007, en el que se indica lo siguiente: [...] *Proponer la atenuante de emoción violenta en este caso equivaldría a sostener que, prácticamente, todas las hipótesis de violencia doméstica constituyen delitos atenuados, lo cual es por completo inaceptable, pues no se está ante el supuesto del marido que, llegando a su casa, sorprende a su mujer manteniendo relaciones sexuales con otro hombre y reacciona ejecutando actos que, conforme se dijo líneas atrás, no ejecutaría en condiciones normales; sino del sujeto que, de por sí, acostumbraba agredir a su víctima en las más diversas circunstancias. De esta suerte, concluye la Sala que, aun soslayando el tema de la premeditación (a pesar de que, como se indicó, tal extremo posee un adecuado fundamento probatorio), lo cierto es que las circunstancias que explicarían una supuesta emoción violenta en el acusado no la harían, de ningún modo, excusable. Él, se reitera, a sabiendas de que la ofendida frecuentaba el establecimiento, decide presentarse allí, armado. Permaneció en el sitio largo rato, observando a su víctima compartir con sus amigos y no es sino cuando la ve dirigirse al servicio sanitario, que decide acometer contra ella e infligirle múltiples heridas punzocortantes hasta asegurarse de su muerte. El historial de agresión previa y la forma misma en que se desarrollaron los hechos, hace muy evidente para la Sala, como lo fue para el tribunal, que no medió ninguna causa de atenuación del homicidio, lo que impone declarar sin lugar el recurso en todos sus extremos.*

Para determinar la existencia de una emoción violenta siempre deben considerarse de forma íntegra, las particularidades del autor y las circunstancias de modo, tiempo y lugar donde sucedieron los hechos.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, nuestra jurisprudencia ha confirmado –o bien descartado– la emoción violenta en casos como los siguientes.

Síntesis del caso. En horas de la noche, un sujeto dejó aparcado su vehículo en una gasolinera, con permiso del propietario de dicho negocio, e ingresó a un bar a consumir licor. Minutos después, se apersonó a dicha gasolinera una mujer que conducía otro vehículo. Esta se detuvo; se bajó y acto seguido, comenzó a golpear repetidas veces la carrocería del vehículo aparcado por el sujeto que estaba en el bar, al punto de causarle varios daños en la pintura; luego abordó de nuevo su automotor y se dio a la fuga. Veinte minutos después, la mujer regresó nuevamente a la misma gasolinera, y con intención de causar más daños al vehículo del ofendido, tomó impulso, procedió a chocar su propio vehículo contra el vehículo aparcado, y le causó daños estructurales más graves en el chasis y la carrocería.

Tesis de defensa. En su defensa, la mujer sostuvo que tiempo atrás había tenido una relación sentimental con el propietario del vehículo dañado, en la cual fue víctima de violencia doméstica, ya que fue objeto de múltiples maltratos y humillaciones por parte del ofendido y la familia de este. Aunque tiempo atrás ambos ya se habían separado, el día antes de que ocurrieron los hechos descritos, ella había salido precisamente con ese ofendido. Al día siguiente (día de los hechos), cuando fue a recoger su carro, vio al ofendido ingresar y salir de algunos bares con otra mujer, por lo que decidió darle seguimiento para constatar lo que estaba haciendo. Después fue a su casa a tratar de tranquilizarse; lo llamó por teléfono pero su ex compañero la trató de loca y empezó a molestarla, lo que la hizo enojar muchísimo, por lo que fue a un bar, consumió licor y, posteriormente, fue a buscar a su ex compañero, pero este no le hizo caso. Entonces entró en una “*desesperación tan grande*” que deseaba hacerle algo “*por todo el daño que le había hecho*”. Por tales motivos, decidió golpear el vehículo de su ex compañero.

Con base en la anterior declaración, la defensa de la encartada sostuvo que los daños fueron causados, cuando esta última actuó en estado de emoción violenta y de obcecación temporal, lo cual le impidió conocer las circunstancias de su actuación, por lo que se debía aplicar el principio de que ante la duda se favorece al sometido a proceso. La forma en que la acusada actuó se ajustaba a la realidad, al punto de que el ofendido no la volvió a molestar, frenando así el círculo de la violencia doméstica a la que estaba sometida.

Solución jurisprudencial. Para la existencia de una emoción violenta, debe existir una conmoción impulsiva en el ánimo del autor, causada por una ofensa a sus sentimientos que proviene muchas veces de la propia víctima, y relaja el pleno gobierno de sus frenos

inhibitorios, y lo conduce a la acción. La emoción violenta implica una situación de menor responsabilidad criminal y, para que sea aplicable la norma de comentario, se necesita que la persona encartada al momento del suceso se encuentre emocionada, alterada psíquicamente, que esa alteración sea violenta y que se trate de un verdadero impulso desordenadamente afectivo, capaz de hacerla perder el control de sí misma y hacerla realizar un acto que, en circunstancias normales, no habría hecho. En otros términos, la emoción violenta requiere de un estado de alteración psíquica; pero también de una causa idónea generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva.

También la doctrina ha señalado la necesidad de que exista ese factor externo (causa eficiente) para que pueda configurarse esa causa de atenuación de la responsabilidad penal, (entre otros véase Levene, Ricardo (h). El delito de homicidio. 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 328 y 330; Lozano Delgado, Jorge Augusto. Aspectos sustanciales y procesales del delito de homicidio emocional. En “Derecho Penal y Criminología”. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Vol. VIII, n.º 25, Ediciones Librería Profesional, 1985, pp. 70 y ss.; entre otros).

En el caso concreto, la imputada inclusive llegó en una segunda oportunidad, y nuevamente procedió a dañar el automotor del ofendido. Este dato revela que no existió una verdadera obcecación de la conciencia como alegaba la defensa, ni era posible pensar en una acción justificada, tal y como lo analizó el a quo. Lo anterior se presenta por cuanto, como se dijo, según el elenco de hechos probados del fallo, luego de que el ofendido deja aparcado el automotor en el servicentro, la encartada se hizo presente al lugar y, utilizando un vehículo, procedió a golpear premeditadamente en dos ocasiones distintas, el automotor del ofendido, y le causó daños que fueron valorados en ochocientos cuarenta y nueve mil quinientos veintiocho colones.

Se indica en el fallo que la acción fue premeditada e, inclusive, que en la segunda ocasión, la justiciable tomó impulso para ejecutar el hecho. Como se apreció en el fallo, los hechos no fueron el producto de una actuación obnubilada da la conciencia de la encartada, por lo que se rechazó el reclamo²⁵⁶.

Síntesis del caso. Luego de mantener una relación de convivencia por trece años, durante la cual se presentaron varios episodios de violencia doméstica, una pareja se separa. Aproximadamente cinco meses después de esa separación, la mujer se topa en la vía pública a su ex compañero, con quien se enfrasca en una discusión, motivada porque este le reclama haberlo dejado. Durante la discusión la mujer le manifiesta a su ex compañero: *“Hijueputa, por qué me está reclamando, si usted no me da nada”*. Ante estas palabras, el sujeto saca de sus ropas un arma de fuego, con la que dispara tres veces contra su

256 Tribunal de Casación, voto n.º. 2005-394 de las 11:10 hrs. del 10 de mayo de 2005.

ex compañera, y le causa la muerte. Posteriormente se apunta a la cabeza con la misma arma, dispara y se ocasiona lesiones que ameritaron su traslado al hospital.

En su defensa, el imputado argumentó que al ser insultado por la que había sido “la mujer de su vida”, quien le dijo que él no era nadie para ella y que ya tenía otro compañero sentimental, aunado al recuerdo de agresiones anteriores de que fue objeto por parte de la víctima, cuando eran pareja, provocó que en ese momento perdiera el control, por lo que no supo lo que hizo y, cuando recuperó la conciencia, le dijeron que había matado a su ex compañera, por lo que actuó en emoción violenta.

Al practicársele el examen mental, el perito forense señaló que si bien era difícil saber el estado mental del sujeto al momento del hecho, se trataba de una persona normal: en ese momento no había consumido alcohol o drogas, de cierto modo perdió los impulsos (usualmente era una persona normal), pudiendo diferenciar el carácter ilícito del acto, distinguir lo bueno de lo malo.

Si bien podía suponerse que el imputado, con base en el pobre control de impulsos y la intensidad de la reacción mostrada, unido a su personalidad con rasgos paranoides leves y el ser una persona celosa, insegura, eventualmente pudo presentar un estado de emoción violenta. Esto no pasaría de ser una suposición, por cuanto el sujeto no tenía antecedentes de lesiones cerebrales ni de alteraciones mentales previas.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria por homicidio simple. A criterio de la Sala, las palabras de la ofendida contra el imputado, suscitadas durante la discusión previa al uso del arma de fuego, no justificaban de ninguna manera, la reacción desmedida que el sujeto tuvo contra ella. En efecto, dicha acción no podría considerarse realizada bajo estado de emoción violenta, como tampoco resultaba de recibo la versión del imputado, en el sentido de que su presunta emoción violenta también tenía explicación por los insultos que le profirió la víctima, sumados a las ofensas y agresiones de las que fue objeto mientras convivieron, cuando al momento de los hechos, ofendida e imputado tenían ya cinco meses de no convivir.

De esta manera, ante la eventualidad de la existencia de algún problema de pareja que hubiera acaecido en perjuicio del imputado—agresión, infidelidad, etc.—mientras se dio dicha convivencia, estos desde hacía muchos meses ya habían cesado por la separación. Aun en caso de ser cierta esa circunstancia, tampoco excusaría la reacción desproporcionada que tuvo contra la vida de la ofendida, puesto que la emoción violenta requiere de un estado de alteración psíquica; pero también de una causa idónea, generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor.

En el caso de estudio, por el contrario, las palabras proferidas por la ofendida al imputado, no hacen de ninguna manera excusable la reacción del imputado contra ella, ya que **no**

resultaba una causa idónea provocada por la víctima, como para considerar en el presente caso, como emoción violenta la acción homicida.

Asimismo, para efectos del caso, debía distinguirse entre emoción violenta y actitud violenta. La primera requiere una alteración psíquica, capaz de hacer perder el control de sí mismo al imputado, al punto de hacerlo actuar de una forma en que normalmente no actuaría, en tanto el supuesto de la actitud violenta, presente, incluso, en otros delitos, se trata más bien de una actitud del autor que resulta desmedida e inexcusable, ya que se lleva a cabo con dominio absoluto del hecho y de las circunstancias que lo rodean, y por consiguiente, no puede ser considerada como atenuante de ninguna manera, como efectivamente ocurrió en el caso estudiado²⁵⁷.

Síntesis del caso. Dos sujetos (**A** y **B**) mantenían una relación de amistad, la cual se vio arruinada a raíz de una deuda que **B** no pagó. A partir de ese momento, en forma reiterada, sistemática y durante un período prolongado, **A** fue sometido a toda clase de ofensas verbales, humillaciones y amenazas por parte de **B**, al punto de que incluso **B** atacó, agredió a **A** y le provocó a este último, la amputación de una de sus manos. A raíz de esta situación, **A** adquirió un arma de fuego que empezó a llevar consigo para defenderse. Dos días después de haber adquirido dicha arma, **A** se topó con **B**, quien se encontraba en un local comercial atento a un juego de fútbolín. **B** ofende de palabra a **A**, quien se mantuvo cerca de ese sitio. Quince minutos después de lanzada la ofensa verbal, **A** se acercó a la baranda del local; sacó el arma de fuego y disparó contra **B**, quien no se percató de lo que ocurría, y le causó la muerte.

El Tribunal de Juicio, basándose principalmente en el contenido del examen mental practicado a **A**, descarta la existencia de una emoción violenta, por las siguientes razones: a) Los textos de psicología y psiquiatría forense, según indicaba dicha pericia, refieren varias condiciones para la emoción violenta, entre ellas que las ofensas o injurias sean *graves* y *sorpresivas*, lo que no sucedió en el caso, ya que las supuestas ofensas recibidas por parte de **A**, no fueron sorpresivas en el momento en que ocurrieron los hechos, sino que se venían presentando desde hace mucho tiempo. b) Según la pericia forense, otra característica es que la reacción debe ser *inmediata* a la provocación, lo cual no sucedió en el caso, ya que transcurrieron quince minutos desde el momento en que **A** recibió las ofensas verbales, hasta el momento en que disparó contra **B**, lo que implica que tuvo suficiente tiempo para pensar las consecuencias de sus actos. c) Los peritos en psiquiatría consideraron también que debe existir ausencia de toda premeditación perceptible, lo que no sucedió en el caso, pues existió más bien "*cierto planeamiento*", dado que **A** consiguió el arma dos días antes de que sucedieran los hechos que se investigan y andaba con ella, sabiendo que en cualquier momento, iba a encontrarse con **B** e iba a tener conflictos con él. c) Los síntomas depresivos por la amputación de la mano, eran esperables para

257 Sala Tercera, voto n.º 2003-832 de las 9:35 hrs. del 26 de septiembre de 2003.

lo sucedido. Sin embargo **A** nunca buscó tratamiento psiquiátrico; no estuvo psicótico y el evento no lo limitó para que se reincorporara a su vida social, familiar e, inclusive, laboral, lo cual es un indicador de que no había presentado alteración de sus capacidades mentales superiores, sabiendo distinguir entre el carácter lícito e ilícito de sus actos. Con base en estas consideraciones, **A** fue condenado por homicidio simple.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera anuló la sentencia condenatoria por defectos en la fundamentación. El error del fallo, a criterio de la Sala, consistió en sacar de contexto la acción homicida, limitándose a examinarla aisladamente, sin tomar en cuenta las condiciones personales del autor, así como los antecedentes y circunstancias que rodearon el hecho. La emoción violenta es un concepto o instituto de naturaleza jurídica, no psiquiátrica, por lo que el criterio orientador de los peritos de esta rama, no vincula ni condiciona obligatoriamente la decisión que estos vayan a adoptar.

De acuerdo con la doctrina penal, la excusabilidad objetiva de la emoción no necesariamente lleva como requisitos, que la situación estimulante inmediata al hecho sea “*sorpresiva*” para el agente, ni tampoco que deba transcurrir un corto tiempo entre el estímulo y la reacción, como en el caso de estudio erróneamente afirmaron los peritos forenses.

Dependiendo de las concretas circunstancias previas que rodean al hecho y a su autor, las cuales obviamente podrían desempeñar un papel fundamental en la perturbación emocional de este (por lo que deben ser analizadas por el juzgador, lo que no ocurrió en el caso de estudio), su conocimiento previo más bien podría implicar que un hecho “*nimio*” sea el detonante que venga a desatar una reacción violenta, siendo como aquella “*gota que derramó el vaso*”.

Además, la inmediatez entre *estímulo y reacción violenta*, tampoco es un criterio que en todos los casos permita solucionar la situación, ya que el transcurso del tiempo podría implicar que esa perturbación hasta podría llegar a exacerbarse. Lo anterior descalificaba el fundamento mismo de la pericia forense practicada a **A** (que incidió en la decisión del Tribunal), la cual insistió en valorar como hecho desencadenante solo las ofensas que recibió el encartado del occiso, unos 15 minutos antes del hecho, sin considerar de forma íntegra **las particularidades del concreto autor y las circunstancias propias del caso.**

Otro aspecto erróneo de la pericia psiquiátrica, consistió en afirmar que, para que exista emoción violenta, debía existir toda ausencia de premeditación perceptible, lo que a criterio de los peritos sí ocurrió en el caso por existir “*cierto planeamiento*” del imputado al conseguir el arma dos días antes de los hechos, la cual portaba consigo a sabiendas de que en cualquier momento se podría topar con el ofendido, con quien podía tener conflictos.

Para la Sala, esta conclusión por parte de los peritos psiquiatras, resultaba arbitraria e infundada, pues no citó elementos probatorios objetivos que la respaldaran (parecía más bien una opinión fundada únicamente en íntima convicción de los peritos), además

de que se perdió de vista la explicación aportada por el propio encausado, quien dijo haberla adquirido no con el propósito de acabar con la vida del ofendido, sino como un medio de defensa. Asimismo, para la Sala el Tribunal de Juicio debió analizar la acción homicida concreta dentro del contexto que fue acreditado en juicio, referente a las ofensas, agresiones y amenazas constantes y reiteradas que, en principio, **A** venía sufriendo por parte de **B**.

Contrariamente a lo que se estableció en la pericia psiquiátrica, la jurisprudencia de la Sala más bien había señalado que la emoción violenta requiere: a) De un estado de alteración psíquica, pero también de una causa idónea generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva. b) También es necesaria la existencia de ese factor externo (causa eficiente) para que pueda configurarse esa causa de atenuación de la responsabilidad penal. c) No se requiere como requisito indispensable que esa situación perdure por determinado tiempo, sino que basta que al momento de los hechos, esa alteración aparezca en la conducta del agente. d) El tiempo no constituye un factor para descartar automáticamente un estado de emoción violenta, sino que debe analizarse caso por caso la situación para establecer si el transcurso del tiempo, fue suficiente para que un determinado estado anímico disminuyera e, incluso, desapareciera, luego de producirse una causa de alteración.

Por las razones expuestas, concluyó la Sala que la decisión condenatoria incurrió en varios yerros de fundamentación, pues no derivó en forma lógica del elenco probatorio que sustentó el fallo y se omitió valoración de prueba esencial para la decisión de la causa sometida a conocimiento del Tribunal, por lo que se ordenó el reenvío²⁵⁸.

Síntesis. Durante su vida marital, una pareja experimenta una serie de fuertes conflictos, como parte de los cuales el hombre muestra una conducta agresiva y violenta contra su

258 Sala Tercera, voto [n.º 2005-387](#) de las 9:00 hrs. del 13 de mayo de 2005. Como antecedente, puede citarse el voto de esta misma Sala [n.º 2002-992](#) de las 10:25 hrs. del 4 de octubre de 2002, referente a un caso en que un sujeto (**A**) venía siendo reiteradamente provocado a pelear por parte de otro (**B**). Un día **B** continúa con su actitud pendenciera, insultando a **A**, abanicándole la cara con un billete y botándole un refresco. Ante tanto acoso, **A** perdió el control; se obnubiló; le arrebató el billete; lo rompió; lo botó al suelo y trató de alejarse del lugar. Pero **B** lo siguió; hizo un movimiento dando la impresión de que se iba a levantar la camisa. En ese momento, **A** se volvió; creyó que su vida estaba en peligro al no conocer si **B** estaba armado, por lo que sacó su revólver y le disparó, sin que luego recordara cuántas veces, por el estado emocional en que se hallaba. La Sala confirmó la existencia de la emoción violenta, tomando en consideración, entre otras circunstancias, que aunque **A** tuviera fama de ser un hombre valiente, no impedía que la continua provocación e insultos por parte de **B** le hayan llevado a perder la capacidad de reflexión, que sería esperable en otra situación. Se consideró también que quien acosaba al imputado era el ofendido, con repetidas provocaciones verbales y físicas. El día de los hechos fue precisamente **B** quien inició la confrontación, y si bien **A** no recordaba cuántas veces disparó el arma, era comprensible por el estado de emoción violenta en que se encontraba; es decir, los múltiples disparos se relacionan precisamente con el estado emocional del acusado, y en modo alguno le era exigible a **A** que se confinara en su casa para evitar perpetuamente a **B**.

mujer, a la cual constantemente maltrata. A raíz de dichos conflictos, la pareja se separa. Tres meses después de la separación, los ex cónyuges se encuentran en la calle y se suscita una discusión entre ambos, dentro de la cual se intercambian gruesos insultos. Durante esa discusión, la mujer le da al hombre una bofetada y le lanza una piedra. El sujeto saca de entre sus ropas un puñal, con el que ataca a la mujer y le propina varias puñaladas, en diferentes momentos, producto de las cuales la mujer muere.

En defensa del imputado se alegó que la acción homicida estuvo precedida de insultos graves, amenazas, cachetadas y una pedrada, acciones que en su totalidad fueron causadas por la ofendida, sin que el encartado la agrediera ni física ni verbalmente, elementos que, en conjunto y por separado, eran capaces de configurar el estado de ira y de descontrol de los frenos inhibitorios que requiere la emoción violenta, por lo que el homicidio cometido por él, debía considerarse especialmente atenuado.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó este alegato de defensa, indicando que siempre debe diferenciarse la furia o cólera del momento, de la circunstancia que hace atenuar el homicidio, por estado de emoción violenta en el sujeto activo. Para ello, lo primero que se debe considerar, es el entorno donde se dio la situación, tanto al momento de ocurrir el hecho, como antes y después.

En ese sentido, se tuvo por acreditado que el imputado y la víctima ya tenían al menos tres meses de separados, lo cual implicaba que si bien es cierto, ya no convivían como pareja, sí existió durante su vida marital, una serie de conflictos de violencia doméstica que los llevó a la separación, como lo fue que el imputado trataba mal a la ofendida. Para el análisis de las circunstancias en que se cometió el delito juzgado, dicha acotación a los antecedentes familiares de la pareja, se hacía necesaria, porque para el estado de emoción violenta, no solo es preciso establecer la situación inmediata al hecho, sino además todas las circunstancias anteriores que pudieran definir un cuadro de emoción violenta en el imputado, las cuales permitan, razonablemente, atenuar un homicidio.

Por tanto, si el imputado con anterioridad efectivamente tuvo comportamientos violentos y agresivos hacia la víctima, no es posible considerar que el día de los hechos actuara bajo un estado de emoción violenta, por el simple altercado que hubo entre ellos. Además, las circunstancias señaladas por la defensa, no resultaban suficientes para la constitución del estado de emoción violenta, pues si bien entre víctima e imputado hubo un altercado, donde se dio un forcejeo, y la ofendida lo agredió verbalmente y además le lanzó una piedra.

Lo cierto es que si cada vez que una persona tiene una discusión con alguien, o se da un enfrentamiento físico, se indica que existe emoción violenta, haría que este atenuante se convierta en una autorización legal para la violencia.

Como oportunamente lo había señalado la misma Sala, el análisis de la emoción violenta debía hacerse, tomando en consideración no solo el momento mismo del hecho, sino

también los antecedentes, pues en el caso de estudio, el antecedente fue precisamente una relación de pareja rodeada de conflictos, un historial de maltrato por parte del imputado, y al momento del hecho, una discusión cualquiera, precedida de un ataque de la víctima que de ningún modo hacía excusable que el imputado la hubiera asesinado. Lo anterior, aunado al hecho de que las heridas con el arma no fueron propinadas en un mismo momento, a criterio de la Sala permitía descartar en definitiva la existencia de la emoción violenta²⁵⁹.

Síntesis. Un sujeto (A) le pide a otro (B) que lo acompañe a realizar una diligencia; pero el vehículo en que viajan se atasca. Ambos se bajan del automotor y se enfrascan en una discusión en la que A le recrimina a B, haber hecho unas manifestaciones desacreditándolo, por un dinero que supuestamente A le había sustraído a B, lo cual tenía “encolerizado”

259 Sala Tercera, voto n.º 2006-432 de las 8:40 hrs. del 19 de mayo de 2006. El voto más reciente en que se reitera esta posición es el n.º 2007-193 de las 16:00 hrs. del 8 de marzo de 2007, en el que se indica lo siguiente: “[...] Sobre la emoción violenta se ha indicado que: “[...] es un concepto jurídico que requiere de un estado de alteración psíquica, pero también de una causa idónea generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva. También la doctrina ha señalado la necesidad de que exista ese factor externo (causa eficiente) para que pueda configurarse esa causa de atenuación de la responsabilidad penal [...]” (Sala Tercera, n.º 500-F-92, de las 8:50 horas del 08 de octubre de 1992). La doctrina, ha recalado la necesidad de que esa emoción violenta provenga de un estímulo externo ajeno al autor, que revista cierta gravedad: “[...] la causa debe ser eficiente respecto de la emoción que alcanza características de violencia: por tal se entiende la que normalmente según nuestros parámetros culturales, incidiendo sobre las particularidades del concreto autor y en las circunstancias particulares del caso, puede suscitar una emoción de esa índole. O sea, tiene que ser un estímulo externo que muestre la emoción violenta como algo “comprensible”. Debe pues, revestir cierta gravedad (aunque la emoción en sí puede desencadenarse por un hecho nimio insertado en una situación precedente que no lo sea) [...]” –(CREUS, Carlos, “Derecho Penal. Parte Especial”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2.ª edición actualizada, 1988, pp. 47 y 48). Lo que debe quedar claro, es que no cualquier estado de emoción violenta puede atenuar el homicidio, sino que debe tratarse de un estado de emoción violenta “que las circunstancias hicieran excusable”. Estas circunstancias que hacen excusable el estado de emoción violenta, constituyen, evidentemente, elementos normativos del tipo. El juez debe recurrir a criterios culturales y psicológicos para determinar cuáles circunstancias en cada caso concreto harían o no excusable el estado de emoción violenta. Por consiguiente, se entiende que, su naturaleza es jurídica, -no psiquiátrica-, como recientemente lo ha indicado esta misma Sala al señalar que: “la emoción violenta que regula el artículo 113 inciso 1) del Código Penal es un concepto o instituto de naturaleza jurídica, no psiquiátrica, y quienes tienen la potestad (poder-deber) de determinar su existencia en un caso concreto no son los especialistas en esta rama de la ciencia médica, sino los jueces, de donde el criterio orientador de aquellos no vincula ni condiciona obligatoriamente la decisión que estos vayan a adoptar” (Sala Tercera, n.º 387-05 de las 9:00 hrs. del 13 de mayo de 2005). En el caso concreto, además de lo indicado –anteriormente– en el segundo considerando, el Tribunal, en forma acertada determinó que la acción delictiva perpetrada por el imputado configura el delito de homicidio calificado, no sólo por la forma en que se ejecutó el acto, sino también, porque no existió ningún elemento probatorio que permitiera aseverar la existencia de una emoción violenta como figura atenuante. Por el contrario, se acreditó que el justiciable –en forma infundada– emprendió una violenta agresión contra la humanidad de su madre, con el pleno uso de sus facultades intelectivas, y sin una motivación excusable, que justificase la brutalidad con la que actuó al ejecutar su conducta delictiva. Nótese incluso, –como bien lo hace el Tribunal–, que luego de haber logrado su objetivo, el imputado intentó esconder el cuerpo de su madre, para posteriormente tratar de huir en forma clandestina del lugar, con la mala fortuna de ser detenido en el intento –(ver folio 876). Por ende, no sucede que el Tribunal dejara de motivar los presupuestos por los que estimó no aplicar la atenuante indicada, es simplemente, que los mismos no existen [...].

al primero. A raíz de esa discusión, **A** y **B** se enfrentan en una pelea a golpes, y mientras estaban forcejeando, **A** toma un palo con el que golpea a **B**, derribándolo al suelo, y logra propinarle varios golpes a **B** con ese mismo palo, dejándole descubierta parte de su masa encefálica. **B** queda arrodillado frente a **A**, quien entonces extrae de las ropas de **B** un arma de fuego que este portaba y, con ella, le hace varios disparos a **B** y le causa la muerte. Inmediatamente **A** abandona la escena, pasando posteriormente por ese mismo lugar, sin constatar si **B** estaba vivo o muerto. El defensor de **A** alegó en su defensa que este actuó bajo estado de emoción violenta.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la sentencia condenatoria por homicidio simple, por cuanto no se observaron circunstancias que hicieran excusable la presunta emoción violenta de **A**. En el caso de estudio, **B** no inició una agresión ilegítima contra **A**, sino que ambos se enfrascaron en una pelea motivada por un problema de índole económico entre ellos. La reciprocidad en la agresión excluye la justificación de una legítima defensa (art. 28 del Código Penal) por parte del imputado y, consecuentemente, el exceso en la defensa (art. 29 *ibídem*).

Por otra parte, aunque se acreditó que **A** estaba “encolerizado”, **su excitación o turbación no era excusable, dadas las circunstancias en que se produjo**. Aun cuando podría decirse que el autor actuó bajo un estado de emoción violenta, ese estado anímico no se ve justificado por la sola circunstancia del motivo que originó la pelea. De acuerdo con el criterio de la Sala, debía subrayarse que **A**, después de dar tres golpes en la cabeza a **B**, le sacó el revólver de la funda para dispararle tres veces, lo cual resulta ser a todas luces, un exceso en la agresión, por resultar innecesario a efectos de impedirle a **B** continuar con la agresión, ya que este había sido reducido a la impotencia. Estos disparos, por el contrario, pusieron en evidencia el ánimo de matar al ofendido. Las circunstancias que hacen excusable el estado de emoción violenta, deben ser ajenas al autor y no provocadas por él. Estas condiciones no se cumplieron en este caso, por lo que se rechazó la tesis de defensa²⁶⁰.

Síntesis. En horas de la madrugada, un sujeto llegó a un prostíbulo, donde laboraba una mujer a quien dicho sujeto invitó a tomar licor. En determinado momento, mientras departían, se suscitó una discusión entre esa mujer y el sujeto, insultándose recíprocamente. En un momento determinado, el sujeto se abalanzó contra la mujer y le golpeó el hombro, como queriéndola empujar. Después le gritó a esta, con actitud violenta, que salieran a pelear y de seguido lanzó contra la mujer un vaso con café que le impactó en su espalda, mientras le gritaba “*hijueputa tortillera*”, “*que se fueran a hacer mierda afuera*”. El sujeto continuó insultando a la mujer, diciéndole que él “*tenía plata y le podía hacer lo que le diera la gana, que se cagaba en la madre de ella*”; le decía “*vení, pegame*”, y se reía de ella y la insultaba. La mujer les manifestó a otras personas que se encontraban en el prostíbulo, que sentía miedo. El sujeto pateó violentamente la puerta del local y entró de nuevo. Ante tal situación, la mujer se dirigió a la parte interna del bar, donde tomó un revólver en el

260 Sala Tercera, voto [n.º 344-F-96](#) de las 9:35 hrs. del 5 de julio de 1996.

momento en que el sujeto violento se encontraba en la puerta principal de entrada a ese establecimiento, y estando de frente a ella, aproximadamente a cinco metros de distancia, la misma le dispara y le causa la muerte.

Al practicársele el examen mental a la imputada, este arrojó como resultado:

[...] personalidad emocionalmente inestable: tipo fronterizo”; que se trata de una paciente que ha sido víctima de agresión sexual [...] y concluye, en respuesta a lo solicitado por el Tribunal diciendo: “1) La evaluada al momento actual no presenta sintomatología psicótica (estado de enajenación mental) por lo que conserva sus capacidades mentales y la capacidad de reconocer el carácter ilícito de sus actos. 2) En relación al posible estado mental de la evaluada al momento de los hechos es factible plantear y tomando en consideración el antecedente traumático vivido a sus dieciséis años, que en el momento de cometer tal acción pudo haberse dado un estado de obnubilación de la conciencia, esto en forma breve, conllevando a una alteración de las capacidades mentales superiores, pudiendo haberse dado una disminución de las mismas.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, la mujer actuó en estado de emoción violenta. La situación de conflicto no debe analizarse teórica y aisladamente, sino conforme a las circunstancias específicas que rodearon el suceso. La Sala ha afirmado reiteradamente que existe emoción violenta, cuando se presenta una conmoción impulsiva en el ánimo del autor, causada por una ofensa a sus sentimientos que proviene muchas veces de la propia víctima, que relajando el pleno gobierno de sus frenos inhibitorios, lo conduce a la acción homicida.

La emoción violenta implica una situación de menor responsabilidad criminal y, para que sea aplicable la norma de comentario, se necesita que la persona encartada al momento del suceso, se encuentre emocionada, alterada psíquicamente, y que esa alteración sea violenta, que se trate de un verdadero impulso desordenadamente afectivo, capaz de hacerla perder el control de sí misma y hacerla realizar un acto que, en circunstancias normales, no habría cometido. En otros términos, la emoción violenta requiere de un estado de alteración psíquica; pero también de una causa idónea, generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva.

También la doctrina ha señalado la necesidad de que exista ese factor externo (causa eficiente) para que pueda configurarse esa causa de atenuación de la responsabilidad penal. En el caso de estudio, existe fundamento para estimar que concurren los citados requisitos, y es conveniente agregar que el examen para verificar la concurrencia de estos, debe hacerse en forma integral y no separando los componentes del hecho.

Aplicando lo dicho, del análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos se hace excusable el estado de emoción violenta como atenuante,

cuando se constató, por un lado, la existencia del aspecto subjetivo de la **alteración psíquica** de la imputada —un estado de obnubilación de la conciencia, según lo revelado por el dictamen médico— y, por otro, el objetivo, la **causa eficiente** que generó en ella, la referida emoción de carácter violento —a saber, la violencia con que el ofendido trató de imponerse e insultó a la imputada. A esto último, se debe sumar todo el antecedente psiquiátrico de la imputada. La causa eficiente no solo está constituida por el aspecto externo-objetivo, la conducta del ofendido que provocó la alteración, sino también por la personalidad, “la psique” de la agresora que, ante las circunstancias que se dieron el día del suceso, aunables a sus antecedentes psiquiátricos, reaccionó violentamente bajo un estado en el que su conciencia se encontraba alterada. En consecuencia, los hechos descritos constituían la figura del homicidio especialmente atenuado, por encontrarse la autora en estado de emoción violenta²⁶¹.

3.2.- Conocimiento de la antijuridicidad

El conocimiento de la antijuridicidad constituye, junto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, un elemento de la culpabilidad.

Este no es un elemento superfluo de la culpabilidad, sino más bien un elemento principal y el que le da su razón de ser.

La antijuridicidad es una valoración; el derecho señala una acción como mala, pero para comprender una valoración, no basta solo con comprenderla, sino que requiere de la incorporación como parte de las pautas que corresponden a una determinada concepción del mundo y de sí mismo.

En este sentido, la función motivadora de la norma penal, solo puede ejercer su eficacia a nivel individual. El autor del hecho prohibido por la ley penal, tenía conciencia de la prohibición, pues, de lo contrario, este no tendría motivos para abstenerse de hacer lo que hizo.

El conocimiento requerido no se refiere al contenido exacto del precepto penal infringido, o a la penalidad concreta del hecho, sino que basta que el autor tenga motivos suficientes para saber que lo realizado, está jurídicamente prohibido, y es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia en su entorno social.

Sin embargo, de acuerdo con la función motivadora de la norma penal, solo en la medida en que se produzca la “internalización” de los mandatos normativos y el proceso de socialización no se encuentre alterado (por razones de analfabetismo, subcultura, etc.), podrá plantearse el tema del conocimiento de la antijuridicidad.

261 Sala Tercera, voto n.º 323-F-96 de las 9:20 hrs. del 28 de junio de 1996.

El conocimiento, que se define como presupuesto de la posibilidad de comprensión, no es el conocimiento formal de la ley, sino lo que se denomina el **conocimiento paralelo en la esfera del lego**. Esto significa que no se exige un conocimiento de especialista, sino el que concurre en cualquier ciudadano profano, porque en la mayoría de los casos, cuando un ciudadano común lleva a cabo una conducta típica y antijurídica, no alcanza a comprender (conocer e “internalizar”) la antijuridicidad de su hecho, pues en la práctica un conocimiento efectivo de ello, casi nunca se da, por lo que para efectos de culpabilidad, basta que el agente tuviera, al menos, la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su actuar (la culpabilidad no requiere el mismo nivel de conocimiento que el dolo).

Debe reconocerse que, en una sociedad donde coexisten distintos sistemas de valores, cabe admitir que haya personas que, aun pudiendo teóricamente conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen siquiera este problema, cuando ese hacer es normal en el grupo social concreto al que pertenecen; es decir, la pauta que ha “internalizado” como válida, es otra.

3.2.1.- Error de prohibición

Quien no está en condiciones de comprender la antijuridicidad de su hacer no actúa culpablemente, ya sea porque supone que su conducta no constituye injusto (representación equivocada), o porque no piensa en absoluto en el injusto (ausencia de representación).

De esta manera, el error de prohibición existe no solo cuando el actor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su conducta.

El tratamiento del error de prohibición ha sido muy discutido en la doctrina, pero con la teoría de la culpabilidad, consecuencia de la teoría final de la acción, se estableció que, como el dolo, entendido como conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, no tiene nada que ver con la conciencia de la antijuridicidad, se puede realizar dolosamente una conducta (matar a alguien), y creer que se realiza amparado por una causa de justificación (legítima defensa por ejemplo).

Este tipo de error puede ser **vencible o invencible**. En el primer caso, se le puede exigir al autor, atendidas las circunstancias concretas en las que actúa, la evitación del yerro, si se hubiera informado debidamente acerca de las circunstancias que rodeaban su actuar y la significación del hecho.

De esta forma, doctrinalmente se ha señalado que el error resulta vencible si: a) El sujeto tuvo razones para dudar sobre la antijuridicidad (es decir, que las circunstancias hubieran sido tales que haya cabido preguntarse por la infracción a la norma). b) Contaba con una fuente de información a la cual acudir para disipar el error. c) Le era exigible acudir a esa fuente para salir del error.

Sin embargo, este deber de informarse también podría ser desconocido por el autor. Así no puede inventarse un deber de información jurídica que obligue al ciudadano como tal.

Se dice que el único deber que tienen los ciudadanos, es no cometer delitos, el cual les es exigible en la medida en que dispongan, de manera real, de la correlativa posibilidad de comprender la naturaleza o la punibilidad de tales actos, sin que importe si hicieron uso de esa posibilidad de comprensión, porque si podían comprender y no lo hicieron, serán culpables igualmente.

En el caso del error invencible, aun cuando la persona actúa con la diligencia debida, no comprende la antijuridicidad de su acción. Se trata de un error que cualquier otra persona en su misma situación, hubiera padecido. Es, por supuesto, un asunto que se debe precisar, teniendo en cuenta las características personales del autor (profesión, grado de instrucción, medio cultural, etc.), sin olvidar el contexto social en que el hecho se produce.

El error de prohibición, a diferencia del error de tipo, no genera tipicidad culposa, solo afecta el grado de la culpabilidad que puede ser disminuido o eliminado, según se trate de error de prohibición vencible o invencible.

También reconoce distintas modalidades, aunque todas tienen idéntica consecuencia. Se puede tratar de un desconocimiento de la prohibición que abarca el supuesto en donde la persona conoce la existencia legal de la norma; pero no sabe que su conducta choca con ella, en razón de un error en la interpretación de la norma, ya sea porque la entiende mal (error de subsunción), o que crea que no es válida, por ser contraria a otra de superior jerarquía, o porque supone que está en un ámbito espacial diferente o que ha sido derogada o ha perdido vigencia (error de validez).

Otra modalidad de este tipo de error que se puede presentar, es la del error limitado a la relevancia penal que ocurre cuando la persona conoce la antijuridicidad de su acción; pero piensa que esta solo acarrea sanciones civiles o administrativas.

La falsa suposición de un consentimiento inexistente, cuya ausencia no configure un error de tipo, también configura un error de prohibición.

Pueden presentarse casos de doble error (sobre todo en la legítima defensa), en los cuales la persona cree que es atacada y ejerce defensa (putativa); pero también se encuentra en error respecto de los límites de la legítima defensa y provoca un exceso. Algunos autores opinan que en estos casos se aplican, por analogía, las reglas del exceso, cuando el agente yerra en cuanto a la existencia de una situación objetiva justificante, y a causa del miedo, traspasa los límites permitidos de la legítima defensa, si el error sobre el ataque era inevitable.

La jurisprudencia dominante en nuestro país ha señalado que, conforme la redacción que incorporan los artículos 34 y 35 del Código Penal, el error de prohibición supone **una defectuosa interpretación del hecho o de la norma en sí misma**, lo que lleva al sujeto

activo a creer falsamente que en la especie se dan las circunstancias que justificarían su conducta típica; es decir, que existe una autorización del ordenamiento jurídico para realizar la acción prevista por el tipo penal (error de prohibición indirecto), o que el hecho que realiza no está sujeto a pena, en cuyo caso el error no recae sobre las circunstancias, sino sobre la prohibición misma (error de prohibición directo). Por el contrario, el error de tipo más bien supone que esa falsa representación, conlleva a que el sujeto crea que, en la especie, no se dan las circunstancias necesarias que harían surgir la acción prevista por el tipo penal, lo que vendría a excluir el dolo.

De acuerdo con esta posición, cuando el Código Penal indica en el artículo 35 que el error invencible debe recaer sobre la situación o “hecho” que se realiza, creyendo que no está sujeta a pena, significa directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la norma. b) El sujeto que actúa considera que el ordenamiento jurídico le concede un permiso para su actuación. c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación, cuando en realidad no lo está. Estos tres supuestos están incluidos en la fórmula legal concebida por el Código, por lo que no parece haber problema alguno para incluir aquí los elementos del error de prohibición directo e indirecto.

En esta nomenclatura, plenamente compatible con nuestro Código, de acuerdo con esta posición jurisprudencial, el error directo recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva (el “No quitarás el terreno a otro ciudadano”, norma penal antepuesta al tipo penal de usurpación, por ejemplo). Mientras que el error indirecto viene a significar la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga, y los problemas de justificación putativa.

Conforme con esta postura dominante, la falsa suposición de la concurrencia de una causal de justificación, encuentra sustento en el artículo 35 del Código Penal, como un supuesto de exculpación, aun cuando el legislador la haya ubicado como un segundo párrafo del artículo 34. Lo anterior no solo sucede porque dicho párrafo hace referencia a un efecto de pena que corresponde directamente a la aplicación de una exculpante, sino porque el primer párrafo del artículo 34 se refiere, exclusivamente, a un problema de atipicidad relacionado con la ausencia de dolo en el actuar de un sujeto, cuando este puede ser circunscrito a las hipótesis de un error de tipo invencible, o cuando siendo vencible, es posible aplicar un tipo culposo correlativo²⁶².

262 Sala Tercera, votos n.º 446-F-92 de las 15:25 hrs. del 25 de septiembre de 1992; n.º 304-F-96 de las 8:45 hrs. del 21 de junio de 1996; n.º 486-97 de las 10:00 hrs. del 23 de mayo de 1997; n.º 2001-791 de las 10:10 hrs. del 8 de agosto de 2001; n.º 2001-831 de las 10:42 hrs. del 24 de agosto de 2001 y más recientemente n.º 2005-758 de las 10:10 hrs. del 8 de julio de 2005. Del Tribunal de Casación pueden consultarse los votos n.º 2000-703 del 14 de septiembre de 2000; n.º 2002-508 de las 9:45 hrs. del 11 de julio de 2002 y n.º 2005-1045 de las 9:35 hrs. del 13 de octubre de 2005.

No obstante, otro sector jurisprudencial sostiene una tesis distinta, que se resume de la siguiente forma. El Código Penal expresamente regula la situación de las causas de justificación putativas en el artículo 34, segundo párrafo, según el cual: *“Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado”*. Las reglas a que dicho artículo alude, se refieren a la vencibilidad del error: si era invencible, no habrá reproche, si era vencible lo habrá únicamente, cuando la ley señale pena para su realización a título de culpa.

Diferente y más gravosa, es la situación contemplada en el artículo 35, pues ante el error de prohibición, la invencibilidad o no del error tiene consecuencias diferentes: si es invencible, no será considerado culpable; si es vencible, se le hará el juicio de reproche, pero la pena le podrá ser atenuada discrecionalmente.

De acuerdo con esta posición (sostenida por un sector del Tribunal de Casación), el error sobre las circunstancias que justificarán la acción, debe analizarse dentro de lo establecido en el artículo 34 del Código Penal. Es decir, deben aplicarse las reglas del error de tipo (se excluye el dolo, lo que mantiene eventualmente la responsabilidad por culpa), pues interpretar el párrafo segundo del citado artículo 34 de otra forma, independientemente de la rigurosidad técnica del análisis, constituye una interpretación en perjuicio del imputado, por las diferentes consecuencias jurídicas del error de tipo y error de prohibición²⁶³.

En el proyecto de Código Penal, en el artículo 30, el tratamiento del error se adecúa a la terminología moderna y se señala que, si el error de prohibición es vencible, la pena puede ser disminuida, incluso, por debajo del extremo menor previsto para el delito de que se trate. A diferencia del código vigente, en el proyecto expresamente se contempla la errónea creencia de que la conducta que realiza, no está sujeta a pena o que está amparado en una causa de justificación, como supuestos de error de prohibición.

3.2.2.- Error de prohibición directo

En los supuestos en que el error al actuar recae sobre la existencia de la norma prohibitiva, porque el autor desconoce que existe una norma que prohíbe su actuar, estamos frente al error de prohibición directo.

Este error podría presentarse en los siguientes supuestos:

263 Al respecto, pueden consultarse los votos del Tribunal de Casación n.º 805-F-96 de las 10:15 hrs. del 8 de diciembre de 1996 y n.º 2001-713 de las 9:30 hrs. del 14 de septiembre de 2001.

- a) Cuando el agente no conoce la norma prohibitiva (v. gr. propagar una epidemia, ignorando que una norma de las leyes relacionadas con la salud, lo prohíbe; el indígena que comete incesto por ignorar la prohibición legal del hecho).
- b) El autor conoce la norma prohibitiva, pero la considera no vigente (v. gr. el indígena que conoce la prohibición de sembrar hojas de coca, pero estima que no rige en su resguardo).
- c) El autor interpreta equivocadamente la norma y la reputa como no aplicable (v. gr. el sujeto que piensa que puede tener acceso carnal con una menor de doce años que ha perdido la virginidad; o el que cree ajustado a derecho tener acceso carnal mediante violencia con una prostituta, pues piensa que la tutela penal solo protege a las mujeres honestas).

El error sobre un consentimiento inexistente responde a los supuestos del error de prohibición directo.

También la ignorancia de la persona respecto del deber jurídico que le incumbe –siempre que no se derive del desconocimiento de alguno de los elementos del tipo objetivo– constituye un error de prohibición directo (caso de conflicto de normas, cuando el médico por ejemplo, no sabe si tiene obligación de denunciar o guardar el secreto médico).

A manera de ejemplo, se citan los siguientes casos:

Síntesis. Durante mucho tiempo, un sujeto labora para una empresa distribuidora (negocio comercial que tenía autorización para la venta de armas de fuego permitidas, la cual era propiedad de su hija). El trabajo de este sujeto era, precisamente, vender armas de fuego, por lo que se acostumbró a llevarlas consigo en su vehículo, sin permiso de portación extendido por el Ministerio de Seguridad, confiado en que, hasta ese momento, no había tenido problemas con las autoridades. Además tenía la creencia de que, al estar autorizada la empresa de su hija para vender esas armas, él no tenía problemas legales para transportarlas con dicho fin. Un día el sujeto es abordado por la policía, quien determina la presencia de armas en el vehículo, por lo que al solicitarle el permiso legal de portación de las mismas, manifiesta que no lo tiene, ante lo cual la policía interpone una denuncia contra este por el delito de portación ilegal de armas permitidas.

Decisión del Tribunal. Para el Tribunal de Casación, en el caso de estudio se cumple con los presupuestos del error de prohibición directo. Ciertamente, el artículo 79 de la Ley de Armas establece que: “*Los permisos generales para cualquiera de las actividades reguladas en este capítulo, incluirán el permiso para el transporte dentro del territorio nacional de las armas, objetos y materiales que amparen*”. No obstante, en este caso, debido a que el imputado laboró por mucho tiempo en dicha actividad, para la compañía de su hija, y nunca había sido objeto de detención policial o algo similar, creyó en todo momento que su

conducta estaba amparada al permiso de la empresa para la actividad, lo que constituye un error de prohibición invencible que exime de responsabilidad penal. Aunque el artículo 129 de la Constitución Política, señala que: “*nadie puede alegar ignorancia de la ley*”, el texto completo agrega que “*salvo en los casos que la misma autorice*”. De esta manera, el artículo 35 del Código Penal es una excepción al conocimiento de la ley penal, cuyo efecto directo es hacer desaparecer la culpabilidad del hecho, cuando el error es invencible – como en el caso de estudio– o atenuar la pena, cuando es de naturaleza vencible²⁶⁴.

Síntesis. Un médico especialista en obstetricia decide administrarle a una paciente embarazada, un medicamento denominado Cytotec como inductor al parto, a pesar de que este aún no estaba aprobado por la Caja Costarricense de Seguro Social para uso ginecológico (en ese momento, su uso ginecológico estaba en etapa de experimentación, por lo que se recomendaban otros medicamentos, como el pitosil o la oxitocina), pues la principal aplicación del Cytotec era en el campo gastroenterológico y eran conocidos sus potenciales efectos secundarios (razón por la cual, de acuerdo con las reglas médicas, quien lo utilizara en obstetricia lo hacía con su propio riesgo). En efecto, la aplicación del medicamento produjo una hiperdinamia uterina (aumento de la dinámica del útero) en dicha paciente, la cual provocó una ruptura de su útero y el ahogamiento del feto en el vientre de su madre.

En su defensa, el médico especialista argumentó error de prohibición, pues al momento de los hechos suponía erróneamente que el Cytotec era un medicamento de uso común en obstetricia y que sus efectos eran beneficiosos, por lo que lo aplicó con la creencia invencible de que estaba desplegando una conducta conforme al ordenamiento jurídico.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó el alegato y confirmó la condenatoria por homicidio culposo. El error de prohibición surge cuando el autor sabe lo que hace; pero cree que su actuar no es contrario al ordenamiento jurídico; es decir, que actúa lícitamente, o bien, ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su conducta. El error invencible es aquel que **no puede ser superado por el autor, aun empleando una absoluta diligencia**, y en los supuestos del error de prohibición vencible, la culpabilidad se atenúa.

En el caso de estudio, no era posible alegar la existencia de ese error, por cuanto al médico especialista no le asistía una justificación o permiso para actuar en la forma como lo hizo, violatoria del deber de cuidado, al aplicar un medicamento que sabía no estaba autorizado institucionalmente para uso ginecológico. Además no formaba parte de los fármacos empleados para inducir al parto, para lo cual se contaba con otros diferentes, y al emplearlo con fines obstétricos, estaba contraviniendo las propias directrices administrativas del ente estatal que lo había contratado, pues incluso el medicamento cuestionado no formaba parte del caudal farmacológico de la entidad aseguradora, ni siquiera para su uso común en problemas de úlceras duodenales u otros padecimientos de tipo digestivo o gástrico.

264 Tribunal de Casación, voto [n.º 2003-473](#) de las 10:45 hrs. del 29 de mayo de 2003.

Por estos motivos, existía todo un procedimiento interno administrativo, para que un galeno lo pudiera prescribir institucionalmente.

El imputado sabía además que el uso del Cytotec con tales fines, estaba en estudio, por lo que al aplicarlo desde la perspectiva ginecológica, lo hizo bajo su riesgo, el cual resultó mortal, y aun así lo asumió. Así su conducta es típica y antijurídica, sin que exista una causa de justificación que valide su comportamiento.

A criterio de la Sala Tercera, el artículo 35 del Código Penal alude a problemas jurídicos sobre la culpabilidad, los cuales le exigen al juzgador el análisis sobre la capacidad del autor de comprender, por una parte, el carácter ilícito del hecho y, por otra, de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Dentro de un correcto análisis de la culpabilidad, asociado al nivel de “comprensión”, para establecer la existencia o no del error de prohibición, se requieren delimitar los extremos que permiten entender, si el sujeto ha actuado dentro de un ámbito de comprensión propio de una persona sin estudios de derecho. De este modo, si el autor de un hecho típico y antijurídico realiza la conducta pero carece de ese entendimiento sobre su carácter ilícito, por diferentes razones, no se le puede reprochar la conducta realizada y, por ende, no es posible aplicarle una pena.

El artículo 39 de la Constitución Política, recogido en el numeral 1 del Código Penal, le da contenido al principio de legalidad criminal, mediante el cual nadie puede sufrir pena por un hecho que la ley penal no tipifique como punible, siéndole reprochable a una persona la conducta que no se ajusta a los deberes y mandatos jurídicos, cuando pudo haber respondido positivamente a ellos, como respuesta correlativa a la protección constitucional y legal de su propia dignidad de ser humano. Sin embargo, la misma ley establece aspectos que permiten reducir, o bien, excluir la exigibilidad de una conducta acorde al ordenamiento jurídico.

Así, el artículo 42 del Código sustantivo establece que no resulta imputable, quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes. Se determinan aquí dos niveles de culpabilidad, claramente diferenciables, de allí que un sujeto que posea capacidad de culpabilidad, debe presentar características personales que permitan deducir que ha podido comprender el carácter ilícito del hecho o haber podido determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluyó que en esta fórmula legislativa, pueden existir hipótesis donde el sujeto haya podido tener capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho; pero no así que haya podido determinarse de acuerdo con lo que ha comprendido y viceversa. Ello no implica justificar la conducta del inculpable, sino solo una ausencia de fundamento para el reproche jurídico penal.

En el caso de estudio, la acción desplegada por el imputado denotaba un conocimiento de que realizaba un acto verdaderamente antijurídico, con prescindencia de un falso conocimiento o ignorancia sobre la permisibilidad o justificación de su conducta. Por tanto, su actuar no puede exculparse en un error de prohibición, amparándose en causales de atipicidad o de justificación, pues se encontraba en posibilidad de comprender el carácter ilícito de su hecho y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, al aplicarle a la paciente el medicamento que, a la postre, produjo la muerte de su hijo al momento de su nacimiento²⁶⁵.

3.2.3.- Error de prohibición indirecto

Cuando el error se refiere a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto, estaremos frente al error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación.

En estos supuestos, la persona sabe que su actuar está prohibido en general, pero estima, de manera errónea, que en el caso concreto surge una causa de justificación que lo permite.

También este error puede presentarse en tres supuestos:

a) La persona se equivoca acerca de la existencia de una justificante, al suponer una causal de exclusión de la antijuridicidad no prevista por el Ordenamiento (v. gr. el funcionario judicial estima permitido por el derecho consuetudinario, aceptar un regalo en navidad proveniente de una parte interesada).

b) La persona se equivoca en relación con los límites de una justificante y desborda las exigencias legales que permitirían la existencia de la causal (v. gr. el acreedor que, después de ejercer el derecho por las vías legales, sin éxito, cree permitido tomar con violencia de la cartera del deudor moroso, la suma de dinero adeudada).

c) Error sobre la concurrencia de circunstancias que, si se presentan, justificarían el hecho (v. gr. se lesiona a una persona que, en horas de la noche, en una calle oscura, frecuentada por asaltantes, hace ademán de sacar un pañuelo del bolsillo, lo que se interpreta como un gesto sospechoso de ataque, defensa putativa).

Este error se presenta, entre otros supuestos, cuando el autor considera cualquier tipo de defensa como permitida, o cree que puede emplear un medio de defensa muy peligroso para el atacante, si el ataque podía ser repelido con un medio de defensa menos seguro, o la persona desconoce la existencia de limitaciones ético-normativas de la legítima defensa.

265 Sala Tercera, voto [n.º 2001-791](#) de las 10:10 hrs. del 20 de agosto de 2001.

La defensa putativa frente a una agresión que realmente no existe, da lugar a una causal de exculpación, si el error era invencible, o de atenuación de la pena si era vencible. Tal como vimos, se ha tratado en nuestra jurisprudencia mayoritaria como un error de prohibición indirecto.

Sin embargo, la creencia, objetivamente errónea, pero razonable, podría fundamentar una causa de justificación y podría admitir la legítima defensa.

Como ejemplos de lo expuesto, véanse los siguientes casos:

Síntesis. **A** y **B** eran socios de una empresa que se disolvió por razones ignoradas, lo que motivó fuertes diferendos entre ellos. Tal conflicto produjo que en diferentes oportunidades, **A** amenazara de muerte a **B** por vía telefónica. También pasaba por su casa haciéndole ademanes ofensivos y de pelea; hechos por los que **B** había denunciado a **A** ante el juzgado contravencional. Un día **A** hizo una llamada telefónica a la casa de **B**, indicándole a este último que “de esa noche no pasaría”, y acto seguido, se dirigió hasta la vivienda de **B**, donde llegó unos minutos después de haber efectuado la llamada. Ingresó a su propiedad y, desde el frente, le gritaba: “*Salí hijueputa para matarte, de esta noche no pasás, vengo a matarte o a que me matés*”. Ante esas palabras, salió de la vivienda un hijo de **B**, quien intentó poner calma diciéndole que los dejara en paz y que se fuera. Sin embargo, **A**, quien se encontraba dentro de la propiedad a unos tres metros de la puerta de la casa, insistía en que **B** saliera. Finalmente **B** salió de su vivienda con un revólver e hizo dos disparos de advertencia. **A** no se retiró del lugar, sino que empujó al hijo de **B**, diciéndole “*quitate porque también a vos te mato*”, haciendo un ademán de sacar algo de entre sus ropas, situación por la que **B** disparó contra **A**, y lo impactó con cuatro disparos que le provocaron la muerte en forma inmediata. Revisado el cuerpo de **A**, se determinó que este no portaba ningún arma consigo.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, **B** actuó bajo los presupuestos del error de prohibición indirecto. En primer lugar, debía señalarse que en el caso no concurrió causa de justificación alguna. Por el contrario, resulta evidente que **B** pretendió defenderse suponiendo, erróneamente, la inminencia de una agresión ilegítima que **A** realizaría con algún tipo de arma que sacaría de sus ropas, cuando lo cierto es que no llevaba ninguna consigo. No debe desatenderse la circunstancia de que si bien **A** se presentó a la casa del justiciable y lo agredió en forma verbal, esta conducta no provocó la reacción defensiva de **B** de disparar y causar la muerte del ofendido. Si así hubiera sido, nunca podría concurrir alguna causa de justificación, en tanto existen medios menos lesivos para repeler simples amenazas verbales que disparar en cuatro oportunidades contra el ofensor. **B** pretendió defenderse, no de tales amenazas, sino de lo que creyó una inminente agresión con el uso de armas.

No obstante, tal ataque en realidad ni ocurrió, ni se podía producir, ya que la víctima no llevaba consigo ningún instrumento de esa naturaleza. Se trató, entonces, de una

legítima defensa putativa que supone un error de prohibición (**B** supuso que actuaba en condiciones de hecho que lo autorizaban para ejercer una defensa legítima justificante, cuando en realidad tales circunstancias no existían).

La Sala concluyó que, en el caso de estudio, el error en que incurrió **B** era invencible, pues por la forma en que los hechos se desarrollaron, no era posible esperar que corroborara o no, si la víctima se hallaba armada –corriéndose el riesgo de que sí lo estuviera– y en capacidad de materializar la agresión. Por lo anterior, la conducta de **B** fue típica y antijurídica, aunque **no culpable** y, en consecuencia, lo que procedía era su absolutoria penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil de indemnizar derivada de su actuación, en virtud de que su conducta sí llegó a constituir un injusto penal²⁶⁶.

Síntesis. **A** y **B** suscribieron un contrato de arrendamiento mediante el cual, a partir del mes de junio de ese año, **A** le arrendaba a **B** un local para ubicar un negocio comercial. En los primeros días del mes de julio de dos mil, **B** cerró dicho negocio y se ausentó del local, dejando dentro del mismo los equipos y materia prima, y omitiendo pagar el respectivo monto por concepto de alquiler. Por estos motivos, ya en el mes de noviembre de ese mismo año, **A** utilizó los servicios de un notario público para constatar la existencia dentro del local, que conservaba aún el rótulo del negocio montado por **B**, de varios bienes propiedad de este último, los cuales retiró del local, y lo reabrió con su propia administración, quedando en su poder los mencionados artículos, según recomendación del notario público que lo asistió durante el levantamiento del acta de inventario de bienes.

Al enterarse de lo ocurrido, **B** interpuso una denuncia por retención indebida, y se le notificó a **A**, por parte de la fiscalía, la prevención de devolución de bienes. Por consejo de su abogado, **A** desatendió dicha prevención, sosteniendo que le asistía un legítimo derecho de retención, con base en el artículo 65 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos. En virtud de lo anterior, se formularon cargos contra **A** por el delito de retención indebida.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, **A** actuó bajo los presupuestos de error de prohibición indirecto. La interpretación que se dio al artículo 65 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos por parte del imputado resultó incorrecta, porque actuó bajo la errónea creencia de que estaba protegido por una causa de justificación que en realidad el ordenamiento jurídico no es claro en conceder, en tanto en cuanto resulta discutible si se trataba o no de bienes inembargables.

Ese error fue introducido en virtud del consejo legal que se le brindó, lo que en el caso de estudio, excluyó la capacidad de **A** para comprender la antijuridicidad de su conducta, puesto que actuó en la creencia de que estaba facultado legalmente para retener los bienes

266 Sala Tercera, voto [n.º 2001-831](#) de las 10:42 hrs. del 24 de agosto de 2001.

propiedad de **B**. Si bien es cierto, ante la denuncia interpuesta por este último se previno al denunciado hacer la entrega de los bienes de marras, tal prevención no implicaba para el caso concreto que el ilícito se consolidara y que la conducta fuera reprochable.

El párrafo tercero del artículo 223 del Código Penal señala: *“En todo caso, previamente el imputado será prevenido por la autoridad que conozca del asunto, para que, dentro del término de cinco días, devuelva o entregue el bien, y **si lo hiciera no habrá delito, quedando a salvo las acciones civiles [...]**”* (la negrita no es del original). La frase resaltada en el párrafo transcrito, tiene que ver con la tipicidad de la conducta, en el sentido de que una vez hecha la prevención, si esta se cumple, la acción resultará atípica, *a contrario sensu*, si se incumple con lo prevenido, la conducta estará adecuada al tipo penal de retención indebida, es decir, cuenta con la característica de la tipicidad penal. Como tal, la conducta típica no implica necesariamente que sea reprochable, aunque sí puede afirmarse que, por sí, la tipicidad es un indicio de antijuridicidad y esta, a su vez, un indicio de culpabilidad.

Este es un análisis que no puede ser soslayado por el juzgador, pues dicho examen es indispensable para determinar, si se está en presencia de un delito, entendido como una acción típica, antijurídica (ausencia de causas de justificación) y culpable (ausencia de causas de exculpación). Solo cuando este estudio esté finalizado, se puede proceder a graduar el reproche que corresponde para cada caso concreto.

En el presente caso, el Tribunal de Juicio, al centrarse en el análisis de la culpabilidad, concluyó que se estaba en presencia de un error de prohibición indirecto, que se originó porque en todo momento y con la asesoría de un profesional en derecho, **A** actuó creyendo que le asistía el derecho de retención contenido en el artículo 65 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, tesis que mantuvo la defensa, incluso, hasta el momento el juicio.

Si el derecho de retención era legítimo o no, o bien, si los bienes retenidos resultaban o no embargables, fueron aspectos que ni siquiera los juzgadores dilucidaron. Así concluyeron al respecto que el ordenamiento no era claro, en cuanto a la solución de estos puntos que pudieran determinar de manera categórica que el actuar del imputado, se debió a la creencia absoluta de que se encontraba justificado, tal y como se lo había asegurado su abogado, circunstancia que –a juicio del Tribunal– resultaba suficiente para concluir que existía en su actuar un error de prohibición indirecto.

En ese sentido, el fallo impugnado indicaba que tal error con respecto al derecho de retención sobre los bienes, *“excluye su capacidad de comprensión de la antijuridicidad de su conducta, puesto que actuó en la creencia de que estaba facultado legalmente a retener los mismos”*. Si bien el *a quo* no se detuvo a explicar si el error de prohibición indirecto en el que incurrió el acusado, era vencible o invencible, lo cierto es que del fallo se extraía, sin lugar a dudas, que consideraron que era de naturaleza invencible, no solo

porque los juzgadores tuvieron por demostrado que actuó siempre con consejo legal y la creencia absoluta de que tenía un derecho de retención sobre los bienes, sino también porque concluyó que tal error excluía su capacidad de comprensión de la antijuridicidad, y consecuentemente eliminó la culpabilidad (no la disminuyó, como hubiera resultado si se considera que el error era vencible)²⁶⁷.

3.2.4.- Error de comprensión culturalmente condicionado

Tal y como se indicó, a partir del voto N° 446-F-92, la Sala Tercera ha venido desarrollando un concepto de culpabilidad plenamente separado de la cuestión de la voluntad realizadora del tipo penal. De esta manera, toda la problemática del dolo y la culpa (imprudencia) queda reservada exclusivamente para su examen dentro del juicio de tipicidad. En esta tesitura, el análisis de culpabilidad se concreta a la tarea de reprochar el injusto al autor, es decir, de investigar la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión (la conducta seguirá siendo típica y antijurídica).

Para un correcto examen de la culpabilidad, lo que interesaría es el examen de los extremos que permiten entender que un sujeto ha actuado conforme a un ámbito de libertad y de **interiorización** de la pauta normativa en la esfera paralela del lego (interiorización: conocer la pauta normativa e introducirla en el contexto general de las valoraciones personales que inspiran el comportamiento del sujeto en sociedad).

De conformidad con el principio de culpabilidad, si una persona realiza una conducta típica y antijurídica, pero carece totalmente de la comprensión del carácter ilícito del hecho, dicha acción no le puede ser reprochada y, por ende, no es posible imponerle una pena.

La Sala Tercera ha reconocido la existencia de casos donde se da un enfrentamiento entre los valores culturales de un grupo dominante sobre los de una minoría, en los cuales es posible encontrar abundantes criterios para que un juicio de reproche concluya en una necesaria reducción de la pena por imponer. La regla general consistiría en que cuanto mayor esfuerzo tenga que hacer un ciudadano para “introyectar” o interiorizar una pauta normativa, menor debe ser el reproche penal.

La culpabilidad en nuestro sistema normativo es completamente graduable y las reglas de esta graduación, no serían otras más que las mismas que brotan del caso concreto, de las circunstancias culturales y sociales que rodean al sujeto activo, así como también de las circunstancias que influyeron en el hecho investigado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 71 del Código Penal. Dentro de estas reglas de graduación, se encuentran incluidas todas aquellas que llevan al autor a un determinado comportamiento conforme a sus creencias, sus pautas de conducta y su visión integral comunitaria (de acuerdo con la Sala Tercera, esta es una interpretación respetuosa de la dignidad humana).

267 Sala Tercera voto, n.º 2006-176 de las 15:15 hrs. del 6 de marzo de 2006.

Por lo anterior, el derecho penal debe reconocer una esfera de **autonomía ética**, no para justificar hechos que contradicen los valores éticos sociales de la comunidad, sino para atender a la forma, contenido y calidad de la interiorización de la pauta normativa en una determinada persona y de allí al reproche en la forma de pena que le va a ser impuesta. Por tanto, **el juicio de reproche no puede ser igual para todos los hombres**. Así se debe tener especial cuidado en considerar que las singularidades personales, pueden afectar la interiorización de las pautas de conducta. Esto último no significa que el derecho penal se desaplique para el caso concreto, afectando la seguridad jurídica, sino que esta se mantiene reconociendo que **el injusto es personal** (el reproche debe responder a un análisis de esa persona que ha contravenido el ordenamiento).

El primer nivel de análisis de la culpabilidad (el de la comprensión), establecido en el artículo 42 del Código Penal, puede afectarse por problemas de inimputabilidad, como también por errores sobre la prohibición, que motiven que el sujeto piense que el hecho que realiza, no está sujeto a pena. De conformidad con el numeral 35 del Código Penal, el error vencible afecta la comprensión de la antijuridicidad y, de allí, la interiorización del carácter ilícito del hecho, mientras que el invencible siempre impide la comprensión de la antijuridicidad. Pero también impide esta comprensión, ya sea porque afecta el conocimiento o, en otros casos, porque dicho conocimiento existe, pero no puede exigirse la comprensión de la antijuridicidad; entendida esta última como un “interiorizar”, un “hacer suya” la pauta normativa.

El error de comprensión aparece en aquellos casos, donde al agente le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos, pero, a pesar de eso, no le es exigible la “internalización” de ese conocimiento (es una forma de error de prohibición). Este error puede ser “culturalmente condicionado”, cuando **el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha interiorizado valores y pautas diferentes de las de aquel grupo, y a pesar de que le es exigible conocerlos, no se le puede pedir que las interiorice, que las haga suyas**.

Por supuesto que este es, en primer lugar, un problema de prueba, y también de valoración judicial de una serie de factores, como lo son: la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento (antropológico y sociológico) acumulado en relación con las pautas de conducta y los valores de ese grupo, etc. Todos estos aspectos vuelven a subrayar la necesidad de establecer el “concepto” de culpabilidad, como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto.

Las anteriores consideraciones fueron utilizadas por la Sala Tercera, a propósito del conocido caso de dos padres de familia, cuya militancia en un grupo religioso particular, los llevó a interiorizar una “ideología religiosa” basada en la creencia de que Dios es el “único médico eterno e infalible”, cuya voluntad es inalterable, y en cuyo poder está sanar a

alguien o quitar la vida. Dentro de esta tesitura, todo tratamiento médico terrenal quedaba supeditado a aquella voluntad eterna y suprema. El hecho es que uno de los hijos de esta pareja enfermó gravemente, y ellos, debido a sus creencias religiosas, voluntariamente omitieron llevarlo a recibir atención médica, porque si era voluntad de Dios salvar al niño, este se curaría de su enfermedad, o, por el contrario, le podría quitar la vida “salvando su alma inmortal”. A raíz de esta situación, la salud del menor se deterioró hasta su muerte.

Para la Sala Tercera, la conducta desplegada por los padres de este menor efectivamente cumplió con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal abandono agravado de incapaz, pues dicha predisposición de carácter religioso no afectó el dolo en cuanto a conocimiento y voluntad realizadora del tipo citado. El comportamiento de los padres de la víctima tampoco resultaba justificable, pues con base en ninguna creencia religiosa, se puede permitir la muerte de una persona, solo porque se crea que los tratamientos médicos son contrarios a la voluntad de Dios (la Constitución Política protege la libertad de culto, siempre que este no se oponga a la moral universal y a las buenas costumbres).

Sin embargo, a criterio de la Sala, en el caso de estudio, concurrían todos los elementos propios de un error vencible que afectó la comprensión de la antijuridicidad por parte de los imputados y, de allí, la interiorización del carácter ilícito del hecho. La incidencia del culto religioso distinto se debía analizar, en el caso concreto, en el nivel de interiorización de la pauta normativa.

De acuerdo con las pruebas evacuadas en ese proceso, si bien la madre del menor fallecido, años atrás, había profesado la fe católica, debido a la precaria educación formal y la situación de relativo aislamiento que tenía la comunidad a la que pertenecía, era posible que se construyera para sí misma, una interiorización de valores religiosos extremos y distintos de los de la colectividad que pudieron incidir en la decisión que al final tomó contra el menor. Por tanto, en su caso concreto, analizar la concurrencia de un error vencible de comprensión, constituía el reconocimiento de una serie de circunstancias personales de esta mujer que la llevaron a la comisión del hecho.

De esta manera, si bien la sanción penal tiene una función preventiva general y especial (una respuesta del Estado que ha examinado las circunstancias concretas del caso que motivaron el hecho punible o que pudieron afectar la interiorización de las pautas normativas), no podría exigírsele a la acusada que interiorizara estos valores, cuando está de por medio un cálculo de los posibles “peligros del alma inmortal de su hijo”, frente a las imposiciones de la ley terrenal.

Este juicio, lejos de constituir una desaplicación del derecho penal, más bien llama la atención que la acusada estaba haciendo una medición del enfrentamiento de bienes jurídicos que le impedía una correcta apreciación de la pauta normativa. Así aunque su error era claramente vencible por su situación particular (haber sido católica antes), para la Sala no podía pasar inadvertido que esta mujer estaba tomando en cuenta las

circunstancias de una nueva creencia religiosa con la que estaba comprometida por una fuerte convicción personal, al punto de que en el proceso el “líder religioso” explicó que la pareja había actuado, conforme a la pauta normativa que venía “directamente” de Dios y, por ello, no podían temer nada.

Esto último, a criterio de la Sala, hacía que este particular culto no fuera una simple “conciencia disidente” que nunca iba a impedir la aplicación de una ley penal, sino que más que un credo, **era una pauta normativa diversa, una interiorización distinta que afectó la comprensión del carácter ilícito del hecho que exige nuestra ley penal para poder imponer una pena.** De esta forma, en aplicación de los artículos 35 y 79 del Código Penal, la Sala Tercera redujo la pena originalmente impuesta a dichas personas de seis a tres años de prisión²⁶⁸.

3.3.- Exigibilidad de otra conducta

Los ciudadanos tienen el deber de cumplir los mandatos normativos. Sin embargo, los niveles de exigencia varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc.

Normalmente, los niveles de exigencia que el ordenamiento señala, pueden ser cumplidos por cualquier persona (exigibilidad objetiva, normal o general), salvo algunos casos donde se impone el cumplimiento de un mandato, como en las situaciones de estado de necesidad, donde se exige que el necesitado no tenga la obligación de sacrificarse.

Pero también existe una exigibilidad subjetiva o individual, referida a situaciones extremas, en que no se puede exigir al autor de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello implicaría un excesivo sacrificio para él.

Lo cierto es que el derecho no puede pretender actos heroicos, y tampoco puede imponer una pena, cuando, en situaciones extremas, la persona prefiere cometer un delito, antes de sacrificar su propia vida o su integridad, por ejemplo.

La no exigibilidad de otra conducta obliga, en la culpabilidad, a comprobar, antes del juicio completo de culpabilidad, si el autor que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad de su acto, realizó un hecho típico y antijurídico, y se encontró en una situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, imponerle una sanción.

Como supuestos de esta clase, se han admitido el miedo insuperable, el encubrimiento entre parientes y el estado de necesidad exculpante. Sin embargo, debe admitirse que

268 Sala Tercera, voto [n.º 561-F-93](#) de las 9:45 hrs. del 16 de abril de 1993.

todas las causas de exclusión del reproche son supuestos de inexigibilidad de otra conducta, y esa es su verdadera naturaleza jurídica.

Reiteramos entonces que la inexigibilidad de otra conducta es la esencia última de toda causa de inculpabilidad, ya que todas son supuestos donde no puede exigírsele al autor, una conducta distinta. Pero nuestro ordenamiento jurídico la ha incluido como una causa específica de exclusión o disminución de la culpabilidad.

3.3.1.- Coacción o amenaza y el estado de necesidad “exculpante”

El principio de ponderación de bienes es el que conforma la causa de justificación, denominada estado de necesidad. Se considera lícito, entonces, el sacrificio de un bien menor cuando se salve con ello un bien mayor (estado de necesidad justificante), e igualmente cuando se sacrifica un bien mayor y se salva uno de igual o menor jerarquía (**estado de necesidad exculpante**). Reiteramos que, más que una ponderación estricta de bienes, se trata de considerar la naturaleza del daño que se causa, en relación con el que se evita.

También en estos supuestos se debe dar una situación de necesidad (peligro real e inminente, no evitable de otro modo menos dañino para un bien jurídico), que no haya sido provocada intencionalmente por el autor o por imprudencia de este, y que este no tenga obligación de sacrificarse en razón de su oficio o cargo, y que se actúe con la finalidad de proteger un bien jurídico. La diferencia con el estado de necesidad justificante, radica en que hay una equiparación entre el mal causado y el mal evitado. El mal que se evita puede provenir de una acción humana o de un peligro generado por la naturaleza.

El caso paradigmático referido en la doctrina, es el del naufrago que, para salvar su vida, empuja al mar a otro naufrago, pues solo uno de ellos puede asirse al tronco que le permite mantenerse a flote.

Por otro lado, la coacción, que es un estado de necesidad creado por una conducta humana, es solo uno de los estados de necesidad exculpante, siempre que no genere un estado de necesidad justificante que se presentaría cuando la amenaza del mal es mayor que el mal causado (por ejemplo, la persona que es obligada a enterrar a otra, bajo amenaza de muerte del autor del homicidio).

La amenaza consiste en una intimidación que atemoriza de manera suficiente a la persona, llevándola a cometer el delito para evitar el daño que la amenaza ofrece. Al igual que en el caso de la coacción, sobresale la importancia de la libertad que, al estar ausente, impide formular el reproche de culpabilidad y, en consecuencia, no hay responsabilidad en el hecho. En el caso de la amenaza, no hay dominio físico, sino dominio moral. La misma se puede dar por escrito, en forma verbal o mediante un gesto significativo, y representa el anuncio de un mal. Para su eficacia, es necesaria la creación de un temor que no puede ser resistido por la persona, la cual, finalmente, comete el delito.

El miedo insuperable también ha sido tratado como un supuesto de necesidad exculpante, y podría, en principio, asimilarse a una causal de inimputabilidad o, incluso, de ausencia de acción, por cuanto el miedo es una situación psíquica que puede llevar a la paralización total de quien lo sufre. Sin embargo, para estimarlo causal de inculpabilidad, necesitamos establecer que quien lo sufre conserva una opción o posibilidad de actuación. Asimismo, es preciso que el agente haya realizado el injusto con el efecto de tal estado de miedo insuperable.

El término “insuperable” alude a que sea superior a la exigencia media de soportar males y peligros, y es un requisito objetivo, de manera que si la persona es timorata o muestra gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente. Por lo anterior, siempre deben examinarse las características personales del sujeto y el contexto en que ocurrieron los hechos.

El mal que produce el miedo, al igual que en el estado de necesidad, ha de ser serio, real e inminente.

Con base en consideraciones como las aquí expuestas, nuestra jurisprudencia ha admitido que existen causales genéricas excluyentes de la culpabilidad en casos como el siguiente:

Síntesis. Una mujer reiteradamente fue víctima de violencia doméstica en sus diversas manifestaciones (psicológica, física y verbal) por parte de su esposo, al punto que decidió denunciarlo ante el Juzgado de Violencia Doméstica, donde consigue que se ordene al agresor, alejarse del hogar –como medida preventiva– durante dos meses, sin que tuviera la capacidad suficiente para impedir que regresara a la casa, una vez cumplida la medida citada. El agresor vendía drogas en dicha vivienda (venta que se mantuvo suspendida, mientras el sujeto permaneció alejado del hogar a raíz de la orden judicial). Cuando regresó a la casa, la mujer, obedeciendo peticiones directas de su esposo, se dedicó a preparar y entregar a los consumidores, “dosis” o “puntas” de clorhidrato de cocaína, respectivamente, lo cual fue constatado por los investigadores judiciales a través de varias vigilancias y compras experimentales. Efectuado el allanamiento, ambos fueron detenidos. En el interior de la vivienda se encontró una significativa cantidad de droga (cocaína y “piedras de crack”), así como instrumentos o materiales utilizados normalmente para prepararla o embalarla (bolsas con bicarbonato, rollos de papel aluminio, etc.).

Al practicársele a la mujer el estudio pericial forense, se determinó que esta presentaba:

sintomatología compatible con un sentimiento de desesperanza aprendida, en donde la reacción de la evaluada ante un evento traumático, es el sentimiento de impotencia, perdiendo la motivación para reaccionar, pudiendo llegar incluso a pensar que no hay nada que se pueda hacer para evitar el maltrato y la agresión que vive en su dinámica de pareja. La desesperanza aprendida podría producir cambios profundos, en la manera en que la evaluada siente, piensa y se comporta, como lo es la incapacidad para controlar

eventos que suceden, expectativas no realistas, pérdida de la capacidad para resolver problemas, depresión y ansiedad.

Decisión del Tribunal. Analizado el caso por parte de la Sala Tercera, se consideró que la conducta de la mujer constituía, en tesis de principio, una coautoría conforme a los presupuestos del injusto penal previstos en el artículo 61, en relación con el 71, inciso c) de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas, pues realiza la actividad ilícita conjuntamente con el autor, en este caso su esposo. Sin embargo, se demostró que estaba totalmente sometida debido al ciclo de violencia doméstica que sufría. En vista de estas circunstancias, a criterio de la Sala no se podía concluir que la mujer fuera autora responsable del hecho, pues si bien su conducta era típica y antijurídica, no podía estimarse como **culpable**. En este sentido, no se puede olvidar que la imputada estaba sometida a un ciclo de violencia doméstica por parte de su esposo. Dicha situación le impedía actuar según sus propios deseos o intereses personales, en tanto que para poder considerarla como culpable o responsable del delito, era necesario que se hubiera acreditado que, además de haber cometido un injusto penal y de haber tenido la capacidad de comprender el carácter ilícito de este, tenía la capacidad suficiente para adecuar su conducta, de acuerdo con este entendimiento o comprensión, ya que si está ausente alguna de estas dos capacidades, o bien, si se tienen reducidas, se excluiría su culpabilidad en el hecho, aunque en efecto su acción se estimara como configuradora de un **injusto penal**.

En el caso de estudio, esa culpabilidad no logró acreditarse, pues como consecuencia del ciclo de violencia doméstica al que estaba sometida la imputada, no tenía la capacidad suficiente para adecuar su conducta a la comprensión de su carácter antijurídico, pues a pesar de que conocía que no estaba bien o que era ilícito lo que realizaba, se vio compelida a hacerlo debido al dominio que sobre ella ejercía su esposo.

En otras palabras, la participación de esta mujer en el hecho respondió a lo que en doctrina se denomina un **estado de necesidad exculpante** derivado de la reducción del ámbito de autodeterminación del agente, por lo que debió considerarse tanto el artículo 42 del Código Penal, cuyo segundo supuesto para la inculpabilidad supone la imposibilidad de adecuar la conducta a la comprensión de la condición antijurídica del hecho. Asimismo, debía tomarse en cuenta la hipótesis prevista en el numeral 38 *ibídem*, que exige de culpabilidad a quien actúa **“bajo coacción o amenaza de mal actual grave”**, de manera que razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa, supuestos que se tuvieron por acreditados en el caso de estudio.

La situación de impotencia revelada en los peritajes forenses, ante el poder de su esposo, lo que configura es una causa excluyente de su culpabilidad en los hechos, pues la conducta que realizó, más que responder a sus propios deseos o intereses, como se dijo, fue producto –por el contrario– de la coacción a la que estaba sometida a nivel familiar. Es decir, no fue consecuencia de una voluntad libre y espontánea, sino el resultado de un temor

fundado, debido a la posibilidad real de verse agredida (física, psicológica o moralmente) en cualquier momento por parte de su esposo (esto constituye una “*vis compulsiva*”), lo que, de conformidad con el artículo 38 del Código Penal, excluía su responsabilidad en el delito²⁶⁹.

Por otro lado, se ha descartado la existencia del estado de necesidad exculpante en casos como el siguiente:

Síntesis. Una mujer en estado de embarazo dialoga con su vecino acerca de la dificultad económica que enfrentaba al recibir a su nuevo hijo, pues ya tenía tres hijos soltera, por lo que estaría dispuesta a entregar a ese nuevo bebé a una familia. El vecino le indica que él tiene un compañero de trabajo con muchos años de casado; pero sin hijos. A través de la mediación de su vecino, la mujer embarazada se reúne con la pareja sin hijos y acuerda entregarle a su bebé. Con el propósito de evadir los trámites de adopción del PANI y los Tribunales de Justicia, la mujer embarazada, en la fecha en que se internó en el hospital para dar a luz a su niño, utilizando el carné de Seguro Social de la mujer que iba a adoptar su bebé, dio un nombre e identificación falsos, haciéndose pasar por la esposa del padre adoptivo del niño, y posteriormente, procede a registrar al referido menor con los apellidos de sus nuevos padres, insertando datos falsos en el acta de nacimiento, con lo cual altera el estado civil de este y lo aleja de sus orígenes. La madre biológica del niño es denunciada por el delito de alteración de estado civil (artículo 182 del Código Penal).

En su defensa, se sostuvo que dicha imputada actuó bajo los presupuestos del error de prohibición, y como segundo argumento, se sostuvo que actuó amparada al estado de necesidad exculpante, dada su difícil situación económica, por lo que tardan las autoridades en los trámites normales de adopción, y el bienestar de su hijo.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación rechazó el alegato de defensa, pues de acuerdo con los hechos descritos, la madre biológica del niño conocía la ilicitud de sus actos e, incluso, sabía que podía dar al menor en adopción. El artículo 35 del Código Penal supone que el sujeto no solo reconoce que lo que hacía no era, según su particular visión, ilícito, sino que las circunstancias en que lo hace no le permitían percibir tal ilicitud. Estas condiciones evidentemente no se cumplían en el caso en examen, porque la imputada tenía conocimiento de que su conducta era ilícita, y además, que todo el procedimiento descrito

269 En este mismo sentido, se ha pronunciado la Sala Tercera en los votos [n.º 756-F-95](#) de las 8:45 hrs. del 22 de diciembre de 1995; [n.º 2002-175](#) de las 9:00 hrs. del 28 de febrero de 2002 y [n.º 2005-352](#) de las 9:30 hrs. del 29 de abril de 2005, y más recientemente el voto [n.º 2006-1225](#) de las 9:50 hrs. del 20 de enero de 2006, en el que la Sala indicó que el suministro de drogas a un centro penitenciario por una mujer sometida a un ciclo de violencia, constituye una acción típica, antijurídica pero no culpable, en razón de un estado de necesidad exculpante, si la imputada no podía determinar su conducta conforme a derecho, pese a la comprensión de su ilicitud, dadas las amenazas generadas por el compañero sentimental. Por tanto, no es posible reprocharle su acción, ya que no es verosímil exigirle una conducta diversa conforme a sus circunstancias particulares.

por ella, no permitía admitir de ninguna manera, que desconociera que el procedimiento fraudulento empleado en la suplantación de identidades, fuera ilegítimo. Esto impedía aplicar el error de prohibición; además, las condiciones enfrentadas por la acusada, no contenían los elementos que configuraban el error invencible, que es el presupuesto básico que exige dicha figura jurídica.

Por otro lado, la situación enfrentada por la encausada tampoco representaba un mal tan grave e irremediable que pudiera justificar la comisión del hecho delictivo. A criterio del Tribunal, el mal ocasionado con el delito era evitable de otra forma.

Por esta razón, tampoco era aplicable la causal genérica de inculpabilidad, dado que la situación que vivió la encausada no era de tal gravedad, como para que no pudiera resolver su conflicto de otra forma, como sería, por ejemplo, entregar al menor en adopción. El estado de necesidad exculpante exige que el peligro para el bien jurídico, sea actual e inminente, lo que no ocurre con el menor, en caso de que se hubiera quedado con su madre. En el caso de estudio, la imputada no se enfrentaba a un peligro que no fuera evitable de otra manera, pues como se mencionó, el menor podía someterse a un trámite ordinario de adopción, sin incurrir en los hechos ilícitos descritos²⁷⁰.

Finalmente, se debe señalar que la Sala ha indicado que, no en todos los casos donde existan antecedentes de violencia doméstica, resulta válido alegar el estado de necesidad exculpante, para justificar una agresión²⁷¹.

270 Tribunal de Casación Penal, voto n.º 212-F-96 del 18 de abril de 1996.

271 Concretamente, en el voto n.º 2007-230 de las 10:30 hrs. del 14 de marzo de 2007, la Sala se pronunció en los siguientes términos: [...] *De inicio, debe aclararse que desde ningún punto de vista resulta aplicable al caso concreto el estado de necesidad justificante, pues como bien apunta el representante del Ministerio Público al contestar la audiencia concedida, ésta requiere que el bien jurídico que resulta afectado sea de menor entidad que el que se pretende proteger y, en cambio, lo que alega la sentenciada es que debió dar muerte a su concubino para proteger su propia vida, ergo, se trata de bienes jurídicos equivalentes. Trasladando entonces el análisis a la posibilidad de que concurriese en la especie un estado de necesidad exculpante, por las razones que se expondrán a continuación, la respuesta también es negativa. Para que éste resulte aplicable, la ley exige que concurra un peligro actual o inminente, que el mismo no lo haya provocado voluntariamente el sujeto activo y, por último, que la situación de peligro no sea evitable de otra manera. Todas estas condiciones, sin embargo, fueron desechadas por el a quo fundadamente, a la luz de la prueba evacuada en el juicio. Los jueces no niegan, sino que parten como un hecho, de la existencia de violencia doméstica en la pareja conformada por EC y GS. En lo que difieren de la encausada, es en su percepción de que ella era sujeto pasivo de dicho ciclo de violencia, siendo que a partir de la prueba se extrae, más bien, que tanto uno como otro eran protagonistas de episodios de violencia y agresiones tanto verbales como físicas. Lo anterior se colige, principalmente, del dicho de una testigo que no tenía una especial relación con las partes y que, por lo tanto, no da lugar a presumir que pretendía favorecer a alguna de ellas, como lo es JFC, vecina de la sentenciada, así como de lo declarado por JDG, quien trabajaba como salonero en el mismo lugar que lo hacía el occiso. La primera, dio cuenta de haber observado cortadas en el cuerpo del ofendido, y que éste le manifestó “[...] que si no hubiera corrido lo habría matado [...]” (f. 294). Relata haber visto en otras oportunidades “[...] salir al muchacho corriendo y ella detrás con la pistola [...]”, así como que una vez lo vio correr “[...] y a ella detrás con un puñal, diciéndole vení maricón [...]” (ibid). Refiere que en una ocasión la propia inculpada le relató que había ido a buscar a la otra conviviente de* (continúa en la siguiente página)

El artículo 32 del proyecto de nuevo código dispone que cuando no se le pueda exigir una conducta diversa a quien actúa, la culpabilidad se excluye o disminuye. En este último caso, la pena podrá ser disminuida incluso por debajo del extremo menor previsto. Por su parte, el artículo 33 del proyecto, dispone 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.

su compañero, con un arma y dispuesta a matarla, pero que no la encontró (ibid). Uno de los datos más relevantes que aporta la deponente, es que apenas dos días antes del evento juzgado, EC la invitó a entrar a su casa, y que al ingresar ella, la privada de libertad “[...]jaló una gaveta furiosa, saco (sic) una escuadra y la puso al frente mío, me dijo la compre (sic) para matar a GS, entonces yo le respondí como (sic) va usted a hacer eso, y ella dijo no yo lo hago porque GS ha jugado mucho conmigo [...]” (ver f. 295). En igual sentido JFC dio cuenta que en una ocasión encontrándose en el bar donde laboraba, ingresó la encausada (a quien se refiere como “Y”), y que ésta “[...] sacó un revólver y lo mostró, manifestando si greivin (sic) agarra cualquier vara aquí está esto [...]” (fs. 289-290). Si bien existen otros testigos que acudieron al debate a dar cuenta de haber presenciado únicamente agresiones de GS hacia ES, es lo cierto que tales episodios sólo comprueban que los ataques eran recíprocos, pero de ningún modo desdicen las acciones violentas protagonizadas por la segunda, que con lujo de detalles relató JDG, así como las manifestaciones expresas de su intención de darle muerte a su compañero, por haberla engañado, que confirman tanto ésta como JDG. Por otro lado, la misma reconstrucción de la manera cómo ocurrió el homicidio da cuenta de que fue a instancia de la propia encartada que el ahora occiso se presentó a su casa, pues ella lo llamó por teléfono a la casa de su mamá, que ya tenía lista el arma al lado de la bolsa con ropa que, momentos antes, le había llamado para que se llevara, que la inculpada no presentaba rastros de agresión en su cuerpo el día del suceso y, además, que le disparó por la espalda, cuando éste había emprendido la huida de la casa, determinándose con prueba pericial que EC siguió al ofendido hasta afuera de su vivienda para dispararle. De todo ello concluye acertadamente el Tribunal que no existió peligro inminente, ni necesidad de agredir al perjudicado, pues la vida de EC no estaba siendo puesta en peligro, de manera que se excluye la presencia de un disparador que, aún aceptando que ésta fuera víctima del síndrome de mujer agredida, pusiera en marcha un mecanismo de defensa de su parte el día de los eventos. Que la sentenciada actuara producto de un ciclo de agresiones cuyo efecto no pudo contener más, también es inaceptable pues se logró determinar que el día del suceso, no se vio atacada por su compañero, sino que más bien quien agredió y amenazó a GS, al punto de hacerlo salir de la casa, fue EC, misma que lo había llamado para que fuera a su vivienda a llevarse su ropa. En ese sentido, la ocasión y el escenario fueron propicios por la misma privada de libertad, al punto que si partimos de la existencia de un ciclo de violencia en la relación, quien tuvo el papel de agresora ese día fue ella misma. La posibilidad de una obnubilación de la conciencia de la encausada, provocada por el ciclo de violencia que regía la relación de pareja, también se descartó con ayuda de la pericia psicológica, pues logró determinarse que EC pudo recordar detalles de los instantes anteriores y posteriores a darle muerte a su ex concubino, recuerda cuál era la posición de sus manos al disparar, y tomó acciones inmediatas para prestar auxilio a su víctima. Es decir, como bien se establece en el fallo, de la prueba se logra concluir con suficiencia que la intención de la ofendida al llamar al perjudicado fue la de darle muerte, y que no se trata de una reacción descontrolada de ésta, producto de la violencia sufrida en su relación de pareja, sino más bien controlada y planificada. El informe adjuntado como prueba nueva, no difiere de los admitidos en el contradictorio, de folios 60 a 65 del expediente, de manera que no aporta datos novedosos o que varíen las circunstancias ponderadas en su momento por el Tribunal sentenciador, con vista en la prueba técnica que se examinó en ese momento. Ante este panorama y en virtud de las razones antes expuestas, procede declarar sin lugar el procedimiento de revisión presentado por EC.

3.3.2.- La obediencia debida

Nuestro Código Penal, en el artículo 36, establece la exclusión de culpabilidad cuando se actúe bajo los supuestos de obediencia debida, que requiere el cumplimiento de tres requisitos: a) La orden debe provenir de **autoridad competente** para expedirla, y debe cumplir con las formalidades de ley. b) Debe existir un grado de **subordinación** entre la persona que actúa delictivamente y la persona que da la orden de actuar. c) La orden impartida no debe ser una abierta **acción punible**.

Esta causal exculpante se caracteriza, entonces, por la existencia de un mandato que dirige la voluntad del agente. Por esta razón, el que manda es quien debe cargar con la responsabilidad penal derivada del hecho punible cometido por el subalterno. Esta exculpante es muy común en relaciones de orden administrativo, por lo que debe tenerse en cuenta que la Ley General de la Administración Pública, en el artículo 107, inciso 1), establece la obligación de todo servidor público de obedecer las órdenes, instrucciones y circulares del superior, con las limitaciones que establece este capítulo.

Por su parte, el artículo 108 de ese mismo cuerpo normativo establece la obligación del servidor público de desobedecer, cuando se presenten estas circunstancias: a) Que la orden tenga por objeto la realización de **actos evidentemente extraños** a la competencia del inferior. b) Que el acto sea manifiestamente **arbitrario**, por constituir su ejecución **abuso de autoridad o cualquier otro delito**.

Cabe insistir en que las causas de inculpabilidad, como las arriba reseñadas, no son causas de justificación, pues su razón de ser jurídico-penal es simplemente reducir o hacer desaparecer el reproche personal del injusto. Cuando un juez se encuentra, por ejemplo, que no puede imponer una pena porque el sujeto ha actuado bajo un supuesto de coacción o de miedo insuperable, que le ha coartado su capacidad de autodeterminarse, conforme a su comprensión del ilícito, lo que concluye no es que está justificando la conducta del inculpable, sino que simplemente no existe fundamento para el reproche jurídico-penal.

3.3.3.- La necesidad exculpante en los delitos culposos

Hay supuestos de inculpabilidad que derivan de violaciones al deber de cuidado, provocadas por cansancio físico y psíquico, sobre todo en épocas de una gran necesidad de conservar el trabajo (el trabajador que se ve obligado a atar caballos que tienen defectos y luego se desbocan, y causan lesiones; la realización de una maniobra brusca para evitar un choque, la cual hace que se invada el carril contrario; el conductor de servicio público que es obligado a conducir por muchas horas, y agotado, causa lesiones).

En muchos de estos casos, no se trata de una equivalencia de males, sino de enfrentar peligros patrimoniales con peligros para la integridad física o la vida, o, incluso, para la vida ajena.

En los delitos culposos, para cuantificar los males y ponderarlos, hay que tomar en cuenta el grado de proximidad del peligro, como criterio general, para establecer la diferencia entre justificación e inculpabilidad. El mal será mayor, cuanto más próximo sea el peligro, por cuanto habrá más probabilidad de que sobrevenga la lesión. Este grado de proximidad debe responder a las pautas de un observador objetivo.

4.- Graduación de la culpabilidad y fundamentación en la solicitud de las penas

Tal como se examinó en la primera parte de este capítulo, jurisprudencialmente se ha establecido que los elementos de la culpabilidad son graduables (imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y exigibilidad de un comportamiento distinto o de otra conducta). Por estos motivos, deben estudiarse en cada caso concreto, **todos aquellos elementos y circunstancias que incidieron en el autor para realizar el hecho punible**, dentro de las que se incluyen todas aquellas que llevaron al autor a un determinado comportamiento, conforme a sus creencias, sus pautas de conducta y su visión integral comunitaria.

Con fundamento en lo anterior, debe tenerse claro que el juicio de reproche **no puede ser igual para todas las personas**. Este aspecto debe ser tomado en cuenta por los fiscales, tanto a la hora de analizar la capacidad de culpabilidad de quien ha cometido un hecho típico y antijurídico, como a la hora de fundamentar, en las conclusiones del debate, el *quantum* de la pena que solicita el Tribunal, se imponga al imputado. Para dicha fundamentación, se sugiere a los fiscales guiarse por los siguientes parámetros:

- a) **Aspectos objetivos.** Pena aplicable y el tiempo de acuerdo con la ley. Hacer la relación de acuerdo con la afectación al bien jurídico y la política criminal establecida por el legislador, en los extremos mínimos y máximos establecidos en el tipo penal.
- b) **Aspectos normativos.** Pena aplicable al caso y tiempo máximo en el caso concurso. Analizar los artículos 28 de la Constitución Política (Principio de lesividad), el 122 de la L.J.P.J. (en caso de materia penal juvenil) y el 71 del Código Penal. En este último caso, se presentan las condiciones de tiempo, modo, lugar, el infligir dolor a la víctima, la vulnerabilidad de esta, etc.
- c) **Aspectos subjetivos.** La mayor o menor exigibilidad de conocer el derecho y de actuar conforme a ese conocimiento, tomando en cuenta las circunstancias culturales y sociales que rodean al sujeto activo (cuanto mayor esfuerzo tenga que hacer un ciudadano para “introyectar” o interiorizar una pauta normativa, menor debe ser el reproche penal).
- d) **Consideraciones sobre la extensión del daño causado.** El desvalor del acto y el desvalor del resultado. Esto implica analizar los artículos 71 del Código Penal, en el caso de personas adultas, y el 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

- e) **Especificación y contenido de la pena solicitada.** El artículo 50 del Código Penal establece dos tipos de pena. **Principales:** prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación. **Accesorias:** inhabilitación especial. Por su parte, la legislación penal juvenil establece penas: socioeducativas, órdenes de orientación y supervisión, y sanciones privativas de libertad, las cuales, conforme al artículo 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, se pueden fijar como: principales, alternativas y subsidiarias. El fiscal debe indicar el tiempo de duración y, si es posible, el lugar del cumplimiento.
- f) **Aspectos personales del imputado.** Para justificar la sanción, también deben examinarse las condiciones personales del sujeto activo, en la medida en que estas hayan influido en la comisión del delito. Para ello debe recurrirse al estudio de los informes sociales, así como a los informes de las secciones de Psicología y Psiquiatría Forense, etc. Se debe recordar que las condiciones personales del sujeto, también podrían permitir la disminución del juicio de reproche, especialmente en el caso de menores de edad, cuando el contenido de este tipo de informes, permita sustentar, razonablemente, pronósticos favorables sobre su futuro comportamiento.

No debe perderse de vista que la pena que se solicita, debe contemplar la finalidad resocializadora o rehabilitadora del sentenciado en el caso de materia penal de adultos, conforme al artículo 51 del Código Penal, y la finalidad pedagógica en materia penal juvenil, según el artículo 125 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, y nunca debe ir más allá de la persona del condenado y no deberá afectar a otros miembros de su grupo familiar²⁷².

272 CAMPOS ZÚÑIGA, Mayra. *Módulo Instruccional 1. Curso de Inducción (oferentes al puesto de fiscal)*. San José, Proyecto BID-Ministerio Público, 2006. También se recomienda la revisión de los parámetros fijados en los votos del Tribunal de Casación Penal, n.º 2002-053 de las diez horas quince minutos del primero de febrero de 2002 y de la Sala Tercera n.º 2004-142 de las 8:55 hrs. del 27 de febrero de 2004.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

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

BAJO FENÁNDEZ. El parentesco en derecho penal.

CEREZO MIR; CÓRDOBA RODA. Culpabilidad y pena, Barcelona, 1977.

CEREZO MIR. El delito como acción culpable, ADP, 1966.

—. Problemas fundamentales del derecho penal. Madrid, 1982.

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.

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

MUÑOZ CONDE, Francisco. El error en derecho penal. Valencia, 1989.

—. Teoría General del Delito. Valencia, Tirant lo Blanch, 3.^a edición, 2004.

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

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. 11.^a edición, Bogotá, Editorial Temis, 1987.

ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención en el derecho penal. 1981.

—. 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.

SAINZ CANTERO. La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal.

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

SILVA SÁNCHEZ. Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad. ADP, 1987.

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.

— . Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2.ª reimpresión corregida, 2005.

QUINTO MÓDULO

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

- 1.- Autoría
- 1.1.- Nociones generales sobre el concepto
- 1.2.- Teoría del dominio del hecho
- 2.- Diferencias entre autoría y participación
- 3.- Clases de autoría
- 3.1.- Autoría directa individual
- 3.2.- Autoría mediata
- 3.2.1.- Límites a la autoría mediata
- 3.2.2.- Casos de exclusión de la autoría mediata
- 3.3.- Coautoría
- 3.3.1.- Características y requisitos de la coautoría
- 3.3.2.- Aspecto objetivo y subjetivo
- 3.3.3.- Retiro del acuerdo por un coautor
- 3.3.4.- Casos de exclusión de la coautoría
- 3.3.5.- Los excesos y la coautoría
- 3.3.6.- Otros casos resueltos por nuestra jurisprudencia
- 4.- Participación
- 4.1.- Aspectos generales y fundamento de la punibilidad del partícipe
- 4.2.- Accesoriedad de la participación
- 4.3.- El error del partícipe
- 4.4.- Formas de participación
- 4.4.1.- Inducción o instigación
- 4.4.1.1.- Requisitos de la instigación o inducción
- 4.4.1.2.- Formas de la instigación
- 4.4.2.- Complicidad
- 4.4.2.1.- Requisitos de la complicidad
- 4.4.2.2.- Complicidad como aumento causal del riesgo jurídicamente desvalorado.
Acciones profesionalmente condicionadas y acciones diarias
- 4.4.2.3.- Otros casos resueltos por nuestra jurisprudencia
- 4.5.- La participación en los delitos especiales
- 5.- Comunicabilidad de las circunstancias
- 6.- Problemas de determinación de autoría en delitos de delincuencia organizada y económica empresarial

1.- Autoría

1.1.- Nociones generales sobre el concepto

El concepto de autor en el derecho penal no plantea ninguna duda, cuando una sola persona realiza el hecho punible. Se habla en este caso de autor directo, inmediato o unipersonal. No ocurre lo mismo cuando varias personas intervienen en la realización del hecho. En estos casos, se hace necesario identificar quién ha llevado a cabo el papel más importante y los que han mantenido una función secundaria; es decir, se trata de señalar al autor y a los partícipes.

Sin embargo, a veces varios sujetos se reparten la ejecución del hecho y ninguno de ellos llega a agotar, por sí solo, en forma completa, el tipo penal, lo que plantea un problema de coautoría.

Nuestro Código Penal, en el artículo 45, nos ofrece la definición del concepto de autor, señalando que lo es “[...] *quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros y, coautores los que lo realizaren conjuntamente con el autor*”

Esta tipificación distingue entre quién realiza el hecho por sí; quién realiza el hecho sirviéndose de otro y quién realiza el hecho conjuntamente con el autor.

Un autor inmediato sería quien realiza, de propia mano, todos los presupuestos objetivos y subjetivos del injusto típico, de manera plenamente responsable. Hay autoría inmediata aunque el autor utilice un instrumento no humano, como un arma o un animal al cual dirige; es decir, cuando hay dominio del hecho.

Esta forma de autoría no desaparece, aunque el agente alegue una causa de justificación o de exculpación, o que el hecho no lo ha realizado por interés propio (como el sicario que mata por encargo).

Cuando la capacidad de entender o querer ha sido excluida culposa o dolosamente por la persona, se presenta, por disposición legal, una excepción a las reglas de coincidencia entre acción y culpabilidad que deja subsistente la culpabilidad: la *actio libera in causa* (artículo 44 del Código Penal). En estos supuestos, tendríamos un caso típico de autoría inmediata.

El proyecto de código define la autoría en el artículo 36, señalando que: “*Es autor quien realiza la conducta punible en todo o en parte, por sí o sirviéndose de otro u otros, así como el que la realiza conjuntamente con otro*”. Observamos que se cambia de la realización de un hecho punible a realización de una conducta punible, lo que podría ser una cuestión de orden terminológico nada más, aunque para algunos podría significar la introducción del concepto de acción final. Como podemos apreciar, la nueva tipificación confiere la

categoría de autor inmediato, también, a quien realice “una parte” del hecho punible, según la consideración del caso.

El concepto de autor ha sido sometido a mucha discusión y la polémica sigue vigente. Pero en razón de la propuesta de nuestro texto, nos limitaremos a considerar el criterio que ha sido aceptado con mayor frecuencia por los pronunciamientos relevantes de nuestros máximos tribunales.

En relación con las distintas doctrinas, podemos señalar que nuestra jurisprudencia opta decididamente por un **criterio restrictivo de autor**, en la vertiente de la **teoría del dominio del hecho**.

El concepto de autor se comprende de mejor forma, en tanto se le relacione con el de participación, el cual detallaremos más adelante.

La realización de los elementos típicos constituye el primer elemento para establecer el concepto de autor. Así se señala que “autor es quien realiza la acción típica”.

Se ha indicado por parte de nuestra jurisprudencia que los tipos de la parte especial, son tipos de autoría, y es autor quien los realiza. Este es el llamado concepto ontológico de autor, porque responde al significado propio de la palabra: el “verdadero” autor es aquel que lo realiza y del que se puede afirmar que es suyo. Sería autor en el sentido de los tipos de autoría, pero como veremos, existen tipos de participación distintos de la autoría²⁷³.

Como señalamos, la discusión y el desarrollo de diversas teorías para establecer el criterio más adecuado para definir la autoría, parecen interminables. Todas constituyen construcciones científicas que pretenden conceptuar lo que ha de entenderse por autor (y coautor) o partícipe, de conformidad con lo que el propio legislador ha establecido para distinguir cada una de las categorías.

Sin embargo, como solución global se ha propuesto la **teoría del dominio del hecho**, la cual entiendo como autor a quien retiene en sus manos el curso, el “sí” y el “cómo” del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto; el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central.

Este criterio exige siempre una valoración que debe concretarse frente a cada tipo y frente a cada forma concreta de materializar una conducta típica. No puede fundarse en criterios puramente objetivos ni puramente subjetivos, sino abarcar ambos aspectos y una concreción en el caso dado, puesto que ninguna construcción dogmática ha logrado

273 Sobre este tema, la Sala Tercera ha indicado que la participación criminal no constituye una circunstancia que se encuentre prevista expresamente en los tipos penales, sino que corresponderá al operador jurídico su determinación en cada caso particular (voto n.º 2006-203 de las 15:40 hrs. del 16 de marzo de 2006). Como excepción, podrían señalarse el caso del cohecho y la penalidad del corruptor.

ofrecer una teoría de la participación, capaz de brindar conceptos distintivos de autor y partícipe que puedan aplicarse a todas las categorías o clases de delitos²⁷⁴.

En los delitos de omisión, se considera autor a quien, teniendo el deber jurídico y la posibilidad fáctica de evitar el resultado, no lo hace.

1.2.- Teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho presenta criterios de mucha utilidad para el estudio del tema de la autoría y la participación, frente a la gran cantidad de corrientes de pensamiento que se han expuesto en la materia.

Su elaboración se atribuye a Welzel y su introducción en la dogmática hispana a Luis Jiménez de Asúa. También se reconoce el importante aporte del profesor Claus Roxin en su desarrollo.

Esta teoría se inscribe dentro de las teorías materiales objetivas y se ha señalado que busca conciliar aspectos objetivos y subjetivos.

En ese sentido, nuestra jurisprudencia entiende por autor a quien retiene en sus manos el curso, el “sí” y el “cómo” del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto; es decir, autor es quien tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho, mientras que los partícipes carecen de ese dominio del hecho.

Lo importante sería el aporte objetivo que le ha correspondido al individuo en la realización del hecho, de manera que será autor si tuvo un papel dominante en el hecho total, aun cuando haya actuado en interés o por instigación de otro. Por el contrario, si no ha tenido una posición dominante, será solo partícipe, a pesar de que haya tenido un gran interés en la realización del delito.

De conformidad con este criterio, se exige una valoración que debe concretarse siempre frente a cada tipo y a cada forma precisa de materializar una conducta típica. No puede fundarse en criterios puramente objetivos o subjetivos, sino que abarca ambos aspectos y requiere una concreción en el caso dado.

El carácter objetivo-subjetivo de esta construcción teórica, se recalca en forma insistente por la doctrina y se indica que, aunque el dominio del hecho supone un control final (subjetivo), no requiere solo la finalidad, sino también una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho.

274 Sala Tercera, votos n.º 2000-1427 de las 10:00 hrs. del 15 de diciembre de 2000 y n.º 2002-1267 de las 9:55 hrs. del 13 de diciembre de 2002.

Esta tesis implica reconocer al autor como “**señor de la realización del tipo**”, carácter que solo asume el que “**mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, se coloca en ese papel**”. Además es quien tiene en sus manos el curso del suceso típico.

Si el delito posee pluralidad de partícipes, todos son cooperadores, pero autor será solo quien, dolosamente, tiene en sus manos el curso del suceso, pudiendo, en forma voluntaria, interrumpir o dejar correr la realización del resultado total.

Algunos autores consideran que la teoría del dominio del hecho tiene, entre otras, la virtud de no confundir los conceptos de autor y ejecutor, con lo que logra incluir al autor mediato y permite una mejor comprensión del coautor.

Como lo ha señalado la Sala Tercera, la ley dispuso un trato diferente (conceptual y eventualmente punitivo) para el autor y los restantes sujetos que intervienen en el hecho punible como cooperadores e instigadores, lo que confirma que nuestro ordenamiento no sigue un criterio unitario de autor en cuanto a los delitos dolosos, ya que es distinto en relación con los delitos culposos, donde no se admite la existencia de la participación.

Los artículos 1 y 2 de nuestro Código Penal confirman la función de garantía del tipo penal y el principio de legalidad, reafirmados por el artículo 45 que considera autor del hecho punible, tipificado como tal, a “quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros y, coautores los que lo realizaren conjuntamente con el autor”.

La construcción dogmática de la teoría del dominio del hecho, nos permite interpretar qué significa **realizar el hecho punible**. De esta manera, si en el marco de un Estado democrático de derecho, se entiende que la definición de un tipo penal no se limita al verbo en que se materializa la conducta, sino que la misma ley establece quién puede ser su autor, las modalidades de la acción y el resultado, así como los demás elementos subjetivos y objetivos que ameritan una respuesta penal, es requisito indispensable buscar una construcción dogmática que no contraríe esos principios.

En ese sentido, nuestra jurisprudencia ha considerado que la teoría del dominio del hecho, como definitoria de los conceptos de autoría y coautoría, no vulnera esos principios democráticos, al no aparejar significados distintos de realizar un hecho o concurrir “conjuntamente” a su realización (en este sentido voto n.º 2000-1427 de la Sala Tercera). Esto significa que nuestro legislador no optó por alguna teoría en particular para definir al autor. De esta manera, aplicar la teoría del dominio del hecho, tiene como propósito desentrañar quién “realiza” el hecho. Más bien parece que este criterio involucra un concepto restrictivo de autor, tomando en cuenta no solo las manifestaciones exteriores de la conducta, sino también sus componentes subjetivos.

Es importante considerar que, si bien la teoría del dominio del hecho proporciona criterios útiles para diferenciar al autor de los partícipes, estimar autor (coautor o autor mediato) a

quien tiene el dominio final del hecho, e instigador o cómplice a quien no lo posee, plantea el problema de definir qué debe entenderse por tener “dominio del hecho”, y al respecto se han propuesto diversas soluciones.

Actualmente, la Sala Tercera admite que el punto corresponde a un criterio abierto, no en el sentido de “indeterminado” o “cambiante”, sino que a él se llega a través de un método descriptivo y no definitorio que reclama la valoración del caso concreto y que puede admitir nuevos elementos de contenido, sin alterar la idea esencial, dado que el dominio del hecho no se puede someter a un juicio generalizador. Será el juez, en el caso concreto, el que deberá considerar los principios regulativos u orientadores que funcionan cuando la descripción es insuficiente²⁷⁵.

Parte de ese método descriptivo está integrado por las nociones de que autor es quien “tiene poder de decisión”; tiene “*dolosamente en sus manos el curso del suceso típico*”; el “*sí y el cómo*” del hecho; “*asume la conducción consciente del fin*”, las cuales resaltan la necesidad de considerar aspectos subjetivos (dirección de la causalidad) y objetivos (la forma en que se desarrollan en cada caso esa causalidad y la posición relativa del autor, frente a otros sujetos concurrentes).

Nuestra jurisprudencia también acepta que el dominio del hecho puede recaer sobre la acción (autoría), la voluntad de otro (autoría mediata) o traducirse en un dominio funcional por división del trabajo que implica un común acuerdo delictivo y la ejecución de una parte del plan global, aunque esa parte no constituya un acto típico en sentido estricto (coautoría).

Como ejemplos, véanse los siguientes casos:

Síntesis. Una mujer se encontraba junto con una amiga en las inmediaciones de una escuela, cuando fueron interceptadas por un grupo de seis mujeres, entre las cuales se encontraban **A** y **B**, quienes procedieron a llamar a la ofendida y, acto seguido, la rodearon, y una de las mujeres, cuya identidad no se logró determinar, le puso un puñal en el estómago a la ofendida, ordenándole que entregara sus joyas, en tanto **A** se encontraba dentro del grupo rodeando a la víctima, para evitar cualquier acto de resistencia o escapatoria. Por su parte **B**, conjuntamente con otra mujer no identificada, rodeaban a la acompañante de la víctima, a efecto de impedir cualquier acción defensiva por parte de esta. Por lo anterior, la ofendida entregó sus joyas a las citadas mujeres, las cuales fueron recogidas por **A**, y todas las asaltantes se dieron a la fuga.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, autor es quien tiene el dominio final del suceso, es decir, quien concretamente dirige la totalidad del acontecimiento hacia un fin determinado. En el caso de estudio, en el

275 En este sentido, Sala Tercera, votos n.º 2000-1427 de las 10:00 hrs. del 15 de diciembre de 2000; n.º 2002-1267 de las 9:55 hrs. del 13 de diciembre de 2002 y n.º 2004-569 de las 11:35 hrs. del 21 de mayo de 2004.

acuerdo de voluntades entre el grupo de mujeres que llevó a cabo el ilícito en perjuicio de la ofendida, incluidas **A** y **B**, todas las participantes actuaron con dominio funcional del hecho. Por lo anterior, aun cuando estas últimas, personalmente, no hayan utilizado el arma con la que se amenazó a la ofendida, venciendo su resistencia dentro de la división de funciones del grupo, cumplieron otros roles, tendientes a conseguir la finalidad propuesta. En otras palabras, en la actividad desplegada por **A** y **B**, existió unidad de acción, de manera que la conducta llevada a cabo por la mujer desconocida, al utilizar el arma, no podía verse aislada de las actuaciones del resto del grupo, dentro de la división funcional, en el cual **A** y **B** participaron activamente, no solo rodeando a la víctima para evitar cualquier actividad defensiva, sino que incluso **A** fue la encargada de recoger las pertenencias de la perjudicada. De acuerdo con los hechos descritos, **A** y **B** resultaban coautoras de robo agravado, por realizar el hecho conjuntamente con el autor (art. 45 de C.P.).

En el nivel de coautoría, se mantienen las mismas características propias de la autoría, es decir, el codominio del hecho, como elemento general, así como los elementos subjetivos contenidos en el delito aplicable y las calidades objetivas que lo determinan como autor idóneo. Todo lo anterior se cumplía en el caso de estudio, pues las asaltantes presentaron un codominio del hecho, al dividirse funcionalmente las tareas conforme a un plan común, vinculándose los aportes de cada una de las intervinientes en la ejecución del delito²⁷⁶.

Síntesis. El empleado de una empresa conducía el camión repartidor propiedad de esta, acompañado de su asistente y un custodio. Al acercarse a una intersección, observaron a un sujeto a la orilla de la carretera (**A**), vestido como inspector de tránsito, haciéndoles señales de detenerse. El conductor detuvo el vehículo intempestivamente y se vio obligado a retroceder, pero quedó el camión atascado, por lo que los tres ocupantes decidieron bajarse para acomodar la mercadería que transportaban y evitar que aquel se volcara.

En ese momento, fueron rodeados por **A**, acompañado de **B** y **C**, quienes actuando de acuerdo con un plan previamente establecido, procedieron a encañonarlos con armas de fuego, indicándoles que se trataba de un asalto. Acto seguido, **B** obligó al asistente del chofer y al custodio a dirigirse a un cafetal cercano, sitio donde los esposó a ambos, luego procedió a despojarlos de sus pertenencias. Mientras esto acontecía, **A** y **C**, también como parte del plan previo, procedieron a trasladar, siempre encañonado con arma de fuego, al chofer del camión hasta un charral cercano, donde lo amarraron y lo despojaron de sus pertenencias. Para ese momento, ya había arribado al sitio el cuarto miembro del grupo (**D**), quien ejecutando su función dentro del plan común, procedió a abordar el camión con el ánimo de sustraerlo, subiéndose al mismo, tratando de impulsarlo, mientras otro sujeto que viajaba en un vehículo de doble tracción, halaba el camión con un mecate y se disponían a remolcarlo, momento en que arribó al sitio una patrulla de la Fuerza Pública, cuyos conductores, en primer término, pensaron que se había varado el camión, por lo que ofrecieron ayuda.

276 Sala Tercera, voto n.º 2000-785 de las 10:45 hrs. del 7 de julio de 2000.

Al verse descubiertos, **D** optó por abandonar el camión y abordar el vehículo doble tracción junto con los otros sujetos, y tras decirles a los policías que iban a conseguir una cadena, se marcharon del lugar, dándose a la fuga y llevándose consigo varios de los bienes sustraídos. Poco después, los asaltantes fueron detenidos, encontrándose en su poder algunas de las pertenencias robadas.

En defensa de **D**, se argumentó que su participación en los hechos, a lo sumo, podría encuadrarse como una complicidad, así como también que, al no poder disponer de los bienes sustraídos, el delito quedó en tentativa.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó el alegato y confirmó que **D** también fue coautor de robo agravado. De acuerdo con la doctrina dominante, se tiene la condición de autor del hecho, cuando se obtiene dominio sobre el acontecimiento total.

En ese sentido, el coautor no debe realizar por sí mismo todos los elementos típicos del delito, sino que puede haber un aporte causal producto de una distribución de funciones con los demás coautores, en el marco de un plan general tendiente a la comisión del delito. En el caso de estudio, la actuación de **D** desbordó el papel de un mero colaborador en la comisión del ilícito, dado que él mismo realizó actos que, incluso, forman parte del núcleo verbal del tipo de robo agravado, ya que fue sorprendido cuando estaba tratando de llevarse el camión repartidor, halado con otro vehículo, mediante una cadena, pues precisamente parte de los objetos robados, era el citado vehículo de carga, del cual se estaba apoderando **D** cuando llegó la policía.

Desde ese punto de vista, **D** tenía pleno dominio del hecho sobre el apoderamiento ilegítimo del referido bien, por lo que no se trató de un mero cómplice. Ahora bien, en lo referente al grado de consumación del delito, la Sala tomó en consideración que **D** actuó en coautoría y tenía dominio funcional del hecho junto con **A**, **B** y **C**, a quienes precisamente se les decomisaron bienes robados al momento de su detención. Siguiendo la Teoría de la Disposición, el robo se consumó desde el momento en que los cuatro encartados, actuando en común acuerdo y con pleno dominio del hecho, ataron a los ofendidos y se apoderaron del teléfono celular y el arma de fuego propiedad de estos últimos. Aun cuando existió una proximidad temporal y espacial muy pequeña entre el apoderamiento y la detención de los encartados, la duración temporal de esa condición de disponibilidad puede ser de diversa extensión, desde lo momentáneo hasta lo permanente y es una cuestión que en cada caso la han de definir los hechos.

En el caso de estudio, hubo una disponibilidad sobre los bienes robados, aunque fuera momentánea, de manera que se estaba en presencia de un delito consumado y no de una tentativa. Por otro lado, aunque **D** no portara en forma personal bienes sustraídos a los ofendidos, era responsable del delito pues actuaba en coautoría con los otros tres

imputados, ostentando todos el dominio del hecho por la existencia de un plan general con distribución de funciones²⁷⁷.

Debe destacarse que, aunque la jurisprudencia no ha sido del todo clara, la tendencia imperante es que para el dominio del hecho, no es necesario demostrar la existencia de un acuerdo previo, y que lo importante es el aporte causal, producto de la distribución de funciones y del plan general (aunque no exista acuerdo previo).

Existen algunos supuestos delictivos donde la Teoría del Dominio del Hecho, no resulta aplicable, por cuanto no podría indicarse que el autor tiene el dominio del hecho, como el caso de los delitos culposos, en donde, dada su naturaleza, el agente no dirige ni decide su conducta orientada a la finalidad típica. En estos casos, surge el criterio para decidir quién es autor corresponde a la violación del deber de cuidado y se basa en la causación del resultado. De tal forma, ni la participación ni la coautoría, caben en los delitos culposos, y la concurrencia de personas que culposamente contribuyen a causar un resultado, las convierte a todas en autoras. El aporte de cada una será considerado a la hora de imponer la pena²⁷⁸.

Lo mismo ocurre en el caso de los delitos especiales, los de omisión propia e impropia, los de propia mano y aquellos hechos delictivos que requieren especiales elementos subjetivos de lo injusto o de la autoría.

En los casos citados, la sola circunstancia de que uno de los intervinientes posea la capacidad para decidir el sí y el cómo, es insuficiente para que pueda considerársele autor, ya que la estructura propia de esos tipos penales demanda la concurrencia de ciertos rasgos, elementos o caracteres específicos que definen y restringen la autoría, complementando el simple señalamiento de este concepto, contenido en la parte general.

En el caso de los delitos de omisión, doctrinalmente se ha señalado que no a todo el que omite, debe considerársele autor, sino exclusivamente a quien incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo, de manera que, además “no haciendo nada”, (omitiendo), no se puede dirigir el curso de la acción.

En los delitos especiales propios –para la doctrina y la jurisprudencia– la autoría se define por una cualidad específica que el tipo penal le exige al agente, en virtud de la cual le corresponde una obligación que lesiona cuando realiza el delito (funcionario público, médico, deudor, juez, testigo, perito). Esta cualidad especial es una circunstancia constitutiva del tipo (a diferencia de lo que ocurre en los delitos especiales impropios, donde resulta una

277 Sala Tercera, voto [n.º 2006-112](#) de las 14:50 hrs. del 20 de febrero de 2006.

278 Sala Tercera, voto [n.º 2000-127](#) de las 9:40 hrs. del 4 de febrero de 2000.

causa de agravación), que obliga al examen de cada tipo específico para determinar quién puede ser autor. Solo podría ser autor quien tenga la cualidad exigida y no otro que no la posea, aun cuando detente el dominio del hecho.

El criterio del dominio del hecho también se muestra insuficiente para determinar la autoría en los delitos de propia mano, los cuales son aquellos cuyo injusto típico, solo se configura por la realización corporal, de propia mano, de la acción descrita en el tipo penal, de manera que solo quien realice la acción en forma personal y de propia mano será autor, y los demás serán instigadores o cómplices, por lo cual se excluyen tanto la autoría mediata, como la coautoría de quien no ejecute personalmente la conducta.

Aunque hay una gran discusión doctrinal, aun sin acuerdo, sobre los criterios correctos para definir los delitos de propia mano, al menos existe un grupo de hechos delictivos que sí son aceptados en tal categoría (según el criterio del profesor Francisco Castillo): acceso carnal con menores de 12 años y cuando la víctima se encuentre incapacitada para resistir (arts. 1, 2 y 156); el perjurio (art. 311); falso testimonio (art. 316); usurpación de autoridad (art. 310); relaciones sexuales con menores de edad (art. 159); relaciones remuneradas con personas menores de edad (art.160); abusos sexuales a personas menores de edad (art. 161); abusos sexuales contra personas mayores de edad (art.162) y la corrupción simple y agravada (arts. 18 y 167), todos estos artículos del Código Penal.

El delito de violación que contenía nuestro Código Penal, antes de la reforma del artículo 156, fue considerado por la jurisprudencia como un delito de propia mano, que requería del autor la realización personal de la conducta mediante una acción corporal, de modo que quien intervenga sin efectuar por sí mismo la conducta, solo debe responder como partícipe.

Acerca de este tema, la Sala Tercera ha señalado que con la reforma mencionada, se incluyeron el “hacerse acceder” y la introducción por vía vaginal o anal de uno o varios dedos u objetos. Pero el “tener acceso carnal” sigue siendo una figura de propia mano y solo puede ser realizado por un varón que ejecute la acción corporal descrita. La conducta de hacerse acceder amplía el círculo posible de autores; pero también es de propia mano, pues se requiere la realización de un acto estrictamente corporal y personal: utilizar el propio cuerpo para que el sujeto pasivo ejecute sobre él acceso carnal, de forma tal que quien colabore, sujetando a la víctima o prestando cualquier otro tipo de colaboración, sin que él o ella se haga acceder, no es coautor(a) del delito, sino partícipe²⁷⁹.

La introducción de objetos en forma conjunta y simultánea, requiere un enfoque diverso. Para el profesor Castillo los dos primeros casos constituyen delitos de propia mano, pero

279 Uno de los votos más recientes, donde la Sala reitera esta posición corresponde al n.º 2006-203 de las 15:40 hrs. del 16 de marzo de 2006.

en el tercer caso sí podría haber coautoría, en la medida en que cualquiera podría ser autor, si se dan los presupuestos objetivos del tipo.

Doctrinal y jurisprudencialmente se consideran delitos de propia mano algunos que, sin requerir una acción corporal, sí necesitan de una actuación personal, tales como: los delitos de injurias, calumnias, difamación y ofensas a la memoria de un difunto (arts. 145, 146, 147 y 148), el prevaricato (art. 250) y el matrimonio ilegal (art. 176).

Ahora bien, la Sala Tercera ha aclarado que aun cuando es posible que un delito especial propio al mismo tiempo, pueda ser también de propia mano, **no deben confundirse ambas categorías**. Es decir, no podría afirmarse, sin más, que todo delito especial propio, por esa sola circunstancia, también debe ser definido como de propia mano, pues dentro de este último grupo, solo entrarían aquellas conductas que, conforme a la estructura de la norma penal, requieran una actividad corporal determinada del sujeto o, al menos, su intervención personal. De esta forma, en un delito especial propio, como por ejemplo el peculado, sí se admite la coautoría siempre y cuando cada uno de los sujetos que, conforme a la teoría material objetiva del dominio del hecho, actúe a tal título y posea además las calidades personales constitutivas de la infracción²⁸⁰.

Las anteriores consideraciones fueron utilizadas por la Sala Tercera con ocasión del siguiente caso. El director general y el director financiero de una institución pública, idearon un plan para sustraer fondos que, en razón de sus cargos, les habían sido confiados para su administración. A fin de cumplir su propósito estos directores en lo interno de sus competencias administrativas individuales, idearon girar cheques de la cuenta corriente de la entidad estatal, donde se depositaba su presupuesto (en donde ambos estaban autorizados a firmar mancomunadamente), a favor de beneficiarios ficticios, en pago de supuestas prestaciones –en servicios de obra o materiales– a favor de la institución ofendida, los cuales nunca se llevaron a cabo. Los citados directores contaron con la colaboración de dos subalternos –todo de acuerdo con la colusión de voluntades– cuyo aporte fue el siguiente: uno de ellos facilitaba el inicio del trámite administrativo de esas contrataciones ficticias, a efecto de darles algún carácter de legalidad y veracidad. El otro realizaba un segundo endoso con su firma y número de cédula de identidad en los reversos de los cheques, a sabiendas de que el primero de los endosos existente en ellos –supuestamente correspondientes a los autorizados en esas empresas– era falso, para luego dirigirse al banco girado y hacerlos efectivos, consumando así la sustracción de los dineros públicos del presupuesto institucional.

Además del mecanismo descrito, el director general y el director financiero de la institución, en común acuerdo, violentaron también el procedimiento administrativo existente en dicha institución, referente a los controles y fiscalización que, en materia de giro de dineros públicos, les estaba encomendado, ya que cada uno de ellos, en razón de sus cargos,

280 Sala Tercera, voto [n.º 2003-776](#) de las 11:25 hrs. del 9 de septiembre de 2003.

tenía el deber legal de ejercer todos los controles para garantizar el buen uso de los recursos públicos, a pesar de lo cual ambos directores procedieron a girar los cheques de marras, con el conocimiento de que correspondían a contrataciones ficticias.

En su defensa, el director general argumentó que: a) El peculado no solo es un delito especial, sino incluso “de propia mano”. Así debido a que quien cambió en el banco los cheques, fue un subalterno, la acción de firmar dichos títulos, a sabiendas de que no correspondían a trabajos realizados, a lo sumo configuraría una complicidad por parte del director. b) Este último tampoco podría ser autor mediato, pues el subalterno no fue un instrumento impune. c) Tampoco podría estimarse que, a la inversa, el subalterno fuera el autor y el director el cómplice, pues el primero no tenía bajo su administración, percepción o custodia, los cheques que endosó y cambió.

En realidad, los dineros depositados (ya el depositante perdió la disponibilidad sobre los mismos, y solo se convierte en un acreedor) los administra y custodia el personal del banco, por lo que resulta contradictorio e incompatible sostener que, al mismo tiempo, el ente cuentacorrentista (la institución de marras) conserva esa responsabilidad. d) La mera “facultad” de firmar cheques no podría otorgar al funcionario el carácter de administrador o custodio de los dineros depositados en el banco.

La Sala Tercera rechazó estos alegatos y confirmó la condena de ambos directores como coautores de peculado, y a los subalternos de estos como sus cómplices, por las siguientes razones: el peculado no entra en la clasificación de los delitos de propia mano, de manera que el subalterno que cambió los cheques, no fue el único que ajustó su conducta a la descripción del citado tipo penal.

Al analizar el caso desde la perspectiva de la teoría material objetiva del dominio del hecho, resultaba claro que el director general actuó a título de coautor, pues no solo ostentaba las calidades personales constitutivas de la infracción (se trata de un funcionario público a quien correspondía la administración y custodia de los fondos públicos sobre los que recayó la acción ilícita, es decir, un “*intra-neus*”), sino que en toda esa compleja distribución de roles que se dio entre los imputados, él cumplió uno esencial y determinante (como director general, junto con el director financiero, en el giro de los cheques), de donde asumió las riendas del hecho, al que bien pudo ponerle término con una decisión propia. Asimismo, tampoco era de recibo el planteamiento de que en el contrato de cuenta corriente el depositante pierda la disponibilidad sobre los bienes depositados, o que solo sea el ente bancario el que mantiene la administración o custodia de estos.

Al respecto, señaló la Sala que, en la actualidad, por razones de seguridad prácticamente han desaparecido las transacciones en efectivo, y lo normal es que se opte por realizar los pagos a través de diferentes títulos, e, incluso, mediante transferencias electrónicas de fondos, de donde no resulta usual que el administrador de una empresa privada u órgano público, mantuviera bajo su cuidado material y directo, los caudales en dinero nominal y efectivo.

De esta forma, si bien se depositan en una cuenta bancaria dichos dineros, los que material y directamente quedan confiados al ente bancario, no por ello el depositante (o el sujeto que lo represente) pierde la disponibilidad sobre los mismos, a pesar de que no se trate de bienes no fungibles, sino de valores.

Por lo anterior, era claro que el sujeto que ostentaba la atribución de girar los cheques contra tal cuenta bancaria, tenía sobre la misma un deber de administración y custodia, no solo porque con aquella ejercía un mecanismo de control, sino porque, además, a través de su firma giradora, podía determinar una erogación o menoscabo de la misma. Además, y conforme lo ha entendido la doctrina, la acción típica se perfecciona al separar el dinero o los bienes de la tenencia de la administración, o cuando se quiebre la tutela pública en que se hallaba.

En el caso de estudio, al haberse girado cheques por concepto de pago de obligaciones ficticias a cargo de la institución ofendida, para la Sala se quebró la tutela pública donde se hallaban los dineros depositados en la respectiva cuenta bancaria, los cuales claramente eran administrados por los personeros del órgano público afectado, quienes tenían poder de decisión en cuanto a la forma en que se invertirían aquellos.

En este sentido, los conceptos de “administración” y “custodia” no son tan restrictivos, como los interpretaba el recurrente, pues perfectamente se podrían realizar dichas labores sin mantener un contacto físico e inmediato con los bienes o valores públicos de que se trate, de manera tal que la “administración” debía interpretarse, según su acepción normal, como aquella función genérica de “[...] *ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes [...] suministrar, proporcionar o distribuir alguna cosa [...]*”²⁸¹, la cual en efecto corría a cargo del director general de la institución ofendida, por lo que en la especie se cumplieron, con respecto a este último, todos los elementos objetivos y subjetivos que requiere el tipo penal del peculado²⁸².

Es importante aclarar que la comunicabilidad de las circunstancias, según la doctrina mayoritaria, se da de autor a partícipe. Parece que la Sala Tercera lo que hace en realidad es una interpretación ampliativa en los casos en que admite se comunica la condición de funcionario público entre autores.

281 Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A., vigésima edición, 1984, p. 29.

282 Sala Tercera, voto n.º 2003-776 de las 11:25 hrs. del 9 de septiembre de 2003.

2.- Diferencias entre autoría y participación

En este tema, como casi en todos, se han enunciado varios criterios (comenzando por el objetivo y el subjetivo) y algunos han significado una inconveniente extensión del concepto de autor.

La corriente más seguida por la doctrina mayoritaria, por ofrecer soluciones más razonables, atiende a **la teoría material objetiva**, sobre la base del dominio del hecho, según la cual es autor quien domina el hecho, quien retiene en sus manos el curso causal y puede decidir sobre el sí y el cómo. Es decir, actúa con plenitud de poderes y puede decidir la configuración central del acontecimiento.

Los partícipes intervienen de otra forma, sin decidir ese curso de la acción.

El cuestionamiento que se ha planteado a esta forma de pensamiento, es que no logra establecer, de manera clara, en qué consiste el dominio del hecho, pero sigue siendo la tendencia dominante.

Algunos autores han agregado el concepto de pertenencia, como un elemento adicional que nos ayuda a conceptualizar al autor, señalando que el hecho le es imputable al sujeto como suyo, y esta pertenencia solo corresponde a quien lo realiza, por sí o por medio de otro que actúa como instrumento, o lo comparte con otros.

La diferenciación adquiere importancia, en tanto la participación en sí no es nada, si no se le vincula con un referente. Además, es requisito necesario la existencia de un autor principal, en función del cual se tipifique el hecho cometido.

En la tendencia dominante actual, se admiten ciertos principios sobre la teoría de la participación que resultan de interés: a) Tanto el autor directo como el autor mediato deben reunir todas las características que el tipo exige para ser autor. b) En la coautoría, cada uno de los coautores debe reunir en sí los requisitos que el tipo exige para ser autor (los elementos de la autoría deben ser compartidos por el autor). c) Las formas de participación son accesorias de la autoría (accesoriedad limitada, externa e interna).

La participación es accesoria; la autoría es lo principal, con independencia de la pena que merezcan ambas en el caso concreto.

El principio de accesoria de la participación presupone la existencia de un hecho principal dolosamente cometido (consumado o en grado de tentativa), lo cual recoge nuestro derecho positivo al descartar la posibilidad de un delito culposamente cometido y determinar el tipo doloso, tanto de las figuras del instigador y el cómplice, como del hecho

principal, cuya realización determinan o para la cual prestan auxilio (arts. 24, 46, 47 y 48 del Código Penal).

Nuestra legislación reconoce como partícipes a los cómplices e instigadores, en los artículos 46 y 47. De igual forma, en los artículos 37 y 38 del proyecto, se mantiene una descripción similar.

3.- Clases de autoría

3.1.- Autoría directa individual

Es autor directo el que realiza de un modo personal y directo el hecho típico. El agente cumple objetiva y subjetivamente con la conducta típica en forma directa.

Autor directo es quien realiza personalmente la conducta típica, aunque utilice como instrumento físico a otro que no realiza conducta.

3.2.- Autoría mediata

En este caso, el autor no realiza personal ni directamente el delito, sino que se vale de otra persona que generalmente no es responsable. Es decisiva la relación entre el autor mediato y la persona de que se sirve, de manera tal que invierta los papeles que corresponden normalmente al realizador material y “al hombre de atrás”.

El papel fundamental, que permite imputar a alguien como autor del hecho, deja de tenerlo el realizador material de la conducta, para pasarlo al “hombre de atrás” (en los términos tradicionalmente androcéntricos que caracterizan al derecho penal).

El dominio del hecho en este caso, requiere que el proceso se desenvuelva como obra de la voluntad rectora de ese *sujeto de atrás*, que tiene en sus manos al intermediario, de donde surge que estos casos se denominen también como de **dominio de la voluntad**.

Autor mediato es quien se vale de un tercero que puede actuar sin tipicidad objetiva, sin dolo o bien justificadamente.

La teoría del dominio del hecho es la herramienta que nos permite fundamentar este tipo de autoría. El dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa, por parte del autor mediato.

No se habla en estos casos de participación, porque la persona que es utilizada como instrumento, ni siquiera actúa típicamente.

El dominio del hecho lo posee la persona de atrás, porque si lo posee el instrumento o lo comparte con él, habría que pensar en otra forma de concurso de personas en la realización del hecho delictivo. Ejemplo de ello es el de los denominados “robots”, término empleado en el lenguaje policial para designar a un expendedor o distribuidor de drogas que se muestra a fin de proteger, usualmente, al verdadero dueño del negocio, pero no por ello es menos responsable que el otro de la ilícita operación, puesto que entre ambos existe un plan común de reparto de ganancias en las ventas del producto²⁸³.

Debe tratarse de un hecho doloso, pues esta figura no es admisible en los hechos culposos. Un ejemplo clásico de actuación sin dolo, puede apreciarse en el caso en que el traficante de drogas introduce cocaína en el equipaje de un viajero, quien luego es sorprendido por las autoridades en posesión de la sustancia ilícita.

Se puede hablar de autoría mediata, no solo en los supuestos de falta de acción relevante, sino también en los casos en que el instrumento no actúa en forma típica, porque falta en él una especial cualificación o un elemento subjetivo que exija el tipo punible (v. gr. el caso del médico que puede extender certificados médicos, pero debido a que no está en el lugar cuando debe firmarse el documento, y al no constarle los hechos de los que el documento da fe, autoriza a una persona privada para que le haga su firma. Esta persona no puede ser autor inmediato de falsedad ideológica. El médico sería el autor mediato y el particular sería cómplice, según el profesor Castillo).

También hay justificación en el caso de una detención ilegal, cuando la policía detiene a un ciudadano inocente, en virtud de una falsa, pero creíble denuncia que permitió el engaño y la instrumentalización de la autoridad.

Así mismo sucede cuando alguien aprovecha o provoca algún error de tipo o de prohibición en el instrumento, como puede ocurrir cuando un cazador grita a otro que dispare a la pieza, sabiendo que es su enemigo, del que quiere deshacerse. De igual forma, ocurre cuando se genera un supuesto de defensa putativa que provoca un disparo contra una persona.

Los casos donde se utiliza a un inimputable, presentan problemas para fundamentar la autoría mediata, ya que no siempre se puede conservar el dominio del hecho por parte de quien determina al inimputable y, por ello, deberá probarse, en cada caso concreto, la existencia de ese dominio.

La utilización del inimputable puede basarse en una previa provocación intencional de la inimputabilidad por parte del autor mediato, o por el aprovechamiento de la inimputabilidad ya existente en el instrumento. Un ejemplo de provocación sería el caso de emborrachar al otro para que delinca, y ejemplo de aprovechamiento sería utilizar a un niño de corta edad

283 Sala Tercera, voto [n.º 2004-19](#) de las 9:10 hrs. del 23 de enero de 2004.

para que cause un incendio. También puede causarse miedo en la otra persona para que delinca (ejemplo del gerente bancario al que le secuestran dos hijos y lo obligan a sacar el dinero de la bóveda del banco). Normalmente, la determinación del inculpable es autoría, pero no instigación.

Los supuestos de actuación sin culpabilidad de un instrumento, pueden abarcar también los casos de miedo insuperable, como señalamos.

La autoría mediata no presupone una autoría directa por parte del instrumento (caso del que actúa sin dolo), en la medida en que la expresión autoría mediata indica autoría a través de la determinación de otro, pero no un autor mediante otro autor.

Se ha señalado que la tentativa en la autoría mediata, comienza en el momento en que el autor ha abandonado voluntariamente el control sobre el instrumento o con la pérdida del dominio del hecho.

Cabe recordar que el autor mediato debe reunir en sí todas las características exigidas al autor típicamente previsto. Esta condición cuestiona la posibilidad de que una mujer pueda ser autora mediata de un delito de violación, en la medida en que este requiera acceso carnal (como el tipo penal antes de la reforma al artículo 156), pues se estaría concluyendo que podría ser autora mediata de un delito del que nunca podría ser autora directa.

Sobre el tema, la Sala Tercera se ha pronunciado confirmando la posición doctrinal, en cuanto a que la distinción entre autoría (directa, mediata o coautoría) y participación criminal (instigación o complicidad) necesariamente debe realizarse, partiendo de la teoría del dominio del hecho.

En el caso de la autoría mediata, este dominio se ejerce sobre la voluntad de otra persona, a quien se utiliza como instrumento para realizar la conducta típica. El autor mediato puede dominar la voluntad de otra persona en supuestos como los siguientes: a) Cuando ejerce una considerable presión o coacción sobre el ejecutor. b) Cuando se sirve de una persona ubicada en una situación de error. c) Cuando se vale de individuos con capacidad psíquica o intelectual inferior y finalmente. d) El polémico caso del autor mediato que utiliza su poder superior en una determinada estructura organizativa para dominar la voluntad de otro²⁸⁴.

3.2.1.- Límites a la autoría mediata

La autoría mediata requiere la concurrencia de las condiciones requeridas por el tipo para ser autor. Los delitos especiales (los que solo pueden ser cometidos por determinados sujetos), no pueden ser cometidos en autoría mediata por quien no reúna la cualificación

284 Sala Tercera, voto n.º 2005-1135 de las 10:05 hrs. del 30 de septiembre de 2005.

necesaria. Pero sí podría existir en los casos en que el sujeto cualificado utiliza a otro no cualificado como instrumento, mediante la aplicación de la tesis de la comunicabilidad de las circunstancias.

En los delitos de propia mano que requieren una realización personal, no cabe, en ningún caso, la autoría mediata; aquí no es posible la realización del hecho mediante un instrumento.

3.2.2.- Casos de exclusión de la autoría mediata

Son discutibles los supuestos en que el instrumento actúa dentro de un aparato de poder, como puede ocurrir en el seno de una organización delictiva, donde las órdenes criminales provienen de la cúspide de la jerarquía y deben ser ejecutadas por los subordinados. Estos supuestos son polémicos y es preferible no hacer encasillamientos absolutos y analizar las particularidades de cada caso, pues bien pueden resultar supuestos de autoría mediata, coautoría o de inducción.

No se puede hablar de autoría mediata, cuando el instrumento no realiza una conducta penalmente relevante, ya que esta sería una hipótesis de autoría directa.

Tampoco cabría en los casos de instrumento no cualificado, en los tipos especiales, donde solo puede ser autor, quien reúna la calidad exigida por el tipo penal.

Si se presentan supuestos de exceso, debido a error en el instrumento, no afectan, al autor mediato. Es decir, el autor mediato no es punible por las acciones que el instrumento lleve a cabo fuera del plan, por propio impulso o por error de entendimiento. Solo respondería en estos casos por hecho culposo, si existe un tipo penal que castigue el hecho producido como culposo.

Antecedente jurisprudencial

Síntesis. Una mujer mantenía un negocio de venta de drogas de uso no autorizado, específicamente cocaína “base crack”, en la casa donde vivía, y les suministraba esta droga a distintos adictos del lugar, utilizando para ello a su esposo, quien sufría serios problemas mentales, y en consecuencia poseía sus capacidades cerebrales superiores disminuidas, por lo que era incapaz de reconocer la ilicitud de sus actos. De esta forma, en ocasiones el esposo vendía la droga acompañado por su esposa, y en otras lo hacía él sólo, tal y como dicha mujer lo había enseñado, lo cual se constató por medio de la policía durante las investigaciones.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, en el caso de estudio la mujer actuó como autora mediata –sujeto determinante o sujeto de atrás– del delito de venta de drogas, utilizando para ello a un inimputable como medio o instrumento, como “ejecutor” de la conducta típica, planteándose además la interrogante respecto de la posibilidad de imponer o no una medida de seguridad al inimputable utilizado como tal.

Para analizar la utilización de un inimputable como ejecutor del delito, debía distinguirse si en virtud de enfermedad mental o grave perturbación o trastorno de la conciencia, el inimputable encuentra suprimida su capacidad de comprensión, o bien tiene anulada su capacidad de voluntad del injusto: a) en los casos en que el inimputable que carece de la capacidad de comprensión del injusto (así diagnosticado pericialmente) es utilizado como ejecutor del hecho ilícito, siempre el determinador será el autor mediato, con un dominio sobre aquel otro a quien determina para realizar la acción ilícita.

Citando al Dr. Castillo González– según la Sala Tercera, el ejecutor no comprende el contenido injusto de la conducta y, por ende, no actúa libremente, sino en manos del autor mediato, quien domina el hecho por haber determinado al inimputable y haber puesto en movimiento la acción por él desarrollada. b) En el supuesto del inimputable empleado como ejecutor del ilícito, pero a quien le falta la capacidad de voluntad del injusto, es decir, le falta la capacidad de actuar conforme a la comprensión del injusto, se presentan, a su vez, dos posibilidades: b.1.- Hay que estimar la existencia de autoría mediata, cuando el determinador ha sugerido el plan del delito al ejecutor, pero como a este último le falta toda capacidad de inhibición, no se le puede imputar la decisión del hecho como suya y, por ello, se entiende que ha sido dominado en la formación de la voluntad por el determinador o autor mediato. Por tanto, citando a Roxin, el “sujeto de detrás” configura el acontecer, porque el agente no puede adoptar una resolución jurídicamente relevante (el que determina es siempre autor mediato).

También en este caso, el determinador tiene un dominio pleno sobre el inimputable, le determina para realizar la acción ilícita y pese a que este ejecutor tiene comprensión del injusto, se encuentra en manos del autor mediato por carecer de capacidad de inhibición y por encontrarse dominado en la formación de su voluntad. b.2.- Caso diverso es el del ejecutor que tiene anulada su capacidad de voluntad, pero a diferencia del anterior ya ha tomado la decisión de cometer la acción ilícita (es decir, no se lo sugiere un determinador) y un tercero lo auxilia en la realización. Esta posibilidad se divide, a su vez, en otras dos: b.2.1.- Cuando el aporte o auxilio es lo que posibilita el hecho y, por ello, quien realiza tal auxilio es autor mediato.

Para ejemplificar este supuesto, la Sala mencionó el caso del enfermo mental que ha decidido volar una casa y otro le procura la bomba para que lo haga. Quien aporta la bomba es autor mediato y no cómplice, porque la realización del ilícito depende de él, pero en lo que más interesa, debido a que entre su aporte al hecho y el resultado, no existe ninguna otra voluntad responsable (la del ejecutor, como ya se ha indicado, se encuentra suprimida) y solo el autor mediato tiene el dominio de la voluntad para ejecutar el ilícito. b.2.2.- El caso en que el auxilio al inimputable no es lo que posibilita el ilícito, sino que solamente lo favorece o lo modifica en su configuración, por lo cual se trata de una forma de participación criminal (complicidad).

Estas distinciones se realizaron para destacar la siguiente idea: la afirmación o verificación de una autoría mediata por la utilización de inimputables, no implica necesaria e

invariablemente que para estos últimos, deba imponerse una medida de seguridad, por haber desarrollado una conducta típica y antijurídica.

En realidad, para cada caso en particular, debían analizarse si la determinación de realizar la conducta ilícita, proviene de la propia decisión del inimputable, o si ha sido determinado por otra persona, quien lo utiliza. Así, por ejemplo, para los casos del ejecutor inimputable, quien carece de la capacidad de comprensión del injusto penal, en tanto se le haya determinado a cometer el ilícito, no resulta necesaria la imposición de una medida de seguridad. Si el ejecutor inimputable tiene capacidad de comprensión del injusto; pero le falta capacidad de voluntad y se le ha sugerido el plan del delito por el autor mediato, no se requiere la imposición de la medida de seguridad, porque el inimputable ha sido dominado en la formación de su voluntad por el autor mediato. El problema planteado podría analizarse también, desde un concepto final de acción y desde la necesidad de imponer la medida de seguridad, conforme con los fines asignados en la legislación vigente.

Para analizar las conductas desarrolladas por inimputables, a criterio de la Sala resultaba necesario determinar previamente, si con ellas se desarrolla una “acción” en sentido normativo. La acción humana penalmente relevante es aquella donde existe una conducta exterior evitable dirigida a un fin.

En los casos de instrumento inimputable que carece de capacidad de comprensión del injusto o de capacidad volitiva y donde no existe una decisión previa de cometer el ilícito de su parte, sino que se encuentra bajo un dominio pleno del determinador o autor mediato (en los supuestos antes analizados), en realidad el ejecutor se encuentra en posición de “objeto”, de mero instrumento y no de sujeto actuante, capaz de dirigir su propia conducta hacia un objetivo o fin determinado.

Bien puede afirmarse, entonces, que ante tales tesis el ejecutor inimputable en realidad no realiza ni siquiera una acción (en sentido normativo) penalmente relevante, ya que no puede dirigirla, precisamente porque esa conducta está determinada y dirigida por otro.

De igual manera, para la Sala, aun aceptando hipotéticamente la existencia de una acción humana (en sentido normativo), la imposición de una medida de seguridad, debe darse solamente cuando resulte necesario conforme con los fines que se han asignado a esas medidas. Para imponer una medida de seguridad, resulta necesario que la persona inimputable haya desarrollado una acción típica y antijurídica y, con ello, fundamentalmente, se pretende brindar un tratamiento psiquiátrico para evitar que el sujeto vuelva a cometer nuevas conductas ilícitas (fin preventivo especial positivo), posibilitadas precisamente como consecuencia de la “personalidad criminal del sujeto” (entendida en sentido restrictivo, es decir, en razón de su enfermedad mental o grave trastorno de conciencia).

En el caso del instrumento inimputable, cuando el autor mediato ejerce un control sobre este (en los casos ya mencionados), lo que sucede precisamente es que la conducta

desplegada por tal ejecutor, no es producto directo de su condición o personalidad psíquica particular, sino de aquel control ejercido sobre él. En tal situación, la conducta desplegada no es producto de la personalidad peligrosa del inimputable, sino del dominio o control que sobre él ha desarrollado el autor mediato.

Si la conducta desarrollada no es producto o concreción de la enfermedad mental o grave trastorno de conciencia, sino de otros factores (como el dominio de la voluntad del ejecutor inimputable por parte de otro que lo determina), entonces no resulta necesario imponer la medida de seguridad, ya que el fin preventivo especial positivo, asignado a esa medida, tampoco resulta necesario, ni puede alcanzarse. Debido al tratamiento normativo (artículo 98, inciso 1) del Código Penal) y que se había dado en la jurisprudencia de la Sala que equiparó la inimputabilidad y la imputabilidad disminuida, como ausencia de imputabilidad plena, todas las anteriores consideraciones resultan aplicables, tanto a las personas con inimputabilidad, como a las que poseen una capacidad de culpabilidad o imputabilidad disminuida.

En el caso de estudio, partiendo del dictamen psiquiátrico del esposo de la imputada, se estaba ante el supuesto del instrumento con imputabilidad disminuida, por disminución de la capacidad de comprensión del injusto.

Por tanto, el vendedor, como ejecutor con imputabilidad disminuida, no había actuado de manera libre, sino en manos de su mujer, quien dominaba el hecho por haber determinado y utilizado a su esposo para realizar el ilícito. En consecuencia, la determinación de realizar la conducta ilícita no provino de la propia decisión del sujeto con imputabilidad disminuida, sino de la determinación de la que fue objeto y en tanto se le determinó a cometer el ilícito de vender drogas, y ello no fue producto de su padecimiento mental. Así no resulta necesario imponerle una medida de seguridad por las razones arriba expresadas²⁸⁵.

3.3.- Coautoría

Existe coautoría cuando varias personas, de común acuerdo, llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización. Esta figura se basa en el dominio del hecho que, en este caso, es colectivo y de carácter funcional.

Se trata de la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran voluntaria y conscientemente.

La particularidad de la coautoría consiste en que cada coautor no realiza de propia mano, la acción delictuosa, sino que lo hecho por los coautores se les imputa a los demás como propio.

285 Sala Tercera, voto [n.º 2005-1135](#) de las 10:05 hrs. del 30 de septiembre de 2005.

El objeto de la coautoría no es el hecho parcial de cada coautor, sino la imputación de un “hecho colectivo”, realizado por un ente colectivo que es el sujeto de la acción, en una “colectividad personal”.

Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho, lo tienen varias personas, de conformidad con el principio del reparto funcional de roles, quienes asumen por igual la responsabilidad de su realización.

En el caso del coautor, el sentido del dominio del hecho, dentro de la distribución o reparto de funciones, viene dado por la asignación de un papel necesario para la realización del hecho, de forma que este coautor, por sí solo, a través de su separación, en forma independiente de cualquier poder sobre la voluntad de los demás, y sin ejercer ninguna actividad impeditiva, lograría llevar al fracaso el plan delictivo ideado.

Las distintas contribuciones se consideran como un todo, y el resultado final se atribuye a cada coautor, con independencia de la entidad material de su contribución.

Como ejemplo de lo anterior, se citan los siguientes casos:

Síntesis. A, B y C, luego de idear un plan para dar muerte a un ofendido, se dividieron las funciones o actos que debía ejecutar cada uno de manera individual de la siguiente forma: los tres sujetos eran miembros de una delegación policial y necesitaban tener un control preciso de todo aquello que pudiera acontecer el día que estaba definido para concretar el plan; control que solo podía alcanzarse, si uno de ellos permanecía en las oficinas de esa delegación, para evitar ser descubiertos, tarea que le correspondió realizar, a B, según la distribución de labores asignadas.

El día designado, aprovechando estos sujetos que estaban de guardia, **A y C** salieron a secuestrar al ofendido utilizando una unidad policial y un vehículo particular (**B** anotó en el libro de novedades, algunas diligencias que, presuntamente, justificaban sus salidas a la hora de ejecutar el hecho), mientras **B** se quedó custodiando la delegación, con el fin de evitar que personas ajenas al grupo, pudieran percatarse del hecho y evitarlo, así como para justificar la ausencia de estos y llamarlos en caso necesario a través de la radio.

Posteriormente, una vez que **A y C** capturaron y dieron muerte al ofendido, **B** se encargó de deshacerse del cuerpo, cortándole la cabeza y las manos para evitar su identificación y arrojándolo a un sector boscoso. Después **B** fue condenado como coautor de homicidio simple.

En defensa de **B**, se argumentó que este no podía ser tenido como coautor del homicidio, ya que de la relación de hechos probados, no se podía establecer un nexo causal entre la conducta ejecutada y el resultado de muerte por el cual fue condenado. En este caso, un delito es un acto preparativo, y si se realiza el desprendimiento de partes de un cuerpo

para evitar su identificación, podría ser favorecimiento, pero ni uno ni otro son elementos del delito de homicidio, cuya materialización fue llevada a cabo por **A** y **C**, no por **B**.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria de **B** como coautor del homicidio simple. Si bien, durante la ejecución del plan, **B** no participó en todos los actos propios del homicidio, para la Sala su permanencia en la delegación policial, resultó ser fundamental para justificar la salida de sus compañeros y, de esta manera, asegurarse de que no fueran descubiertos mientras lo realizaban. Una vez capturado y muerto el ofendido, **B** salió en compañía de uno de los coencartados de la oficina mencionada para continuar con lo planeado; es decir, con la mutilación del cuerpo del ofendido. A esto se agregaba el hecho de que, dado el dominio funcional que los encartados tenían sobre el ilícito, no se requería que **B** estuviera presente o ejecutara alguna de las acciones propias del secuestro y asesinato del ofendido, pues su tarea –según la distribución de funciones– era otra, pero de igual importancia que la realizada por **A** y **C**, pues de él dependía que no se descubriera el plan ideado.

Así para la Sala fue de recibo el razonamiento del Tribunal de Juicio, en el sentido de que **A**, **B** y **C** acordaron realizar todo un plan para ejecutar al ofendido, donde cada uno de ellos tendría funciones específicas dentro del asesinato, tanto para asegurar el resultado, como para disminuir el riesgo de su producción en forma esencial.

En el caso particular de **B**, este no solo participó en el planeamiento y organización del homicidio, lo que ya de por sí le haría coautor, sino que planeó incluso el destino del cadáver y el corte de la cabeza y manos, lo que sin duda alguna, como señalaba la doctrina, disminuía el riesgo en la producción del resultado y le confería el dominio del hecho.

De esta forma, **B** realizó funciones determinantes que, sin ser propias de la realización del tipo penal, fueron necesarias para la ejecución del hecho y disminuyeron el riesgo en su producción (quedarse a cargo de la delegación; participar en la manipulación de los datos del libro de novedades; asegurarse de que ninguna autoridad pudiera aparecer en la oficina mientras los sentenciados salen a secuestrar al ofendido, etc.). Lo anterior constituyó una acción necesaria y de comisión para la ejecución del delito, y **B** llegó a poseer absoluto dominio del hecho, dado que podía frustrar dicha acción fácilmente si hubiera querido hacerlo.

Finalmente, aun cuando **B** no estuvo presente en el momento en que se dio muerte al ofendido, no lo excluía del dominio del hecho, pues no es necesario que el coautor esté presente en el momento de la ejecución. Lo importante es que como persona que planea

y organiza junto con **A** y **C**, y como realizador de las conductas descritas, **B** efectivamente llegó a compartir ese dominio funcional²⁸⁶.

Síntesis. Un grupo de sujetos, entre los que se encontraban **A** y **B**, acuerdan llevar a cabo un asalto. Para cumplir con ese propósito, varios miembros del grupo se arman con puñales. Los sujetos descritos rodean a una pareja, amenazándolas con las armas punzo cortantes y exigiéndoles que les entreguen sus pertenencias. Mientras **A** retiene a la mujer, amedrentándola con su puñal, **B** y un tercer sujeto intentan despojar de sus bienes al hombre, quien se resiste, por lo que el tercer sujeto le propina con su puñal una estocada en la ingle al ofendido, y le causa la muerte sin haber podido despojar a las víctimas de sus pertenencias.

A y **B** fueron condenados por tentativa de robo agravado, pero fueron absueltos por el delito de homicidio calificado, por estimarse que, al no haber sido ellos quienes realizaron la acción directa de acometer a la víctima con el cuchillo, no se les podía responsabilizar por su muerte.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera revocó el fallo absolutorio por considerar que no se tomaron en cuenta, las condiciones en que procede aplicar la figura del homicidio en coautoría, por codominio funcional del hecho. En este sentido, si se demostró que varios sujetos, entre ellos **A** y **B**, actuaron conjuntamente en el robo agravado, dividiendo sus funciones y portando armas blancas, no era válida la conclusión con respecto a que no existe el delito de homicidio, porque fue otro de los sujetos que participó en el robo, quien le produjo la herida mortal al ofendido.

Sobre el tema del codominio funcional del hecho para establecer la coautoría, la Sala de Casación ya se había pronunciado, al indicar que **no debe confundirse la ejecución material del ilícito con el dominio del hecho**, pues la circunstancia de que solo uno de los imputados ejecutara materialmente la acción, no elimina, por sí, la coautoría de los demás.

Pensar lo contrario, a criterio de la Sala, significaría eliminar la división de funciones o labores, que es un componente importante de la teoría del dominio del hecho, ya que

286 Sala Tercera, voto n.º 2001-1094 de las 9:25 hrs. del 16 de noviembre de 2001. Similar posición asume la Sala, en relación con los casos de secuestro extorsivo en que uno de los miembros de la banda (que puede ser la persona que avise por teléfono a sus compañeros de la ubicación y movimientos de la víctima, a fin de que la atrapen) no se encuentre presente en el sitio, al momento en que el ofendido es materialmente privado de libertad. A criterio de la Sala, no por ello el miembro ausente del citado grupo delictivo, habría dejado de ser coautor de los hechos, en tanto haya aceptado el resultado global propuesto en común (o el elemento subjetivo consistente en el dolo colectivo), así como contribuido a su realización (o elemento objetivo consistente en el aporte factual). En dichas circunstancias, presente o no en la escena del secuestro, siendo esta persona quien toma parte directa en abordar al perjudicado o no, efectivamente forma parte del concierto delictivo y, por ende, puede calificar como coautor del hecho. (En este sentido, ver votos n.º 2004-1287 de las 8:40 hrs. del 12 de noviembre de 2004 y n.º 2005-1349 de las 15:00 hrs. del 23 de noviembre de 2005).

incluso los actos constitutivos de la división de labores, no deben ser delictivos en sí mismos, sino que la suma de ellos es lo que permite consumir el ilícito.

De esta forma, en los casos de dominio del hecho, las funciones que realizan los intervinientes, **no son ni las mismas, ni de igual intensidad o importancia, pero todos sí realizan alguna labor, y la suma de ellas es la que permite la comisión del delito.**

Por lo anterior, en el caso de estudio, no se requería que **A** y **B** hubieran realizado la acción directa de acometimiento con el cuchillo, para hablar de su responsabilidad por el homicidio, tratándose, a su vez, de una coautoría del delito de robo agravado, en la medida que todos los participantes sabían que portaban armas punzo cortantes (las cuales podían ser utilizadas para herir o matar), y realizaron en forma conjunta el desapoderamiento por medio de una división de funciones²⁸⁷.

Síntesis. Dos sujetos (**A** y **B**) acuerdan efectuar un robo en una vivienda. Ambos llegan al sitio a bordo de un vehículo conducido por **B**, de donde **A** se baja; procede a forzar una de las entradas de la vivienda e ingresa a esta, y se apodera de los bienes que ahí se encuentran. Mientras esto acontece, **B** permanece sentado al volante del vehículo, vigilando que no se acercara nadie al sitio. No obstante, los sujetos son descubiertos por los vecinos, quienes atraviesan otro automotor para impedirles la huida. **B** acelera su vehículo, golpea dicho automotor –dañándolo– y logra huir junto con **A**, llevándose consigo varios bienes propiedad del ofendido. Posteriormente **B** es detenido; no así **A**.

En defensa de **B**, se alegó que este no era coautor del robo, sino cómplice y además en grado de tentativa, puesto que se limitó a colaborar en la realización del ilícito y fue el otro quien se llevó las joyas. Respecto del delito de daños, se sostuvo que estos fueron producidos culposamente, al tratar de huir el imputado para no ser golpeado por los

287 Sala Tercera, voto n.º 2005-120 de las 14:20 hrs. del 28 de febrero de 2005. Con ocasión de un caso donde cual una mujer fue interceptada por unas 15 personas (entre las cuales se encontraba **X**), quienes actuando de común acuerdo y con pleno dominio del hecho, la lanzaron contra la pared; la tomaron del cuello y la despojaron de los bienes de valor que la misma portaba. Aun cuando no se logró establecer en concreto, cuáles de las referidas acciones fueron ejecutadas directa y personalmente por **X**, era claro que por la misma dinámica del hecho descrito en la sentencia, ese dato preciso no resulta esencial, pues lo que interesaba era que la acción ilícita, en virtud de la cual se produjo el desapoderamiento de la ofendida, fue desplegada en conjunto por los 15 agresores, entre los cuales se encontraba **X**, actuando todos con pleno dominio funcional del hecho. En ese sentido, conforme a la teoría material objetiva, lo que se requiere para sustentar el juicio de culpabilidad en contra del agente, es la acreditación de que el mismo tuvo codominio funcional del hecho, sin que sea relevante que se logren establecer con absoluta precisión y detalle, cuáles acciones, directa e inmediatamente, fueron ejecutadas por él en perjuicio de la víctima. (Ver votos n.º 1000-99 de las 9:40 hrs. del 13 de agosto de 1999 y n.º 2005-78 de las 9:40 hrs. del 11 de febrero de 2005). No obstante, consideramos muy importante que en la formulación de las acusaciones, los fiscales procuren, en la medida que las características del caso lo permitan, **describir en qué consistió el aporte causal de cada uno de los distintos partícipes del hecho (SIEMPRE Y CUANDO NO CAUSE CONFLICTO)**, de manera que un lector imparcial pueda inferir con claridad la existencia del dominio conjunto de los acontecimientos (en el caso de la coautoría), o bien el auxilio o cooperación (en el caso de los cómplices o instigadores), y el cumplimiento por parte de los acusados de los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal que se les imputa.

vecinos, en una situación de emergencia y que no podía exigírsele una conducta diversa, conforme al artículo 38 del Código Penal.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria de **B**, como coautor de robo agravado y daños en concurso material. Para ser autor de robo, no se requiere realizar en forma completa la acción definida en el tipo. En el caso concreto, no era indispensable que cada uno de los autores ejerciera fuerza sobre las defensas que protegen los bienes, tampoco que se apoderaran de estos ni que dispusieran de ellos. En la realización del hecho delictuoso, pueden distribuirse las funciones, como normalmente ocurre, sin que ello signifique que solo se les responsabilizará de la parte de la acción que cada uno desplegó.

Para la Sala, si bien en el caso en examen, **B** no forzó la vivienda ni ingresó a ella, se acreditó que su función resultaba esencial: condujo el auto donde se trasladaron hasta la residencia del ofendido, y mientras su compañero se apoderaba de los bienes, **B** vigiló para que el plan no se viera frustrado. Cuando fueron descubiertos, realizó la acción que en ese momento impidió la detención de ambos, golpeando el carro que les fue atravesado y, por último, facilitó el medio en que ambos huyeron, y logró de esta manera la consumación del delito, pues los bienes fueron transportados en dicho automotor, así como la impunidad de su acompañante que, con la actividad del imputado, pudo eludir la persecución de los vecinos.

A criterio de la Sala, la labor desplegada por **B** no fue en modo alguno secundaria, sino primordial dentro del plan, por lo que, conforme a la teoría del dominio del hecho, le correspondía plena responsabilidad a título de autor. Tampoco era admisible tener el delito como tentado en lo referente a la participación de **B**, por no haber sido él quien se llevó los bienes, pues no se trataba de dos acciones independientes, sino de un solo hecho consumado, al haberse sacado bienes de la esfera de custodia de sus propietarios y disponerse de ellos. Independientemente de quien los tomara, ambos, como coautores, respondían por el mismo hecho que, en el caso de estudio, se consumó²⁸⁸.

Está claro que el simple acuerdo no basta, sino que se requiere que se contribuya de algún modo en la realización del delito, de forma tal que dicha contribución constituya un eslabón importante en todo el acontecer delictivo y, sin la misma, el hecho no podría haberse realizado.

Tanto para la doctrina, como para nuestra jurisprudencia, la sola intervención en los actos preparatorios, no funda la coautoría, la cual tampoco surge por la circunstancia de que el

288 Sala Tercera, voto [n.º 2001-521](#) de las 15:18 hrs. del 31 de mayo de 2001. En el mismo sentido véanse también los votos de esta Sala [n.º 2003-276](#) de las 10:35 hrs. del 2 de mayo de 2003, y [n.º 2005-1240](#) de las 15:20 hrs. del 26 de octubre de 2005.

sujeto intervenga en la realización del delito, pues esta característica puede ser compartida con los partícipes (cómplices o instigadores). En el caso típico del “campana”, quien interviene mientras se ejecuta el robo, puede asumir el carácter de coautor o cómplice, según el análisis del caso concreto y el plan de autor.

Como ejemplos véanse los siguientes casos.

Síntesis. Un sujeto (**A**) se dedica a la venta de drogas en su casa de habitación. Las autoridades policiales realizan las investigaciones del caso, efectuando varias compras experimentales de droga a **A**, con la cooperación de un participante confidencial, las cuales se efectúan en la parte exterior de la residencia de **A**. Durante las vigilancias a dicha vivienda, la policía logra determinar que **B** se mantenía constantemente apostado frente a la residencia de **A** en labores de vigilancia, para así alertar a este último de posible presencia policial, y logra de esta manera, hacer efectiva la actividad de venta de drogas.

Durante una de las compras experimentales, **A** vende al colaborador confidencial, varias piedras de cocaína “base crack”, y este las cancela con billetes marcados previamente, y acto seguido, **A** le entrega a **B**, quien se encuentra apostado en las afueras de la residencia, observando y facilitando la transacción que se realizaba, un bolso tipo “canguro”, dentro del cual guardó los billetes ya señalados. Al efectuarse ese mismo día el allanamiento en las casas de habitación de **A** y **B**, en la vivienda de este último, se encuentra en un “charral” al final de la misma, el citado bolso “canguro” con los billetes marcados, el cual había sido arrojado por **B** al detectar la presencia policial.

En defensa de **B** se alegó que su participación a lo sumo fue como cómplice, pues no se le observó vendiendo drogas a ninguna persona.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria de **B** como coautor de venta de drogas. El hecho de que **B** no haya sido sorprendido vendiendo directa y materialmente la droga, de ningún modo permitiría suponer que su aporte a la actividad ilícita investigada, fuera la de un simple cómplice, pues no podría perderse de vista que él estaba vinculado, objetiva y subjetivamente con la venta de drogas que lideraba **A**, misma que se desarrollaba en la vivienda de este último.

De acuerdo con los hechos descritos, **B** se mantenía apostado frente a dicho inmueble en labores de vigilancia, con el fin de dar la voz de alarma ante la eventual presencia policial, y también recibió de **A** un bolso donde este guardó el dinero producto de la transacción recién realizada con el colaborador confidencial, y que, ante la llegada de la policía, arrojó en un cafetal con el fin de deshacerse de él. Como se observaba, la función que cumplía **B** era esencial para el negocio ilícito de **A**, haciéndolo más seguro, de donde es claro que mantenía el codominio funcional del mismo, pues las reglas de la experiencia y las circunstancias propias del asunto señalan que, sin la labor de vigilancia que aquel cumplía, **A** no hubiera podido desarrollar la actividad ilícita de venta de drogas a la que se estaba dedicando.

Conforme a la teoría del dominio del hecho, en el caso de estudio debía concluirse que la función que asumió **B** correspondía a la de un autor, por resultar esencial de cara a la actividad ilícita desarrollada, al no tratarse de una simple ayuda o cooperación no esencial, sino –por el contrario– una de naturaleza esencial y determinante, pues fue parte de la forma en que ambos acusados se organizaron para llevar a cabo su negocio. Por tanto, se comprende que, sin la misma, **A** no se hubiera arriesgado a expender drogas como lo hacía, e incluso, el día del operativo final, **B** no solo recibió el bolso donde se guardó el dinero producto de la venta, sino que también trató de deshacerse del mismo al advertir la presencia policial²⁸⁹.

Síntesis. **A** y **B** se ponen de acuerdo para asaltar un local comercial. **B** ingresa al inmueble y encañona con un arma de fuego al propietario, y lo despoja de los bienes de valor que mantenía en dicho local. Mientras, **A** se queda en la puerta del negocio, vigilando para alertar a **B** de la posible llegada de otras personas. Posteriormente ambos sujetos se dan a la fuga.

En defensa de **A** se argumentó que este no fue autor del robo agravado, pues no utilizó en forma personal armas de fuego.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria de **A** como autor de robo agravado. De acuerdo con los hechos descritos, **A** participó en ellos vigilando en la puerta del negocio, por lo que dicho aporte causal implicaba la existencia de un plan general, y de una distribución de funciones. Por lo tanto, era evidente que **A** tuvo dominio funcional del hecho, lo cual le otorgaba la condición de coautor, aunque no haya realizado personalmente todos los elementos integrantes de la acción típica, como por ejemplo la utilización del arma de fuego²⁹⁰.

Síntesis. Una pareja de esposos mantenían un negocio de venta de drogas a consumidores en su casa de habitación. En dicha vivienda, los esposos ocultaban la droga; la procesaban; la envolvían; la vendían directamente y administraban los dineros que obtenían provenientes de dicha actividad ilícita. En ocasiones, esta pareja utilizaba los servicios de **B**, un adicto de la localidad, quien para obtener algún dinero con el cual mantener su propio consumo de drogas, desde la calle les hacía las veces de “campana” para alertar de la presencia policial, así como también les ayudaba a entregar a los consumidores la droga que llegaban a comprar. Al llevarse a cabo el allanamiento, la policía encontró el dinero y la droga en el interior de la vivienda de marras. Luego **B** fue detenido junto con los esposos.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera consideró que la participación de **B** fue en calidad de cómplice. Si bien, la venta de drogas forma parte de los denominados delitos de peligro

289 Sala Tercera, voto [n.º 2005-80](#) de las 9:50 hrs. del 11 de febrero de 2005.

290 Sala Tercera, voto [n.º 2006-170](#) de las 14:30 hrs. del 6 de marzo de 2006. En el mismo sentido, voto [n.º 2003-1052](#) de las 10:20 hrs. del 21 de noviembre de 2003.

abstracto, esta circunstancia no constituye un límite a la posibilidad para que se dé una participación distinta de la autoría en esta clase de delincuencia.

El partícipe de un hecho tipificado en la ley penal, lo puede ser tanto de un delito de resultado, como de uno de peligro. Por ende, la complicidad o la instigación no están excluidas para los ilícitos de esta naturaleza. El aporte doloso que el cómplice o el instigador ofrecen en estos casos, debe ser tan solo de carácter accesorio, es decir, no puede tener un dominio, o bien un codominio funcional del hecho, ya que ello lo convertiría en autor o en coautor. En otras palabras, en la medida que no dependa del colaborador el curso causal de un injusto penal, al punto que pueda evitarlo, se considerará como partícipe de este.

Precisamente para que exista codominio funcional del hecho (y con ello coautoría), sería indispensable que, de manera previa al delito, o bien durante la fase de ejecución, quienes por la razón que sea intervienen en el hecho, se hayan dividido de alguna forma, las tareas o funciones necesarias para consumarlo.

Para la Sala, en el caso de examen no se demostró que **B** tuviera un dominio funcional del hecho, en tanto su conducta fue la de un mero colaborador en la actividad que llevaban a cabo, de manera directa, la pareja de esposos. De acuerdo con los hechos descritos, estos últimos no solo eran las personas que poseían la droga en su casa, sino que además dependía de ellos que se materializaran las ventas o transacciones que constantemente se concretaban.

Por lo anterior, la Sala respaldó las conclusiones del Tribunal de Juicio, en cuanto consideró que no era proporcional atribuir el mismo grado de responsabilidad a quienes participaron de los hechos directamente (los esposos que permanecieron dentro de la vivienda donde guardaban la droga, con perfecto dominio de todo lo que acontece, con disposición de la droga, los implementos y el dinero, así como cuando ejecutaron materialmente la acción de vender), que a **B**, drogadicto que lo que hacía era permanecer en la calle, y abordaba a los que de por sí, ya venían determinados a comprar e intermediar con los esposos para ganar algo y consumir droga. Por lo anterior, no era posible tener a **B** como coautor del ilícito acusado, ya que nunca se acreditó que este compartiera con los esposos, el dominio funcional en los hechos, motivo por el que debía considerarse **cómplice** de aquellos²⁹¹.

Un coautor es siempre un autor primario que difiere de esta categoría, porque reparte entre varios la ejecución del hecho.

291 Sala Tercera, voto N° 2002-312 de las 10:40 hrs. del 5 de abril de 2002. En el mismo sentido, votos N° 2004-959 de las 9:05 hrs. del 13 de agosto de 2004 y N° 2004-168 de las 9:40 hrs. del 5 de marzo de 2004. Este último con ocasión de un caso en que una mujer permitía que su hijo vendiera droga en la vivienda de aquella, corriendo la administración del negocio ilícito por cuenta exclusiva de vendedor. La Sala consideró que la conducta de la madre del vendedor, constituía complicidad y no coautoría, ya que la mujer, si bien facilitaba la actividad ilícita de la venta de drogas, no compartía el dominio funcional de aquella.

3.3.1.- Características y requisitos de la coautoría

- a) Dominio común del hecho. A diferencia de la complicidad donde hay voluntad de ayudar al autor, en la coautoría hay voluntad propia del fin propuesto. Por ejemplo, uno de los requisitos de la coautoría es la decisión o un acuerdo común, en virtud del cual cada coautor se compromete a asumir una tarea parcial que es indispensable para la realización del plan. Por esta razón, cada coautor debe reunir las mismas calidades que el autor, y el dominio del hecho se torna común.

El Tribunal de Casación ha señalado que el hecho de que uno de los coautores sea menor de edad, no excluye la posibilidad de que pueda compartir el dominio del hecho con los restantes sujetos mayores de edad, ni que por ello carezca de la capacidad de prever las consecuencias probables de las acciones emprendidas por el grupo, tomando en cuenta los medios que seleccione para su ejecución²⁹².

- b) La responsabilidad de cada coautor se limita al hecho colectivo, y los excesos o hechos complementarios, ejecutados por fuera del plan acordado, solo afectan al interviniente que los haya realizado por sí solo. Por ejemplo, en el asalto a un banco, uno de los intervinientes, deslumbrado por el atractivo de una de las empleadas, decide, motu proprio, violarla.
- c) Repartición de la ejecución del hecho, hasta integrar una acción común y un resultado idéntico, sin que interese la forma material en que se reparten el hecho. Debe mediar una contribución o un aporte objetivo al hecho, de tal manera que sea producto de la división del trabajo entre todos los intervinientes. Por ello se requiere un dominio funcional del hecho, pues cada uno resulta una pieza esencial para llevar a cabo el plan general. No es necesario que cada coautor realice totalmente la acción típica.
- d) En principio, no es importante el momento de aparición de cada coautor en la ejecución del hecho, pues en virtud del acuerdo previo, son conscientes de toda la ejecución. Sin embargo, deben considerarse los casos donde alguno de los coautores, se incorpora a la empresa criminal una vez lograda la realización parcial de la conducta típica, en la llamada **coautoría sucesiva**, ya que se discute si el agente responde por lo realizado a partir del momento en que se incorpora al suceso criminal, o si debe ser sancionado como coautor o cómplice en todo el suceso.

Un ejemplo sería el del funcionario público que, teniendo en su administración y custodia dineros o bienes públicos, con la intención de sustraerlos, ordena el giro fraudulento de estos, decisión que comunica a otro funcionario –quien no es subalterno del primero y tiene poderes decisorios propios– para que materialice la entrega de dichos bienes,

292 Tribunal de Casación, voto n.º 2003-274 de las 11:30 hrs. del 31 de marzo de 2003.

por ser precisamente el encargado de controlar esa labor. Este segundo sujeto, pese a que no existía un plan previo con el primero, a sabiendas de que los bienes serán sustraídos, interviene sucesivamente autorizando la entrega de aquellos (dolo), para así conseguir el resultado antijurídico, entrando a compartir el dominio del hecho con el primer funcionario²⁹³.

En nuestro medio, el profesor Francisco Castillo señala que no es posible imputar al segundo participante los hechos, ya realizados por el primero, porque sobre tales hechos, no tiene el dominio del hecho y, además, porque se estaría aplicando al caso un *dolus subsequens*, y porque, de acuerdo con nuestro derecho, debe haber concordancia entre acción y dolo, de modo que lo ya ocurrido, no se convierte en doloso por la simple aprobación del sujeto.

En el caso de los delitos permanentes, la situación es distinta (privación de libertad o secuestro extorsivo). El coautor responde en tanto la circunstancia agravante o calificativa, no se haya realizado o esté realizándose en el momento en que interviene.

Sobre este tema, la Sala Tercera ha señalado que, a diferencia de los delitos instantáneos (v. gr. homicidio), en los delitos permanentes se describe una acción o conducta de un carácter tal que se crea con su producción, no solo la consumación típica, sino también una injusta y duradera *situación* –también típica– de lesión o peligro para el bien jurídico que se mantiene o prolonga en el tiempo sin solución de continuidad, hasta tanto no la cese el autor. Esta particularidad de los delitos permanentes tiene relevancia en cuanto a problemas como, por ejemplo, **la posibilidad de que sobrevengan formas de participación o coautoría tras la consumación.**

En dicho sentido, ha considerado la Sala que, en casos como el de venta de drogas a consumidores (delito permanente), el carácter de la acción descrita en el tipo penal, implica la posibilidad de su prolongación en el tiempo, sin solución de continuidad, es decir, la acción consumada de “vender”, puede prolongarse en el tiempo o, dicho en otras palabras, puede continuar consumándose por un lapso más o menos prolongado. En este caso, por ejemplo, tanto el sujeto que realiza una sola venta de droga a un consumidor, como aquel que todos los días –durante un año– le vende a uno o a diferentes consumidores, **en realidad cometen un solo delito de venta de drogas al consumidor**, pues por “venta” no solo se han de entender la acción y el efecto de vender, sino también la actividad en sí de vender²⁹⁴.

293 Sobre este tema, consúltese el voto de la Sala Tercera n.º 2005-1444 de las 14:15 hrs. del 14 de diciembre de 2005.

294 Sala Tercera, votos n.º 484-98 de las 9:10 hrs. del 22 de mayo de 1998 y n.º 2001-36 de las 10:00 hrs. del 12 de enero de 2001. Téngase también presente que la Sala ha indicado que la prescripción opera de manera independiente con respecto a cada uno de los autores o partícipes del delito. (Voto n.º 2002-113 de las 9:55 hrs. del 15 de febrero de 2002).

Ahora bien, a nivel jurisprudencial también se ha planteado la interrogante de si cabe el codominio del hecho en las fases anteriores a la ejecución del hecho punible. Al respecto, la Sala Tercera, recientemente, se ha pronunciado señalando que la característica del codominio del hecho radica en que existe un dolo común entre los partícipes; es decir que los partícipes asumen como un resultado propio el designado (elemento subjetivo), al igual que prestan una contribución al hecho (elemento objetivo), resultando responsables por la globalidad del hecho. Esto surge con indiferencia de la acción específica que cada uno ha cumplido, pues se ubica dentro de un designio general que frecuentemente se manifiesta en una distribución de tareas. Entonces, comprobándose esa situación, es irrelevante en qué estadio del *iter criminis* ha tenido lugar la actuación de cada uno de los sujetos involucrados.

A manera de ejemplo, piénsese en un delito de secuestro extorsivo de menores, en el que un sujeto se encarga de buscar los posibles plagiados; otro de privarlos de libertad, otro de mantenerlos ocultos y de realizar las extorsiones y, por último, otro se encarga de recibir el rescate. Para la Sala, es indiscutible que la acción del primer individuo forma parte de los actos preparatorios, mientras que los del cuarto, de los actos agotadores del tipo ya consumado. Sin embargo, no se puede decir que por esa condición, los actos del primero sean irrelevantes penalmente y los del cuarto sean de puro encubrimiento, ya que inscritos dentro de la trama general de ejecución y consumación del delito, obedecen a un plan general consistente justamente en ello, no simplemente en buscar los potenciales secuestrados o recibir el dinero obtenido por la vía aducida.

Entonces, para la Sala no es cierto que sea el estadio de participación el que indicará en qué calidad (cómplice, coautor o encubridor) interviene el sujeto, o si su acción es punible o no (sean actos preparativos o bien ejecutivos y subsiguientes a este), sino que será el desarrollo mismo del hecho previsto, el que le atribuirá tal condición, tomando en cuenta si su participación reunía las dos condiciones arriba expuestas (elementos subjetivo y objetivo hacia el hecho común) y si se habían cometido actos punibles, como son los ejecutivos (en cuyo caso incluso la participación o realización de los preparativos, se vuelve sancionable)²⁹⁵.

- e) Lo injusto del hecho es igualmente común a todos, porque también la finalidad es común a todos. La ausencia de culpabilidad de uno de los coautores, no impide la existencia de la coautoría. Solo cuando el participante responsable, conoce la falta de culpabilidad del otro participante, y la utiliza para la comisión del delito, estaríamos en presencia de una autoría mediata.
- f) No cabe en los delitos culposos.

295 Voto [n.º 2007-339](#) de las 9:30 hrs. del 7 de abril de 2007.

- g) La actividad de unos podría ser comisiva y la de otros omisiva. Por ejemplo, el caso de una financiera donde varios de sus empleados, cometieron una defraudación al introducir en la computadora, una doble facturación con el mismo número de factura, pero registrando en las planillas solo la auténtica, aunque se daba apariencia de legítima a la falsa. El auditor participaba omitiendo la plenitud de sus funciones de control.
- h) No existe plan común después de que ambos coautores dan por concluido el hecho, aunque en realidad no sea así y uno de los coautores consuma el hecho solo.

Como bien lo ha indicado nuestra jurisprudencia, **el fiscal debe tener cuidado de no confundir la coautoría**, para lo cual basta la realización conjunta del hecho, **con la existencia de un grupo organizado** que requiere un mínimo de permanencia y de división de funciones. Esto resulta de especial importancia en lo referente al tema de las circunstancias agravantes previstas en la Ley de Psicotrópicos²⁹⁶.

Los requisitos que supone la coautoría son: realización del hecho conforme a la división del trabajo; realización común a consecuencia de una resolución común; y dominio parcial del hecho que se limita al propio aporte. El dominio total se ejerce a través del ente colectivo que se forma con la resolución común.

3.3.2- Aspectos objetivo y subjetivo

La coautoría tiene un **aspecto subjetivo** que es la resolución común de realizar el hecho punible, y un aspecto objetivo que es el reparto de los papeles, dentro del dominio funcional del hecho.

El aspecto subjetivo requiere la resolución común o plan común para cometer el hecho (art. 45 del Código Penal). La resolución común debe hacer referencia a la concreta realización de un determinado tipo penal.

El elemento subjetivo del coautor es su relación interna con el hecho, por medio de la que es consciente de la importancia de su aporte que desempeña un papel no subordinado y de su codominio funcional del hecho.

La actuación conjunta que genera la coautoría, debe ser querida en conjunto. Un acto unilateral solamente genera complicidad.

La resolución común no requiere acuerdo expreso de los coautores; puede ocurrir por aspectos concluyentes. No es necesario que los coautores se conozcan. Es suficiente

296 Sala Tercera, voto n.º 2005-352 de las 9:30 hrs. del 29 abril de 2005.

con tener claro que otros actúan y todos actúan con la conciencia y queriendo la actuación conjunta.

El codominio objetivo del hecho debe reflejarse en el campo subjetivo. El autor mediato comete el delito por medio de otro. Mientras que el coautor debe realizar el hecho conjuntamente con el autor; lo que significa que el coautor debe saber que realiza el hecho con otro u otros.

Nuestra jurisprudencia acepta la posibilidad de concurrencia, entre dolo directo y dolo eventual en la coautoría, como ocurre en el caso de los sujetos que 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 todos los sujetos que conforman el grupo de asaltantes, 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 de estos grupos 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 homicidio²⁹⁷.

También ha indicado la Sala de Casación que, para la existencia del dominio del hecho, no necesariamente el plan de autor debe gestarse con suma anticipación, pues el dolo, incluso, puede ser simultáneo.

Véase el siguiente ejemplo: en horas de la noche, un ofendido sale de la institución donde estudia, cuando observa a **B** y a tres sujetos más en una esquina. Debido a que conoce de "vista" a **B**, el ofendido se acerca a saludarlo, situación que aprovecha **B** para quitarle la gorra y pasársela a uno de los sujetos que lo acompañan.

El ofendido pide que le devuelvan la gorra, pero **B** y sus acompañantes se trasladan hasta otra esquina. El ofendido les da alcance y exige la devolución de su gorra, ante lo cual dos de los sujetos lo sostienen, uno de ellos le coloca un puñal en la garganta, mientras un tercero le sustrae el reloj y la billetera. Entretanto, **B** se mantiene aproximadamente a dos metros de distancia, vigilando que nadie se acerque. Luego de despojarlo de sus bienes, los cuatro sujetos se dan a la fuga, el ofendido se aleja del sitio y logra dar aviso

297 Sala Tercera, votos [n.º 2001-1170](#) de las 8:55 hrs. del 30 de noviembre de 2001; [n.º 2002-909](#) de las 9:48 hrs. del 13 de septiembre de 2002; [n.º 2002-1035](#) de las 9:30 hrs. del 18 de octubre de 2002; [n.º 2003-471](#) de las 15:22 hrs. del 9 de junio de 2003; [n.º 2003-584](#) de las 10:30 hrs. del 11 de julio de 2003; [n.º 2004-291](#) de las 10:30 hrs. del 26 de marzo de 2004 y [n.º 2004-569](#) de las 11:35 hrs. del 21 de mayo de 2004.

a la policía. Luego de efectuar la búsqueda de los sujetos, uno de ellos es detenido por la policía, y se logran recuperar únicamente la gorra y la billetera.

En defensa de **B**, se argumentó que nunca se probó que este hubiera tenido la intención o voluntad para asaltar al ofendido, y no señaló el Tribunal de dónde se informó que existió un acuerdo previo entre **B** y sus acompañantes para cometer el atraco, indicando además que **B** se quedó viendo para otro lado y unos pasos atrás de donde ocurrieron los hechos.

La Sala Tercera rechazó este alegato y confirmó la condenatoria de **B**, como coautor de robo agravado, ya que en el caso de estudio, no cabía duda de que el plan de autor se fue elaborando en la medida en que la propia víctima fue colocándose en una situación de mayor vulnerabilidad, posición que sus atacantes aprovecharon y que obviamente no excluía el dolo demostrado por aquellos.

El plan de autor no necesariamente debe gestarse con suma anticipación. El dolo puede incluso –como lo señala la autorizada doctrina– ser simultáneo, y para la Sala estuvo claro que, en el caso de estudio, hubo dominio funcional del hecho, ya que de manera coordinada, se ejecutaron funciones precisas que permitieron el despojo de los bienes del ofendido, por lo que no era de recibo el argumento, en cuanto la circunstancia de que materialmente **B** se apoderara únicamente de la gorra que portaba la víctima, lo liberaba de responsabilidad de lo sucedido, pues evidentemente se trató de un hecho conjunto con separación funcional de actuaciones, en donde **B**, de acuerdo con los hechos descritos, tenía a su cargo vigilar el lugar para advertir a sus compañeros, en caso de que alguien se hubiera acercado a la escena del delito; además de que inició el *íter* que permitió su consumación²⁹⁸.

En el **aspecto objetivo**, la coautoría requiere una resolución conjunta dirigida a la violación del bien jurídico. En virtud de que se trata de una realización conjunta, cada coautor debe tener en su persona, las especiales finalidades que requiere el tipo penal.

No puede haber coautoría, si el tipo penal requiere que el autor actúe realizando una específica finalidad, y uno la tiene y el otro no, aunque la conozca. El ejemplo ilustrativo es el caso donde **A** y **B** hurtan un caballo. **A** quiere dejarse el caballo, mientras que **B** solo quiere usarlo y devolverlo. En esta situación, **A** sería autor de hurto simple y **B** de hurto de uso.

Como se aprecia al tratar el tema del *íter criminis*, la fase de agotamiento del delito es importante, porque la participación criminal puede tener lugar, mientras no se haya agotado la ejecución del injusto, aun cuando ya se encuentre consumado. Véase este ejemplo:

Síntesis. **A** y **B** acuerdan un plan para apoderarse de ganado ajeno y negociarlo con

298 Sala Tercera, voto [n.º 2003-596](#) de las 10:20 hrs. del 18 de julio de 2003.

finés de lucro, distribuyéndose funciones de la siguiente manera: **A** sustraía, mediante el uso de la fuerza, ganado de la finca del ofendido; lo transportaba –sacándolo totalmente de la esfera de custodia de su verdadero propietario– e inmediatamente se lo entregaba a **B**, quien disponía de los semovientes, enviando algunas reses a la subasta ganadera del pueblo, y otras las trasladaba a una finca de su propiedad, donde finalmente fueron ubicados por miembros del Organismo de Investigación Judicial; en tanto el ganado restante no fue encontrado. En su defensa, **B** argumentó que él no podía ser coautor de robo agravado, pues al momento en que el ganado llegaba a su poder, dicho delito ya se había consumado (ya había sido sacado de la esfera de custodia del ofendido por parte de **A**, pudiendo este disponer de los semovientes).

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria de **B** como coautor de robo agravado, por considerar que al existir entre ambos un plan común de autor con distribución de funciones, no era necesario, para la configuración del delito de robo agravado en cuanto a **B**, que este materialmente realizara el apoderamiento de los bienes, pues esa función le correspondía a **A**, según el plan acordado. De acuerdo con el criterio de la Sala, quien ejecuta el hecho en forma personal o de modo conjunto con su autor (ya sea por convergencia o dominio funcional), tiene el pleno dominio de aquel y puede, por sinonimia, calificarse como su realizador (autor o coautor).

La ejecución del hecho es todo lo que va desde el comienzo de la ejecución hasta la consumación, y es autor del mismo quien tiene poder de decisión, es decir, quien tiene dolosamente en sus manos, el curso del suceso típico, el “sí y el cómo” del hecho.

En el caso concreto, para la Sala no cabía duda de que **B** tuvo poder de decisión en el curso de los acontecimientos, realizando dolosamente para ello, todos los actos acordados en el plan previo con **A**, y dándose una distribución funcional con dominio del hecho perpetrado, por lo que efectivamente resultó ser coautor del delito²⁹⁹.

Para la existencia de la coautoría, es necesario que exista la resolución común y que esta sea jurídicamente posible, mediante la distribución de trabajo.

3.3.3.- Retiro del acuerdo por un coautor

¿Qué ocurre si el coautor que ha participado en el plan común, en la etapa de los actos preparatorios, retira su apoyo al plan y toma distancia antes de que el hecho entre en la etapa de los actos de ejecución?

Para resolver esta interrogante, debe analizarse, como lo propone el Dr. Castillo, la situación del autor único que hace lo mismo. Si el autor único abandona en la etapa de los actos

299 Sala Tercera, voto [n.º 2002-1267](#) de las 9:55 hrs. del 13 de diciembre de 2002.

preparatorios, su resolución ya tomada de cometer el delito, es impune, prescindiendo de los motivos que lo llevan a tomar esa determinación, pues a él no se aplican las reglas del desistimiento voluntario o del arrepentimiento activo, las cuales solo valen cuando el hecho ya ha entrado en la etapa de ejecución.

Para el coautor valen los siguientes principios: a) si el hecho no llega al estado de tentativa, en virtud de que uno de los coautores se apartó del plan común, él y los demás son impunes, pues no existe la tentativa de participación en nuestro derecho (coautoría, instigación o complicidad). Los motivos del abandono no interesan. b) cuando el coautor retira su acuerdo en la etapa de los actos preparatorios, pero los otros coautores siguen el plan y ejecutan el delito. En este supuesto, se quiebra la resolución común, en relación con el agente que toma distancia del delito; no existe una participación causal y se excluye la coautoría. En estos casos, no es necesario el aviso de la decisión de abandono tomada en la fase preparatoria, para que se excluya la punibilidad de coautor. Nótese que un coautor que abandona el plan común en los actos preparatorios, carece del codominio funcional del hecho, necesario para que exista la coautoría.

Distinta es la situación, si el coautor brindó en la etapa de los actos preparatorios, el aporte causal que le correspondía y quiere retirarse, porque en este caso, sí debe comunicar a los otros coautores, su determinación de retiro. Cuando el coautor que dio su aporte en la etapa de los actos preparatorios, anuncia su decisión de separarse del plan común y aparta del plan original. Lo que realicen los demás se rige por las reglas del exceso.

Se presentaría, entonces una desviación esencial de la cadena causal que impide la imputación objetiva del resultado.

3.3.4.- Casos de exclusión de la coautoría

- a) En las conductas imprudentes o culposas, pues en estas no hay acuerdo común (trabajadores de la construcción que lanzan una viga pesada a la calle y matan a un peatón).
- b) En las figuras delictivas que exigen un autor idóneo (tipos especiales de propia mano).
- c) En la autoría accesoria.

3.3.5.- Los excesos y la coautoría

Como el plan común es el que determina y legitima la imputación recíproca de las conductas, si uno de los coautores va más allá del plan acordado, entonces realiza un exceso, del que, en principio, solo él es responsable.

Para determinar el exceso, hay que analizar el acuerdo común, pues hay planes de autor que no determinan en forma exacta su contenido, sino que tienen un carácter abierto.

El error *in persona* de un coautor no tiene influencia sobre el dolo. Es una desviación no esencial del plan de autor (todos los coautores responden por homicidio, si el plan común era matar a Juan y quien dispara se equivoca y mata a Pablo). Es suficiente y necesario que el autor se represente concretamente a la víctima; pero no es relevante la identidad de la víctima, ya que esta circunstancia es parte de los motivos no relevantes del autor.

Para algunos autores, no existe coautoría respecto de un homicidio culposo, en tanto no forma parte del acuerdo común. El caso en que tres personas se ponen de acuerdo para asaltar un banco y, conforme a su plan para huir, salen disparándole a la policía, y el disparo de uno de ellos (ya que no se había fijado en una persona que estaba cerca de la policía) mata a esta persona. Por tanto, a todos se les imputaría la tentativa de homicidio respecto del policía al que querían matar, lo mismo que el robo realizado, pero no cabría atribuirles intervención en el homicidio culposo de quien estaba cerca de la policía y por él solo responde quien disparó. Sin embargo, el punto no es tan claro, pues más que un homicidio culposo, podría tratarse de uno doloso por dolo eventual; sería un caso por error en la persona.

Cuando todos los autores están de acuerdo con una ampliación del plan original, no podemos estimar que haya exceso.

En los delitos calificados por el resultado, son suficientes el plan común y la ejecución común, en relación con el delito base. En cuanto al resultado calificado o consecuencia especial del hecho, cada uno de los autores debe actuar al menos culposamente, lo que significa que el coautor o partícipe debe haber previsto el resultado más grave.

En el caso de Pedro y Juan, estos deciden pegarle a Francisco una paliza y no tienen intención de matarlo; pero Juan, sin que Pedro lo sepa, utiliza un bate revestido de hierro, lo que ocasiona golpes tan severos que Francisco muere. Resulta que, al planear el delito base, era evidente la peligrosidad del medio empleado por Juan, por lo que responderá como coautor, no solo del delito de lesiones, sino del resultado muerte producido culposamente, de conformidad con el artículo 48 del Código Penal. Si se requiriera dolo eventual, la conducta dejaría de ser un homicidio preterintencional, para convertirse en un homicidio simple.

Sobre este tema, la Sala Tercera se ha pronunciado –con citas de Castillo y Roxin– indicando que el artículo 48 del Código Penal, soluciona el problema del dolo del partícipe por hecho, distinto del acordado cometido por otro partícipe. De acuerdo con este artículo, el partícipe responde cuando haya tenido, respecto del hecho distinto del acordado, dolo eventual. Es decir, cuando hubiera aceptado la realización del delito distinto, como una consecuencia probable de la acción emprendida. Lo anterior encuentra su razón de ser en que el fundamento de la punibilidad de los coautores, es el dominio funcional del hecho, para el que se requieren el acuerdo y la interdependencia de las acciones realizadas por cada uno de los partícipes.

De esta forma, tal como se ha indicado, tampoco es imaginable la coautoría en el exceso consciente de un copartícipe, puesto que quien va más allá de lo acordado, sin que los demás “cooperen”, se desliga de la dependencia funcional. Obra como autor único directo o, si se sirve de un compañero que nada sabe, como autor mediato.

Las anteriores consideraciones fueron utilizadas por la Sala en relación con el caso de un grupo de sujetos (una persona mayor y varios menores) que habían ideado un plan para cometer un asalto. Un menor de edad que portaba un arma de fuego, al enterarse del plan, pidió que lo dejaran participar en el asalto, mostrándoles el arma. El adulto estuvo de acuerdo en que los acompañara, y durante el asalto, el citado menor disparó y mató a la víctima.

La Sala confirmó la condenatoria del adulto como autor de homicidio calificado, pues aun cuando este último no ostentó ni utilizó el arma, dentro del esquema delictivo, sí contempló la utilización de dicho instrumento, por lo que la representación de que se produjera el resultado muerte integró el plan de autor, aunque fuera a modo de dolo eventual, es decir, como consecuencia previsible, aceptada y compartida por los coautores. Por tanto, si el menor utilizó el arma (que los demás acusados sabían que portaba), a fin de evitar la defensa incipiente y escasa que pretendía realizar el ofendido, y lograr de esta forma el resultado y procurar para sí y los demás la impunidad, a criterio de la Sala Tercera, esa acción era también atribuible a los otros asaltantes, pues dicha posibilidad fue asumida por estos, como parte del riesgo con que inició el evento³⁰⁰.

3.3.6.- Otros antecedentes jurisprudenciales.

Síntesis. Un sujeto somete constantemente a agresiones y maltratos –tanto físicos, como psicológicos– a su esposa, afectando seriamente la voluntad y libertad que dicha mujer tenía, hasta llegar al punto de anularlas totalmente (**síndrome de desesperanza aprendida**). Además, el sujeto se entera de que su mujer está embarazada; se enfurece y decide por su cuenta que su esposa no tendría el bebé, y así se lo hace saber a esta última, lo que genera un conflicto entre ambos, producto del cual el sujeto golpea varias veces a su esposa, incluso en su vientre, indicándole que ella debía buscar un médico para practicarse el aborto, pues de lo contrario la golpearía nuevamente.

300 Sala Tercera, voto n.º 2001-479 de las 8:57 hrs. del 25 de mayo de 2001. Llama la atención que en el proyecto de Código Penal, el comienzo y alcance de la responsabilidad de los partícipes, se regulen en forma distinta al artículo 48 vigente. En efecto, el artículo 39 del proyecto dispone, en cuanto a la responsabilidad de los partícipes, que “Los cómplices e instigadores del delito y de la tentativa serán responsables desde que la conducta se haya iniciado, según lo establecido para la tentativa”. Por aparte, en el artículo 40, referente a la comunicabilidad de las circunstancias, se agrega un párrafo final en el cual se indica que: “*Si la conducta es más grave o distinta de la que quisieron realizar, responderán por aquella, quienes la hayan aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida*”.

Luego, el sujeto contacta directamente a un médico con el que acuerda practicarle un aborto a su esposa, y la lleva a una cita con este. Al ser examinada, la mujer se queja de dolor en su vagina, por lo que el médico le indica al sujeto que su esposa no resistiría el aborto sin dolor, ante lo cual le recomienda a otro médico que practica esa operación, con un costo económico más alto. Al llegar a su casa, el sujeto insulta a su esposa por no haber soportado el dolor, diciéndole que por su culpa le iba a salir más caro el aborto, procediendo a golpearla nuevamente en varias partes del cuerpo.

Al día siguiente, el sujeto de nuevo lleva a su esposa al consultorio del mismo médico con el que previamente había acordado que, en forma clandestina, le realizara un aborto. En dicho consultorio, el sujeto conversa con el médico sin la presencia de su mujer, diciéndole que esta sí se realizaría el aborto ahí. Acto seguido, el sujeto le ordena a su esposa que ingrese al consultorio, y el médico, conociendo la ilicitud de su proceder y sin consultar a la ofendida, si estaba o no de acuerdo, procede a realizar el aborto. Para hacerlo, el médico le pide que se acueste en la camilla ginecológica, indicándole que abriera las piernas. Luego le coloca una crema para dilatar el útero, acción que le provoca un fuerte dolor a la ofendida, la cual en ese momento grita, pero es callada en el acto por su esposo, pues podría ser escuchada por la secretaria. Después el médico continúa con su labor e introduce la tijera en el útero de la ofendida, y le extrae prematuramente el embrión, de seguido coloca dichos restos en una bandeja y se dirige al baño, donde los elimina al tirarlos al inodoro y halar la cadena.

Tiempo después, el sujeto le indica a su esposa que iría a visitar a un amigo, y esta le manifiesta que desea acompañarlo, lo que enfurece a su esposo, quien en ese momento toma el cable del cargador de un teléfono celular, y golpea a su esposa en varias partes de su cuerpo.

El esposo de la ofendida fue sentenciado como coautor del delito de aborto sin consentimiento de la mujer, en concurso material con los delitos de coacción y agresión con arma (estos dos serán examinados en el capítulo dedicado al concurso de delitos).

En su defensa, alegó que su conducta no encuadraba en la realización del aborto, pues si por este se entendía, de acuerdo con el artículo 118 del Código Penal, causar la muerte de un feto, quien “realizó” esa acción típica fue otra persona. Además, aun cuando su esposa estaba sometida a un clima de violencia, en el preciso momento que se dio el aborto, él no ejercía sobre ella ninguna conducta intimidante, pues incluso estuvo sola en el consultorio, sin que él realizara acto alguno que implicara la acción delictiva, o bien, sin que ella expresara su oposición de que se realizara el aborto que sufrió. Por esta razón, a lo sumo debía tenersele como cómplice, máxime que este tipo de delito es de propia mano.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó este alegato y confirmó la condenatoria del esposo como coautor. Si bien el esposo de la ofendida no apareció ejecutando de manera directa, la muerte del feto, esto no eliminaba o desvirtuaba su condición de

coautor. Conforme lo prevé la teoría del dominio del hecho, entre las diferentes modalidades de autoría, el autor del delito es el que tiene el dominio o control del curso causal del hecho; quien puede decidir sobre el sí y el cómo se realiza el ilícito.

En el caso de la coautoría, el “sí y el cómo” lo tienen los diversos sujetos que aparecen en la escena realizando el delito, ya sea porque se han distribuido previamente las tareas por ejecutar, sea porque todos –sin distinción– realizan la misma acción. Cuando todos llevan a cabo la misma conducta, no es difícil señalarlos como coautores. Cuando en el hecho no todos hacen lo mismo, esto no significa que el autor solo es el que realiza la acción prevista en el tipo penal, sino que en este caso, lo que ocurre es que existe una asignación de tareas o funciones que permite, entre otras posibilidades, facilitar la ejecución del delito perseguido o buscado.

En este supuesto, todos los que concurren en el hecho, de acuerdo con el plan establecido y cumpliendo con las tareas asignadas, mantienen un dominio funcional del mismo y, ante tal circunstancia, aun cuando no realicen concretamente la acción o verbo descrito en el tipo penal, igual son coautores al controlar el curso causal del delito.

A criterio de la Sala de Casación, esto fue precisamente lo que ocurrió en el caso de estudio. Aunque la interrupción del embarazo fue realizada por el médico, resultó determinante la conducta del esposo de la víctima dirigida a anular la voluntad de esta última, para así llevar a cabo el acto sin su resistencia. La anulación de la libertad y la consecuente ausencia de consentimiento, ejecutada por el esposo de la víctima, permitieron, en el caso concreto, la muerte del feto mediante la intervención del médico, ya que este era el objetivo o fin que buscaban ambos.

Por lo anterior, para la Sala existió codominio funcional de la acción, ya que los dos imputados actuaron como tales. Por otra parte, no era cierto que la ofendida consintió en que se le practicara el aborto al ingresar sola al consultorio del médico y cumplir con las órdenes que este le dio, pues tales acciones, razonablemente valoradas, respondían tan solo al sometimiento en el que se encontraba con respecto a los deseos o voluntad de su esposo, quien la mantenía sometida a un ciclo grave de violencia doméstica.

Finalmente, la acción de dar muerte a un feto sin el consentimiento de la persona embarazada, no constituía, a criterio de la Sala, una conducta que solo la pueda realizar una persona específica, en razón de la forma en la que está redactado o descrito el ilícito, como sucede, por ejemplo, con el delito de violación en su modalidad de acceso carnal, o bien, con el falso testimonio, figuras en donde están descartadas la autoría mediata y la coautoría. En el caso de estudio, se estaba ante un delito que podía ser realizado por cualquier persona, al no requerirse de una condición especial o de un acto concreto que solo puede ser realizado específicamente por alguien³⁰¹.

301 Sala Tercera, voto n.º 2005-1493 de las 15:25 hrs. del 22 de diciembre de 2005. Debe aclararse que la Sala actualmente no utiliza la terminología de síndrome de invalidez aprendida.

Síntesis. **A, B y C** conformaron un grupo dedicado al trasiego de un número indeterminado de personas, a través de la falsificación de pasaportes y documentos migratorios. **C** contactaba y recibía a los extranjeros que deseaban obtener un documento migratorio, y les proporcionaba un refugio temporal en su propia vivienda o en un hotel capitalino. **B** se encargaba de mantener almacenadas y ocultas las cédulas de identidad y pasaportes –extraviados o sustraídos– de ciudadanos costarricenses, para entregarlos a **C**, de modo que esta a su vez, los entregaba a una persona desconocida en el proceso, para que suplantara las fotografías.

Posteriormente, **C** remitía al interesado con **A**, quien se desempeñaba como contacto en la Dirección General de Migración y Extranjería. En este sitio atendía personalmente a los interesados, quienes se presentaban con una cédula de identidad de algún ciudadano costarricense, a la cual se le había sustituido la foto por la de un extranjero, proporcionada por la misma organización. Para tal efecto, **B** seleccionaba la cédula de identidad legítima de costarricenses u otros documentos que eran utilizados en Migración, tomando en cuenta edad, sexo y fisonomía del interesado.

Como funcionario de dicha dependencia, **A** los recibía antes de que iniciara el horario normal de labores y confeccionaba el pasaporte nacional, a sabiendas de la falsedad del documento que servía de base al trámite y de común acuerdo con los demás acusados. Si era necesario, **A** se encargaba de colocar la imagen y obtener las fotocopias indispensables para aparentar autenticidad. Posteriormente confeccionaba el pasaporte, pero debía someter a refrendo de un superior, el citado documento migratorio para que se autorizara su expedición, para lo cual utilizaba las cédulas de identidad proporcionadas por **B**, y lograba efectivamente inducir a error a dicho superior.

C cobraba a los interesados considerables sumas de dinero por la obtención de los documentos migratorios y, posteriormente, les pagaba a **A** y **B** una suma por cada documento suministrado o tramitado, a través de este *modus operandi*, por lo que se quedaba con el saldo más favorable por las sumas que cobraba.

A, B y C fueron declarados autores responsables de asociación ilícita. Asimismo, se les declaró coautores de falsedad ideológica y penalidad del corruptor en concurso ideal, a su vez en concurso material con la citada asociación ilícita.

En defensa de **B**, se alegó errónea aplicación de la teoría del codominio funcional del hecho, al aducir que su contribución no fue esencial para producir los resultados típicos, ya que la acción principal la desplegó **A** y, en todo caso, **B** solo realizó actos preparatorios. En defensa de **C**, se alegó que en sentencia no se aportaron razones para concluir que esta última figurara como jefa del grupo delictivo. Más bien se trataba de una organización donde cada miembro cumplía una función delictiva y luego se repartían las ganancias, o se trataba de acciones específicas separadas de cada sujeto activo, en las que un sujeto comete cohecho por realizar funciones contrarias a su deber y otro le pagaba un

dinero como corruptor para que aquel realizara actos contrarios a su función. Pero ambas situaciones son contradictorias y, en ese sentido, la fundamentación perdía validez por tratarse de argumentos excluyentes entre sí.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó estos alegatos y confirmó la calificación jurídica de los hechos. En el caso de estudio, se acreditó la permanencia del grupo delictivo, el cual estuvo integrado por **A**, **B** y **C**, de modo permanente y durante los períodos en que se suscitaron las falsificaciones. En la forma de proceder del grupo, **B** almacenaba cédulas y pasaportes para entregarlos a **C**. A cambio de adquirir, conservar y proporcionar los citados documentos para su utilización espuria, **B** recibía en pago sumas de dinero. Además, **B** seleccionaba los documentos que iban a ser utilizados en Migración por **A**, tomando en cuenta las características del interesado, lo cual permitía concluir que **B** cumplía una función trascendente en el grupo, precisamente porque su disposición al integrar el grupo y su contribución causal relevante, hacían que las falsificaciones fueran posibles, al nutrir ella de la materia prima necesaria para dar la apariencia de que las cédulas eran auténticas.

Aunable a lo anterior, **B** conocía el destino de los documentos y la manipulación a la que serían sometidos, y era posible atribuirle las falsificaciones, pues estas se verificaron con la colaboración activa de cada uno: **C** contactaba a los interesados y cobraba abundantes ganancias; **B** mantenía en reserva documentos de identidad verdaderos para su posterior alteración fotográfica y **A** tramitaba y entregaba el pasaporte, todo esto a cambio de recibir una erogación económica en su provecho.

Ahora bien, en el caso de **C**, a criterio de la Sala, para acreditar la función de esta persona en la conducción del grupo, no era necesario que los testigos que declararon en debate, lo expusieran de esa manera, pues de la dinámica misma con que se realizaron los hechos, quedó plasmado cómo ella atendía a los extranjeros, les proporcionaba un refugio, les procuraba las cédulas de identidad nacionales, los contactaba con **A** para que les confeccionara el pasaporte falso y, finalmente, distribuía las ganancias entre los demás autores, quedándole el saldo más favorable por las sumas que cobraba.

En ese tanto, no podría pensarse que la función de **C** fue la de una simple instigadora o cómplice, pues sí ostentó —al igual que los demás acusados— un dominio funcional del suceso. De esta forma, el resultado final dependía de la contribución imprescindible de cada uno de los involucrados: uno aportaba cédulas originales; otro falsificaba pasaportes y **C** ejecutaba las acciones indicadas. Esta atribución del hecho, que es la forma jurídica mediante la cual los sujetos deben “hacerse cargo” del delito, es correcta, porque efectivamente concurren los elementos definitorios de la coautoría.

Asimismo, debe recordarse que la Sala ha explicado que, tal como se establece en el numeral 45 del Código Penal, esta forma específica de concurrencia de personas en el delito, depende de la realización conjunta del mismo por dos o más individuos. Esta

terminología utilizada en el ordenamiento jurídico penal costarricense, implica que para realizar un hecho punible, un grupo de personas se sujetan a un plan de autor y comparten el dominio funcional sobre el desarrollo de la conducta.

En ese mismo sentido, autores como Roxin han explicado que lo importante en la coautoría, es que cada uno de los individuos ocupe una “posición clave” al realizar el hecho, de modo que cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del acontecimiento y, sin embargo, únicamente lo dirige conjuntamente con los otros. **Por tanto, su dominio del suceso es funcional, porque deriva de su función en el plan global. Así, coautor es todo interviniente cuyo aporte en la fase ejecutiva represente un requisito indispensable para realizar el resultado pretendido; es decir, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido.**

Además se debe agregar –citando a Maurach– que la coautoría es la división del trabajo tendiente a un resultado, donde cada uno de los concurrentes tiene el dominio final del hecho con respecto a la globalidad del acontecer. No es necesario que todos los elementos típicos sean realizados en común por todos. Es suficiente con que los sujetos particulares realicen las acciones necesarias para la configuración del tipo, de manera que el mosaico respectivo se complete en su colaboración respectiva.

Confrontando las anteriores consideraciones al caso de estudio, para la Sala se colegía que los encartados participaron en calidad de coautores de los delitos de asociación ilícita, falsedad ideológica y penalidad del corruptor (**B** y **C**) y asociación ilícita, falsedad ideológica y cohecho propio (**A**).

Por la forma en que se distribuyeron las funciones, contactando incluso a terceros para que insertaran fotografías en las cédulas de identidad, no era imprescindible que todos alteraran los datos, ni que manipularan los sistemas informatizados. Por consiguiente, el engranaje delictivo solo funcionaba con la distribución de labores indicadas, en cada paso criminal la intervención de los acusados constituía el antecedente lógico para continuar con la lesión a los bienes protegidos³⁰².

302 Sala Tercera, voto n.º 2003-499 de las 9:15 hrs. del 20 de junio de 2003, reiterado por el n.º 2005-938 de las 14:30 hrs. del 17 de agosto de 2005. Puede citarse aquí, a manera de antecedente, un caso similar en el que mediante voto n.º 2000-174 de las 10:00 hrs. del 18 de febrero de 2000, la Sala resolvió lo siguiente: [...] *Como tercer motivo de su reclamo por la forma, la Licenciada M.D. alega falta de fundamentación de la sentencia, argumentando que la imposición de una sanción de un año de prisión a su defendido por el delito de falsedad ideológica (se refiere a los hechos en que se quiso suplantar a M.E.), ya que no hay elemento probatorio alguno que permita concluir que C.A.B.S. fuese quien insertó o hizo insertar la falsedad en la cédula en que aparecen su fotografía y los datos de J.M.S. El reproche no es atendible. En efecto, si bien no consta expresamente que fuese el hoy sentenciado la persona que directamente puso su retrato junto a la información personal de M.E. en un mismo documento, lo cierto es que el Tribunal a-quo tuvo por demostrado la existencia de una banda que se dedicaba a efectuar ese tipo de falsificaciones, con el fin de utilizarlas luego y engañar a personas, haciéndoles creer que compraban inmuebles a sus legítimos dueños. Véase al respecto el primer hecho probado a folio 652. Esa organización tan específica para* (continúa en la siguiente página)

4.- Participación

El partícipe es quien efectúa un aporte doloso en el injusto doloso de otro, ya sea a través de una instigación o una complicidad. El agente no realiza la acción típica.

La participación se ha construido como un dispositivo amplificador de los tipos penales, en virtud de que esta construcción en la parte especial de los códigos penales, no abarca el comportamiento de los partícipes.

4.1.- Aspectos generales y fundamento de la punibilidad del partícipe

Al definirse como la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno, podemos deducir que la participación es un concepto de referencia que supone la realización de un hecho ajeno (del autor o coautores materiales), donde el partícipe contribuye.

Esta definición, que enlaza la participación con el tomar parte en el injusto doloso cometido por otro, permite inferir que no existe participación culposa (imprudente) en el hecho ajeno.

cometer ilícitos se refleja en el "modus operandi" exhibido a la hora de cometer los hechos por los que se siguió esta causa. Obsérvese que en una primera ocasión se contactó al corredor de bienes raíces G.S.P. para ofrecerle una inmueble de M.A.C.Q. y que fue el aquí encartado quien se presentó a la oficina de S. para presentarle los documentos correspondientes y lo acompañó luego a ver la propiedad. Es de resaltar que posteriormente B.S. asistió a una reunión con el ofendido en compañía de una mujer que se hizo pasar por C.Q., presentando para ello "una cédula de identidad que ostentaba apariencia de verdadera" (sic., folio 653). En la segunda oportunidad, cuando se intentó suplantar a M.E., fue el mismo imputado quien, en compañía de otro sujeto, quiso engañar al intermediario en bienes raíces J.P.R., mostrándole a éste otra identificación falsa en la que aparecían los datos del M., pero con la fotografía de L.C.L. En ambos supuestos, destaca que el plan delictivo suponía la participación activa de cuando menos dos sujetos; tratándose en el primer caso de un hombre (el justiciable B.S. y una mujer) y en el segundo, de dos varones (siendo uno de ellos el procesado). Hay una evidente división de funciones previamente acordada, en la que B.S. contactaba a los comerciantes de inmuebles, haciéndolos creer que tenía clientes para ellos. Parte del plan era presentar a las personas interesadas en vender, haciéndolas pasar por los legítimos dueños de las propiedades a transar. Por lo expuesto, estima esta Sala que lleva razón el Tribunal sentenciador al indicar que en relación con el acusado, se hace evidente "su plena integración dentro de este grupo de estafadores que en forma conjunta actuaban con pleno dominio del hecho preparando sus golpes, incluyendo en ello toda la labor previa, concomitante y posterior que se requería desplegar para lograr sus bajos propósitos" (folios 668 y 669). Al decir que en este caso los integrantes de la banda actuaban "con pleno dominio del hecho", se hace referencia a un fenómeno en el que la coautoría se produce "por un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito [...]", siendo "lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización" (Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. Derecho Penal. Parte General, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 3.ª Edición, 1998, p. 485; [...]). Así las cosas, el órgano juzgador acreditó que se estaba en presencia de una agrupación que actuaba en conjunto, razón por la cual deben considerarse coautores en los términos del artículo 45 del Código Penal, resultando por lo anterior que todos responden por la actuación ilícita referida. Ahora bien, a ello debe agregarse que se tuvo como primer hecho demostrado que la banda, de la que formaba parte el encartado, falsificaba cédulas para suplantar a ciertas personas con bienes inscritos en el Registro de la Propiedad (folio 652). Así las cosas, independientemente de que los testigos hicieran referencia o no a quién insertó o hizo insertar la falsedad en los documentos de identificación, lo cierto es que se sabe que la organización criminal lo hizo a sabiendas de sus integrantes y por ello la responsabilidad por ese hecho cobija a todo el grupo.

La participación no es un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor, y solo en relación con este, puede enjuiciarse la conducta del partícipe. Su responsabilidad viene subordinada al hecho cometido por el autor, así surge el **carácter subsidiario de la participación**.

No puede hablarse de participación, si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico, cometido por un autor.

En los supuestos en que una persona se sirve del comportamiento atípico o lícito de alguien para cometer un delito, se le podrá castigar, pero no como partícipe, sino como autor mediato, ya que en estos casos, es él quien domina la realización del hecho, y el que actúa atípica o lícitamente es un mero instrumento en sus manos.

Para justificar la punición del partícipe se ha establecido que el instigador o el cómplice apoyan con su comportamiento una situación típica y antijurídica, de carácter doloso, o la favorecen, desde un plano material o psíquico. De esto se infiere que la participación supone el injusto doloso de otro y el carácter personal de la culpabilidad de cada partícipe.

Ahora bien, al ser la participación una actividad dolosa, nuestra jurisprudencia señala que el delito que se le puede atribuir al partícipe, **estaría limitado por el alcance de su dolo**. Véase este ejemplo: un sujeto (**B**) arremete violentamente contra otro (**C**). Durante esa pelea, un tercer sujeto (**D**) le facilita a **B** un cuchillo de aproximadamente quince centímetros, con el cual **B** le propina una estocada a **C**, quien cae herido al suelo. De seguido, con intención de causar dolor innecesario a su víctima, antes de darle muerte, **B** le propina una gran cantidad de estocadas a **C**, a pesar de los ruegos de este para que no lo mate, muchas de las cuales estuvieron calculadamente dirigidas a zonas no vitales de su cuerpo, hasta que finalmente **C** fallece. **B** fue condenado como autor de homicidio calificado.

No obstante, en el caso de **D**, si bien se demostró que había facilitado un cuchillo a **B**, con la evidente aceptación de un resultado homicida por obra de aquel, a criterio de la Sala Tercera no se tuvo por demostrado que **D** hubiera dado el arma punzo cortante a **B** para que este la empleara con ensañamiento. Es decir, lo que se tuvo por demostrado fue que **D** prestó su colaboración en el homicidio, mas no que aceptara o pretendiera la muerte específicamente con ensañamiento. Entonces, el delito que se le podría imputar a este partícipe, estaría limitado por el alcance de su dolo, del cual no pudo acreditarse que fuera más allá del simple *ánimus necandi*. En consecuencia, la calificación para el ilícito cometido por el autor sería la de homicidio calificado por ensañamiento. Pero en el caso del cómplice **D**, lo sería por homicidio simple, por no haberse demostrado que este compartiera con el otro individuo la modalidad en la ejecución del homicidio (con ensañamiento), ya que no había indicios de que su colaboración apuntara más allá del solo homicidio³⁰³.

303 Sala Tercera, voto [n.º 2003-406](#) de las 9:25 hrs. del 23 de mayo de 2003.

4.2.- Accesoriedad de la participación

La accesoriedad de la participación deriva del hecho de que esta es solo un concepto de referencia, que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual, se tipifica el hecho cometido. No hay, por ejemplo, instigación en sí, sino instigación a un hecho realizado por otro que sirve de base para determinar la responsabilidad del inductor.

No hay un concepto autónomo de participación, sino que es dependiente del concepto de autor. Solo con base en este, puede enjuiciarse la conducta del partícipe.

El delito por el que pueden ser enjuiciados los distintos intervinientes, en su realización es el mismo para todos (unidad del título de imputación). Pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (accesoriedad de la participación).

Cuando no hay un hecho al menos típico y antijurídico, cometido por alguien como autor, no puede hablarse de participación.

No se requiere que el autor sea culpable, porque la culpabilidad es una cuestión personal que puede ser distinta para cada interviniente en el delito e, incluso, puede faltar en alguno de ellos y no afectar la responsabilidad del partícipe (casos en los que el autor es menor de edad o enfermo mental).

En síntesis, para que pueda hablarse de participación, es necesaria la autoría, pues no podría pensarse en la instigación y la complicidad con vida propia e independiente, aunque, por supuesto, la autoría sí puede producirse por sí misma. Sin embargo, es importante tener presente que la participación no depende de la identificación del autor del hecho principal, sino de la comprobación de la comisión de un tipo de injusto, en donde la colaboración es accesoría.

La participación es accesoría, la autoría principal, con independencia de la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto.

4.3.- El error del partícipe

Si se presenta un error en el partícipe, debe ser tratado de acuerdo con las reglas generales, pero como no cabe la participación imprudente, cualquier tipo de error (vencible o invencible), sobre un elemento esencial del tipo delictivo cometido por el autor, excluirá la responsabilidad del partícipe en otro delito distinto.

Cuando hay error del partícipe sobre elementos accidentales del delito cometido por el autor, este solo tendrá relevancia en el ámbito de la determinación de la pena. Si el autor realiza un hecho más grave que aquel al que el partícipe contribuyó, este solo responde por el delito menos grave.

4.4.- Formas de participación

4.4.1.- Inducción o instigación

El artículo 46 del Código Penal dispone que son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible³⁰⁴.

La inducción o instigación se caracteriza porque una persona incita, impulsa, hace surgir en otra (inducida o instigada) la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo, es el inducido.

El instigador se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, sin tener el dominio del hecho que es lo que lo diferencia del coautor.

Si el inducido no comienza la ejecución del delito (por lo que no habría ni siquiera acto típico), no puede castigarse al inductor, salvo que su participación encuadre dentro de una de las formas de participación intentada, especialmente punible.

La instigación debe ser de tal entidad que pueda conectarse causalmente, desde el punto de vista psíquico, con la voluntad del instigado.

El límite mínimo de la inducción lo constituye su diferencia con la simple recomendación o consejo al autor del delito, que, en principio, solo puede servir para fundamentar la responsabilidad a título de complicidad, si se admite la llamada complicidad psíquica o moral.

También serán supuestos de complicidad, los casos en que el individuo ya estaba resuelto, antes de la instigación, a cometer el delito y el reforzamiento en el autor de la idea originaria de cometerlo, y suponga una contribución digna de ser castigada.

Los medios utilizados para instigar pueden ser variados, desde regalos, promesas, amenazas, violencia, coacción, provocación de error en el instigado, abuso del ascendiente o autoridad que se detenta, valiéndose de apuestas, etc. Lo importante es que cualquiera de los medios sea idóneo y eficaz para la realización de la conducta perseguida.

En cualquier caso, el medio empleado para instigar o inducir, con ser eficaz, debe dejar en todo momento al autor material, la capacidad de decisión sobre la ejecución, ya que de lo contrario, el dominio del hecho lo tendría el hombre de atrás y nos encontraríamos ante una forma de autoría mediata.

304 El artículo 37 del proyecto de nuevo código dispone que "*Es instigador quien dolosamente determina a otro a cometer la conducta punible*".

Es importante considerar que la instigación debe dirigirse a un autor determinado, o, por lo menos, a un determinado e individualizado círculo de autores, para que tomen la decisión de realizar uno o varios hechos punibles.

La instigación no se presenta, cuando la incitación a cometer delitos se dirige a un número indeterminado de personas o a hechos que no pueden subsumirse en un tipo penal concreto.

El dolo del instigador (o del cómplice) requiere que se represente, en su elemento intelectual, los elementos del hecho punible que cometerá el autor, con todas las circunstancias relevantes para poder subsumir el comportamiento dentro de un determinado tipo penal.

4.4.1.1.- Requisitos de la instigación o inducción

- a) Debe existir un vínculo entre el hecho principal y la acción del instigador. Es decir, que la conducta típica y antijurídica realizada por el autor, debe ser producto de la actividad desplegada por el instigador y debe valerse de cualquiera de los medios señalados. A su vez, el autor debe haber realizado el injusto al que ha sido incitado o impulsado, sin importar que lo haya hecho de manera culpable.

El exceso o excesos cometidos por el autor no cobijan al instigador o inductor.

- b) El inductor debe actuar con dolo, lo que nos permite inferir la ausencia de punición de la instigación imprudente o culposa. El dolo debe dirigirse a producir la resolución de cometer el hecho y a que el autor lo ejecute, comprendiendo los elementos subjetivos y la realización del resultado típico, si el supuesto de hecho lo exige (por ello se habla de un doble dolo). En forma generalizada, se exige que el dolo del instigador se dirija a la consumación del hecho principal, lo que ocurre con la finalidad de amparar la impunidad del instigador que con miras a recolectar pruebas en contra del autor, provoca una actividad que solo alcanzaría el grado de tentativa (caso del agente provocador, figura muy discutida, por los abusos y desafueros a que puede llevar)³⁰⁵.
- c) La acción del inductor debe producir la resolución de cometer el hecho en el autor principal, y debe determinarlo. En nuestro Código Penal, artículo 46, se define como instigadores a quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible. En el proyecto, en el artículo 37, solamente se cambia la palabra “intencionalmente” por una más precisa, “dolosamente”, de forma tal que resulta instigador quien dolosamente determina a otro a cometer la conducta punible.

305 En este sentido, ver voto de la Sala Tercera [n.º 2004-1188](#) de las 10:06 hrs. del 8 de octubre de 2004.

- d) El hecho al que se induce debe consumarse o, al menos, alcanzar el grado de tentativa punible. Esto es importante por cuanto la acción del inducido, debe alcanzar, cuando menos, un comienzo de ejecución. Si no es así, no podrá hablarse de esta forma de participación criminal. Véase este ejemplo: un sujeto (A) ofrece una dádiva a un regidor municipal (B) para llevar a cabo un acto propio de sus funciones. Otro regidor municipal (C) se reúne con B y trata de determinarlo para que acepte la dádiva ofrecida por A. No obstante, B rechaza el ofrecimiento. A fue condenado por cohecho impropio en modalidad de corruptor; pero C fue absuelto por el mismo delito, porque el Tribunal de Juicio consideró que la conducta de este último, configuraba una tentativa instigación de cohecho, ya que C trató de determinar a B para que cometiera un delito funcional. Pero como el delito principal no se configuró (B nunca aceptó), la instigación (figura accesoria) resultó impune.

La Sala Tercera revocó, por defectos formales, el fallo absolutorio descrito, porque consideró equivocada la calificación jurídica otorgada por el a quo, pues no existe razón alguna para que –conforme a los hechos descritos– la conducta de **C** fuera calificada de modo distinto a la del coimputado **A**, máxime cuando se tuvo por demostrado que aquel coadyuvó con este para formalizar el ofrecimiento ilícito.

En relación con esta figura penal, si bien la misma –en principio– comparte las características de una instigación, por lo delicado de los bienes jurídicos en juego, el legislador la tipificó como un delito independiente y no como una participación (figura accesoria).

Lo anterior, a criterio de la Sala, implica que si la acción de **B** pudiera calificarse como una instigación, el análisis de fondo del juzgador resultaría correcto, ya que el delito principal del instigado (el supuesto acto de corrupción para el que fue determinado **B**), nunca se consumó ni llegó siquiera a constituir una tentativa. Así tal y como lo ha entendido la doctrina (Dr. Francisco Castillo González, cuya opinión se cita en el voto), si bien existe la participación en una tentativa, no existe la tentativa de participación, ya que la instigación consumada requiere, además de la determinación al hecho punible, que este sea realizado por el instigado, aunque la ejecución quede en estado de tentativa, de manera que en nuestro ordenamiento, la tentativa de instigación (o de complicidad) es impune.

No obstante, para la Sala tal planteamiento no resultaba aplicable al caso de estudio, donde se dieron todos los elementos del tipo penal que regulan los artículos 340 y 345 del Código Penal, figura esta donde el legislador eleva a la categoría de delito independiente, una conducta que, en principio, cumpliría con todos los elementos de una instigación³⁰⁶.

- e) El instigador debe carecer del dominio del hecho, ya que si lo tiene sería más bien coautor.

306 Sala Tercera, voto [n.º 2003-962](#) de las 12:05 hrs. del 22 de septiembre de 2003.

4.4.1.2.- Formas de la instigación

El instituto de la instigación puede adquirir distintos matices o formas. En algunos supuestos, es factible admitir la denominada “instigación a la instigación” o “instigación en cadena” (el amante induce a la mujer para que esta apremie al enemigo de su esposo y le dé muerte), siempre que se reúnan los requisitos necesarios de esta forma de participación.

También puede ser compartida por varios sujetos, dando lugar a la **coinstigación** (una pluralidad de personas induce a un sujeto a que cometa un robo).

Por otra parte, es posible además que dos personas, sin ningún vínculo entre sí, puedan realizar la actividad de instigación (dos personas de distintas ciudades, inducen al mismo funcionario a cometer prevaricato). A esta se le denomina **instigación accesoría**.

Puede darse el supuesto de que el inductor por sí mismo, no se haga conocer del autor, sino que se vale de un instrumento para que lleve a cabo la inducción respectiva, lo que constituye una verdadera **instigación mediata**.

No existe tentativa de instigación, pero sí es posible la instigación a una conducta tentada.

Tampoco es posible la instigación por omisión, ya que la figura de la instigación solo se relaciona con los hechos comisivos dolosos, aunque sí es posible la instigación a la comisión de un hecho omisivo (como por ejemplo en el caso de una llamada a la policía para atender una situación y alguien los instiga para que incumplan sus deberes).

Otros antecedentes jurisprudenciales

Síntesis. Al determinar la presencia de varias personas dentro de los predios de una finca (las cuales judicialmente estaban disputando la posesión de ese inmueble a la empresa propietaria), el sujeto que por encargo del propietario resguardaba dicha finca (**A**), llamó al peón que trabajaba para él (**B**) y le entregó un arma AK-47, mientras **A** se armaba con un revólver. Posteriormente, **A** se dirigió hacia el grupo junto con su peón, momento en que **A** disparó su revólver contra estas personas, y logró impactar a un ofendido, provocándole una incapacidad de quince días para sus ocupaciones habituales.

Luego de esa acción, **A** le dio órdenes a su compañero para accionar la AK-47 y disparar contra el restante grupo de personas. Efectivamente, **B** levantó el arma, disparó contra el grupo y le causó la muerte al otro ofendido. De seguido **A** nuevamente ordenó al peón que disparara, esta vez contra un tercer ofendido, a quien de igual manera **B** disparó con la AK-47, lo lesionó por la espalda y le dejó como secuela, una deficiencia funcional equivalente al treinta y cinco por ciento de pérdida del miembro superior izquierdo y una incapacidad temporal de tres meses.

Finalmente, **A** disparó con su arma contra un cuarto ofendido, cuando este intentó devolverse a auxiliar a los heridos, y le dejó secuelas equivalentes a un cinco por ciento de la pérdida de su capacidad general orgánica y una incapacidad temporal de un mes.

A fue condenado como autor responsable de dos delitos de tentativa de homicidio calificado, instigador de un delito de homicidio calificado e instigador del delito de tentativa de homicidio calificado. En su defensa, se argumentó que a la conducta de **A**, no le eran aplicables las reglas de la instigación, por cuanto era imposible establecer que **B** hubiera sido determinado dolosamente por **A** en la ejecución de los actos homicidas descritos, pues lo demostrado en el fallo fue que **A** hizo señales y giró órdenes a su peón para realizar disparos con el arma al cuerpo de los ofendidos. A criterio de la defensa, no era ni objetiva ni subjetivamente instigadora la conducta de quien se limita a ordenar o hacer señales a otro para que realice determinada conducta. Además, si ya el agente estaba determinado a realizar la acción ilícita, que es el caso concreto, no podía hablarse de instigación. Asimismo, **B** se encontraba decidido a utilizar el arma de fuego, pues por las características tan peculiares de ese instrumento, es decir, por tratarse de una subametralladora de alto poder (AK-47), quedaba de manifiesto el dolo para ocasionar muerte a las víctimas.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó este alegato y confirmó la sentencia condenatoria. Dentro del panorama de hechos, era innegable la existencia de una motivación muy especial por parte de **A** hacia **B**. Se apreciaba la existencia de una relación jerárquica muy particular entre aquel y este, pues **A** estaba encargado de administrar la finca en donde sucedieron los hechos y cuya posesión disputaban judicialmente los ofendidos. En tanto, quien lo acompañaba en el momento de los hechos, era un peón a su servicio, así como de la misma empresa.

Ambos se dirigieron hacia donde se encontraba el grupo de personas dentro del inmueble en referencia, debidamente armados, y una vez ahí, se produjo el desenlace descrito. Quien primero dispara es **A** y luego le hace indicaciones a su empleado para que realice lo propio. No se extrae de la relación de hechos descritos (como tampoco se pudo extraer de las pruebas evacuadas en debate) que en, ese momento, **B** hubiera estado determinado a dar muerte a alguien del grupo. Tal aspecto constituía una simple deducción personal de los recurrentes, sin ningún apoyo probatorio.

La Sala consideró que el hecho de tener arma de cierta potencia, no permitía concluir en la inequívoca intención del compañero de **A** de ocasionar la muerte de alguna de las personas ahí reunidas. Incluso fue **A** quien primero disparó y, no es sino hasta que recibió la instrucción de aquel, que el peón disparó también. De haber estado motivado a darle muerte a alguien, **B** no hubiera esperado la orden de **A**.

De esta manera, para la Sala, **A** motivó que **B** cometiera un delito. No constituyó una velada o ambigua insinuación, o un simple y sutil acto con el fin de inducir la realización

de una conducta ilícita, sino que la eficacia del medio utilizado por el agente, girar una orden dentro del contexto de circunstancias presentadas, fue suficiente para provocar la determinación en su compañero de actuar en la forma como lo hizo.

Como se señaló, este se encontraba al servicio de **A**; recibía instrucciones de este y le fue proveída un arma de uso bélico, en tanto **A** se armó de un revólver. Resultaba entonces incuestionable que el encartado tenía plena conciencia del hecho; se refería a un suceso debidamente individualizado y a personas determinadas, y la forma como condujo moralmente al autor material para la ejecución del acto homicida, fue suficientemente eficaz, tanto para que el instigado actuara y causara la muerte de una persona, como para que lesionara a otra, en ambos casos con *ánimus necandi*, para lo cual utilizó una poderosa e ilegal arma de fuego³⁰⁷.

Síntesis. Un sujeto amenaza de muerte a los ofendidos **A** y **B** con motivo de viejas rencillas personales, manifestándoles que se vengaría de ellos. Un día, este mismo sujeto, junto con su hermano (un menor de edad), interceptan a ambas víctimas en la calle. El menor saca un arma de fuego y dispara contra **A**, hiriéndolo en el rostro, por lo que este se desploma en el suelo. **B** corre alejándose del sitio para salvar su vida, pero al percatarse el imputado mayor de edad que ese ofendido se escapaba, alerta a su hermano y le grita: *mátelo, mátelo*”, por lo que el menor realiza varios disparos contra **B** y lo hiere mortalmente. Luego de verificar la muerte de **B**, los hermanos regresan a donde se encuentra **A** gravemente herido, y proceden ambos a lanzarle puntapiés, momento en que se apersonan al sitio varios testigos. Entonces, el imputado mayor alerta a su hermano y ambos salen huyendo, y **A** es trasladado al hospital. El imputado mayor de edad fue sentenciado como coautor del homicidio de **B** y de la tentativa de homicidio de **A**.

En la sede de Casación, se alegó errónea aplicación de los artículos 45 y 111 del Código Penal, pues a criterio del defensor del imputado mayor de edad, este no desplegó ninguna conducta típica respecto del hecho cometido en daño del ofendido **A**, y que, en el caso del ofendido **B**, no fue instigador, pero tampoco autor mediato, en razón de lo cual debía absolvérsele por la atipicidad de sus acciones.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó el alegato de defensa y confirmó la calificación legal descrita. De acuerdo con los hechos expuestos, era claro que el imputado mayor de edad, no se limitó a acompañar a su hermano, sino que le gritó que le diera muerte a **B** –resultado que obtuvieron– y luego juntos le propinaron puntapiés a **A**. Por tales motivos, su intervención en las acciones lo fue a título de coautor, con pleno dominio del hecho, mediando un acuerdo que pudo ser previo o surgir en el desarrollo mismo de los eventos –aunque la existencia de rencillas y amenazas anteriores, demuestra que fue previo– y con la única particularidad de que quien se hizo cargo materialmente de utilizar el arma de fuego, fue su hermano.

307 Sala Tercera, voto [n.º 2000-248](#) de las 10:50 hrs. del 7 de marzo de 2000.

La tentativa de homicidio no se agotó con la mera acción de disparar el arma, de manera que cualquier acto posterior, resulta ajeno al ámbito típico del delito. Por el contrario, la fase ejecutiva del hecho punible, en el caso concreto, no se quedó en el solo disparo, sino que también formaron parte de ella, los repetidos puntapiés propinados a **A**, quien se encontraba herido e indefenso, lo cual era conocido por el imputado mayor de edad.

A criterio de la Sala, esta conducta del imputado y su hermano revelaba –para cualquier observador imparcial– su orientación a consumar el deceso, es decir: matar a puntapiés al herido que yacía en el suelo (pues existen medios más idóneos para comprobar un fallecimiento, como tomar el pulso, detectar aliento, etc., que lanzar golpes con los pies).

Este acto en sí mismo posee una naturaleza agresiva, lesiva y apta para acabar con la vida de una persona, máxime de una que ya presentaba serias lesiones recién practicadas con un arma de fuego.

En estas condiciones, las conductas que desarrolló personalmente el imputado mayor de edad, eran por completo ejecutivas del delito y pretendían alcanzar la consumación de la muerte de **A**, la cual no sobrevino en virtud de causas independientes de la voluntad de ambos coautores.

Finalmente, se debía tomar en cuenta que el justiciable, pocas semanas antes de ocurrir los delitos que se le atribuyen, había hecho amenazas de muerte a ambos ofendidos. Esta circunstancia, aunada a otras examinadas líneas atrás y que son propias del desarrollo mismo de los eventos, permitían arribar a la razonable conclusión de que medió un acuerdo previo entre los dos hermanos para dar cumplimiento a las amenazas que se profirieron. Ahora bien, en lo referente a los hechos en perjuicio del ofendido **B**, para el Tribunal de Juicio la actitud del imputado mayor de edad, de gritarle a su hermano que matara a **B**, no podía ser considerada como una instigación, ya que obedecía al hecho de que el imputado no se encontraba armado, pues el que portaba el arma era el menor. Por esta razón, el encartado no podía realizar la acción por sí mismo. Así tuvo que optar por realizarla sirviéndose de su hermano, sin poder dejar de lado la circunstancia de que en anteriores ocasiones, el propio imputado había amenazado a **B** con matarlo; amenaza que cumplió en esta ocasión.

Para la Sala, a pesar de que el *a quo* no usó la terminología más afortunada, no podía compartirse el criterio de la defensa de que el homicidio de **B**, fue atribuido por autoría mediata, pues lo que en realidad se decía en el fallo es que el imputado no se hizo cargo de disparar por sí mismo a la víctima, pues quien portaba el arma era su hermano. Pero se destacaba que dicha muerte fue la consumación de la amenaza que el propio acusado le había hecho anteriormente.

Así, cuando el *a quo* mencionaba que este último “se sirvió” de su hermano, no podía interpretarse que se refería a una autoría mediata, aunque los juzgadores usaran palabras con las que el legislador define esa figura. Para la Sala, lo cierto es que del mismo párrafo estudiado, se infería que existieron un plan y un acuerdo para acabar con la vida de **B**, aspecto

que se reiteraba en otros apartes del fallo. Incluso destacaban los jueces la existencia de un “móvil” que compartían el justiciable y su hermano, a saber: la venganza.

De esta manera, la condena no recayó por autoría mediata ni por instigación, sino por simple autoría del delito. El dominio del hecho no puede examinarse sin tomar en cuenta, de modo necesario, el plan de autor.

En el caso de estudio, tal plan involucraba más factores que el simple hecho de disparar. Se extendía a la intervención conjunta de ambos autores –aunque solo uno de ellos fuera armado– para interceptar a los dos ofendidos en la vía pública, en condiciones que permitieran actuar disminuyendo los riesgos e incrementando las posibilidades de éxito e impunidad (no, por ejemplo, frente a testigos, ni mediante un reto previo, sino a través de un ataque sorpresivo).

Los aspectos arriba destacados, referentes a que el imputado mayor de edad intervino de forma activa en la fase de ejecución del homicidio tentado de **A**, debían retomarse aquí, ya que los dos delitos fueron realizados en el mismo momento y en idénticas condiciones: los aportes del imputado mayor fueron indispensables, con arreglo al específico plan de autor; es decir que, sin su contribución, el hecho no podría haberse ejecutado, a menos de que se introdujeran modificaciones sustanciales en dicho plan.

La función de este no fue únicamente la de disparar el arma, como parecía entenderlo quien impugnaba –confundiendo el dominio del hecho con ejecución de propia mano de la conducta–, pues también poseen ese calificativo los aportes destinados a alcanzar, interceptar, acorralar y perseguir a las víctimas, sorprenderlas y aprovechar la ventaja del arma y la concurrencia de los dos coautores, aumentando así, como se dijo, las posibilidades de éxito e impunidad y disminuyendo el riesgo que aquellos corrían.

Por este motivo, la orden o grito del justiciable de matar a **B**, no constituía instigación, sino que se inscribía dentro de la serie de actos ejecutivos para lograr que el homicidio se consumara. Dicho con otros términos, no se juzgaba al encartado por haber gritado “mátelo, mátelo” –después de que, con la misma arma, el menor de edad acababa de disparar a la cabeza de **A**– sino porque esas palabras las pronunció cuando, en conjunto con su hermano, se había hecho cargo de localizar e interceptar a los ofendidos, cuando juntos perseguían a **B** y, posteriormente –una vez que fue evidente para ellos su deceso, tras hacerle varios disparos–, entre los dos intentaron acabar a puntapiés con la vida de **A**.

El análisis global de los eventos es, por una parte, la única forma objetiva de determinar el dominio del hecho y la existencia y configuraciones específicas del plan de autor y, por otra, permite en este caso concluir, sin ninguna duda, que tanto el acusado como su hermano ejecutaron los delitos con arreglo a un plan preconcebido de común acuerdo y que ambos tuvieron pleno dominio del hecho³⁰⁸.

308 Sala Tercera, voto [n.º 2004-1448](#) de las 11:46 hrs. del 17 de diciembre de 2004.

4.4.2.- Complicidad

El artículo 47 del Código Penal establece que son cómplices los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible³⁰⁹.

La complicidad es una forma de participación que comprende la cooperación dolosa con otro en el actuar antijurídico, dolosamente cometido. El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno y –como el instigador– no participa en su dominio.

La contribución al actuar doloso de otro, puede ser de índole intelectual o consistir en un mero despliegue de actividad física, de carácter previo o concomitante al suceso e, incluso, posterior, con la condición de que medie promesa anterior a este.

Lo que la distingue de las demás formas de participación, es la menor entidad material de su aporte que conlleva a una menor forma de castigo, en relación con los autores.

La conducta del cómplice debe representar un incremento relevante en las posibilidades de éxito del autor y, por consiguiente, de puesta en peligro del bien jurídico. Debe tratarse de una conducta causal que de alguna manera acelere, asegure o facilite la ejecución del hecho o intensifique el resultado del delito, **en la forma en que era previsible**. De esta manera, no habría complicidad en el caso de quien entrega al autor de un robo, una herramienta para forzar la puerta que finalmente no es utilizada para esos efectos, porque se utiliza otro medio de ingreso a la vivienda.

Para efectos de penalidad, el artículo 74 del mismo código estipula que la pena a los cómplices podrá ser rebajada discrecionalmente por el juez, de acuerdo con los requisitos del artículo 71 y el grado de participación (recordemos que otras legislaciones contemplan distintos grados de complicidad).

En los casos de complicidad por omisión, debe distinguirse entre la omisión propia y la impropia. En ambas, autor solamente puede serlo el obligado a quien el ordenamiento jurídico le impone la obligación de actuar. Quien carezca de esta condición, no podrá ser autor, pero sí cómplice o instigador.

Para distinguir los delitos de omisión propia de los de omisión impropia, se ha señalado como criterio, entre otros, que en los primeros no se impone la obligación de impedimento del resultado, que sí existe en los del segundo caso.

Como señala el profesor Castillo, quien omite prestar auxilio, conforme al artículo 44 del Código Penal, es punible por delito consumado, a pesar de que otra persona le haya

309 El artículo 38 del proyecto de nuevo código dispone que: "*Es cómplice el que dolosamente preste al autor o autores cualquier auxilio o cooperación para la realización de la conducta punible*".

prestado la ayuda que a él demandaba el ordenamiento jurídico. Pero si los padres omiten dar alimento al hijo y el resultado previsto en el tipo penal (muerte del niño) no se produce, los padres serán responsables por tentativa de homicidio en comisión por omisión.

Lo anterior nos permite arribar a dos conclusiones:

1. Si el autor de una omisión propia no ha tomado la decisión de incumplir con la obligación impuesta por la norma, es posible que el extraneus realice una acción de instigación. Si ya la había tomado, es posible una complicidad por reforzamiento de la decisión de cometer el delito. Según el profesor Castillo, no es punible por complicidad, quien ayuda a otro a no impedir el resultado en un delito de omisión propia, porque el resultado no es parte de la definición del tipo penal (caso del artículo 144 del Código Penal).
2. En el caso de la complicidad por omisión (impropia), es necesario que el garante pueda evitar o aminorar la violación al bien jurídico (que el garante pueda evitar el resultado). Por ejemplo, habría complicidad por omisión si Pedro, encargado de vigilar a los presos que salen de la prisión a hacer trabajos (posición de garante), pudiendo hacerlo, no evita que uno de ellos cometa un hurto. En otro ejemplo, incurriría en complicidad de peculado, el superior jerárquico que, teniendo pleno conocimiento de que un subalterno pretende sustraer bienes que se encuentran bajo su custodia, omite ejercer la supervisión en las labores de aquel (que le competen por su posición de garante con respecto al desempeño de sus subalternos), actividad omisiva que efectivamente favorece la sustracción descrita³¹⁰.

La complicidad es posible antes o durante el hecho principal y hasta su consumación material.

La complicidad puede ocurrir en la etapa de planeación y de actos preparatorios del delito, también durante la ejecución de la acción por el autor principal, sin que llegue a representar una contribución esencial que la convierta en coautoría. De igual forma, puede presentarse en la etapa de consumación formal y en la de consumación material (agotamiento o terminación del delito).

4.4.2.1.- Requisitos de la complicidad

a) Vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice. Este vínculo debe ser de tal entidad que el aporte doloso suponga una contribución objetiva, que puede ser de carácter necesario o imprescindible, cuando sin ella el hecho no se habría realizado (complicidad primaria o necesaria), o de naturaleza no necesaria o prescindible, y aunque no se dé la contribución, el suceso se habría realizado de todas maneras (complicidad

310 Sala Tercera, voto [n.º 2002-581](#) de las 10:05 hrs. del 21 de junio de 2002.

secundaria o no necesaria). Vale aclarar que nuestra legislación no establece ninguna diferencia en los grados de participación en el nivel de complicidad.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que el hecho de que no se pueda individualizar al autor principal del delito, no excluye, desvirtúa o justifica la participación de los cómplices, al cooperar dolosamente en la realización del hecho punible, en tanto esto último sea demostrado³¹¹.

b) El cómplice debe actuar dolosamente. Con esto se excluye la complicidad culposa en un hecho doloso, o una complicidad culposa en un hecho imprudente. El hecho doloso con el que se contribuye debe alcanzar, al menos, el grado de tentativa.

Al igual que en la coautoría, en la complicidad también puede concurrir el dolo directo con el dolo eventual. En referencia a este tema, nuestra jurisprudencia señala que quien presta auxilio a un grupo de sujetos para que cometan un asalto, a sabiendas de que estos van a utilizar armas de fuego, y durante la ejecución del delito, dichas armas son utilizadas para dar muerte a la víctima, el colaborador será cómplice **no solamente del robo, sino también del homicidio**.

Para la Sala Tercera debe valorarse que, en ese tipo de casos, la participación dolosa del partícipe va dirigida a cooperar, tanto como cómplice en la realización de los hechos dolosos por el autor o los autores, como en la naturaleza dolosa de los hechos punibles principales (lo que se conoce como “**doble dolo**” del cómplice).

Desde esta perspectiva, es posible sintetizar que, sin el dolo del autor o autores principales, no existe la participación, pues así lo exige el principio de accesoriadad derivado del artículo 47 del Código Penal, al sancionar o castigar como cómplice a quien presta “*al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible*”.

De esta forma, al prestarse auxilio para la comisión de un robo a mano armada, en que se produce la muerte del ofendido, por parte del cómplice existe una contribución causal en la realización de los hechos dolosos principales, de modo que en relación con el aspecto subjetivo de la complicidad, el dolo del cómplice no solo estaría presente en su propia acción, sino que también se extendió (abarcaba) a la acción o acciones principales, así como a su resultado.

En ese sentido, corresponde aplicar al cómplice la teoría del conocimiento (arts. 48 y 49 del Código Penal) por haber prestado su colaboración, aceptando como una consecuencia probable de la acción emprendida por el autor o los autores, el que se ocasionaran una lesión física y hasta la muerte de una persona. Por lo anterior, no sería posible, por el principio de accesoriadad de la conducta del partícipe, eludir, reducir o de otra forma

311 Sala Tercera, voto n.º 301-F-94 de las 9:25 hrs. del 5 de agosto de 1994.

eximir de la participación criminal al cómplice en los hechos principales ocurridos y sus resultados, es decir, circunscribiendo la conducta del partícipe solo al delito de robo agravado. De esta manera, si la responsabilidad del autor o los autores participa del delito o delitos cualificados por el resultado, la conducta del partícipe no puede romper ni el título de aquella imputación, ni puede quebrar el principio de accesoriedad del partícipe (en este caso del cómplice) respecto de los injustos penales del autor o los autores, aun cuando la colaboración del cómplice para la ejecución del delito, aumenta el riesgo o las probabilidades de que este se realice³¹².

Como ejemplo puede analizarse el siguiente caso:

Síntesis. Un sujeto (**A**) armado con un machete, se abalanza en forma agresiva contra otro (**B**), quien se encuentra desarmado, pero desafiándolo a una pelea a machetazos. En ese momento, el padre de **B** interviene y le pasa a su hijo un arma de fuego, con la que **B** efectúa un disparo para amedrentar a **A**, y provoca que este último efectivamente detenga su ataque; se voltee y emprenda la huída. No obstante, a pesar de que la agresión en su contra había cesado, **B** vuelve a levantar el arma y efectúa dos disparos contra **A** por su espalda, y le causa la muerte.

Al ser analizados estos hechos por parte de la Sala Tercera, se consideró que el primer disparo se hizo sin intención homicida alguna, sino más bien para impedir que **A** prosiguiera con su agresión contra **B**. Partiendo de ese hecho, se debía destacar que la intervención del padre de **B**, se produjo antes de ese primer disparo. Al asociarse esas dos circunstancias y apreciarlas en conjunto, para la Sala solo una conclusión era posible: la entrega del arma por parte del padre de **B** a su hijo, se produjo para que este último se defendiera. Establecer otra conclusión, sería tanto como negar la premisa de que el primer disparo nunca se hizo para perjudicar a **A**.

Condenar al padre de **B** como cómplice del delito que cometió su hijo, implicaría aceptar que aquel le facilitó el arma a este con el fin de contribuir en la ejecución del homicidio, lo que no coincide, con los hechos descritos, porque la primera vez que **B** accionó el revólver, fue solamente para amedrentar al que en ese momento era agresor.

Por lo anterior, la conducta del padre de **B** solo iba dirigida a que su hijo pudiera defenderse, y lo que sucede posteriormente –que el ofendido se dé la vuelta y que el imputado le dispare dos veces más, en esta ocasión directo a su espalda– escapó completamente a las intenciones de su padre, cuyo único fin fue hacer posible la defensa de su hijo, y su intervención no pasa de ser una simple ayuda para que **B** pudiera impedir la agresión que sufría, no pudiendo prever que su hijo, luego de repeler el ataque, iba a convertirse en el agresor.

312 Sala Tercera, voto n.º 347-F-94 de las 9:45 hrs. del 9 de septiembre de 1994. En el mismo sentido, votos n.º 2000-430 de las 10:10 hrs. del 28 de abril de 2000; n.º 2001-99 de las 9:40 hrs. del 26 de enero de 2001; n.º 2004-1188 de las 10:06 hrs. del 8 de octubre de 2004 y n.º 2004-1422 de las 10:10 hrs. del 17 de diciembre de 2004.

Además, la acción homicida de **B** fue posterior en el tiempo a la situación que obligó a su padre a intervenir, por lo que no puede atribuírsele a este último ningún deseo de colaborar o favorecer un homicidio, por lo que la conducta de este último es atípica³¹³.

c) No se requiere que la contribución sea coetánea al suceso. La actividad desplegada por el cómplice puede consistir, tanto en un aporte anterior o concomitante al momento de ejecución del hecho, como en uno posterior, con la condición de que medie promesa anterior (de carácter no necesario), para que no se rompa el vínculo entre el hecho principal y la acción de complicidad.

Incluso es posible la complicidad después de la consumación jurídica del hecho. Véase este ejemplo: **A** y **B**, en contubernio con **C**, sustrajeron de una finca varias vacas. Los semovientes fueron materialmente sustraídos por **A** y **B**, quienes los cargaron en un camión a fin de transportarlos a la finca de la esposa de **C**. Dicho camión fue detenido por oficiales de policía, quienes le solicitaron al chofer (**A**) la respectiva guía para ganado, y recibieron una respuesta negativa.

Debido a ello, el camión fue detenido y trasladado a la delegación de la Guardia Rural de la localidad, en donde **A** y **B** le manifestaron al oficial de guardia que ellos no portaban la guía, porque el dueño del ganado tenía un niño enfermo y solicitaron comunicarse por teléfono con **C**, persona a la que señalaron como la dueña de los animales que transportaban. Agregaron también que lo único que hacían era llevar el ganado de una finca a otra.

Pocas horas después, **C** se hizo presente a la citada delegación policial y manifestó falsamente que era el propietario del ganado que transportaban **A** y **B**, y alegó que tenía un niño enfermo, por lo que se le había hecho muy tarde. En ese acto, **C** le dibujó en un papel al oficial de guardia, la forma del “fierro” de sus supuestos animales que posteriormente fue confirmado por el oficial de la policía, logrando así engañar a dichos oficiales, quienes confeccionaron la respectiva guía y dejaron que se marcharan los tres sujetos con los animales sustraídos, llevándolos a una finca propiedad de **C**, donde fueron decomisados posteriormente por la policía.

Para la Sala Tercera, a fin de establecer la responsabilidad que le correspondía a **C**, debían examinarse las fases llevadas a cabo por los autores en la ejecución de los hechos delictivos que se investigaron.

En el caso concreto, como el delito de hurto agravado ya se había consumado al momento de la intervención de **C**, la participación de este aconteció durante la fase de *agotamiento del delito*, en donde el sujeto realiza la finalidad última que ha perseguido (v. gr. la venta de los bienes robados).

313 Voto n.º 2000-1186 del 13 de octubre del 2000

Según la Sala Tercera, esta parte del camino del delito tiene gran importancia, en relación con personas que –sin ser autores materiales del hecho– con anterioridad a su ejecución, se habían comprometido a participar, posteriormente, en la adquisición u ocultación de bienes, en la destrucción o alteración de rastros o pruebas, en el ocultamiento o fuga del autor o autores y cómplices.

Así, podrían entrar como cómplices del hecho quienes no han realizado acto alguno de cooperación o ayuda durante la ejecución o consumación; pero que han prometido con anterioridad a estos momentos su participación para asegurar el provecho del delito.

Apoyándose en múltiples citas doctrinales, la Sala señaló que en la etapa de agotamiento del *íter criminis*, quien intervenga en ella prestando ayuda o cooperación al autor o coautores, en cumplimiento de una promesa o compromiso previo a la consumación del delito, es cómplice. Si no hay promesa anterior, el sujeto entra como autor de cualquiera de las formas de encubrimiento (v. gr. favorecimiento personal, receptación, etc.), interpretación que, a criterio de la Sala, armoniza con el artículo 47 del Código Penal que define a los cómplices como aquellos “[...] *que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible*”.

Propiamente en el caso de estudio, del contexto de los hechos se desprendía con claridad una división de funciones, en donde **A** y **B** materialmente se apoderarían de los semovientes, para luego llevarlos a una finca propiedad de **C**, previamente acordado por los tres, según lo evidenciaba la actuación de **C** (asistir a la delegación policial, indicar que el ganado era suyo, coincidir con los otros dos en la excusa por la cual no tenían las guías de transporte, dibujar el fierro, etc.).

Dada esta división de funciones, era claro que los autores materiales fueron **A** y **B**, quienes en conjunto con **C** –quien actuó bajo promesa anterior al delito– llevaron el ganado a una de sus fincas donde luego fue decomisado. De acuerdo con el plan de los tres implicados en los hechos, **C** participaría en la etapa de agotamiento del hurto agravado, recibiendo y ocultando los animales (no fue coautor, pues no llegó a tener dominio del hecho en la sustracción en este caso concreto). Por consiguiente, **C** fue cómplice por haber prometido –antes de la consumación– una cooperación *ex post*³¹⁴.

314 Sala Tercera, voto [n.º 165-F-94](#) de las 9:30 hrs. del 20 de mayo de 1994. En el mismo sentido, voto [n.º 2000-430](#) de las 10:10 del 28 de abril de 2000, en el cual se indicó lo siguiente: “[...] *cabe decir que, contrario a lo que discute el gestionante, existe suficiente prueba que permite acreditar con la certeza necesaria tanto la existencia del hecho, como su responsabilidad en el mismo, pues, independientemente que durante la ejecución del asalto no realizara acción alguna, como lo refieren los testigos que cita [...], es lo cierto que, con el propósito de facilitar o hacer posible la consumación del ilícito (robo agravado), procedió de inmediato a coadyuvar a los co-sentenciados conduciendo a toda velocidad el vehículo en el que viajaban y huyendo del lugar. Véase acá que la complicidad en el hecho delictivo no solo se presenta previo a su realización (v. gr. actos preparativos), sino que la misma también se puede suscitar durante su ejecución, es decir puede ser sobreviniente, siempre que el ilícito no se haya consumado. Este tipo de complicidad es lo que la doctrina denomina “sucesiva”, y se presenta cuando “ocurre con posterioridad al inicio de los actos preparativos o de ejecución y antes de la terminación del delito (consumación material)”* (continúa en la siguiente página)

d) El cómplice debe carecer del dominio del hecho. Si conserva dominio del hecho, estaríamos en un posible caso de coautoría.

e) No existe complicidad en los delitos culposos. Debido precisamente a que la complicidad presupone el conocimiento que tiene un individuo de la ilicitud de la conducta, que otro realiza y teniendo presente que en los delitos culposos, la conducta no se percibe como ilícita hasta que se produce el resultado típico como consecuencia del quebranto de un deber de cuidado. No es posible entonces que en este tipo de ilícitos, se aplique esta figura, ya que el agente no podría saber que la conducta de otro sujeto, tendrá como consecuencia un resultado típico por culpa³¹⁵.

Es posible la **complicidad en los delitos comisión por omisión**, siempre que exista posición de garante y se pueda afirmar que la omisión contribuyó, en una causalidad hipotética, a facilitar la causación del delito por el autor (es cómplice la madre que, pudiendo hacerlo, no impide ni dificulta el abuso sexual de su marido a su hija).

Nuestra jurisprudencia señala que hay delitos en que la complicidad se dificulta. Tal es el caso de la asociación ilícita (artículo 274 del Código Penal), que sanciona a quien tome parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación. De acuerdo con el contenido de ese tipo penal, el grupo debe componerse, como mínimo, de dos personas que decidan unir esfuerzos para cometer delitos. Además, se trata de un delito doloso donde necesariamente la intervención de los sujetos, debe reflejar el conocimiento de que forman parte de ese grupo que procura perpetrar ilícitos y el propósito de querer integrarlo, aunque no es necesario que el mismo se constituya formalmente, mediante un pacto expreso, sino que la unión de esfuerzos puede darse tácitamente por medio de conductas que unívocamente reflejen el ánimo de integrar esa agrupación delictiva.

Ahora bien, el “*tomar parte*” no es más que ser integrante de la asociación, por lo que no se requiere, entonces, que se intervenga directamente en la ejecución de los hechos punibles, sino que es suficiente ser miembro de la organización, de forma tal que participe de cualquier manera en el funcionamiento de la misma (lo cual puede ocurrir si, por ejemplo, se interviene en el planeamiento de los “golpes”; si se dirigen estos; si se coordinan actividades del grupo e, incluso, si se participa en el reparto de los dividendos).

(CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, “La participación criminal en el derecho penal costarricense”, Juritexto, San José, Costa Rica, 1993, p. 116). Solo se estará ante una delito de encubrimiento (Arts. 322 a 325 del Código Penal), si la participación o colaboración prestada por el sujeto se suscita una vez consumado el hecho, cosa que no sucede en el caso que nos ocupa, pues precisamente la acción realizada por R.S. fue durante la ejecución de los hechos, dirigida a permitir la consumación del ilícito, así como a asegurar las resultas del ilícito de él, lo mismo que a evitar la detención de sus compañeros. La conducta ejecutada por R.S. en consecuencia se encuadra, tal y como correctamente lo determina el Tribunal de mérito, dentro de la figura de Cómplice del delito de Robo Agravado, en tanto lo realizado consistió en “prestar al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible” (art. 47 del Código Penal).

315 Sala Tercera, voto n.º 2003-1116 de las 8:55 hrs. del 5 de diciembre de 2003.

De esta forma, el que es **integrante** de la asociación es **autor del delito de comentario; la membresía, como tal, no admite la complicidad** (aunque es posible que haya sujetos ajenos al grupo que colaboren con este a la hora de cometer algún delito, los cuales, dependiendo del grado de intervención, **podrían ser coautores o cómplices de ese hecho punible individualmente considerado**, pero no los hace miembros de la banda)³¹⁶.

4.4.2.2.- Otros antecedentes jurisprudenciales

Síntesis. Un sujeto acordó con su esposa que él daría muerte a la madre de esta. Un día, este sujeto decidió matar a la citada víctima; ingresa a la habitación donde se encontraba esta última y, mientras le daba muerte, su esposa que, en ese momento, se encontraba en otra habitación de la vivienda, procedió a subir el volumen del radio para evitar que los vecinos escucharan ruidos y asistieran a socorrer a la ofendida, lo que facilitó que su esposo causara la muerte de la ofendida, sin que nadie se percatara.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, la conducta de la esposa constituyó complicidad de homicidio. En el caso de estudio, la interrogante por responder era si la acusada compartió el dominio del hecho con su marido. Al respecto, señaló la Sala que la coautoría exige dicho elemento para surgir a la vida jurídica, pues de acuerdo con el numeral 45 del Código Penal, esta forma de participación depende de la realización **conjunta** del hecho por dos o más sujetos.

A criterio de la Sala, esta terminología utilizada en el Código implica que, necesariamente, deben concurrir los intervinientes de manera dolosa para cometer el hecho punible, sujetos a un plan de autor y compartiendo el dominio funcional sobre el desarrollo de la conducta.

En la especie, al haber un acuerdo entre la pareja de acusados para segar la vida de la víctima, no implicaba la existencia de ese plan de autor, mediante el cual ambos individuos se distribuyeran funciones para alcanzar entre los dos el resultado típico. En otras palabras, aunque sus voluntades coincidieran en cuanto al objetivo por alcanzar, ese aspecto por sí solo no era suficiente para acreditar la realización conjunta de la conducta típica. Si esto último hubiera acontecido, podría hablarse de coautoría.

No obstante, en el caso de estudio, si bien se demostró que la imputada compartía con su esposo la intención de matar a su madre, esto podía utilizarse para establecer su dolo de participar en ese delito, nada más, no pudiendo derivarse de allí que tuviera en sus manos, la posibilidad de decidir sobre el resultado, ni que actuara de conformidad con un plan previamente elaborado, en el que se le asignara una tarea específica para desarrollar en conjunto la acción típica.

316 Sala Tercera, voto n.º 2001-885 de las 8:45 hrs. del 14 de septiembre de 2001.

Tampoco se estaba ante un supuesto de coautoría sucesiva, por cuanto esta figura requiere la intervención de un coautor luego de que otro ha dado inicio a los actos ejecutivos y completa con este (es decir, asumiendo junto con él el dominio funcional de la conducta) la consumación del delito, lo cual no se cumplía en el caso de estudio, pues quedó descartado el desarrollo de la acción típica por parte de la imputada.

En cambio, la complicidad sí se extraía con claridad, por cuanto la mujer sí facilitó el homicidio, mediante la conducta que se le atribuía (consistió en hacer más fácil el accionar de su esposo, además de que el acuerdo era para que dicho sujeto, diera muerte a la ofendida, con lo que se evidenciaba quién tuvo realmente bajo su dominio, la comisión del hecho ilícito, quedando de paso desechada la existencia de un plan de autor).

A criterio de la Sala, dicho auxilio podía ser catalogado como esencial para la consumación del delito, sin que por ello se convierta en coautoría. Cuando se constata el carácter indispensable de la ayuda suministrada por el partícipe para que se produzca el resultado ilícito, se está ante lo que la doctrina denomina complicidad necesaria o primaria, que es aquella sin la cual la acción típica no se hubiera configurado. Esta forma de intervención en el delito puede darse, solo cuando quien brinda su colaboración al autor, no compartía con este el dominio del hecho, porque si esto último se da, se estaría ante la coautoría.

El artículo 47 del Código Penal no distingue el grado de esencialidad de la ayuda. De esta forma, es factible en el ordenamiento costarricense, la complicidad de carácter necesario, al igual que la simplemente accesoria, siempre bajo el supuesto de que no realicen el delito junto con el autor, porque entonces quedaría por fuera la participación criminal y se configuraría la coautoría.

En el caso de estudio, el auxilio prestado por la imputada fue indispensable para evitar que los vecinos escucharan lo que ocurría dentro de la residencia de la víctima. Aun así, ella no tenía en su poder el desarrollo de la conducta homicida, razón por la cual no podía ser considerada coautora del ilícito. Además, pese a que consta la existencia de un acuerdo entre el autor y la imputada, este convenio se circunscribió a que ella prestara apoyo a aquel para que diera muerte a su madre. Allí se evidencia el dolo de la encartada, quien quiso facilitar el resultado típico, mas no podía extraerse división de funciones alguna que revelara un plan de autor en el que los esposos compartían el dominio del hecho³¹⁷.

Síntesis. Una mujer acordó con su esposo facilitarle a este último, muchachas jóvenes para que abusara sexualmente de ellas. Para tal efecto, dicha mujer solicitaba les permiso a las madres de las jóvenes para que se quedaran a dormir en su casa, o bien las invitaba indicándoles que tanto ella, como su esposo, estaban buscando una empleada doméstica.

317 Sala Tercera, voto [n.º 2000-879](#) de las 9:25 hrs. del 4 de agosto de 2000.

En una ocasión, habiendo invitado a una joven a quedarse a dormir a su casa, la pareja de esposos le dijo a esta que se acostaran los tres en la misma cama. Durante la noche, el esposo tocó libidinosamente a la ofendida, mientras esta llamaba a la esposa de aquel –quien se encontraba despierta– para que la auxiliara, solicitud que la imputada deliberadamente ignoró. Al día siguiente, la esposa le manifestó a la joven que lo sucedido no era nada y que no le contara a nadie.

En otra ocasión, dichos esposos volvieron a la casa de la misma ofendida, y la imputada le pidió permiso a la madre de esta para que la dejara ir a su vivienda, fraguando así una nueva agresión. Ya en la casa de habitación, le solicitaron a la joven que durmiera en la misma cama, a lo que esta se negó. Por esta razón, la ubicaron en otro cuarto que tenía dos puertas, una de las cuales daba a la habitación de los encartados y se cerraba con un clavo que fue retirado para que quedara abierta. En horas de la noche, por esa puerta ingresó el esposo totalmente desnudo; se acostó en la cama y tocó a la ofendida, para luego tener acceso carnalmente. Mientras esto acontecía, la ofendida llamó varias veces a la esposa del sujeto, pues descubrió que estaba despierta, sin que le diera respuesta alguna.

Al día siguiente, nuevamente la imputada, en compañía de su esposo, le indicó a la joven que lo que había pasado no era nada, que ellos tenían mucho dinero y que más bien si sabía de muchachas colegiales que se las llevara.

El imputado fue condenado como autor por abusos deshonestos y violación, en tanto su esposa fue condenada como cómplice de ambos delitos.

En defensa de la mujer se alegó que solo se le podría condenar como cómplice, si hubiera tenido una participación activa, verbigracia, si hubiera sostenido a las víctimas; si las hubiera amenazado con un arma o las hubiera drogado, acciones que de manera indispensable debieron realizarse en el momento de la comisión de los delitos, no antes o después. Para la defensa, el caso de que la imputada le dijera a la ofendida que no mencionara lo sucedido, no motiva la condena, como tampoco su búsqueda para que se desempeñaran como empleadas domésticas:

[...] en virtud de que la intención malévola que me acredita el Tribunal es un aspecto no exteriorizable y los señores Jueces, no puede fallar suponiendo una mala intención, considerando que la suscrita, tenía en mente variar el destino de la ocupación de las ofendidas, ocupándolas no como empleadas domésticas, sino para fines de connotación sexual.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó estos alegatos y confirmó la calificación legal. De acuerdo con los hechos descritos, la encartada estuvo consciente de los ruegos de la víctima, pidiéndole ayuda, y que pese a eso, no intervino. Esta mujer sabía lo que estaba haciendo su esposo, ya que después de que cometía las agresiones sexuales, le indicaba a la víctima que lo sucedido “no era nada”, y le pedía además que si sabía de otras muchachas, las llevara a la casa.

Para la Sala, el *a quo* acertó al concluir que la imputada no solo estaba al corriente de lo que hacía su marido, sino que también colaboraba con él para que cometiera las violaciones, conclusión a la que se arribó no solo porque no haya auxiliado a las víctimas, sino porque incluso lo proveía de jóvenes para que fueran sus víctimas (iba con su esposo a solicitarle permiso a la madre de la ofendida para llevarse a su hija, garantizando de esta forma que el coimputado la tuviera a mano para que saciara sus instintos sexuales. Además, en ambas ocasiones, le insistió a la ofendida para que se acostaran los tres en la misma cama).

De todo este panorama, para la Sala quedaba claro que existía todo un plan previo, donde la mujer prestaba ayuda a su marido para que él cometiera las agresiones sexuales, y la condena no se impuso, porque la justiciable no prestó auxilio a las víctimas, o bien, porque estuviera obligada a ello, sino porque de todo el elenco de indicios existentes, se extraía que realizó conductas con las que colaboró para que se cometieran los hechos. Aunable a lo anterior, no es cierto que el artículo 48 del Código Penal establezca que solo las conductas del partícipe, que se realizan durante la ejecución del hecho principal, son punibles. Por el contrario, en esa norma lo que se indica es que para que sean sancionables las conductas de los partícipes (sean estas previas, simultáneas o posteriores al hecho principal), debe haberse iniciado la ejecución de ese hecho.

Citando la opinión del Dr. Castillo González, la Sala refirió que la acción de complicidad no tiene que ser prestada en el momento de la ejecución. La complicidad puede darse en la etapa de los actos preparatorios, con la condición de que el delito se realice, al menos en la forma de delito tentado, en la etapa de ejecución e, incluso, en aquellos delitos de resultado cortado, que permiten distinguir entre consumación formal y material, después de la consumación formal y hasta la consumación material.

En el caso de la llamada complicidad *sub sequens* el apoyo, que es carácter psíquico, consiste en la promesa, anterior a la consumación del delito, de una ayuda material que será prestada después de su comisión. De esta forma, si los actos de cooperación o auxilio que realiza el cómplice, se dan antes de la ejecución del hecho principal, en concreto en la fase preparatoria y ese hecho principal se realiza al menos en grado de tentativa, los actos del cómplice son punibles. En el caso de estudio, era claro que la conducta de la mujer resultaba sancionable, pues si el esposo de esta no solo inició la ejecución de los hechos principales, sino que además los consumó, los actos de cooperación que realizó su esposa, también eran punibles³¹⁸.

318 Sala Tercera, voto [n.º 2004-339](#) de las 10:20 hrs. del 2 de abril de 2004.

4.4.2.3.- Complicidad como aumento causal del riesgo. Acciones profesionalmente condicionadas y acciones diarias

El tema resulta de interés desde la óptica de contribuciones causales dolosas que implican un aumento de riesgo para el bien jurídico. En ese sentido, se plantea el problema de acciones neutrales que se presentan diariamente en el ejercicio de un oficio o de una profesión.

¿Deberán estas ser consideradas como actos de complicidad en el caso de que su autor cometa un delito? Sería acto de complicidad del ferretero, la venta de un desarmador a un sujeto que él sabe, presume o teme que pueda realizar un robo o clavárselo a alguien en el estómago? ¿La venta de un cuchillo a quien causa lesiones a otro?

También en el caso del ejercicio profesional, de los consejos y otros servicios, se presentan situaciones como las de construcción de casas para un conocido usurero de alquileres, o el consejo de un abogado que le dice falsamente a su cliente que determinada actividad es impune.

Para responder a estos supuestos, como ya es costumbre en nuestra materia, se ha elaborado una buena cantidad de tesis. Sin embargo, creemos que lo más importante es atender a las prescripciones de nuestra legislación penal, sobre todo a partir de la descripción de la figura del cómplice, definida en el artículo 47, la cual requiere que este preste ayuda o cooperación para la comisión de un hecho doloso antijurídico ajeno. De esta manera, habrá complicidad, según nuestro punto de vista, solamente cuando el profesional o quien presta servicios todos los días, sabe y acepta que su contribución va a ser utilizada para cometer un delito en concreto, y no deriva del riesgo general de la profesión o servicio. No olvidemos que el riesgo general de la profesión es un riesgo permitido (no cometería complicidad el abogado que aconseja a una mujer abstenerse de rendir declaración contra su esposo, aunque esto impida que revele datos de interés para la investigación).

4.5.- La participación en los delitos especiales

En el caso de los delitos especiales impropios (aquellos que tienen correspondencia con uno común, como la malversación de caudales públicos), el problema que se plantea es determinar si la imputación de responsabilidad debe ser para aquellos que reúnen las cualidades requeridas por el delito especial (funcionario público), y para los que no las reúnen, si se imputaría la responsabilidad del delito común (apropiación indebida, por ejemplo), sin considerar la contribución material concreta de cada uno de ellos.

En los delitos especiales, como sabemos, el sujeto activo –además de la posibilidad objetiva de dominio de su propia acción– debe reunir algunas características personales o cualificaciones, de forma tal que solo quien reúne esas características, puede llegar a ser autor del mismo.

Los sujetos que reúnen estas características especiales se denominan “intraneus”, y quienes no las reúnen se denominan “extraneus”.

Como señalamos, los delitos especiales se pueden clasificar en **propios e impropios**. En los especiales propios la calidad del sujeto es considerada como un elemento del tipo (calidad de juez o jueza en el prevaricato), por lo que se afirma que los delitos de los funcionarios son delitos especiales propios.

En los delitos especiales impropios, la calificación especial del autor opera como fundamento de agravación.

La característica esencial de los delitos especiales –lo mismo que los de propia mano– consiste en delimitar el círculo de los posibles autores.

Consideramos que de conformidad con la teoría del dominio del hecho, la calificación de coautor, pese a posiciones diferentes, solo será posible para el *intraneus*, o sea, aquel interviniente que ostenta la cualificación requerida por el tipo penal.

En relación con la participación, en este tipo de delitos, a título de cómplice o partícipe, resultaría de aplicación la comunicabilidad de las circunstancias que referimos de seguido.

5.- Comunicabilidad de las circunstancias

En principio, los datos, relaciones o características que concurren en el autor del injusto, no se transmiten al partícipe, salvo que este las hubiera conocido o actuara determinado por ella, según el caso.

El artículo 49 de nuestro Código Penal refiere que:

Las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos.

Las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto a los partícipes en quienes concurren.

Las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho sólo se tendrán en cuenta respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso.

El proyecto de Código Penal, en el artículo 40, utiliza el término *intervinientes*, y con una fórmula similar a la vigente, agrega un último párrafo que señala:

Si la conducta es más grave o distinta de la que quisieron realizar, responderán por aquella, quienes la hayan aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida.

Debe establecerse, en primer lugar, que la comunicabilidad solo se refiere a las relaciones entre autor y partícipe; es decir, que no es posible hablar de traspaso de circunstancias de un autor a otro, o de un partícipe a un autor. Sin embargo, tal como se verá más adelante, a la hora de examinar los antecedentes jurisprudenciales, la Sala Tercera mantiene un criterio propio acerca de este tema.

En este sentido, la Sala Tercera estableció que al aludir el Código Penal a los “partícipes”, el artículo 49 no se refiere únicamente a los cómplices e instigadores, sino que incluye en él también a los coautores. Señala que, partir de lo contrario, implicaría llegar al absurdo jurídico de que un coautor comete un ilícito especial (v. gr. peculado). Mientras que el otro coautor, por ausencia de calidades personales, comete otro (estafa o robo por ejemplo), lo que conduciría que a las actuaciones y voluntades simétricas, se les diera diversa solución solamente por la ausencia de una condición personal. Según la Sala, el panorama se aclara aún más, si se confronta el artículo 71 del mismo Código, que se refiere indistintamente a la personalidad del “partícipe” al fijar la pena, aludiendo a este como figura siempre presente en una condenatoria (extendiéndolo incluso al autor único), lo que no sucedería, si solo aludiera a los cómplices o instigadores de presencia eventual.

En segundo lugar, partiendo de que la culpabilidad de cada uno de los concurrentes es personal, no se comunican a los partícipes las circunstancias atenuantes de carácter personal, sino que tendrán influencia solo en quienes concurren. En cuanto a los materiales que agravan o atenúan el hecho, solo se considerarán respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso.

La Sala Tercera ha señalado que la comunicabilidad la circunstancias, puede tener lugar en cualquier estadio punible del delito. Lo relevante es la participación, no el nivel de desarrollo de la acción punible, puesto que el artículo 49 del Código Penal, no hace distinción alguna al respecto, consignando que serán imputables a “*los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos*”. En otros términos, lo relevante es la participación (que puede tener lugar en cualquier estadio, como se dijo), no el nivel de desarrollo de la acción punible. Así por ejemplo, para la Sala resulta notorio que quien consigue el arma, sabiendo que el otro va a emplearla para intimidar y violar a un hijo propio, es cómplice de una violación calificada, si es que esa acción se concreta. No puede decirse que sea cómplice de una violación simple. Igualmente, es cómplice de una violación calificada, porque prestó su colaboración para un resultado que se enmarca en esa previsión típica³¹⁹.

Antecedentes jurisprudenciales

Síntesis. A, B, C, D y E idearon la creación de una organización, cuya finalidad era distraer dineros de un banco estatal, lo cual se les facilitaba en la medida en que **A** y **B** se desempeñaban como gerente y subgerente de dicha sucursal bancaria (los restantes

319 Voto [n.º 2007-339](#) de las 9:30 hrs. del 7 de abril de 2007

imputados eran personas ajenas a la institución). La forma de sustraer dineros del banco, ideada por los imputados, fue a través de la línea de crédito. Por la misma dinámica del sobregiro, era materialmente indispensable que se organizara un grupo determinado de personas para poder sustraer dineros del banco, mediante el montaje de una serie de sobregiros ilegales, fingidos e irregulares, por medio de los cuales hacían aparecer como normales dichos sobregiros, que eran maquinaciones de ese grupo para sacar grandes sumas de dinero del banco.

De esa forma, **A** y **B** procedieron a autorizar ilegalmente sobregiros conjunta y separadamente en diversas cuentas corrientes. Para poner a funcionar la mecánica de estos sobregiros, los encartados **A** y **B** requerían del concurso de **C** y **D**, quienes mantenían abiertas cuentas corrientes en esa sucursal, a efecto de que fueran estos quienes formularan solicitudes de sobregiros ante el banco, y por supuesto, como el gerente y el subgerente eran los únicos que tenían la potestad de autorizar sobregiros, según el reglamento de sobregiros que al efecto llevaba el banco, empezaron a autorizar este tipo de créditos, violentando los requisitos de legalidad que debían guardar.

En esta parte del plan, entraban a escena **C**, **D** y **E**, quienes se vieron favorecidos con el otorgamiento de sobregiros millonarios autorizados unas veces por **A**, otras por **B** y otras por ambos, y como los plazos de esos créditos de sobregiro, eran a muy corto plazo, estos encartados se daban a la tarea de “cancelar” esos sobregiros con el giro de cheques de cuentas corrientes de otro banco.

Ante esto, el procedimiento correcto por parte de la sucursal del banco ofendido, fue congelar el monto de esos cheques provenientes de otra cuenta corriente, hasta tanto estos fueran enviados a ese otro banco a través de la cámara de compensación, y solo cuando regresaran debidamente consultados de ese otro banco y con la certeza de que los mismos contaban con fondos suficientes, se debía proceder a descongelar esos fondos y tener el sobregiro como debidamente cancelado.

Sin embargo **A** y **B**, de común acuerdo con los restantes imputados, violentando el procedimiento descrito, les daban el “visto bueno” a esos cheques depositados, a pesar de que sabían que provenían de cuentas corrientes de otros bancos. Asimismo, los montos de esos cheques no eran congelados, sino que se acreditaban como dinero efectivo al pago de sobregiros otorgados, y resultaba que al momento de que regresaban consultados del otro banco, y se determinaba la carencia de fondos, procedían los encartados a depositar otro cheque, igualmente sin fondos, de otra cuenta corriente y así repetían la operación, cuantas veces fuera necesario.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria en contra de todos los imputados, como coautores de asociación ilícita y peculado en modalidad de delito continuado. En el caso de estudio se demostró la existencia de un acuerdo previo, según el cual, **A** y **B** distraían fondos del banco ofendido a cuentas de **C**, **D** y **E**.

En el delito continuado no es necesario individualizar cada una de las acciones desplegadas por los imputados o la cantidad específica de los acontecimientos ilícitos desarrollados, ya que se trataba de múltiples acciones delictivas realizadas por los acusados, por lo que llevarían consigo una sobrecarga excesiva y desproporcionada para el Tribunal sentenciador, porque la consideración conjunta de los hechos tenidos por probados, constituía el delito de peculado cometido en forma continua.

En cuanto a la comunicabilidad de las circunstancias de **A** y **B** a **C**, **D** y **E**, la Sala Tercera señaló que, doctrinariamente, se ha discutido sobre los alcances de esta figura, ya que, en sentido estricto, gran parte de los tratadistas excluyen de la categoría de “partícipes” a los coautores, quedando reservada para los cómplices e instigadores. Sin embargo, la Sala mediante voto n.º 565-F-94 de las 16:15 horas del 12 de diciembre de 1994, determinó que el Código Penal vigente desarrolló el término de “partícipe” en sentido amplio, por lo que abarca no solo a los instigadores y cómplices, sino también a los coautores, indicando que, al aludir a los “partícipes”, el artículo 49 no se refiere únicamente a los cómplices e instigadores, sino que también incluye en él a los coautores.

Partir de lo contrario, implicaría llegar al absurdo jurídico de que un coautor comete un ilícito especial (peculado, por ejemplo), mientras que el otro coautor, por ausencia de calidades personales, comete otro (estafa o robo, por ejemplo). En consecuencia, a actuaciones y voluntades simétricas se estaría dando diversa solución, solamente por la ausencia de una condición personal, como pretendían los recurrentes.

La otra solución es menos congruente con la sistemática de la aplicación de la norma penal, porque consistiría en sancionar, ya no como coautor (vista la ausencia de las mencionadas condiciones especiales), sino como cómplice, a quien en realidad tuvo dominio del hecho, incurriéndose así en una ficción para intentar resolver un problema de calificación, como si se tratara de una cuestión de intervención en la acción ilícita. Es decir, para suplir una falencia en la aplicabilidad de una calificación jurídica, se recurre a obviar o torcer la efectiva participación tenida por el agente.

Antes bien, la figura del coautor está expresamente prevista en el artículo 45 de ese Código y su régimen de recriminabilidad por condiciones ajenas, al igual que para los instigadores y cómplices, está prefijado por los numerales 48 y 49 siguientes que no hacen distinción, en cuanto a los sujetos a que se refieren, por lo que debe entenderse que es a los aludidos en los artículos 45 (coautores), 46 (instigadores) y 47 (cómplices). Aparte de eso, el panorama es aún más claro, si se confronta el artículo 71 de dicho Código que se refiere indiferenciadamente a la personalidad del “partícipe” al fijar la pena, aludiendo a este como figura siempre presente en una condenatoria (extendiéndolo, incluso, al autor único), lo que no sucedería, si solo aludiera a los cómplices o instigadores de presencia eventual.

En realidad, como se dijo, nuestro Código Penal utiliza la terminología “partícipes” en un sentido amplio, referida a todos los que hubieran intervenido en la realización del

hecho punible, ya sea como autores, cómplices o instigadores, sin hacer la distinción que hace la doctrina al referirse al concepto jurídico de “partícipes”. Por ende, el Código Penal sí contempla a los coautores en el artículo 49 (comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes).

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, en el caso de estudio se logró determinar la existencia de un dominio del hecho entre los *intrañeus* **A** y **B** (gerente y subgerente de la sucursal bancaria) y los *extraneus* **C**, **D** y **E**, que actuaron como coautores del ilícito atribuido a todos. Aunque los tres últimos no actuaron como funcionarios públicos dentro del plan delictivo que desarrollaron, sí conocían la calidad especial de los dos primeros y aun así, prestaron su concurso. Por tanto, resultaba correcta la calificación jurídica otorgada por el Tribunal sentenciador, al condenar a los cinco imputados como coautores del delito de peculado, en aplicación de la comunicabilidad de las circunstancias, prevista en el artículo 49 del Código Penal³²⁰.

Síntesis. Un adulto se reúne con tres menores de edad, con quienes planea el robo de una vivienda. En esa reunión, el sujeto les entrega a estos menores un arma de fuego con la intención de que la utilizaran para intimidar al ocupante de la vivienda (quien era precisamente el padre biológico de uno de estos menores), para que lo despojara de sus pertenencias. El adulto que planea el robo se queda en su casa, mientras los menores se trasladan a la vivienda del ofendido, donde se topan con un hijo de este que les permite entrar, luego lo amenazan con el arma y lo amarran para evitar que intervenga. No obstante, poco después, el propietario de la vivienda llega a su casa de habitación, donde sorprende a los menores infractores, e inicia un forcejeo entre este y los menores. Uno de ellos –precisamente el hijastro del ofendido– le dispara por la cabeza a su padrastro, y le causa la muerte, para acto seguido sustraer sus pertenencias y huir del lugar. Posteriormente, se trasladan donde el sujeto con quien acordaron el robo, y le entregan el arma y las pertenencias sustraídas para luego repartirse el botín.

El sujeto fue condenado como autor mediato de robo agravado en concurso material con homicidio calificado, por comunicabilidad de las circunstancias (dada la relación filial entre uno de los menores y la víctima).

En su defensa, el adulto alegó, entre otros asuntos, lo siguiente: a) Quien golpeó y robó al ofendido fue su hijastro, en tanto que el mayor de edad “[...] *no realizó la acción ni física ni intelectual y no tuvo culpa, ni ejerció DOLO, en la comisión de dicho ilícito*”. b) Hubo errónea aplicación de los artículos 112, incisos 2) y 3) y 213 del Código Penal, al creer que el imputado mayor de edad cometió esos delitos “*por telepatía*”, ya que no se estableció

320 Sala Tercera, voto [n.º 2000-167](#) de las 11:10 hrs. del 9 de septiembre de 2000. En el mismo sentido, votos [n.º 565-F-94](#) de 16:15 horas del 12 de diciembre de 1994; [n.º 2000-239](#) de las 9:15 hrs. del 3 de marzo de 2000; [n.º 2000-1364](#) de las 9:55 hrs. del 24 de noviembre de 2000 y [n.º 2003-975](#) de las 9:30 hrs. del 31 de octubre de 2003.

en sentencia que él planeara el robo y el homicidio, ni que hubiera instruido a los tres muchachos para ello, ni que tuviera influencia determinante sobre la voluntad de estos, ni que tuviera un motivo o razón suficiente para cometer tales delitos, circunstancias sin las cuales no se podía establecer la autoría.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria del imputado mayor de edad; pero varió la calificación legal de los hechos.

De acuerdo con el criterio de la Sala Tercera, la conducta del imputado adulto constituyó coautoría en los delitos citados, y es incorrecto calificarlo como autor mediato, así como tampoco era correcto calificar el homicidio –respecto a este último– a través de los artículos 49 y 112, inciso 1) del Código Penal (parricidio). En este caso, la relación de parentesco existente entre el menor que disparó y el ofendido, no era una “circunstancia material” de agravación que se pudiera comunicar conforme al párrafo tercero del artículo 49 del Código Penal, sino que era una “calidad personal”, pero no “constitutiva” (sino agravante) de la infracción. Por esta razón, tampoco existía comunicabilidad mediante la teoría del conocimiento, conforme al párrafo 1.º de ese mismo artículo.

En este sentido, la Sala refirió que el artículo 49 no regula el tratamiento de calidades personales no constitutivas de la infracción, cuyo efecto sea agravar la pena por imponer. Respecto de los delitos especiales impropios (como lo es el parricidio, en que la calidad personal tiene la única función de agravar la pena del autor; pero existe correspondencia fáctica con un delito común –artículo 111– que puede ser cometido por cualquiera que no posea esa calidad personal).

Señala el Dr. Castillo González que “la segunda situación” se refiere a las cualidades (o relaciones o circunstancias) personales no constitutivas de la infracción, cuyo efecto sea agravar la penalidad. A ellas no se refiere el artículo 49 del Código Penal. Tales son las simples circunstancias agravantes personales, llamadas subjetivas. Por ejemplo, es una circunstancia subjetiva (o personal) agravante, perpetrar la privación de libertad sin ánimo de lucro, con abuso de autoridad (arts. 191 y 192, inciso 4) del Código Penal) o bien la reincidencia, la profesionalidad, etc. Estas circunstancias agravantes especiales no cambian la calificación del hecho (delito-tipo) ni elevan su contenido injusto del tipo, sino que solo elevan la culpabilidad de quien las ostente.

De conformidad con el principio de culpabilidad, esas circunstancias son imputables individualmente. Por tanto, ellas no se comunican, porque nadie debe responder, aunque sepa que existen en otros partícipes, por elementos especiales de la culpabilidad que no tiene en su propia persona.

Igualmente, citando la opinión del Dr. Castillo González, indicó la Sala que el artículo 49 de nuestro Código Penal, tal y como está redactado, es incompleto, pues no regula las circunstancias personales cuyo efecto sea agravar la responsabilidad o hacer que el tipo

penal se transforme de un tipo simple a uno agravado, produciendo un cambio de título (por ejemplo, la relación de parentesco en el homicidio calificado del artículo 112, inciso 1) del Código Penal).

Aunable a lo anterior, en la comunicabilidad de las circunstancias del artículo 49, el adjetivo plural “partícipes” debe interpretarse en sentido estricto, es decir, debe entenderse que alude únicamente a los instigadores (artículo 46) y a los cómplices (artículo 47), **porque la autoría no es accesoria de la participación, sino que la participación es accesoria de la autoría. De esta manera, solo se comunican al partícipe las “calidades personales” del autor conocidas por aquel (instigador o cómplice), y no al revés.**

Además, se comunican las circunstancias personales constitutivas de la infracción, a los partícipes en el delito especial propio, como lo son el peculado (artículo 354) o el prevaricato (artículo 350), pues estos solo pueden ser cometidos por un funcionario público (*intraneus*) y no por quien carezca de esa calidad (*extraneus*).

Por lo anterior, en el caso de estudio no se podía comunicar al imputado mayor de edad, la calidad personal del menor para calificar el homicidio. Sin embargo, se acreditó que entre los tres menores dieron muerte al ofendido para consumir el robo, en vista de la resistencia que este opuso, circunstancia que calificaba el homicidio, conforme al artículo 112, inciso 6) del Código Penal.

De esta forma, según el artículo 45 del Código Penal, el imputado mayor de edad sí era coautor de los delitos de robo agravado y homicidio calificado, porque los realizó compartiendo el dominio del hecho con los tres menores de edad, dividiéndose funcionalmente las tareas de acuerdo con un plan común, actuando además con dolo directo respecto del robo agravado y con dolo eventual respecto del homicidio calificado, ya que al determinar a los tres menores para robar con violencia sobre las personas y con un arma de fuego (que él mismo les suministró), podía estimarse con certeza que aceptó, previendo al menos como posible, la muerte del ofendido.

Por tanto, dada la naturaleza de la acción por emprender, las circunstancias (en la casa de habitación del ofendido), el modo (entre varios sujetos) y los medios seleccionados para ejecutarla (con violencia sobre las personas y utilizando arma de fuego), para el imputado mayor de edad era racionalmente conjeturable una posible reacción defensiva por parte del ofendido, contingencia frente a la cual, sus tres coautores –por la inexperiencia, nerviosismo o temeridad que dimana de su juventud– podían responder con la utilización efectiva del arma que él les suministró al efecto, contingencia anticipable, y no obstante, se realizó la conducta acreditada en sentencia.

Asimismo, la Sala señaló que la conducta del imputado adulto no constituyó autoría mediata, porque los tres menores que actuaron con él eran imputables y cometieron dolosamente los injustos penales referidos. Tampoco constituyó una instigación por cuanto él tuvo

codominio del hecho; aportó el arma empleada durante la ejecución y compartió con los menores el botín. Finalmente, se modificó la calificación de concurso material a ideal³²¹.

Síntesis. M.G.C., J.Q.Q, A.C.L., P.G.V., F.L.F. y R.F.S. se desempeñaban como funcionarios de la empresa estatal. MGC ocupaba el cargo de presidente de la Junta Directiva, órgano colegiado que constituía la máxima autoridad en dicha Institución y cuyo objetivo era formular políticas generales dentro del contexto de las normas legales, en concordancia con los lineamientos emitidos por el Gobierno de la República.

Como presidente, a **M.G.C.** le correspondía representar judicial y extrajudicialmente a la empresa, debiendo velar por la pronta y eficaz ejecución de las resoluciones de la Junta Directiva. Además, debía velar para que las políticas del Poder Ejecutivo, en relación con las actividades de la Empresa, se cumplieran en forma oportuna, dentro del marco jurídico establecido. Debía informar a la Junta Directiva sobre los resultados logrados en el desarrollo de los objetivos de cada una de las gerencias de área, y debía promover políticas que garantizaran la investigación y el desarrollo de mejores opciones de servicio.

J.Q.Q. ocupaba el puesto de coordinador ejecutivo, cuyas funciones le eran asignadas por **M.G.C.**, en condición de presidente, dentro de las que estaba firmar órdenes de pago en ausencia este. **P.G.V.**, fungía como coordinadora ejecutiva y las funciones que realizaba eran asignadas directamente por el imputado **M.G.C.** Era responsable, conjuntamente con **A.C.L.**, de la administración y custodia de los dineros asignados al centro.

A.C.L. era oficinista y las funciones que cumplía le eran asignadas directamente por la imputada **P.G.V.** También se ocupaba de controlar que los gastos que autorizara esta última tuvieran respaldo presupuestario, y se encargaba del trámite y confección de las órdenes de pago.

R.F.S. laboraba como misceláneo; sus funciones le eran asignadas por **FLF**, coordinador de actividades deportivas de la Dirección de Información y Relaciones Públicas. **F.L.F.** estaba nombrado como jefe de sección y las funciones que desempeñaba, le eran asignadas por **P.G.V.**

En 1995, **M.G.C.** decidió que la empresa estatal participara en un plan de rescate de las canchas deportivas públicas en una provincia, el cual luego se extendió a todo el país, mediante contratos de vallas publicitarias con distintas asociaciones sin fines de lucro, el cual sería financiado con presupuesto del Departamento de Relaciones Públicas de dicha empresa. De acuerdo con este programa, las distintas asociaciones se comprometerían a instalar vallas publicitarias, en sitios visibles, con mensajes positivos sobre la empresa y su relación con la comunidad, a cambio de una suma de dinero. Para la coordinación de

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

ese programa, **M.G.C.** designó a su asistente **J.Q.Q.** Aprovechándose, **J.Q.Q.** ideó un plan para sustraer en algunos casos y desviar, en otros, los fondos públicos asignados para la ejecución de dicho programa, involucrando en su plan a **A.C.L.**, a **F.L.F.** y a **R.F.S.**

El plan consistió en buscar asociaciones de desarrollo y deportivas, las más humildes posibles, cuyos miembros fueran fácilmente manipulables. Una vez escogida la asociación de desarrollo, le informaban sobre el programa de vallas publicitarias, indicando que se les brindarían ayudas o donaciones de materiales de construcción, implementos deportivos o escolares, para lo que les solicitaban como requisito que aportaran los documentos que acreditaran sus personerías jurídicas y una factura de cobro por concepto de vallas publicitarias.

En algunos casos, las facturas las confeccionaron los mismos imputados, indicándoles, en ciertas ocasiones que no era importante ni necesario que efectivamente pusieran las vallas, porque en realidad se trataba de una donación. Una vez con esos documentos en su poder, iniciaban el trámite correspondiente para la cancelación del supuesto servicio publicitario brindado por cada asociación.

A **P.G.V.** se le presentaban las facturas de cobro, algunas aportadas por las asociaciones y otras elaboradas por los mismos partícipes del plan, y órdenes de pago –confeccionadas por ACL- para su respectiva aprobación, en algunos casos. En otras ocasiones, **A.C.L.** y **J.Q.Q.** directamente solicitaron y aprobaron órdenes de pago y facturas. Cumplidos estos requisitos formales, presentaron los documentos ante la Tesorería y se emitieron los cheques solicitados, todos en pago de un supuesto servicio publicitario brindado por los beneficiarios de los cheques.

Una vez girados los cheques, en algunos casos llamaban a los representantes de las asociaciones para que los retiraran y los endosaran e hicieran efectivos, después les pedían el dinero. A veces les pedían la devolución del cheque ya endosado o, bien, ellos mismos retiraban el cheque; lo llevaban ante el beneficiario para que lo endosara y lo cambiaban o lo retiraban; alguien falsificaba el endoso y lo cambiaban. En otras situaciones, entregaban los cheques a proveedores en pago de algunos de los implementos que luego obsequiaban a estas asociaciones.

El monto de los cheques era muy superior al valor de los implementos entregados y lo justificaban ante las distintas asociaciones, aduciendo que con el importe de cada cheque, debían ayudar a otras asociaciones que no tenían personería jurídica o que el importe de la chequera, era para cancelar los implementos que habrían de recibir.

En ocasiones, los imputados no lograron convencer a los beneficiarios que les entregaran el dinero o el cheque. En estos casos, las asociaciones sí recibieron el importe total de la suma girada a su favor, pero aun así los dineros fueron desviados, pues en realidad nunca cancelaron un servicio de publicidad tal y como falsamente se justificó, al solicitar la emisión del pago.

De esta forma, la Junta Directiva de un Comité Distrital de Deportes y Recreación, se enteró de la existencia de un fondo de ayuda para las comunidades en dicha empresa estatal, por lo que decidieron averiguar y hacer la solicitud pertinente.

El presidente de dicha asociación se presentó en la Oficina de Relaciones Públicas de la empresa, y fue atendido por el imputado **R.F.S.**, a quien refirió las necesidades de su asociación en cuanto a implementos deportivos. **R.F.S.** llamó a **F.L.F.**, quien le informó al solicitante que además de implementos deportivos, podrían colaborar con la reparación de canchas y gimnasios, para lo cual debía presentar una solicitud por escrito y la cédula jurídica; pero le indicó que el trabajo debía hacerlo el mismo contratista que hacía otros trabajos para la empresa.

A.C.L., como encargado del control de presupuesto del centro de costo, confeccionó la orden de pago, y le solicitó al Departamento de Tesorería de la empresa que debitara de un renglón específico una suma "X" de dinero para cancelación de una factura por confección e instalación de vallas publicitarias en varias instalaciones deportivas de la localidad a que pertenecía el Comité Distrital de Deportes y Recreación. **J.Q.Q.** aprobó dicha orden de pago, el Departamento de Tesorería emitió el cheque por la suma aprobada a la orden del citado Comité.

Posteriormente, **R.F.S.** recogió al presidente del comité y lo llevó a las instalaciones de la empresa estatal a retirar el cheque, y firmó el comprobante de pago y el recibo por dinero, para hecer constar que el Comité Distrital de Deportes y Recreación había recibido de la empresa estatal la citada suma de dinero.

Luego **R.F.S.** llevó al presidente del comité en un vehículo de la empresa estatal a su respectiva localidad. Sin embargo, en el trayecto **R.F.S.** le indicó que debía pasar a un establecimiento deportivo, donde estaba el contratista encargado de realizar los trabajos comunales de la empresa estatal para endosarle el cheque, ya que existía un compromiso previo en ese sentido.

El presidente del comité se rehusó, indicándole que su deber era entregarle ese cheque a la Junta Directiva del Comité Distrital, porque de acuerdo con el procedimiento que tenían establecido, antes de pagar cualquier trabajo, primero debían licitarlo con no menos de tres cotizaciones.

Debido a lo anterior y para lograr que la Junta Directiva del Comité Distrital accediera a entregar el dinero del cheque de marras, el imputado **R.F.S.** y **F.L.F.** les llevaron tres cotizaciones falsas, suscritas utilizando nombres de personas no inscritas en el Registro Civil y con números de cédula de identidad correspondientes a otras personas que no tenían ninguna relación con el asunto.

Los miembros de la Junta Directiva escogieron la cotización presentada por uno de los supuestos "oferentes". El trabajo contratado por esta asociación fue realizado por **J.R.S.**,

un empleado del dueño de un local comercial, el cual consistió en la reparación de la pintura del gimnasio del Comité, donde se instalaron aros nuevos (basquetbol), se pintaron el piso y los marcos; también se repararon y pintaron los aros y tableros del gimnasio; se repararon los aros y pintaron los tableros, lo mismo que en la Segunda Comisaría, lugar este último donde se pintaron pisos y tableros y se repararon los aros. En los tableros y pisos de cada cancha, se leía el nombre de la empresa estatal.

Para la cancelación de estos trabajos, la Junta Directiva de esta asociación, giró en dos tractos el dinero recibido. **J.Q.Q.** y **A.C.L.** justificaron el egreso de la suma de dinero otorgada, en perjuicio de las arcas de la empresa estatal, cuyos dineros públicos estaban bajo su custodia y administración. Posteriormente, aunque este dinero sí fue depositado en la cuenta del beneficiario, con la colaboración del imputado **R.F.S.**, se logró que la asociación contratara los servicios de una persona que, a su vez, colaboraba con el plan delictivo de los acusados **J.Q.Q.** y **A.C.L.**

El imputado **R.F.S.** fue condenado como cómplice de un delito de peculado en perjuicio de la citada empresa estatal. En su defensa, se argumentó que si bien **R.F.S.** era funcionario público, no cumplía con los demás requisitos del tipo penal, a saber, no tenía la administración, percepción o custodia de dineros que se le hubieran confiado en razón de su cargo. Así no podría tampoco hablarse de una conducta dolosa de parte de **R.F.S.**

De igual manera, señaló su defensor que la jurisprudencia de la Sala Tercera, había sido clara al establecer que en los delitos especiales propios, “solamente hay coautores, no cómplices, ni instigadores” (en concreto, mencionó la resolución n.º 565-F-94 de las 16:15 horas del 12 de diciembre de 1994). Se alegaba también que el tribunal sentenciador indicó con claridad quiénes actuaron en contubernio, sin citar a **R.F.S.** Este, según se indicaba en el fallo impugnado, se desempeñaba como misceláneo, lo que no significa que tuviera conocimiento de las funciones y actuaciones de los otros imputados. Además, no se demostró que él obtuviera algún beneficio con los dineros girados a las asociaciones, sino solamente que cumplía las órdenes de **F.L.F.**

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la calificación legal. En el fallo se tuvo por demostrado que el presidente del Comité Cantonal de Deportes, fue a la empresa estatal cuando supo de las “ayudas”, y fue atendido por **R.F.S.**, a quien le explicó la necesidad que tenía el Comité Distrital de Deportes y Recreación de treinta pares de zapatos, para usarlos en los proyectos de selecciones de muchachos jóvenes.

R.F.S. llamó a **F.L.F.**, quien le indicó al solicitante que lo podían ayudar con los zapatos y también con la reparación de algunas canchas y gimnasios, y para eso el comité tenía que presentar una solicitud y otros documentos, tema en el que insistió también **R.F.S.**

Posteriormente, cuando estuvo listo el cheque a favor del Comité, **R.F.S.** llevó a su presidente a recogerlo y luego lo llevó a un negocio, donde según él, estaba el encargado

de realizar los trabajos a la empresa estatal. En ese lugar, **R.F.S.** se presentó ante quien le dijo se llamaba "**E.B.**" (y que según concluyó el Tribunal, era en realidad una persona que colaboraba con el plan delictivo ideado por **J.Q.Q.**) y le pidió que le endosara y entregara el cheque a esa persona; solicitud que el presidente del comité no aceptó. Luego y ante la insistencia para que reintegrara los fondos del cheque, el presidente del comité les indicó que ellos tenían la costumbre de conseguir, por lo menos, tres cotizaciones antes de decidir a quién le daban un trabajo. Por esa razón, los involucrados aportaron tres cotizaciones falsas, induciendo de esta manera a engaño al Comité, para que escogieran, sin saberlo, al testaferro de **J.Q.Q.**

Finalmente, en sentencia se concluyó que **R.F.S.**, aunque conocía los alcances del programa de vallas publicitarias, prestó su colaboración para que los involucrados procedieran a sustraer los caudales públicos de la institución.

Para la Sala, los hechos descritos constituían una complicidad de peculado, no siendo indispensable para tales efectos, que el cómplice tenga también la administración de los fondos públicos. Sobre el tema de la complicidad en estas delincuencias, ya había señalado la Sala que

[...] si bien es cierto la doctrina en sentido estricto excluye de la categoría de "partícipes" a los coautores, quedando reservada para los cómplices e instigadores, no es esa la terminología que sigue nuestro Código Penal. Al aludir a los "partícipes", el artículo 49 no se refiere únicamente a los cómplices e instigadores, sino que incluye en él también a los coautores. Partir de lo contrario, implicaría llegar al absurdo jurídico que un coautor comete un ilícito especial (peculado, por ejemplo), mientras que el otro coautor, por ausencia de calidades personales, comete otro (estafa o robo, por ejemplo); en consecuencia, a actuaciones y voluntades simétricas, se estaría dando diversa solución, solamente por la ausencia de una condición personal, como pretenden los recurrentes. La otra solución es menos congruente con la sistemática de la aplicación de la norma penal, porque consistiría en sancionar, ya no como coautor (vista la ausencia de las mencionadas condiciones especiales), sino como cómplice a quien en realidad tuvo dominio del hecho, incurriéndose así en una ficción para intentar resolver un problema de calificación, cual si se tratara de una cuestión de intervención en la acción ilícita; es decir, para suplir una falencia en la aplicabilidad de una calificación jurídica, se recurre a obviar o torcer la efectiva participación tenida por el agente. Antes bien, la figura del coautor está expresamente prevista en el artículo 45 de ese Código y su régimen de recriminabilidad por condiciones ajenas, al igual que para los instigadores y cómplices, está prefijado por los numerales 48 y 49 siguientes, que no hacen distinción en cuanto a los sujetos a que se refieren, por lo que habrá de entenderse que es a los aducidos en los artículos 45 (coautores), 46 (instigadores) y 47 (cómplices). Aparte de eso, el panorama es aún más claro si se confronta el artículo 71 de dicho Código, que se refiere indiferenciadamente a la personalidad del "partícipe" al fijar la pena, aludiendo a este como figura siempre presente en una condenatoria (extendiéndolo incluso al autor único), lo que no sucedería si sólo aludiera a los cómplices o instigadores, de

presencia eventual. En realidad, como se dijo, nuestro Código Penal utiliza la terminología “partícipes” en un sentido amplio, referida a todos los que hubieren intervenido en la realización del hecho punible, ya sea como autores, cómplices o instigadores, sin hacer la distinción que hace la doctrina al referirse al concepto jurídico de “partícipes”. Por ende, el Código Penal sí contempla a los coautores en el artículo 49 (comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes), por lo que correctamente procedió el tribunal al tener a A. M. como coautor del delito de peculado, aunque no fuera funcionario público, siéndole imputable tal condición, dado que conocía que R. A. D. B. y J. G. E. S. sí ostentaban esa calidad y en razón de su cargo tenían bajo su cuidado la administración de los bienes defraudados, y, aún así, tomó parte en la actividad ilícita (Voto n.º 565-F-94, de 16:15 horas del 12 de diciembre de 1994).

Contrario a lo indicado por el recurrente, en dicha resolución no se estaba expresando que no pueden existir cómplices o instigadores en el delito de peculado. Lo que se indicaba es que las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos, entendiendo partícipes en un sentido amplio, es decir, comprensivo tanto de los autores como de los cómplices o instigadores. En este mismo sentido, también había señalado la Sala que

[...] para que se determine la autoría en el delito de peculado, se requiere en el autor como un elemento del tipo, la calidad de funcionario público, la que se da en el cómplice, si tiene conocimiento acerca de la calidad de Funcionario Público del autor del suceso, pues como partícipe, la condición personal exigida al autor se le comunica de acuerdo con el artículo 49 del Código Penal, el cual dispone en lo pertinente que: “Las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos...” y por otra parte, para ostentar la condición de cómplice, de acuerdo en el artículo 47 del Código Penal, basta con prestar “[...] al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible” (Resolución n.º 451-F-92, de 8:25 horas del 2 de octubre de 1992).

A la luz de los precedentes antes citados, indicó la Sala que si el órgano sentenciador determinó que **R.F.S.** colaboró para que los restantes involucrados extrajeran fondos públicos de la órbita de la administración, sin duda alguna actuó como cómplice del delito de peculado, ya que a pesar de que no tenía la administración de esos fondos, sabía que los autores del hecho eran funcionarios públicos que disponían de los mismos.

Por otra parte, la circunstancia de que el tribunal concluyera que **R.F.S.** no tomó parte en el plan para extraer los fondos del programa, no lleva a concluir que no hubo un acuerdo entre **J.Q.Q.**, **A.C.L.** y **F.L.F.**, o que **R.F.S.** no participó de los hechos investigados (como sin sustento lo concluyen los recurrentes).

Lo que afirmaban los jueces es que **R.F.S.** fue simplemente un cómplice de otros sujetos, limitándose a favorecer un hecho ajeno sobre el cual no tenía el dominio del hecho. El

error cometido por el recurrente partía de comparar dos planos distintos, a saber, el de la coautoría (donde los coautores tienen el dominio del hecho sobre la base de una resolución delictiva común), con el de la complicidad (limitada al apoyo doloso que una persona le da a otra en el hecho antijurídico cometido por esta, sin tener el dominio del hecho).

Asimismo, tampoco hacía falta que **R.F.S.** obtuviera alguna ventaja económica de la comisión del delito, en primer lugar porque él solo figuró como cómplice y, en segundo lugar, porque el tipo penal no prevé ese requisito ni siquiera para los autores del peculado³²².

6.- Problemas de determinación de autoría en delitos de delincuencia organizada y económica empresarial

Cuando el delito no solo es cometido por varias personas, con distinto grado de intervención o responsabilidad en su realización, sino además integradas en grupos u organizaciones, en cuyo seno se ha diseñado –por otros miembros– un plan conjunto, o decidido por la realización de esas acciones, la diferenciación conceptual entre las diversas formas de autoría y participación, se complica.

En situaciones de esta naturaleza, se plantea la necesidad no solo de castigar a los miembros del grupo por su pertenencia al mismo (cuando se trata de un caso de asociación ilícita), sino también, se determina el problema de establecer de qué forma castigarlos, cuando no intervienen directamente en la ejecución de los delitos concretos que llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, planifican o asumen el control o dirección de su realización.

Estos problemas se plantean a menudo con los grupos de organizaciones criminales dedicadas al terrorismo, narcotráfico o blanqueo de capitales, pero también cuando se trata de grandes delitos económicos y fraudes financieros, realizados en el ámbito de grandes empresas.

A) Criminalidad organizada de carácter estatal o paraestatal. Para resolver los problemas de autoría en el marco de la criminalidad organizada de carácter estatal o paraestatal, Roxin desarrolló, en 1966, una teoría aplicable a los crímenes contra la humanidad y genocidios cometidos por los miembros del Gobierno nacionalsocialista alemán, en el período de 1933 a 1945. De conformidad con este planteamiento, podría fundamentarse una **autoría mediata** de quienes, sin haber intervenido directamente en la ejecución de los hechos, dominaban su realización, sirviéndose de todo un **aparato de poder**, de organización estatal que funcionaba como una máquina perfecta, desde la cúspide, donde se daban las órdenes, hasta los meros ejecutores materiales, pasando por las personas intermedias que controlaban y organizaban el cumplimiento de esas órdenes.

322 Sala Tercera, voto n.º 2006-700 de las 9:45 hrs. del 7 de agosto de 2006

Esta posición se objetó por el tema de la autoría mediata que no es aplicable, cuando el ejecutor material es plenamente responsable de lo que hace.

En el ámbito de la criminalidad estatal o paraestatal, la autoría mediata de los dirigentes de las organizaciones, es la mejor forma de imputar la responsabilidad principal que corresponde a los mismos.

B) La imputación de autoría en el marco de organizaciones criminales de carácter no estatal. Roxin expuso que su tesis podía ser aplicable en el ámbito de los movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes. Es cierto que algunos grupos terroristas, funcionan como un verdadero ejército y que también en ellos existen los “hombres de atrás”, y que los que ejecutan decisiones son meros instrumentos anónimos e intercambiables y sustituibles por otros. También algunas mafias tienen este esquema, pero no son muchas las semejanzas.

En estos grupos, por su carácter marginal e ilegal, normalmente sus miembros tienen relaciones más estrechas. Si bien las decisiones las toman unos pocos, también son unos pocos los que pueden llevarlas a cabo y están en relación directa con quienes dan las órdenes o planifican los hechos, en cuya ejecución directa no intervienen.

Para estos casos, la figura de la coautoría parece adaptarse mejor que otras categorías de autoría y participación a algunas formas de realización del delito, en las que el cerebro o principal responsable, no está presente en la ejecución, pero sí en inmediata conexión con ella, controlándola y decidiendo su realización.

El fundamento de esta coautoría, es el dominio funcional del hecho. Lo importante no es ya la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga en la realización del mismo, aunque no intervenga en su ejecución, estrictamente considerada.

En el caso de nuestro país, y propiamente en cuanto a las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, nuestra jurisprudencia ha sido del criterio de que –citando la opinión de autores como Luis Rey Huidobro– la autoría directa consiste en aquel comportamiento del sujeto que ejecuta los elementos materiales y subjetivos de la infracción típica; es decir, que comete el tipo de acción descrito en la norma incriminadora, dándose asimismo una coautoría directa cuando se realicen tales actos juntamente con otra u otras personas. Si se trata de coautoría, la misma se dará no solo cuando los diversos sujetos practiquen por completo la conducta típica, por ejemplo si venden conjuntamente la droga; también cuando los sujetos con su actitud colaboradora reproduzcan cada uno parcialmente las conductas ejecutivas.

De lo anterior se admite la posible existencia de grupos de personas que se organizan para cometer este tipo de delitos, en donde la conducta de cada uno de sus integrantes,

puede ser de muy diversa naturaleza (planificar las actividades, contactar proveedores y clientes, almacenar, vender, etc.). No obstante, **se les trata como coautores de un mismo delito**, independientemente del nivel de jerarquía que puedan ostentar dentro de la organización³²³.

C) La imputación de la autoría en el marco de organizaciones que no están al margen del derecho, especialmente las de carácter empresarial. En estas organizaciones, normalmente las actividades se realizan a través de un complejo organigrama, basado en la división de funciones en el plano horizontal y en la relación jerárquica en el plano vertical. Así no se puede situar el centro de la responsabilidad por autoría solo, o de manera principal, en el último eslabón de la cadena (en la fase ejecutiva), dejando en la periferia o incluso en la impunidad, conductas no ejecutivas, pero tan importantes o más que las propiamente ejecutivas.

En estos casos, a veces los centros de decisión son más importantes que los de ejecución. La dificultad dogmática consiste en encontrar un criterio material que permita atribuir a los que deciden la ejecución de un hecho delictivo, la cualidad de autor, autor mediato o coautor, aunque no intervengan en su ejecución. La naturaleza propia del delito es un elemento importante por considerar en estos casos.

Una de las respuestas que se ha dado a estos supuestos, que nos parece aceptable, es admitir la existencia de una coautoría de los que toman las decisiones en la cúspide de la empresa; organizan o planifican la ejecución de uno o varios delitos, apartándonos del criterio de coautoría considerada como coejecución. Y podría decirse que, en la medida en que los que ejecuten las acciones delictivas concretas, son meros instrumentos irresponsables, existe una coautoría mediata (utilizando un instrumento no responsable, pero en el ámbito de un aparato de poder), pues la organización empresarial no es equiparable al aparato de poder de una organización criminal, ni a una organización criminal, de carácter estatal o paraestatal.

323 Sala Tercera, votos [n.º 2003-945](#) de las 10:30 hrs. del 24 de octubre de 2003; [n.º 2003-1044](#) de las 9:30 hrs. del 21 de noviembre de 2003; [n.º 2004-536](#) de las 9:10 hrs. del 21 de mayo de 2004; [n.º 2004-1411](#) de las 9:05 hrs. del 10 de diciembre de 2004; [n.º 2005-139](#) de las 8:50 hrs. del 4 de marzo del 2005 y [n.º 2005-1349](#) de las 15:00 hrs. del 23 de noviembre de 2005.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. Autoría y participación en el Derecho Penal. San José, Editorial Jurídica Continental, 2006.

CHINCHILLA SANDÍ, Carlos. Autor y coautor en el Derecho Penal. Parte General. San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 2004.

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

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.

SEXTO MÓDULO

ÍTER CRÍMINIS

- 1.- El *íter críminis*
- 2.- Fases del *íter críminis*
 - 2.1.- Fase interna
 - 2.2.- Fase intermedia
 - 2.3.- Fase externa
- 3.- La tentativa
 - 3.1.- Concepto y generalidades
 - 3.2.- El fundamento del castigo de la tentativa
 - 3.3.- El dolo en la tentativa
 - 3.4.- Elementos de la tentativa
 - 3.5.- Clases de tentativa
 - 3.5.1.- Tentativa idónea e “inidónea”
 - 3.5.2.- Tentativa acabada e inacabada
 - 3.5.3.- Tentativa desistida
 - 3.5.4.- Requisitos del desistimiento voluntario
 - 3.5.5.- Instigadores, cómplices y coautores en relación con el desistimiento
 - 3.5.6.- Casos especiales de tentativa
 - 3.5.7.- Tentativa en los delitos omisivos
- 4.- La penalidad
 - 4.1.- Condiciones objetivas de penalidad
 - 4.2.- Excusas absolutorias
 - 4.3.- Causas de extinción de la responsabilidad criminal

1.- El *íter críminis*

Algunos autores consideran que el tema del *íter críminis*, debe ser analizado en el momento en que se estudian el resultado y la imputación objetiva, pues es aquí donde se trata de establecer, si se ha producido una lesión al bien jurídico o solo una puesta en peligro y hasta dónde se puede extender la punibilidad sobre la base de la afectación posible al bien jurídico.

Como en todo, cada quien pensará en el lugar idóneo en donde lo hubiera tratado, y podrán no compartir nuestra ubicación, pero, como ocurre siempre en la vida, hay que tomar decisiones que complacen a unos y molestan a otros.

De esta manera, nosotros preferimos abordarlo en esta etapa, pensando que para ese momento, ya puede haber un panorama más claro sobre los aspectos básicos de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

El *íter críminis* nos indica el camino del crimen, es decir, desde el proceso previo que se genera en la mente del sujeto, hasta su realización, productora de un resultado concreto.

La importancia de su estudio radica en que algunas de sus fases, se pueden interrumpir y la actividad desarrollada será punible, dependiendo de la fase alcanzada.

2.- Fases del *íter críminis*

En todo delito, hay una fase **interna** y otra **externa**. La primera se desarrolla íntegramente en el interior de la persona, mientras que la segunda implica exteriorización de los procesos subjetivos. Se puede hablar también de una fase **intermedia** que tiene que ver con la manifestación de la resolución delictiva a terceros³²⁴.

2.1.- Fase interna

- a. **Ideación.** Se refiere al instante cuando surge en la mente de la persona, la idea de cometer el delito.
- b. **Deliberación.** Meditación sobre la idea criminosa, examen de los pros y los contras.

324 Así aceptado por nuestra jurisprudencia. Al respecto pueden consultarse los votos de la Sala Tercera [n.º 007-F-91](#) de las 10:15 hrs. del 4 de enero de 1991; [n.º 165-F-94](#) de las 9:30 hrs. del 20 de mayo de 1994; [n.º 2001-936](#) de las 9:25 hrs. del 28 de septiembre de 2001; [n.º 2002-392](#) de las 9:00 hrs. del 3 de mayo de 2002 y [n.º 2004-399](#) de las 9:50 hrs. del 23 de abril de 2004, entre otros.

- c. **Resolución delictual.** Se decide llevar a cabo el propósito delictivo. Es el momento en que la persona decide llevar adelante el propósito criminal y, con esto, se agota la fase interna.

Los hechos que constituyen la fase interna, no son punibles, porque no causan ningún tipo de afectación a los bienes jurídicos.

2.2.- Fase intermedia

La resolución delictual manifestada solo es punible en algunos supuestos. No es una fase esencial, sino accidental al proceso ejecutivo del delito y consiste en la comunicación de la decisión de realizar el hecho, que normalmente se hace al cómplice o coautor. Tradicionalmente se admitieron como resoluciones manifestadas, en el derecho comparado, la conspiración, la proposición y la provocación al delito.

2.3.- Fase externa

- a) **Actos preparatorios.** Son todos los que pueden ayudar a la realización de un delito, pero que no forman parte de él y, por ello, son impunes. Estos actos se caracterizan porque son equívocos, es decir, les falta unidireccionalidad en la consecución del fin, por lo que no son idóneos en sí mismos para evidenciar la tipicidad; no producen daño ni violan precepto legal alguno, porque son incapaces por sí solos de indicar la voluntad de continuar y acabar el intento delictivo.
- b) **Actos de ejecución.** Representan una etapa superior en la ejecución del delito. Se caracterizan por conducir directamente a la consumación, pues por sí mismos implican el cumplimiento de elementos constitutivos del tipo. Estos actos de ejecución son punibles como tentativa cuando no se logra el resultado final. El problema que plantean los actos de ejecución, es que, a veces, tienen la dificultad de ubicar el momento en que se ha dado comienzo a la ejecución (¿es, por ejemplo, un acto de ejecución de un homicidio, comprar el arma con que se piensa disparar a la víctima?). Existe una cierta indeterminación en esta fase que, en ocasiones, puede provocar alguna arbitrariedad, porque se trata de resolver un problema que tiene que ver con la configuración de cada tipo delictivo y de las circunstancias que acompañan su realización.

El plan del autor, en la etapa de inicio de ejecución del delito, es un punto de referencia para calificar la naturaleza de los actos realizados; pero en la medida en que se manifiesta en hechos exteriores que directamente se pueden calificar como actos ejecutivos del correspondiente tipo delictivo.

Sin embargo, debe considerarse que, por ejemplo, aunque desde el punto de vista del plan del autor decidido a matar, ya sea un acto ejecutivo buscar a la víctima para matarla, acecharla, comprar el arma o el veneno, desde el punto de vista del principio de legalidad, tales acciones

no pueden considerarse por un observador imparcial, como principio a la ejecución de matar, que es la acción típica del homicidio y, por lo tanto, no constituyen tentativa (punible) de estos delitos, solo actos preparatorios (en principio impunes) de los mismos.

c) Actos de consumación. Se caracterizan por la realización de todos los actos que dan como resultado, el cumplimiento del verbo típico y, con ello, la infracción penal propuesta por el sujeto activo.

A manera de ejemplo, en los delitos de robo y hurto, para determinar cuándo estos se consideran consumados, nuestra jurisprudencia ha seguido **la teoría de la disponibilidad**, según la cual, no basta el desapoderamiento de los bienes de la víctima para la consumación, sino que además dichos bienes deben extraerse de la esfera de custodia de aquella, para que dicha fase del *iter criminis* formalmente se configure. Es decir, quien sustrae los bienes **debe estar en posibilidad real de disposición sobre los mismos**.

En este sentido, la Sala Tercera ha señalado que para determinar si un robo se consumó o quedó en tentativa, es necesario examinar si el desapoderamiento se perfeccionó. Al respecto, se acepta que el desapoderamiento implica no solamente la pérdida de poder de parte de la víctima, sino la adquisición de ese poder de parte del autor para llegar a disponer de la “cosa”.

Así, la jurisprudencia dominante se inclina por calificar un robo como consumado, cuando el autor del hecho tuvo la posibilidad de disponer del bien, aun cuando se le persiga después del hecho. Pero, como delito tentado, cuando se inicia la persecución desde el momento del apoderamiento, sin que el sujeto haya tenido la posibilidad de disponer del bien.

De acuerdo con dicha teoría, la Sala Tercera también ha señalado que, en la dinámica de los delitos de hurto y robo, pueden distinguirse hipotéticamente tres estadios de ejecución conforme a la teoría del delito: i) iniciar la ejecución del delito sin llegar a apoderarse de la cosa (tentativa). ii) El apoderamiento material de la cosa sin que se dé el desapoderamiento –lo que excluye la disponibilidad– porque se sorprende in fraganti al autor al momento de apoderarse de la cosa, o sin solución de continuidad, se persigue ininterrumpidamente por parte de la Fuerza Pública, al ofendido o un grupo de personas, y se le detiene, y recupera íntegramente la totalidad de los bienes (delito frustrado); y iii) el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, aunque sea momentánea (delito consumado)³²⁵.

325 Al respecto pueden consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 179-F-93 de las 9:55 hrs. del 23 de abril de 1993; n.º 185-F-96 de las 9:15 horas del 26 de abril de 1996; n.º 348-F-96 de las 14:25 horas del 18 de julio de 1996; n.º 2003-525 de las 9:05 hrs. del 27 de julio de 2003; n.º 2003-957 de las 11:28 hrs. del 24 de octubre de 2003; n.º 2004-994 de las 10:35 hrs. del 20 de agosto de 2004 y, recientemente, el n.º 2006-112 de las 14:50 hrs. del 20 de febrero de 2006. En el mismo sentido, votos del Tribunal de Casación n.º 2000-454 del 14 de junio de 2000 y n.º 2000-748 del 29 de septiembre de 2000.

Para ilustrar este punto, considérense los siguientes ejemplos:

Síntesis. Dos sujetos se acercan a una ofendida para arrebatarle una cadena que pende de su cuello. Una vez que se la arrebatan, prosiguen su camino. La acompañante de la ofendida les da alcance, pues aún se encontraban a corta distancia, y los enfrenta exigiendo la devolución de la cadena. Ante ese reclamo, uno de los asaltantes se voltea y, extrae de sus ropas un arma punzo cortante con la que amenaza, tanto a la ofendida, como a su acompañante, indicándoles que las podía “vaciar”, apuntando con dicha arma hacia el cuerpo de ambas mujeres, y logra que estas retrocedan. No obstante, al sitio se presentan dos oficiales de policía, quienes logran detener a los imputados a poca distancia de donde se encuentran las víctimas, y recuperan el bien sustraído.

En defensa de los imputados, se alegó que los hechos no constituían robo agravado, ya que el uso de arma se dio con *posterioridad* a la consumación del robo.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria por tentativa de robo agravado, señalando que en el caso de estudio, los bienes desappropriados a la ofendida, no llegaron a estar fuera de su esfera de custodia, ya que es de forma inmediata como se enfrentó a los imputados, mostrando uno de ellos el arma a ambas mujeres con la finalidad de consumar el delito que, en ese momento, aun se encontraba en su fase de ejecución, y luego fueron detenidos por la policía.

No basta el desapoderamiento de los bienes para la consumación del robo, sino que además quien los sustrae, debe estar en posibilidad real de disposición sobre los mismos, lo que en el caso de estudio, no fue posible para los asaltantes, quedando el delito tentado.

En segundo lugar, resultaba incorrecta la afirmación de que el arma debía utilizarse, antes del despojo de los bienes para que se configure la agravante del robo. La utilización del arma no es una condición para el desapoderamiento. De esta manera, su uso bien puede presentarse antes o después del mismo, para asegurar la consumación, cuando esta aún no se haya dado, y así sacar los bienes de la esfera de custodia de la víctima.

La agravante por el uso de armas reprocha el recurso que el sujeto activo hace de ellas, para aumentar su poder ofensivo, lo cual puede darse para vencer la resistencia de la víctima y materializar el desapoderamiento, como también para vencer esa misma resistencia que busca impedir la consumación del hecho.

Ahora bien, el apoderamiento configurativo de la sustracción, no es un acto instantáneo, sino que podría –según el caso– requerir una serie de actos para la ejecución, de tal manera que si durante su desarrollo, se utilizan armas, se debe concluir que concurre la causal de agravación del robo prevista en el inciso 2) del artículo 213 del Código Penal.

Por lo anterior, si bien el arma debe ser usada para vencer la resistencia de la víctima, esta resistencia y el uso del arma pueden darse antes del despojo de los bienes o posteriormente; es decir, luego del desapoderamiento, pues lo que importa para que opere la agravante, es que el delito aún no se haya consumado, cuando el arma se utiliza, lo cual, en el caso de estudio, no había sucedido, porque los bienes nunca salieron de la esfera de custodia de la víctima³²⁶.

Síntesis. En horas de la mañana, dos sujetos se apersonan a una casa de habitación con la intención de sustraer los bienes que se encuentran dentro. Al llegar a la vivienda, proceden a saltar por la tapia, y logran así introducirse al patio de la misma. Una vez dentro del inmueble, y con el fin de ingresar a la vivienda, se dirigen hacia la puerta trasera y con un cuchillo, quiebran la venilla de la puerta; proceden a forzarla, logran torcer tres picaportes y los desajustan hasta poder abrirla. En el momento en que iban a ingresar a la vivienda, se percatan de la presencia del propietario que estaba dentro de esta, por lo que optan por salir huyendo, dejando tirados dos maletines que llevaban con el fin de portar los bienes que pensaban sustraer.

En su defensa se alegó que, de acuerdo con la teoría de la disponibilidad, hay apoderamiento y desapoderamiento, cuando la acción del agente impide que el ofendido ejerza sobre la misma, sus poderes de disposición o haga efectivas sus facultades sobre la “cosa”. Pero en el caso de estudio, los sujetos no lograron ni siquiera entrar a la vivienda del ofendido. Por ende, no llegaron a realizar actos de apoderamiento sobre los bienes del ofendido.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación confirmó la condenatoria por tentativa de robo agravado. En su criterio, de los hechos descritos se desprendía en forma clara e inequívoca, la intención de los encartados, así como que estos no pudieron consumir su propósito por causas ajenas a su voluntad. Para la existencia de la tentativa, se requiere el comienzo de la ejecución, es decir, actos idóneos y eficaces para lesionar el bien jurídico, de los cuales pueda también inferirse la voluntad del agente y que revelen el comienzo de la ejecución, según el plan que se ha propuesto el autor.

En el caso de estudio, los imputados llevaron a cabo todos los actos de ejecución necesarios para la comisión del delito (ingreso al patio, rompimiento de la puerta, etc.). De acuerdo con el plan trazado por estos, cuando forzaban la puerta, es claro que estaban ejecutando su propósito de ingresar a la casa y realizar la sustracción, lo cual no se pudo concluir, porque había personas en la vivienda. Esa situación afectó de manera clara, la disponibilidad que el ofendido tenía en su vivienda sobre los bienes que le pertenecen, es decir, perturbó el bien jurídico tutelado en el delito de robo agravado, evidenciando así el inicio de la ejecución del hecho delictivo.

326 Sala Tercera, votos n.º 2003-525 de las 9:05 hrs. del 27 de julio de 2003 y n.º 2003-957 de las 11:28 hrs. del 24 de octubre de 2003.

Por lo anterior, la conducta descrita reunía todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 24 del Código Penal: porque plasma en primer término, el elemento subjetivo (dolo de consumación), al evidenciar la decisión de realizar el tipo penal de robo agravado; en segundo lugar, dio principio inmediatamente a la realización del tipo penal (elemento objetivo).

De conformidad con el criterio del Tribunal de Casación, para que exista tentativa, se requiere el comienzo de la ejecución, es decir, de actos idóneos y eficaces para lesionar el bien jurídico protegido, de los cuales pueda también deducirse la voluntad del agente y que revelen el comienzo de la ejecución, según el plan que se ha propuesto el autor, todo lo cual se cumplía a cabalidad en el caso de estudio, porque las acciones de los imputados que constituyeron actos típicamente dirigidos a consumir un propósito delictivo, el cual no se consiguió por causas ajenas a la voluntad de estos, y así el delito quedó en grado de tentativa³²⁷.

Ahora bien, téngase muy presente que nuestra jurisprudencia ha señalado que **la flagrancia y el delito frustrado, no son sinónimos**. La primera se da cuando el autor del hecho punible es sorprendido al momento de cometerlo, o inmediatamente después de su acción posiblemente delictiva, o mientras es perseguido o cuando presente rastros de esta (artículo 236 del Código Procesal Penal). La tentativa se presenta cuando, por circunstancias ajenas al sujeto, no puede consumarse el delito, una vez puestos en marcha los actos ejecutivos. Aquella es una situación que no necesariamente coincide con esta. Es perfectamente posible que, en la práctica, un imputado pueda ser detenido pocos minutos después de un robo y en posesión de los bienes sustraídos, lo que constituye un caso de flagrancia, sin que ello implique que su acción quedara en el estadio de tentativa, puesto que al momento de su detención, los bienes del ofendido ya habían sido sacados de su esfera de custodia y habían ingresado a la disponibilidad del perpetrador, lo que consumaba el delito³²⁸.

En este sentido, recuérdese que jurisprudencialmente también se ha interpretado que es "*disponible*", todo aquello de lo que se puede disponer libremente o de lo que está pronto para usarse o utilizarse, que es precisamente la condición o cualidad que asume el agente, en relación con los bienes hurtados o robados al consumarse el delito, pues entonces él puede determinar cómo colocar o poner los objetos en el orden o situación que estime convenientes, porque ya ha superado la defensa o resistencia posible del sujeto pasivo. **La duración temporal de esa condición de disponibilidad**, puede ser de

327 Tribunal de Casación, voto n.º 2000-748 del 29 de septiembre de 2000.

328 Sala Tercera, voto n.º 2005-611 de las 10:40 hrs. del 17 de junio de 2005.

diversa extensión, **desde lo momentáneo hasta lo permanente** y es una cuestión que, en cada caso, la han de definir los hechos³²⁹.

d) Actos de agotamiento. Aquí se realiza la finalidad última que ha perseguido el autor. Esta fase es importante en relación con las personas que, sin ser autoras materiales del hecho, con anterioridad se han comprometido a participar en la posterior adquisición u ocultación de bienes, en la destrucción de rastros o pruebas, o en el ocultamiento del autor o autores y cómplices. Quien intervenga en esta etapa, prestando ayuda o colaboración al autor o autores, en cumplimiento de una promesa o compromiso previo a la comisión del delito, se considera cómplice. Si no hay promesa anterior,

329 Sala Tercera, voto [n.º 2006-112](#) de las 14:50 hrs. del 20 de febrero de 2006. Esta posición ha sido reiterada, recientemente, en el voto [n.º 2007-639](#) de las 10:50 hrs. del 8 de junio de 2007, en el que la Sala indica lo siguiente: [...] *No existe tentativa en todos los casos en que exista proximidad espacial y temporal entre la sustracción y la detención de los autores del ilícito, ni siempre que se logren recuperar los bienes en forma expedita, existe tentativa. Sobre el iter criminis en delitos contra la propiedad existe abundante producción doctrinaria y jurisprudencial, y en este punto, se han ensayado varias teorías para definir el momento a partir del cual el delito se estima consumado. En este sentido ha analizado esta Sala: “[...]Para determinar si hubo robo consumado o no, es necesario examinar si el desapoderamiento se perfeccionó. Este ha sido entendido de diversas maneras por la doctrina. En general se acepta que implica no solamente la pérdida de poder de parte de la víctima, sino la adquisición de ese poder de parte del autor para llegar a disponer de la cosa. Los tribunales se han preocupado por delimitar cuándo acontece la consumación del delito, y han adoptado la denominada teoría de la disponibilidad. Si el autor ha tenido la posibilidad de disponer de la cosa, el delito se consume. La jurisprudencia dominante se inclina por calificar como robo agravado consumado, cuando el autor del hecho tuvo la posibilidad de disponer del bien, aún cuando se le persiga después del hecho, pero como delito tentado cuando se inicia la persecución desde el momento de apoderamiento, sin que el sujeto haya tenido la posibilidad de disponer del bien. En este sentido La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, V-179-F, de las 9:55 Hrs. del 23 de abril de 1993 [...]” (Nº 185 de las 9:15 horas del 26 de abril de 1996). Si bien en algunos casos en que se ha detenido al sujeto activo y se ha logrado recuperar la totalidad de los bienes a poca distancia del sitio donde ocurrió el robo, también se ha estimado que existe tentativa, al estimarse que no existió disponibilidad, debe hacerse hincapié en que dicho concepto debe entenderse como posibilidad de disponer de los bienes, y no disponibilidad efectiva, porque ello sería llevar demasiado lejos los límites de la consumación, confundiéndola con la fase de agotamiento, de acuerdo al plan ideado por el autor. En la especie, si bien –como señaló el representante del Ministerio Público al contestar la audiencia– la redacción del cuadro fáctico que se tiene por acreditado no es la más feliz, al analizar el fallo en su integralidad se tiene que luego de ser despojados de sus bienes, los sindicados huyen en el automotor en el que viajaban, y los ofendidos optan por llamar al 911 para solicitar ayuda. Se indica además que “casi de inmediato” (f. 125) llegó una radio patrulla a socorrerlos, y en su compañía, se dirigieron a circular por los alrededores en busca del vehículo con el cual se había cometido el robo, logrando avistarlo “no muy lejos”, y “minutos después” de que la sustracción se realizara (f. 126). A pesar de que al detenerse se logra recuperar la totalidad de los bienes sustraídos, es lo cierto que la persecución de los asaltantes no se dio de manera continua al ilícito, al punto que los perjudicados debieron llamar a la policía, esperar unos instantes a que llegaran en su auxilio, y darse a la tarea de buscar el vehículo en cuestión. Y aunque esto último lo consiguen con facilidad, y pocos minutos luego del robo (el testigo BÁ aclara que pasan diez o quince minutos, cfr. f. 120), sí existió en ese espacio temporal, aunque breve, la posibilidad para los encausados de disponer de alguna forma de los bienes. La disposición en el caso concreto, por demás es tan clara, que en el momento en que la policía logra dar con el vehículo en que estos viajaban, uno de los justiciables “[...] llevaba la gorra del ofendido, otro la billetera [...]” (cfr. f. 121). De esta forma, y pese a que efectivamente falta elaboración del a quo en relación con el punto, de los hechos tal y como se encuentran acreditados, no existe duda alguna que en la especie el delito de robo agravado se consumó previo a la detención de los coautores del hecho.*

quien intervenga se estimaría autor de cualesquiera de las formas de encubrimiento previstas en la legislación penal (favorecimiento real y personal, receptación, etc.).

Tómese como ejemplo de lo anterior este caso: un grupo de sujetos acuerdan efectuar un hurto de ganado. El plan consiste en que durante la noche, un primer grupo carga el ganado en un vehículo color rojo, y lo trasladan a 25 kilómetros de distancia. Allí cambian la carga a un camión azul, con una tripulación diferente que llevará el ganado a una finca a doscientos kilómetros del lugar.

En el caso descrito, no hay duda de que al llevar los animales a veinticinco kilómetros de distancia para el trasbordo, ya se había consumado jurídicamente el apoderamiento, pues los autores materiales del hurto tenían libre disposición sobre los semovientes. La tripulación que lleva los animales más lejos en el camión azul, es cómplice del hecho punible, porque **su cooperación estaba comprometida, desde antes de la ejecución y consumación**, pues en tal sentido, la doctrina reconoce la posibilidad de participación criminal a título de cómplice, aun después de la consumación jurídica del hecho, ya que la complicidad no solo es posible hasta la consumación formal, sino que, al igual que la coautoría, se presenta también hasta la terminación material del hecho principal³³⁰.

Otro ejemplo de la distinción entre consumación formal del delito y el agotamiento natural, es el caso del delito continuo o permanente, en donde la ejecución permanece mientras se mantiene el estado consumativo, y cuando este cesa, se puede afirmar que el delito se haya agotado (v. gr. en la privación de libertad, el delito se consume cuando se priva de libertad a la víctima; pero se agota, cuando esta cesa).

La fase de agotamiento del iter críminis es importante, porque la participación puede tener lugar, mientras no se ha agotado la ejecución del injusto, aun cuando ya se encuentre consumado.

3.- La tentativa

3.1.- Concepto y generalidades

La tentativa se conoce como el inicio de ejecución de un delito por medio de actos directamente encaminados a su consumación. Pero no se produce por causas independientes de la voluntad del agente. En ella no se despliega totalmente la causalidad y, por ello, no se despliega totalmente el dolo.

La tentativa, la participación y la acción por omisión, se conocen como **dispositivos amplificadores del tipo** que son comportamientos que no están comprendidos en la

330 Sala Tercera, voto [n.º 165-F-94](#) de las 9:30 hrs. del 20 de mayo de 1994.

parte especial del Código, sino que están previstos en la parte general, referidos a todas las hipótesis delictivas, lo que introduce un mecanismo o dispositivo que permite ampliar el alcance de los diversos supuestos de hecho.

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 ley.

Los dispositivos amplificadores del tipo son, en síntesis, comportamientos comprendidos en la parte general del Código Penal, referidos a todos los tipos penales, que permiten cubrir o extender la punición a esas manifestaciones del quehacer humano.

Podríamos afirmar que la tentativa es la acción incompleta de la conducta tipificada en la ley penal, en donde la conducta desplegada coincide, en el aspecto subjetivo, con el tipo consumado, pero no en el objetivo, donde apenas existe un comienzo de ejecución.

Esta figura se define, según nuestro ordenamiento jurídico, a partir del comienzo de los actos de ejecución del delito, **dejándose por fuera los actos preparatorios que son impunes.**

El ordenamiento interviene a partir del inicio de dichos actos, el cual incluye aquellos comportamientos dirigidos a poner en práctica los actos preparatorios, de manera directa, sobre la persona o bien que se busca destruir o conculcar y que suponen un comienzo de ejecución de la conducta típica correspondiente.

Para este supuesto, se prevé una sanción, pese a que no existe un desvalor del resultado. Es decir, se fija el comienzo de ejecución de la conducta típica como límite a la punibilidad y, en ello, reside la esencia del Estado democrático de derecho. Esto impide el castigo de la mera manifestación externa de la voluntad criminal y, en general, de los actos preparatorios donde se expresa la intención contraria a la norma.

Establecer su diferenciación con la fase consumativa del ilícito, tiene su razón de ser en la mayor gravedad que presenta la primera, no solo porque el desvalor del resultado es mayor, sino porque en muchos casos, es irreversible la lesión del bien jurídico.

Esta diferencia, por supuesto, repercute en la imposición de la pena y se adapta a un concepto de injusto que le da importancia, no solo al desvalor de la acción, sino también al del resultado.

A manera de ejemplo, véanse los siguientes casos.

Síntesis. Dos sujetos, en calidad de “clientes”, entraron en contacto con una organización dedicada al tráfico internacional de drogas, y pactaron con esta la traída de varios kilos de cocaína. No obstante la policía, que desde tiempo atrás venía dándole seguimiento a las actividades de dicha organización, se adelantó en su búsqueda, e interceptó varios kilos de cocaína que el mencionado grupo intentaba ingresar a nuestro país, sin esperar los resultados finales, como para poder establecer que la droga decomisada efectivamente estaba destinada para su venta a los citados “clientes”. A pesar de ello, estos últimos también fueron condenados como coautores de tráfico internacional de drogas.

En su defensa, se argumentó que la conducta desplegada por estos “clientes” resultaba atípica, puesto que el encargo de droga no constituyó más que la exteriorización de un pensamiento que no se materializó, por lo que la protección del Estado, no se justificaba en el caso de estudio, en vista de que la conducta de los “clientes” no llegó a poner en peligro la salud pública, ya que ese tipo de encargo no era más que una mera tratativa, en tanto los sentenciados no llegaron a concretar ninguna acción tendiente a distribuir, comerciar, suministrar, fabricar, elaborar, refinar, transformar, extraer, preparar, cultivar, producir, transportar, almacenar, poseer o vender droga, tal como lo dispone la Ley de Psicotrópicos.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera acogió dicho alegato y absolvió a ambos imputados, señalando que, en el caso de estudio, el resultado al que se llegó fue consecuencia de una incorrecta e inconclusa investigación policial, la cual fue interrumpida precipitadamente, sin esperar sus resultados finales, de manera que, con respecto a los supuestos “clientes”, lo único que se pudo demostrar fue el acuerdo previo o encargo de la droga por parte de estos a los miembros de la banda encargada de traerla al país.

La conducta de los “clientes” se limitó a **pactar** la compra de la droga, de manera que se les sancionó por **una intención manifiesta o un acuerdo**, sin que estos hubieran llegado a desarrollar propiamente los típicos actos de ejecución establecidos en la Ley de Sustancias Psicotrópicas (v. gr. distribuir, comerciar, suministrar, fabricar, elaborar, refinar, transformar, extraer, preparar, cultivar, producir, transportar, almacenar, poseer o vender droga). Por el contrario, sus acciones se limitaron a realizar actos preparatorios impunes, y no fue posible considerar como típico el simple acuerdo previo para traficar droga, pues ello, por sí solo, no constituía violación al bien jurídico tutelado, la cual tampoco se encontraba en marcha.

Por otra parte, esas meras actuaciones tratativas no estaban dispuestas para la realización inmediata del tipo delictivo, conforme al plan del autor, el cual solo se daría en el acto mismo de la posesión, del tráfico o comercio, y no antes. La certeza requerida para una condenatoria, en el caso de estudio, no pudo ser alcanzada, porque la investigación quedó inconclusa, y con los hechos descritos, no era posible determinar, de manera cierta, que los “clientes” adquirieran la droga para su venta³³¹.

331 Al respecto pueden consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 908-98 de las 14:31 hrs. del 29 de septiembre de 1998 y n.º 171-99 de las 10:24 hrs. del 12 de febrero de 1999.

Síntesis. Un sujeto se da a la tarea de llamar por teléfono a personas dedicadas al comercio, y haciéndose pasar por un agente de aduanas, les indicaba que tenía acceso a mercaderías depositadas en aduana, las cuales iban a ser rematadas, por lo que si tenían interés en adquirirlas, podían hacer con él los trámites y conexiones internas necesarias, y podía entregarles la mercadería. Sin embargo, el comprador debía trasladarse a las inmediaciones del Aeropuerto Juan Santamaría, sitio donde él se haría presente.

Ya en el lugar, este sujeto mostraba a los comerciantes una documentación con timbres de Gobierno, y una vez convencidas sus víctimas, le entregaban el dinero para adquirir la supuesta mercadería, con el que una vez en su poder, se retiraba del lugar, y se introducía a algunos de los edificios aledaños para de esta forma escabullirse. Mediante este *modus operandi*, este sujeto logró estafar a tres personas.

Siempre con el afán de obtener un beneficio antijurídico, este falso agente llamó a una cuarta persona y le ofreció vender mercaderías en condiciones muy favorables, utilizando exactamente el mismo ardid. Sin embargo, este nuevo comprador sospechó de la oferta que se le hizo, pues conocía los procedimientos. Por ello contactó al Organismo de Investigación Judicial a fin de verificar, si existían denuncias sobre ese modo de operar, lo que resultó ser cierto. Así, con el conocimiento de la policía judicial y, mediando su control policial, el cuarto ofendido y un investigador encubierto, se hicieron presentes a las inmediaciones del aeropuerto, donde se detuvo al estafador, una vez que este pretendía desplegar los demás actos de engaño y recibir el dinero.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera consideró que la acción desarrollada por este sujeto, consistente en el contacto y reunión con la cuarta víctima, a diferencia de los casos precedentes (por los que sí fue sentenciado), no llegó a constituir más que actos preparatorios impunes del delito de estafa, pues si bien el plan de autor era obtener una suma de dinero por la venta de la mercadería, no existió peligro concreto para el bien jurídico tutelado, de modo que los hechos practicados por el imputado hasta el momento de su detención no alcanzaron a llegar a la fase ejecutiva del *iter criminis*. Se dispuso lo anterior por cuanto —a criterio de la Sala— no todos los actos realizados por un estafador conducían a la realización del tipo penal, sino que muchos de ellos solo prepararon a la víctima y tuvieron como objeto, hacer posible la inducción a error, lo cual se puede verificar en un momento posterior en el tiempo o en una circunstancia tan inmediata que solo sería posible separarla para efectos de entender el *iter criminis* concreto desplegado por el autor.

En el caso de estudio, el encartado realizó contacto con la víctima, quien acudió al Organismo de Investigación Judicial, y se organizó el operativo de captura, dado que ya existían denuncias en el mismo sentido. El denunciante ya tenía conocimiento de otras estafas ejecutadas con el mismo *modus operandi*, por lo que el operativo se hizo para capturar al justiciable y la entrega del dinero era con ese fin. De este modo, el probable perjudicado no podía ser engañado, en razón de las condiciones en que se desarrolló

la acción. Así la conducta del imputado no llegó a cumplir con los requisitos de la tentativa punible³³².

En el nivel doctrinal, para establecer la diferencia entre actos preparatorios impunes y tentativa, se han desarrollado varias teorías. Pero nuestra tendencia jurisprudencial se ha orientado por acoger la que señala como indispensable el análisis del plan del autor, y, si según ese plan, la acción representa un peligro para el bien jurídico (**teoría individual objetiva**).

Esta forma de analizar la tentativa permite la consideración de la conducta típica particular, introduciendo además un elemento individualizador subjetivo, como lo es el plan del autor, pero que es susceptible de ser analizada por un tercero, en cuanto a la determinación de la proximidad inmediata a la realización típica.

Es importante considerar que la tentativa no es un tipo independiente, en el sentido de que no hay una tentativa en sí, sino tentativa de delitos particulares.

Acerca de este tema, la Sala Tercera ha señalado que del contenido del artículo 24 del Código Penal, se puede extraer que en nuestro ordenamiento, la tentativa exige varios elementos: a) El dolo de consumación del delito (en este extremo, el tipo subjetivo de la tentativa) es idéntico al tipo subjetivo del delito consumado). b) Ese dolo se debe manifestar mediante actos directamente encaminados a la consumación. c) Las causas independientes del agente deben impedir la consumación. d) La consumación no debe ser absolutamente imposible, ya que en nuestro país se castigan como tentativa, los casos donde la consumación es relativamente imposible.

Al castigarse como tentativa el inicio de la ejecución del delito, realizada a través de actos directamente encaminados a su consumación, se hace necesario diferenciar entre los actos preparatorios impunes y los actos de ejecución del delito, los cuales son punibles como tentativa. Dicha separación constituye un problema básico en el tema de la tentativa, para cuya solución se han formulado diversas teorías que tratan de darle respuesta.

En nuestro medio, la Sala Tercera (así como también el Tribunal de Casación Penal) se ha decantado por la **teoría individual objetiva**, según la cual, para distinguir entre

332 Al respecto consultar los votos de la Sala Tercera [n.º 559-F-93](#) de las 9:35 hrs. del 15 de octubre de 1993 y [n.º 2002-268](#) de las 15:46 hrs. del 21 de marzo de 2002. Acerca del tema de los requisitos necesarios para la configuración de la tentativa de estafa, también pueden consultarse los votos de la Sala Tercera [n.º 420-F-95](#) de las 10:00 hrs. del 21 de julio de 1995; [n.º 580-F-96](#) de las 9:05 hrs. del 11 de octubre de 1996 y [n.º 603-98](#) de las 10:10 hrs. del 19 de junio de 1998, así como del Tribunal de Casación Penal [n.º 512-F-98](#) de las 10:10 hrs. del 22 de julio de 1998 y [n.º 2000-36](#) del 14 de enero de 2000. Acerca de la tentativa de extorsión, consúltese el voto de la Sala Tercera [n.º 2002-397](#) de las 9:25 hrs. del 3 de mayo de 2002. Sobre los requisitos de tentativa de estafa procesal, puede consultarse el voto de la Sala Tercera [n.º 2004-1206](#) de las 9:35 hrs. del 22 de octubre de 2004.

actos preparatorios y actos de ejecución, lo que debe tomarse en consideración es, en primer término, el plan del autor, así como también la proximidad del peligro que corre el bien jurídico, según la acción desplegada, y que tales actos sean típicos, aunque no necesariamente dé inicio el desarrollo del núcleo o verbo del tipo penal. En otras palabras, habrá tentativa (el inicio de actos de ejecución) cuando el autor esté desarrollando su plan para afectar el bien jurídico, de manera muy próxima y eficaz para lesionar ese bien, al extremo de producir una afectación de la disponibilidad que el titular debe tener de ese bien jurídico.

De esta manera, en concordancia con esta teoría, reiteramos que, en criterio de la Sala Tercera, para interpretar adecuadamente el artículo 24 del Código Penal, deberán tomarse en cuenta, en primer lugar, el plan del autor y, luego, si según ese plan, la acción representa un peligro cercano para el bien jurídico. La puesta en peligro de dicho bien, según la representación del autor, da también el criterio para determinar la cercanía de la acción de tentativa a la acción típica, sin olvidar que lo característico de la acción de tentativa, es el carácter inmediato, según el plan de autor, espacial y temporalmente de la acción típica, de modo que el autor pueda, sin interrupciones ni dilaciones, pasar de modo inmediato al comienzo de la acción típica.

El criterio de la violación al bien jurídico, según la representación del autor, debe respetar este criterio objetivo (inmediación espacial y temporal a la realización de la acción típica) y no puede transformar en tentativa actos preparatorios en los que el agente, según su plan de autor, cree poner en peligro el bien jurídico tutelado, cuando en realidad su acción no puede clasificarse como tentativa. La representación del autor, de que ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado, es un criterio suplementario para establecer, si el acto de tentativa, además, es un acto doloso.

En síntesis, de acuerdo con esta posición jurisprudencial, son actos de tentativa, conforme al artículo 24 del Código Penal, los siguientes: (1) La acción inmediatamente anterior a la acción típica, temporal y espacial que le permite al autor, según su plan de autor, pasar sin interrupciones y sin dilaciones al comienzo de la acción típica. En este caso, esta acción, de conformidad con el artículo 24, representa objetivamente un peligro para el bien jurídico y, en virtud del mismo artículo, es típica. (2) Es también tentativa la acción con que el agente realiza el comienzo de la acción o de la omisión típica, si se trata de delitos de resultado. Lo anterior no deroga el principio, válido para los delitos de acción o delitos de resultado, según el cual, la acción anterior a la acción típica constituye el acto de ejecución. (3) La acción con que el agente realiza el comienzo de la acción típica o realiza toda la acción típica, en los delitos de resultado, pero el resultado no se produce por causas independientes de la voluntad del agente, o el resultado no le es objetivamente imputable, como en los casos de cursos causales atípicos³³³.

333 Sala Tercera, voto n.º 2004-747 de las 10:35 hrs. del 25 de junio de 2004.

Las anteriores consideraciones fueron utilizadas por la Sala Tercera para resolver el siguiente caso: una menor de edad de 17 años, se encontraba en un teléfono público, momento en que un sujeto se le acercó y la sorprendió por detrás, pasándole ambos brazos de atrás hacia delante a la altura de los senos. Sin embargo, no pudo acariciarle los mismos, porque la ofendida rápidamente interpuso sus brazos, cubriéndose con ambos, sus senos.

La defensa del imputado sostuvo que los hechos descritos no constituían actos que supusieran la realización de un fin sexual, pues no se trató de actos objetivamente idóneos, dirigidos a afectar la libre autodeterminación sexual de la víctima, dado que la acción del encartado no constituyó “un peligro cercano” para el bien jurídico tutelado.

La Sala rechazó este alegato por considerar que el acusado sí había iniciado la ejecución del delito de abuso sexual contra una persona menor, pues de los hechos descritos, se desprende que el imputado, de manera abusiva, se acercó a la víctima por detrás, pasándole sus brazos de atrás hacia delante, a la altura de los senos, pretendiendo acariciárselos, pero no lo logró porque la ofendida interpuso sus manos. Para la Sala, esta acción no solo puso de manifiesto su intención, sino que además implicó un peligro cercano para el bien jurídico tutelado. Además, si el acusado no logró su propósito, fue porque la ofendida interpuso sus manos, demostrándose que fue una causa independiente a la voluntad del agente lo que le impidió que consumara el hecho.

En criterio de la Sala, la conducta del imputado, orientada a tocar los senos de la ofendida, sin lograrlo por la acción de esta, reunía todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 24 del Código Penal, porque plasmaba tanto el elemento subjetivo (dolo de consumación), como el elemento objetivo, al darse el comienzo de la ejecución del hecho y su no consumación en virtud de causas ajenas a su voluntad. Del acto realizado, se desprende no solo el dolo del justiciable, sino también el comienzo de la ejecución del hecho, según el plan que se había propuesto el endilgado, por lo que efectivamente la conducta descrita constituía el delito de abusos sexuales en grado de tentativa.

3.2.- El fundamento del castigo de la tentativa

El artículo 73 del Código Penal vigente, establece que la tentativa será reprimida con la pena prevista para el delito consumado, disminuida o no a juicio del juez³³⁴.

El fundamento del castigo de la tentativa, ha sido objeto de muchas elaboraciones doctrinales. Sin embargo, nos parece más acertada la que afirma que su punición debe responder a la misma finalidad político criminal que justifica la sanción del delito consumado.

334 El artículo 79 del proyecto de nuevo código, establece que la tentativa será sancionada con la pena prevista para el delito consumado, la que podrá ser disminuida discrecionalmente.

En ese sentido, la tentativa es una causa de extensión de la pena que responde a la necesidad político-criminal de extender la conminación penal prevista para los hechos consumados, a una conducta muy próxima a la consumación y realizada con voluntad de conseguirla.

Se considera razonable que la puesta en peligro del bien jurídico, mediante una conducta dirigida a lesionarlo, también constituye un *modo* de perjudicarlo y de ofender el orden jurídico, el cual está dado por la seguridad del goce de los derechos de los ciudadanos. En dicho sentido, estos últimos tienen derecho a que no se intente lesionar sus bienes.

Para analizar si hubo tentativa, en cada caso, debe analizarse si el autor, de acuerdo con el plan propuesto, se puso en actividad inmediata para la realización del tipo. No es necesario que la intención del agente sea verbalizada, dado que esta se puede deducir de actos que la evidencien.

Esta extensión de la pena es atenuada y tiene como fundamento, como señalamos, el mismo supuesto del castigo para el hecho consumado que es la afectación de un bien jurídico, que en este caso, se manifiesta en la puesta en peligro y la voluntad de conseguir su lesión.

La tentativa se sanciona por ser una manifestación de voluntad que busca la lesión o menoscabo de los bienes jurídicos.

Sobre este tema, la Sala Tercera ha señalado que con la tentativa, regulada por el artículo 24 del Código Penal, desde la perspectiva del *íter criminis*, se realiza una ampliación del tipo penal, ya que se autoriza el castigo de acciones que se encuentran en una etapa anterior a la consumación (generada por la práctica de todos los elementos objetivos del tipo), pero directamente encaminadas a ella.

Para la Sala, desde la perspectiva del principio de lesividad, se puede afirmar que en el caso de la tentativa, se anticipa o adelanta la tutela del bien jurídico, pues aun cuando se trata de un mero inicio de actos ejecutorios y que no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, para que la acción tentada pueda sancionarse, basta con que se encuentre directamente dirigida o encaminada a lesionar el bien jurídico tutelado.

Precisamente, ante esa anticipación de la tutela del bien jurídico que se realiza con la penalización de la tentativa, se ha sostenido de manera reiterada **que no resulta posible la configuración de los delitos de peligro abstracto en grado de tentativa**, pues ello implicaría aceptar la responsabilidad penal por la creación de un "*peligro de peligro de afectación del bien jurídico tutelado*". Este grado de anticipación de la tutela de bienes jurídicos, a criterio de la Sala, produciría una aplicación ampliativa de los tipos penales de peligro abstracto, la cual contravendría el principio de estricta legalidad, así como el

de lesividad penal, al reprimirse peligros mucho más imprecisos y difusos que el propio peligro abstracto³³⁵.

3.3.- El dolo en la tentativa

Tal como se indicó antes, los elementos de la tentativa van referidos a un delito específico; no hay una tentativa en sí, por lo que debe analizarse el aspecto subjetivo para precisar el contenido de la voluntad del agente y deben examinarse el dolo en sus diversas formas, con sus componentes cognoscitivo y volitivo, así como los correspondientes elementos subjetivos del tipo penal, cuando este los requiera.

Si la tentativa requiere una manifiesta voluntad de realizar un delito, obviamente no existe la tentativa en el delito imprudente. El dolo de la tentativa, al igual que en el delito consumado, se infiere del análisis de la conducta desplegada por el agente.

El comienzo de ejecución de la tentativa, debe llevarse a cabo mediante la realización de “actos idóneos”. Para determinar esta idoneidad, el analista del caso debe ponerse en la misma situación del agente y determinar si, en la situación concreta, la acción ejecutada fue suficiente para lograr la consumación de la conducta típica, de acuerdo con el bien jurídico objeto de tutela; si no ocurre así, la acción debe considerarse como “inidónea”.

En cuanto a si es admisible **la tentativa con dolo eventual respecto del resultado**, se ha señalado que, en la medida en que el tipo del respectivo delito, admita la tentativa con esta forma de imputación, cabrá también en la tentativa (caso de la bomba que se pone, admitiendo la posibilidad de causar la muerte de alguna persona, y no explota por razones ajenas a la voluntad del agente).

Tal como vimos en el capítulo dedicado a los elementos subjetivos del tipo penal, en nuestro medio la Sala Tercera se ha pronunciado en favor de la posibilidad de tentativa con dolo eventual³³⁶, posición recientemente reiterada con ocasión del siguiente caso: Después de ser invitado a salir de una actividad bailable en un salón comunal, debido a su mala conducta, un sujeto saca un arma de fuego –misma que porta visiblemente en la cintura– con la que apunta directamente contra la persona que le está requiriendo salir y hala el gatillo, pero no dispara el arma, debido a que se le encasquilló. En ese momento alguien empuja hacia afuera al sujeto y este se marcha del lugar.

Una media hora después, el mismo sujeto regresa al salón, llevando consigo el arma descrita, pero no se le permite la entrada por parte de las personas ubicadas en la puerta,

335 Sala Tercera, votos [n.º 2004-1309](#) de las 10:55 hrs. del 12 de noviembre de 2004 y [n.º 2005-564](#) de las 10:25 hrs. del 3 de junio de 2005.

336 Voto [n.º 2002-777](#) de las 11:20 hrs. del 9 de agosto de 2002.

lo que hace enfurecer al sujeto, por lo que se aleja de dicha entrada unos metros; saca de entre sus ropas el arma que porta y dispara al menos en dos oportunidades al aire y en una ocasión hacia las personas que se encuentran agrupadas en la entrada del salón comunal. Producto de esto, resulta impactada una mujer, a quien el imputado le provoca una herida con uno de los proyectiles percutidos, teniendo su ingreso, en la región escapular derecha, pasando por la axila y saliendo por el brazo derecho, y le causa una lesión del plexo braquial derecho, por lo que es incapacitada para realizar sus labores habituales por dos meses, quedando dicha ofendida con un debilitamiento persistente en el miembro superior derecho.

En defensa del imputado, se alegó que quien actúa con dolo eventual no quiere realizar el hecho, por lo que su voluntad no se orienta a conseguirlo. Por ello, la ocurrencia del ilícito queda siempre, en mayor o menor medida, sujeta a elementos fortuitos que, como tales, son ajenos a la voluntad del acto. Luego, si el azar determina que el resultado ilícito no se dé, aunque haya sido aceptado como posible, no cabía imponer una sanción penal alegando una tentativa, ya que significaría sancionar al agente, solo por haber aceptado en su mente la posibilidad del hecho.

De acuerdo con la defensa del sujeto, solo es posible sancionar la tentativa de un hecho cometido a título de dolo eventual, cuando su realización ha dejado de ser una mera contingencia y se ha convertido en un eminente resultado de la acción del agente. En el caso de estudio, aunque el imputado previó que con su acción ponía en peligro la integridad física de los que estaban en el lugar, no se podía asegurar que aceptó el resultado muerte de alguno de ellos, amén de que el dictamen médico-legal no indicaba que la lesión sufrida por la ofendida pusiera en peligro su vida, por lo que el hecho constituía lesiones graves y no delito de tentativa de homicidio.

La Sala Tercera rechazó este alegato al confirmar que los hechos en perjuicio de la ofendida, constituyeron tentativa de homicidio simple con dolo eventual. De acuerdo con el criterio de la Sala, en primer lugar, debido a que el imputado disparó en contra de un inmueble, donde se estaba realizando el baile (y de manera específica, contra quienes allí se encontraban), es evidente que consideró seriamente la posibilidad de realización del tipo penal del homicidio y se conformó con ella, conclusión a la que se llega tras el análisis de la dinámica del suceso y el uso de un arma de fuego.

Conforme a la descripción de los hechos, resultaba claro que el sujeto actuó con ánimo homicida, pues quien dirige un disparo hacia un salón y específicamente a las personas que están en él, actúa con dolo eventual, ya que existe conciencia (representación) de la posibilidad de que muera alguien, así como aceptación de ese resultado.

A mayor abundamiento, en el caso de estudio debía ponderarse otra circunstancia que también confirmaba el dolo homicida con que actuó el encartado, a saber, el hecho de que, minutos antes, el imputado le intentó disparar a la persona que lo sacó del baile, sin lograr su objetivo porque el arma de fuego se encasquilló.

Si bien en los casos de dolo eventual, el sujeto activo asume un grado de incertidumbre, en relación con la producción del resultado, esa circunstancia no lleva a pensar que, en caso de darse el resultado, se excluya su responsabilidad, ya que como se ha indicado, el individuo aceptó el advenimiento de ese resultado. Pese a que en el dolo eventual, el resultado solo se contempla como de posible realización, la conducta del sujeto sigue siendo reprochable, dada la aceptación de esa posibilidad (tesis que siguió nuestro legislador al equiparar en el artículo 31 del Código Penal el dolo directo y el dolo eventual).

En síntesis, 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 da. Todo lo contrario, desde nuestra normativa, obra con dolo tanto el que quiere la realización del hecho tipificado, como quien la acepta, previéndola al menos como posible.

En segundo lugar, para la Sala el homicidio efectivamente quedó en grado de tentativa, puesto que, del artículo 24 del Código Penal, se extrae que la tentativa requiere: (1) el dolo de consumación del delito; (2) que ese dolo se manifieste mediante actos directamente encaminados a la consumación; (3) que causas independientes del agente impidan la consumación y, finalmente, (4) que la consumación no sea absolutamente imposible, ya que en nuestro país se castigan como tentativa, los casos donde la consumación es relativamente imposible.

En el caso de estudio, el imputado dirigió un disparo hacia el inmueble, donde había una gran cantidad de personas, previéndolo que con su acción, podía dar muerte a cualquiera de ellas y, aceptando como probable, la producción de ese resultado. Esa conducta, a criterio de la Sala, constituyó sin lugar a dudas un acto de ejecución del delito de homicidio, ya que una circunstancia ajena al encartado impidió que se consumara el hecho, a saber, que la bala no impactó ningún órgano vital de la víctima. Por todo lo anterior, el acusado actuó con un dolo homicida (específicamente con dolo eventual) y el resultado no se consumó por una circunstancia ajena a su voluntad, cumpliéndose en el caso de estudio con todos los elementos objetivos y subjetivos de los artículos 24 y 111 del Código Penal³³⁷.

3.4.- Elementos de la tentativa

a) Un componente subjetivo. Es preciso analizar el contenido de voluntad del agente y, para ello, debe acudirse a la conducta que encaja en forma completa en la descripción típica del delito que se trata (recordemos que no hay tentativa en abstracto, sino de un delito concreto). Si el tipo de delito consumado requiere otros elementos subjetivos, además del dolo, estos deberán estar presentes en la tentativa.

337 Sala Tercera, voto [n.º 2006-312](#) de las 9:40 hrs. del 6 de abril de 2006.

- b) **Comienzo de la ejecución típica.** Este es el elemento central del aspecto objetivo e indica el inicio de una actividad que debe conducir a la persona, sin necesidad de pasar por ninguna otra fase de carácter intermedio, a la realización del tipo penal correspondiente. Este elemento debe ser bien distinguido de la fase de **preparación**.

Para establecer si un acto es preparatorio o de ejecución, deben tomarse en cuenta, tanto el plan del autor, como la realización de actos socialmente relevantes que signifiquen una amenaza o lesión de bienes jurídicos.

- c) **Idoneidad de los actos.** Para establecer la idoneidad de los actos, el analista debe colocarse en la misma posición del agente y debe determinar si, en la situación concreta, la acción ejecutada fue suficiente para lograr la consumación de la conducta típica, de conformidad con el bien jurídico objeto de tutela.

A manera de ejemplo, véanse los siguientes casos:

Síntesis. Un grupo de sujetos conformaron una banda con la finalidad de realizar un asalto a un local comercial. A la hora y fecha que se acordó efectuar el robo, los sujetos se reunieron en las afueras del local. En este lugar, se dividieron las funciones según el plan preconcebido, tras lo cual se dirigieron al negocio. Al llegar al sitio, los vehículos ocuparon situaciones estratégicas según el plan. Luego algunos ocupantes se bajaron, mientras otros se quedaron en el automotor para posteriormente facilitar la huida. No obstante, cuando se dirigían a la puerta del establecimiento seleccionado, con el fin de ingresar y proceder a sustraer los bienes que allí se encontraban, portando armas de fuego que llevaban desenfundadas, así como ocultando sus rostros con pasamontañas y pelucas, fueron interceptados por la policía, quien les impidió la entrada y además logró su captura.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, los hechos descritos constituyeron el delito de robo agravado en estado de tentativa, ya que dicho cuadro fáctico establecía claramente el plan de los autores, los actos encaminados a su realización y el peligro sufrido por los objetos que se encontraban dentro del establecimiento escogido para realizar el acto ilícito.

Siguiendo la teoría individual objetiva, debe analizarse en cada caso, si el autor, de acuerdo con el plan dispuesto, se puso en actividad inmediata para la realización del tipo, es decir, si sus actos iban directamente encaminados a la consumación, y si eran idóneos.

En el caso concreto, los actos realizados fueron idóneos y eficaces para determinar que la voluntad de los autores, se dirigía a sustraer bienes del local comercial, para lo cual se organizaron en una banda; se reunieron el día del asalto en los alrededores del sitio para dividirse las funciones y trataron de evitar ser reconocidos, mediante el uso de pasamontañas, guantes y pelucas. También en ese lugar, se repartieron las armas y los

vehículos que facilitarían la acción. Una vez en el sitio del suceso, dejaron los automotores en posiciones estratégicas para la huida, con las puertas abiertas y los choferes en sus puestos listos para escapar. Los encargados de entrar al local, descendieron del carro con las armas desenfundadas y apuntando, y se dirigieron a la puerta del establecimiento, prestos para entrar y apoderarse de bienes, momento en el cual son apresados. Según los hechos descritos, la intención de los imputados era claramente sustraer bienes del citado local comercial, y los actos realizados resultan idóneos y eficaces para tal fin.

Por lo anterior, a criterio de la Sala los bienes que se encontraban dentro del negocio, en efecto corrieron peligro, pues los acusados se disponían a ingresar al local para tomarlos, cuando fueron detenidos. Por causa de dicha detención, no podría considerarse que se estaba ante un delito imposible, puesto que el sujeto, el objeto y los medios eran idóneos para el logro del fin propuesto. Aun cuando la policía fue alertada, podría haberse frustrado la detención y consumado el hecho delictivo. La actividad desplegada por los imputados fue más allá de la preparación del plan, y desde el momento en que arribaron al lugar con las armas desenfundadas y apuntando para impedir la obstaculización del proyecto, tratando de ingresar al negocio escogido, ya el plan estaba en ejecución, el cual no pudo continuar por la intervención de la policía³³⁸.

Síntesis. Un sujeto ve a su enemigo, quien va conduciendo un vehículo automotor, por lo que extrae de sus ropas un arma de fuego; apunta hacia la cabeza de este, desde atrás y dispara. La bala impacta en una barra del reposacabezas del asiento del conductor, de manera que se desvía, penetra en el hombro del ofendido y lo causa lesiones que lo incapacitan para sus labores habituales por espacio de diez días. De acuerdo con la pericia forense, las lesiones en el hombro de la víctima, no pusieron en peligro su vida.

La defensa del imputado sostuvo que el elemento objetivo de la figura de tentativa de homicidio, no se configuró en este caso, pues el dictamen médico aportado a los autos, determina que *la vida del ofendido no fue puesta en peligro*. Por lo anterior, si el ofendido no murió, fue porque el disparo nunca puso en peligro su vida, por lo que los hechos descritos no pasaban de ser una simple agresión con arma.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria por tentativa de homicidio. Para la Sala, el hecho de que, desde el punto de vista médico-legal, las lesiones del ofendido no pusieron en peligro su vida, no obsta considerar que el accionar del imputado se acercó de un modo importante a la realización del núcleo del tipo de homicidio. Es decir, la acción desplegada por el imputado (al dispararle al ofendido, apuntándole a la cabeza) sí puso en peligro el bien jurídico vida, ya que una causa ajena a la voluntad de aquel, impidió la concreción de dicho resultado (querido y buscado): que la bala no impactara en la zona vital a la que iba dirigida.

338 Sala Tercera, voto n.º 2002-490 de las 15:45 hrs. del 30 de mayo de 2002.

Si bien el trauma físico sufrido por la víctima no hizo peligrar su vida, no permitiría concluir que la acción desplegada por el acusado no puso en peligro dicho bien jurídico. En casos como el de estudio, donde las lesiones derivadas del comportamiento ilícito del agente activo, no ponen en peligro la vida de la víctima (o en aquellos en los que del todo no se producen lesiones, como sería –por ejemplo– cuando el disparo ni siquiera impacta en la humanidad del sujeto pasivo), la determinación del eventual peligro que pudo haber corrido la vida, no debe hacerse a partir del dictamen médico-legal (que a dichos efectos no aportaría ningún dato significativo), sino al valorar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo el hecho.

Sobre este tema, la misma Sala había señalado anteriormente que, siendo la acción una voluntad objetivada, “habrá de estarse al significado perceptible de esa voluntad para identificar su dirección”. Así, el uso pretendido de un medio idóneo para causar la muerte en un sector del cuerpo susceptible de amenazar la vida, ciertamente revela la intención homicida.

Lo anterior debe valorarse abstractamente, es decir, de acuerdo con la idoneidad del medio empleado y la susceptibilidad del sector que se pretendió afectar; con independencia del peligro concreto que en el caso específico, se hubiera corrido, pues en muchas ocasiones, podría acontecer que, por factores ajenos, la acción no implique un peligro efectivo para la víctima (que podría ser la mala puntería del tirador o la lentitud en su proceder). En este caso, no se habría puesto en peligro su vida; pero habrían concurrido los componentes típicos suficientes para tener por configurado, el delito en grado de tentativa, como sucedió en el caso de estudio.

Si bien es cierto que, en algunos casos, la intención homicida podría descartarse al examinar el tipo de lesión sufrida por la víctima, esa valoración **no siempre es idónea**, puesto que debe examinarse también –y principalmente– la acción desplegada por el sujeto activo y las circunstancias en que esa conducta se produjo, para luego valorar las consecuencias y los resultados producidos en la víctima, todo con la finalidad de distinguir entre los delitos de lesiones, agresión y tentativa de homicidio, pues en el caso de estudio, dicho análisis llevaba a la conclusión de que la intención del imputado era dar muerte al ofendido, no simplemente lesionarlo y, que por motivos ajenos a su voluntad, no pudo conseguir el resultado por él procurado³³⁹.

339 Al respecto pueden consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 2001-353 de las 9:20 hrs. del 8 de junio de 2001; n.º 2002-607 de las 11:23 hrs. del 21 de junio de 2002 y n.º 2005-872 de las 9:25 hrs. del 12 de agosto de 2005. El voto más reciente donde se reitera esta posición es el n.º 2007-193 de las 16:00 hrs. del 8 de marzo de 2007, en el cual se indica lo siguiente: [...] *Si bien es cierto, el Tribunal no realizó un examen técnico y profundo de los elementos del dolo, no lleva razón el recurrente, al indicar que se ignoran las razones por las que los Juzgadores consideran que la tipicidad subjetiva (dolosa), corresponde al delito de homicidio calificado tal y como se le atribuyó al encartado. Entendiendo la sentencia como una sola pieza que debe analizarse en forma integral, se desprende de los hechos probados por el Tribunal,* (continúa en la siguiente página)

d) Univocidad de los actos. Los actos, además de idóneos, deben estar **inequívocamente dirigidos a la consumación**. Este concepto supone la prueba evidente del propósito criminoso, como una característica objetiva de la conducta.

A manera de ejemplo, véase el siguiente caso: un sujeto ingresa a la vivienda de una menor de edad, a quien le propone que mantengan relaciones sexuales. Como la niña no acepta, el sujeto la toma por la fuerza y la lanza al suelo, donde le manosea el busto; la besa; le toca los órganos genitales e intenta despojarla de los calzones, mientras el sujeto se encuentra parcialmente desnudo y con el pene al descubierto, procurando penetrar a la

*que la acción perpetrada por el imputado fue realizada con un evidente animus necandi, al acreditar en lo que interesa lo siguiente: “[...] el acusado K.G., con la clara intención (sic) de acabar con la vida de su propia madre, procedió a golpearla brutalmente en múltiples oportunidades en el rostro, la cabeza y el cuerpo, provocándole trauma craneoencefálico con equimosis en la frente, mejilla, pabellón auricular y región orbicular del lado derecho, barbilla del lado izquierdo y labio inferior, herida contusa en el labio, fractura de los huesos nasales, hematoma y edema del cuero cabelludo, hemorragia de las membranas que recubren el cerebro; trauma torazo abdominal con equimosis en región clavicular, esternal y pectoral, equimosis en flanco derecho abdominal, un mordisco, excoriaciones en la espalda, fractura de las costillas; trauma de extremidades con equimosis en el brazo derecho, ambas costillas y el muslo derecho, fractura del tobillo derecho (...)” –(ver folios 824-825)–. Conforme a lo anterior, se desprenden varios elementos que permiten deducir la intención homicida del justiciable, como lo son: **a)** la cantidad y magnitud de las lesiones presentadas por la víctima, que reflejan la aceptación del encartado de un resultado fatal, produciendo hemorragias, fracturas y traumas de especial afectación en la salud de una persona de 62 años de edad; y **b)** la afectación de zonas vitales de la víctima (principalmente en la cabeza y el pecho) producto de los golpes propinados por el imputado, demostrando un menosprecio de la vida de su madre y su intención unívoca de asesinarla. Es decir, en la especie, si bien es cierto, no se cuenta con pruebas directas que permitan valorar –en forma separada– el nivel volitivo y cognoscitivo presentado por el justiciable en la conducta por él desplegada, el Tribunal logró extraer que su forma de proceder en la ejecución de los actos lesivos, revelaba su intención de provocar el resultado fatal previsto en el homicidio calificado que se regula en el artículo 112 inciso 1) del Código Procesal Penal. Al respecto, esta Sala ha indicado que: “[...] el dolo normalmente se infiere inductivamente del análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho, conforme a las reglas de la sana crítica, resultando un exceso el exigir prueba directa para su constatación –cuando ésta sólo podría provenir de la confesión del imputado [...]” (Voto: 0657-98 de las 9:20 horas del 10 de julio de 1998).- Cabe indicar que el homicidio doloso se estructura sobre dos extremos: uno el elemento subjetivo, o sea la voluntad de dar muerte; y el otro, el objetivo, vale decir, la exteriorización en el mundo real de esa voluntad, o sea la conducta, el resultado y la relación causal. En tal sentido, doctrinalmente se indica que: “[...] La acción homicida se califica como dolosa cuando el conocimiento y la voluntad del actor se determinan a producir la muerte de un hombre; el obrar doloso es una actividad encaminada conscientemente a matar [...] el dolo es el conocimiento y la voluntad de ejecutar una acción que se sabe típica [...] hay dolo cuando el agente conoce el hecho típico y quiere su realización [...]” –(GOMEZ LOPEZ Orlando. “EL HOMICIDIO”, editorial Temis, Bogotá, 2.ª edición, 1997, Tomo II, páginas 127 y 128). En esa misma línea de pensamiento se indica que “[...] El delito doloso se caracteriza por una coincidencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo: la representación del autor, propia del tipo subjetivo, debe alcanzar a los elementos del tipo objetivo. En este sentido es posible afirmar que en el delito doloso el autor obra sabiendo lo que hace [...]” –(BACIGALUPO, Enrique. “DERECHO PENAL, PARTE GENERAL”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2.ª edición, 1999, pág. 315)–. Como se desprende de lo dicho hasta aquí, se entiende que en la especie, el Tribunal consideró que el imputado K.G. actuó con pleno conocimiento y voluntad de producir el resultado previsto por el tipo penal, –contrario a lo señalado por el recurrente–, justificó en forma correcta su decisión, al decir: “[...] el endilgado sí poseía el pleno conocimiento de lo que hacía y si (sic) contaba con la plena voluntad para realizarlo, aceptando el resultado muerte [...] aún así actuó deliberadamente con el propósito consciente y la finalidad querida de lograr la realización penal del tipo penal acusado [...]”.*

ofendida en la vagina. A consecuencia de los gritos de la menor, se acercan dos hermanos de esta, quienes con su presencia evitan que el sujeto consuma el acceso carnal con la menor, y abandona de seguido el sitio.

La defensa del sujeto sostuvo que los hechos descritos no constituyeron una tentativa de violación, sino abusos sexuales contra una persona menor de edad.

La Sala Tercera confirmó la condenatoria por tentativa de violación, indicando que poder distinguir en la violación, el momento en que se inicia la ejecución del delito por actos directamente encaminados a su consumación (artículo 24 del Código Penal) es el criterio que posibilita la admisibilidad jurídica de la tentativa de ese tipo penal.

No obstante, debido a que los actos tendientes a lograr la cópula son, en muchos casos, actos objetivamente consumativos de otros delitos (como sucede frecuentemente con el abuso sexual), debía admitirse que en ocasiones, existe la dificultad de poder delimitar claramente entre ambos delitos, como sucedía en el caso de estudio, donde el imputado, valiéndose de su fuerza, besó y tocó indecorosamente el cuerpo de la menor, hechos que objetivamente –en principio– podían considerarse como constitutivos de abusos deshonestos.

Sin embargo, esa dificultad se desvaneció al tomar en cuenta que el tipo penal no se reduce a meros aspectos exteriores u objetivos (tipo objetivo) como los indicados, sino que además contempla un aspecto que tiene lugar en la conciencia del autor (tipo subjetivo) que debe concurrir con aquellos para que la conducta sea típica.

De esta manera, podía considerarse que siempre que las acciones del agente sean idóneas y estén unívoca y directamente encaminadas a lograr el acceso carnal, se estará en presencia de una tentativa de violación, mientras que las acciones externamente semejantes a las anteriores, pero que no tengan esa finalidad, constituyen abusos sexuales (u otro delito, o ningún delito), siempre y cuando se verifique y considere cuál fue la intención o finalidad que tuvo el agente al realizar tales actos (dolo).

De este modo, no basta para el tipo penal de violación, por ejemplo, que el autor, con el miembro erecto fuera de entre sus ropas, efectúe sobre la humanidad de su víctima, movimientos similares a los del coito, si de las probanzas surge como improbable, la intención de realizar el acceso carnal, produciéndose en realidad un abuso deshonesto mediante el coito *inter femora*. Tampoco los besos o los tocamientos impúdicos o indecorosos, si no son realizados con intención de llegar al acceso carnal, podrán constituir el delito de violación en grado de tentativa.

En síntesis, para que exista tentativa de violación se requiere el concurso de los siguientes elementos: a) Actos idóneos que signifiquen inequívocamente el inicio de la ejecución del delito descrito en el artículo 156 del Código Penal. b) El conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo al momento de desarrollar la acción, extensivo –según el caso–

a las circunstancias que califican o agravan la responsabilidad penal. c) El acceso carnal no se debe producir por causas independientes al autor, es decir, ajenas a su voluntad.

En el caso de estudio, el imputado, valiéndose de su fuerza, lanzó a la menor ofendida al suelo, donde la besó y tocó su busto y vagina, mientras él se encontraba parcialmente desnudo, con el pene al descubierto e intentando quitarle los calzones, tales actos son objetivamente idóneos para lograr el acceso carnal contra la voluntad de aquella. Pero no lo logró alcanzar por la llegada de dos hermanos de la ofendida, quienes se presentaron al lugar al escuchar sus gritos. Esa finalidad, en este caso concreto, no solo se deducía tácita y unívocamente de las significativas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los actos materiales, sino además explícitamente de la infructuosa proposición que le hizo el encartado a la menor, antes del acto de tener relaciones sexuales, por lo que los hechos descritos constituyeron una clara tentativa de violación³⁴⁰.

e) **Falta involuntaria de consumación.** Según este requisito, la consumación no se lleva a cabo por “causas independientes de la voluntad del agente”, como se establece en el proyecto de Código Penal, en el artículo 34 y en el artículo 24 del vigente.

Cuando la persona les pone fin voluntariamente a los actos realizados e impide la consumación, estamos frente al desistimiento.

Si por razón del desistimiento, no se lleva a cabo el delito que inicialmente se pretendía cometer; pero los actos cometidos (antes de que la persona tome la decisión de no continuar con la ejecución), sí constituyen una conducta que encaja en otro tipo penal. Lo que corresponde es sancionar al autor por este último (lo que se conoce como el **delito remanente**). El ejemplo clásico es el de quien desiste de la violación, pese a que nada le impedía consumarla, pero ha causado lesiones que no pueden quedar impunes.

3.5.- Clases de tentativa

3.5.1.- Tentativa idónea e “inidónea”

- a) **Idónea.** Es la tentativa común, es decir, aquella situación en que si no se presenta circunstancia ajena a la voluntad del autor, el delito se habría consumado.
- b) **“Inidónea”.** El autor comienza a ejecutar el hecho, pero este no se consuma porque los actos no son idóneos para su logro, independientemente de que ello acontezca por razones fácticas o jurídicas (intentar apoderarse de un bien creyéndolo ajeno, cuando en realidad es propio; buscar causarle un aborto a una persona no embarazada; tentativa de fuga de quien no está privado de libertad).

340 Sala Tercera, voto [n.º 182-F-94](#) de las 9:55 hrs. del 27 de mayo de 1994. Esta misma posición ha sido reiterada en fecha reciente, mediante voto [n.º 2006-395](#) de las 10:00 hrs. del 5 de mayo de 2006.

Los casos de tentativa “inidónea” son **errores de tipo al revés** y se deben distinguir del **delito putativo** que se presenta cuando el autor realiza una conducta que estima prohibida, pero que es lícita, lo que equivale a un **error de prohibición al revés**.

El Código Penal patrio, en el artículo 24, establece que si fuera absolutamente imposible la consumación del delito, no se aplicará la pena correspondiente a la tentativa.

Esta figura de imposibilidad absoluta se asocia con el concepto de **delito imposible**, en donde no se da ninguna puesta en peligro del bien jurídico tutelado, por lo que si se sanciona, ya sea con una pena o con una medida de seguridad, sería violar el **principio de lesividad**.

Hay delito imposible, cuando existe una imposibilidad absoluta de consumación del hecho delictivo.

Los supuestos de “inidoneidad” relativa deben ser analizados como correspondientes a la figura de la tentativa, a los cuales se les aplicaría lo dispuesto en el artículo 24.

Sobre este tema, nuestra jurisprudencia ha señalado que, al igual que la tentativa, el delito imposible exige la realización de actos de ejecución. Pero, mientras en la primera, el intento es potencialmente apropiado y fracasa por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, en el delito imposible los actos carecen de tal potencialidad y, por consiguiente, están destinados al fracaso –por sí mismos– desde que se comienzan a ejecutar. Esa incapacidad para producir el resultado, se conoce comúnmente como “inidoneidad de la acción” (la acción no es idónea porque carece de la aptitud necesaria para que el agente pueda alcanzar su finalidad). Por tanto, desde el punto de vista legal, la figura existe cuando sea **absolutamente imposible**, la consumación del delito, es decir, cuando el sujeto activo realiza actos de ejecución **totalmente “inidóneos”** para producir el resultado delictuoso³⁴¹.

En tales casos, es evidente que el bien jurídico tutelado no corre peligro alguno, porque el delito imposible representa “un peligro de ejecución sin peligro real para el bien jurídico tutelado”. De acuerdo con la doctrina, la “inidoneidad” de la tentativa puede provenir de un defecto concerniente al medio empleado, al sujeto o al objeto:

- a) **Sobre el medio.** Ocurre cuando el medio empleado para la ejecución del delito, no era idóneo para producir el resultado procurado. Por ejemplo, no puede cometer tentativa de homicidio quien, deseando envenenar a su víctima con cianuro, sin saberlo, echa edulcorante inofensivo en su bebida.

341 Sala Tercera, voto n.º 560-F-93 de las 9:40 hrs. del 15 de octubre de 1993.

- b) Sobre el sujeto.** Se presenta cuando el tipo penal exige determinada calidad o condición en el sujeto y este no la tiene. Para la doctrina, autor “inidóneo” es aquel que no reviste la especial calidad que hace nacer el deber jurídico de hacer (norma imperativa) o de no hacer (norma prohibitiva). Por ejemplo, no puede cometer prevaricato, quien no es funcionario público.
- c) Sobre el objeto.** Cuando la acción recae sobre una “cosa” que no permite la consumación o que no existe. Por ejemplo, no puede cometer delito de aborto procurado, la mujer que, sin estar embarazada, consume un abortivo, o bien, no puede cometer homicidio, quien dispara contra un hombre que ya está muerto (falta el bien jurídico que la acción pretende afectar).

Doctrinalmente también se afirma que para dirimir el problema de la idoneidad, hay que tener en cuenta, ante todo, que el examen debe efectuarse *ex ante*, es decir, al momento del comienzo de la ejecución, ya que *ex post*, todas las tentativas son “inidóneas” (pues el hecho, en la forma en que se desarrolló, nunca pudo haber consumado el resultado). Asimismo, el análisis tampoco puede llevarse a cabo a partir de la sola creencia del autor, puesto que en tal caso, todas las tentativas necesariamente serían idóneas (pues para que haya dolo, el autor debe suponer que la consumación sería posible).

Sin embargo, autores como Mariano Silvestroni proponen recurrir a la fórmula del “observador imparcial”, situado *ex ante* y con conocimiento de todas las circunstancias objetivas del hecho: si al momento del comienzo de la ejecución, dicho observador verifica que, objetivamente, el delito no se podía consumir, la tentativa sería “inidónea”. Esta fórmula se complementa al introducir una subjetividad abstracta para llevar a cabo el juicio de razonabilidad de un “hombre inteligente”, al momento de la ejecución.

De esta forma, si parece razonable considerar que se logrará la consumación del delito con los medios elegidos por el autor (independientemente de la existencia de factores objetivos que la frustrarán de todos modos), la tentativa sería idónea (v. gr. quien apunta directamente al cuerpo de su enemigo y dispara con intención de matar; pero un objeto inesperadamente se atraviesa, y desvía el disparo). En cambio, si a pesar de la creencia del autor en la consumación, desde la óptica del observador imparcial, no era razonable suponerla, la tentativa sería “inidónea” (v. gr. quien desea matar a su enemigo envenenándolo, pero para ello utiliza una sustancia totalmente inofensiva).

A manera de ejemplo, véase el siguiente caso: el imputado **A** se apersona a la casa de la señora **B**, con quien se enfrasca en una discusión, aunque que le habían negado al imputado que **C** (concubina de aquel) se encontraba en ese lugar. En virtud de lo anterior, el imputado saca de entre sus ropas un arma de fuego tipo revólver calibre 38, y procede en el acto a apuntar con dicha arma de fuego hacia la humanidad de la ofendida **B**, y disparar contra ella. Pero no logra impactarla, debido a que los ofendidos **D** y **E** tratan de arrebatar el arma de fuego de las manos del imputado.

En ese mismo acto, habiendo los ofendidos **D** y **E** intervenido en defensa de la señora **B**, son empujados por el imputado, quien con la finalidad de darles muerte, les dispara a cada uno de ellos a nivel del pecho con el arma. Inmediatamente, el imputado procede a dispararle con esa misma arma de fuego a la ofendida **C**, y logra impactarla en la pierna izquierda. Después, acciona dicha arma de fuego con ánimo homicida hacia la humanidad del ofendido **Z**, quien pretende intervenir en ayuda de esta. Sin embargo, el arma no se dispara, pues se quedó sin municiones. En el momento en que el imputado pretende cargar nuevamente el arma de fuego, para disparar contra **Z**, es enfrentado por parte este último, quien portando un machete en sus manos, trata de alcanzar al imputado, y logra de esta manera que no pueda disparar nuevamente contra su humanidad y la de los otros ofendidos.

El Tribunal de Juicio absolvió al imputado por el delito de tentativa de homicidio en daño del ofendido **Z**, por estimar que al momento en que el imputado le apunta y acciona su arma, esta ya no tenía balas, pues en el momento en que **A** pretende cargar nuevamente el arma de fuego, es enfrentado por parte del ofendido **Z**, quien portando un machete en sus manos trata de alcanzar al imputado, y logra de esta manera que no pudiera disparar nuevamente contra su humanidad. Por tanto, con respecto a este último ofendido, no existía delito, ya que la tentativa resultaba “inidónea”, por haberse quedado el arma de fuego sin municiones.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, no resultaba de recibo la tesis de que fue la acción defensiva de **Z** lo que impidió al encartado llevar a su término la intención de dispararle a aquel, y al mismo tiempo estimar –como hizo el *a quo*- que en la especie se configuró una tentativa “inidónea”. La esencia misma de la tentativa es que el sujeto activo no logra su fin por causas ajenas a su voluntad. Pero en el delito imposible, desde un punto de vista objetivo, el medio elegido no es idóneo para alcanzar el resultado.

En el caso de estudio, el *a quo* explicó que, en cuanto a **Z**, el arma no le impactó, pues ya no tenía balas; y es en el momento en que pretendió el sindicado, cargar nuevamente dicha arma de fuego, que fue enfrentado por parte de **Z**, logrando de esta manera que no pudiera disparar nuevamente contra su humanidad y la de los otros ofendidos. No obstante, a partir de los eventos acreditados, se obtenía claramente la idoneidad del medio empleado, al punto de que **A** ya había percutido el arma y había herido a varias de las víctimas, y más aún, se describía en sentencia, cómo la intervención de **Z** impidió que el justiciable no llevara a buen término su pretensión de recargar el arma. El *a quo* concluyó que en el caso de este último la tentativa era “inidónea”.

Para la Sala, este razonamiento no resultaba correcto, pues sin entrar siquiera a analizar la idoneidad relativa del medio utilizado (arma de fuego que por cuestiones circunstanciales, ya no tenía balas en el momento del disparo a **Z**), se dejó de tomar en cuenta que la acción realizada en contra del ofendido, comprendía dos momentos: el primero, cuando **A** haló el gatillo, pero el arma no percutió por no tener ya balas; y un segundo momento, descrito

también en los hechos probados, consistente en que cuando se le acaban las balas, el justiciable pretendió cargar el arma de nuevo. Pero la oposición de **Z**, quien se había armado con un machete, se lo impidió.

Este segundo momento, que se describe en el cuadro fáctico acreditado en sentencia, resulta contradictorio con la absolutoria, pues sería indicativo más bien de que no fue la “inidoneidad” del medio utilizado, sino la oposición de uno de los ofendidos, lo que impidió que **A** siguiera adelante con sus fines, por lo que resultaba procedente declarar con lugar, la casación interpuesta por la representación fiscal³⁴².

En el medio costarricense, el caso más representativo es el de los denominados “**delitos experimentales**”. Se trata de situaciones donde con la finalidad de recabar elementos de prueba contra una persona, se monta una escena dirigida y controlada por las autoridades policiales, con conocimiento del órgano requirente y de la autoridad jurisdiccional y se motiva al investigado a comenzar la ejecución de un delito que, posteriormente, es frustrado por la misma policía. Por esta razón, no existe ninguna posibilidad de peligro para el bien jurídico. De esta forma, el delito experimental sirve para probar la existencia de otros delitos, no el que configura el mismo experimento. Ejemplos de ello son las compras de droga controladas por la policía, en las investigaciones por narcotráfico³⁴³.

El rechazo a la punibilidad de la tentativa “inidónea” deriva de razones político-criminales cuando se trata de la tentativa irreal (pretender matar a alguien con conjuros). También se excluyen los supuestos donde no hay un mínimo de peligro para el bien jurídico (querer envenenar con azúcar).

Si se pretendiera sancionar la tentativa “inidónea”, estaríamos retrocediendo a la aplicación del concepto de peligrosidad, ajeno al criterio de culpabilidad por el hecho que nos rige y que es propio de un sistema penal que pretende ser respetuoso de las garantías y derechos básicos de las personas.

Se sustituiría la responsabilidad por la peligrosidad, si consideramos que, si bien la persona no llevó a cabo una conducta adecuada para producir el resultado, sí existió intención de cometer el delito, y ello torna al sujeto en peligroso para el ordenamiento jurídico.

Para que la tentativa “inidónea” pueda ser sancionada, requeriría de los mismos requisitos de la idónea (dolo, el inicio de la fase ejecutiva y que esta suponga un peligro objetivo para el bien jurídico protegido).

342 Sala Tercera, voto [n.º 2006-1247](#) de las 9:55 hrs. del 11 de diciembre de 2006

343 Acerca del tema del delito experimental, pueden consultarse los votos de la Sala Constitucional, [n.º 2000-7140](#) y [n.º 2001-6466](#), así como de la Sala Tercera, [n.º 22-F-95](#) de las 9:20 hrs. del 20 de enero de 1995 y [n.º 642-F-96](#) de las 11:00 hrs. del 24 de octubre de 1996, y del Tribunal de Casación Penal, [n.º 2002-355](#) de las 9:20 hrs. del 10 de mayo de 2002.

En este sentido, cabe recordar que mediante la resolución n.º 1588-98 de las 16:20 hrs. del diez de marzo de 1998, 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 esta manera, no basta con infringir una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad, y si bien 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 de dicho derecho 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, sancionar con una pena o una medida de seguridad violenta, el principio de ofensividad. Por ello declaró la inconstitucionalidad de la frase “*en tal caso se impondrá una medida de seguridad*” contenida en el anterior artículo 24, y los artículos 98, inciso 5) y 102, inciso b), todos del Código Penal.

3.5.2.-Tentativa inacabada y acabada

a) Inacabada. Se presenta cuando la ejecución de la acción típica **se interrumpe en sus comienzos** a causa de factores ajenos a la voluntad del agente que le impiden la consumación de la conducta. En todo caso, los actos iniciados deben ser idóneos y deben estar inequívocamente dirigidos a la consumación. Esta tentativa se conoce también como **incompleta o interrumpida**.

En la tentativa inacabada, no se ha realizado toda la actividad necesaria para que sobrevenga el resultado dañoso y este no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

b) Acabada. En este supuesto, el agente realizó todo lo que estaba a su alcance para lograr la consumación, pero no lo logró por causas ajenas a su voluntad. Se le conoce también como **completa o concluida**.

La tentativa acabada supone la realización de todos los actos necesarios para alcanzar la consumación. Pero esta no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

Hay supuestos de tentativa acabada donde después de la actividad del agente, debe esperarse el resultado dañoso que puede depender del transcurso del tiempo (en el caso de explosión de una bomba activada por reloj), o de la decisión de otro (en la estafa,

después del ardid, deben esperarse el error y la disposición patrimonial de la persona objeto del delito).

Sin embargo, la lesión o daño no se produce por causas independientes de la voluntad del agente. En estos casos, su decisión libre y espontánea, si no se consuma el hecho, requiere para que sea impune, no solo el cese o el abandono de la actividad, sino también de una actividad eficiente para evitar el resultado (desactivar la bomba en el primer ejemplo, o informar del engaño para evitar la estafa, en el segundo). **Esto se conoce como arrepentimiento activo, distinto del simple desistimiento.**

En los casos de tentativa acabada, la realización de acciones para evitar el resultado, después de haber realizado todos los actos dirigidos a la consumación, se conoce como arrepentimiento activo.

La comprensión de la diferencia entre ambas clases de tentativa, se facilita con algunos ejemplos: el hurtador que es sorprendido, cuando está metiendo la mano a la bolsa de un transeúnte (tentativa inacabada). El hurtador que logra introducir la mano en la bolsa, sustrae algún dinero, pero es detenido a pocos pasos, ante los gritos de auxilio del ofendido (tentativa acabada).

Como ejemplo, véase también este caso: un sujeto se acerca a una mujer, quien camina por una vía pública concurrida, con intención de arrebatarse un maletín ejecutivo que esta porta. Aprovechando un descuido de la mujer, el imputado sujeta el maletín, halándolo fuertemente en varias oportunidades. No obstante, la ofendida lo sujeta; se resiste a cederlo y comienza a dar gritos solicitando ayuda. Debido al forcejeo entre ambos, el maletín cae al suelo, sin embargo, la ofendida logra asirlo de nuevo, evitando que el sujeto se apodere de él. El imputado, entonces, opta por darse a la fuga, y es capturado por oficiales de policía aproximadamente a dos cuadras del sitio del suceso.

En defensa de este imputado, se alegó que los hechos no constituían delito, dado el desistimiento activo por parte del asaltante de sustraer el maletín de la ofendida.

El Tribunal de Casación Penal confirmó la condenatoria por tentativa de robo simple, considerando que en el caso de estudio, no se apreciaba que hubiera sido espontánea la decisión de abandonar la ejecución del robo del maletín ejecutivo, mediante arrebato, sino que en realidad, tal decisión se vio determinada por la resistencia emprendida por la víctima, que fue el factor determinante que le impidió al acusado apoderarse ilegítimamente de su maletín.

Por estos motivos, debía concluirse que sí existió una tentativa, en virtud de que el imputado inició la ejecución del robo, al tratar de quitarle el maletín a la ofendida, mediante arrebato, es decir, con violencia, con precipitación y de manera inadvertida para ella, halándose en varias oportunidades, aunque esta logró evitar que el encartado se lo sustrajera (dando

gritos y llamando la atención de otros transeúntes, lo que forzó al asaltante a huir), y dio lugar a una tentativa inacabada³⁴⁴.

Los conceptos de tentativa acabada e inacabada, están relacionados con la figura del desistimiento que veremos a continuación.

3.5.3.- Tentativa desistida

Se presenta cuando el agente, a pesar de haber iniciado la ejecución de la conducta típica o haberla completado, mediante actos idóneos encaminados a la consumación, de manera voluntaria decide poner fin a su actuar criminoso. En este supuesto, lo determinante es la **propia voluntad**, como el factor que impide la consumación. A esta figura se le conoce también como **desistimiento**.

344 Tribunal de Casación Penal, voto n.º 2003-561 de las 9:25 hrs. del 20 de junio de 2003. Acerca de este mismo tema, en el voto n.º 2006-689 de las 9:55 hrs. del 28 de julio de 2006, la Sala Tercera indica lo siguiente: [...] *Contrario a lo que acusa la defensora, en la sentencia se explica de manera profusa cuál era la finalidad del justiciable, cuál fue la causa que impidió que el ilícito acusado se consumara y a partir de cuáles pruebas se arribó a tales conclusiones. En ese orden de ideas, se descartó que ESM hubiera adecuado su conducta al delito de agresión con arma contemplado en el artículo 140 del código sustantivo, desprendiéndose que su intención era matar al agraviado. Al respecto, se dispuso que el encartado inició la ejecución del delito de homicidio simple: “[...] por actos directamente encaminados a su consumación...”, pero esa consumación no se produjo por causas ajenas al imputado. En ese sentido tenemos que utilizó una cuchilla, sea un arma punzo-cortante, característica que la hace mortal en el tanto tiene suficiente poder destructivo como para acabar con la vida de una persona. Pero no solo del arma empleada se deduce el ánimo en el imputado de acabar con la vida del ofendido, sino que aquél acometió reiterada e insistentemente contra su rival buscando impactarlo en áreas vitales, lo que ratificó cuando la víctima se resbaló en el piso mojado al momento en que además trataba desesperadamente de esquivar a su ofensor, en que se fue a ultimarlo pues acometió con certeza el justiciable contra el abdomen del damnificado, momento en que creyó haberle dado la estocada letal pues se retiró gritando “lo maté lo maté”. Es decir fue esa falsa creencia de que había liquidado al perjudicado, lo que produjo que no continuara agrediendo con la chichilla y no un desistimiento activo en la comisión del delito, pues lo cierto es que cuando el encartado se separó de su víctima, es porque creyó falsamente que había ejecutado todas las acciones idóneas para acabar con la vida de RVV, a quien según dictamen médico-legal logró herir en el mentón, área cercana por cierto al cuello por donde pasan venas y arterias por las que discurren grandes torrentes sanguíneos, las que de sufrir una cortadura producirían la muerte de esa persona por falta de ese líquido vital. Asimismo consumó heridas en el abdomen, donde se alojan órganos también vitales como el corazón, hígado y pulmones. Pero fueron precisamente la falsa creencia de haber infringido una herida letal, más la persistente defensa que con manos y pies opuso hasta el final el ofendido, según lo reconoció en juicio, junto con el hecho de que muchas cuchilladas que lanzó el imputado se enredaron en la camisa del damnificado, al punto que el testigo RSE narró que esa prenda quedó toda cortada, las causas independientes a la voluntad del encartado que evitaron que se consumara el homicidio, de allí también que no sea óbice para calificar el hecho como tentativa de homicidio simple, el que el perjudicado finalmente solo sufriera una incapacidad de cinco días para el desempeño de sus labores habituales, pues ese resultado objetivo de la acción del encartado, no desvirtúa la intención homicida del acusado, sino que viene a ratificar que las causas ajenas a la voluntad del encartado ya indicadas supra, fueron las que impidieron la consumación del delito de homicidio buscado por el acusado, con sus acciones* (Continúa en la siguiente página)

Hay desistimiento cuando el agente, pese a haber iniciado la ejecución del hecho delictivo, en forma libre y espontánea, decide no realizarlo.

3.5.4.- Requisitos del desistimiento voluntario

El abandono del actuar delictivo debe ser definitivo, de carácter voluntario y debe impedir la consumación. De manera que no habría **desistimiento** si la persona considera que hizo todo lo necesario para la consumación (deja de realizar las maniobras abortivas, porque cree que alcanzó el resultado). No puede proseguir con la ejecución (la mujer que va a ser violada huye); el medio empleado no es suficiente; o se trata de algún ardid de la víctima.

Tampoco hay desistimiento definitivo, si el agente posterga la ejecución (el sicario que, al fallar el primer disparo, pospone el asesinato para la semana entrante).

unívocas emprendidas hacia ese fin...” (ver folios 193 a 195). Con base en lo anterior, carecen de interés las cuestiones que apunta la defensora, a saber, que ninguna persona intervino para que el conflicto finalizara o que ESM tenía un juzgamiento anterior por el mismo ilícito por el que fue condenado, ya que ninguno de esos aspectos permite desvirtuar el razonamiento del a-quo expuesto anteriormente. Por otra parte, se alega que además del dicho del ofendido, debía tomarse en consideración las deposiciones de R y RSE y BCP, pues ninguno de ellos aseguró que Soto Montero hubiera desistido de su actuar debido a la lesión que presentaba Vidovich Vega. Conforme se advierte, efectivamente RSE no se refirió a tal cuestión, pues únicamente manifestó: “...Lo que veo es cuando R cae al suelo, el señor ESM sigue encima de él volándole cuchillo, pero a mí me tienen agarrado, pero yo estoy viendo donde el señor Soto le vuela cuchilla, cuchilla, luego sale gritando “lo maté, lo maté”[...] (ver folio 185). Tampoco RSE ni BCP hicieron referencia a dicho punto, lo que resulta evidente porque ninguno de ellos se encontraba dentro del establecimiento cuando tuvo lugar el suceso. En ese sentido, el primero relató: “[...]cuando yo estaba afuera apareció E quien venía en carrera e inmediatamente vi en el negocio a R tirado en el suelo, E iba como asustado, quitando a medio mundo, entonces fue cuando me percaté que E había cortado a R quien estaba lleno de sangre por lo que lo llevamos a la Cruz Roja y después al hospital [...]” (ver folio 186), mientras que BCP, según se constata a folio 187, únicamente narró cuestiones relacionadas con la detención del justiciable y el arma blanca que éste portaba. Por lo tanto, la circunstancia de que no se haya hecho referencia a tales deposiciones en la sentencia, no le irrogó ninguna lesión procesal al justiciable, pues conforme se constató, no lograron aportar ningún dato de relevancia respecto a la causa que hizo cesar el ataque en daño de la víctima. Por último, la defensa de ESM extraña en el fallo una consideración respecto a las diferencias existentes entre la tentativa acabada e inacabada. En virtud del reclamo que se presenta al respecto, cabe recordar que: “[...] En la tentativa inacabada, no se ha realizado toda la actividad necesaria para que sobrevenga el resultado dañoso, y éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente. No obstante, si el agente decide libre y espontáneamente no consumir el hecho y para ello basta con abandonar la actividad (dejar de hacer), no se da la tentativa, se produce así el desistimiento y el hecho queda impune. En contraposición a lo anterior, la tentativa acabada supone la realización de todos los actos necesarios por parte del agente, para alcanzar la consumación del hecho pero esta no se produce por causas ajenas a la voluntad de aquel...” (En ese sentido, ver resoluciones de esta Sala N° 249-F-92, de las 10:25 horas del 5 de mayo de 1995 y N° 777, de las 11:22 horas del 9 de agosto de 2002). Ahora bien, dentro del contexto integral del fallo, la omisión respecto a tal cuestión carece de la trascendencia que le otorga la recurrente, pues no se observa de qué manera, de haberse efectuado el análisis que se echa de menos, se podía haber arribado a un resultado diferente. Por todas las razones expuestas, se declara sin lugar el primer reclamo formulado por la defensa pública.

No es voluntario el abandono de la acción criminal, si es provocado por el temor que infunden las amenazas de la víctima.

Un caso de desistimiento puede ser apreciado en la conducta de quien ata una persona a un artefacto explosivo que no puede quitarse sin estallar, salvo mediante un mecanismo que solo es conocido por el autor, y este interviene, sin ser coaccionado y desactiva el mecanismo.

El efecto más importante del desistimiento, es la impunidad del actuar realizado hasta ese momento (salvo la realización del delito remanente).

El desistimiento no está regulado de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Pero reiteramos, la doctrina lo admite, cuando habiéndose realizado actos ejecutivos de un delito, este no llega a consumarse por la libre voluntad del autor, es decir, cuando este desiste del plan que había comenzado a ejecutar. En este sentido, nuestra jurisprudencia ha indicado que si bien el Código Penal vigente, no contiene una disposición expresa sobre la “impunidad” de la tentativa desistida voluntariamente, esta figura está implícita en el texto del artículo 24, ya que el desistimiento es una forma en que el delito no se consume **por causas dependientes del agente**³⁴⁵.

Es importante destacar que el desistimiento no exige que el agente renuncie a su propósito por una causa noble o desinteresada. Es suficiente con que, en forma voluntaria, decida abandonar la empresa delictiva, con independencia de los motivos personales que lo lleven a actuar de esa forma.

El presupuesto del desistimiento dependerá siempre de la inexistencia de condiciones objetivas que impidan o dificulten gravemente la consumación, sin que la motivación de la voluntad sea relevante, ni que los errores la pudieran condicionar.

Nuestra jurisprudencia señala que lo que distingue la tentativa del desistimiento no es que el agente decida poner fin e interrumpir así las acciones ejecutivas del delito, ya que ambas pueden tener su origen en un acto decisorio, es decir, en la actitud de determinarse por una opción ante una alternativa. Salvo los casos en que un acontecer materialmente impide o interrumpe las acciones del sujeto activo (v. gr. cuando un tercero sostiene la mano donde el agresor blande el cuchillo con el que procura dar muerte a la víctima, o si esta logra esquivar el proyectil que se le disparó), lo normal es que esa determinación se presente (v. gr. quien arremete con arma cortante a otro, con el fin de darle muerte y luego, percatándose de la posible proximidad de terceros, decide u opta por retirarse de inmediato del lugar, sin haber producido el fallecimiento, incurre en tentativa de homicidio, por más que exista una decisión suya y que nada le impida asestar un último ataque

345 Sala Tercera, voto n.º 846-98 de las 9:08 hrs. del 4 de septiembre de 1998.

mortal). El principal elemento diferenciador no es, entonces, la referida decisión, sino las causas por las que la determinación fue adoptada.

En el desistimiento, los motivos por los que el agente se determina a interrumpir la ejecución del delito encuentran su origen en la interioridad psíquica del sujeto, sin que concurren influencias externas capaces de hacer modificar su conducta (puede producirse, por ejemplo, por razones de conciencia, por miedo a la pena, vergüenza, piedad, arrepentimiento, etc.). En la tentativa, por el contrario, más bien esas influencias externas concurrentes motivan la determinación, privando a esta del rasgo de la voluntariedad que caracteriza al simple desistir.

En este sentido, en los casos de la tentativa acabada, para que opere el desistimiento o arrepentimiento y sus consabidos efectos, es necesario que el agente no solo deje de actuar en forma voluntaria, sino que además realice una conducta que tenga como resultado, evitar la consumación del delito³⁴⁶.

En el proyecto del Código Penal que hemos venido mencionando, sí se incluye de manera expresa, esta figura, en el artículo 35: “Hay desistimiento cuando habiéndose iniciado la ejecución de un delito, por actos, directamente encaminados a su consumación ésta no se produce por causas dependientes de la voluntad del agente”. (El subrayado no es del original). Asimismo, el artículo 79 del proyecto dispone que, en los casos de desistimiento, solo se sancionarán los actos que por sí constituyen delito.

Para que haya desistimiento en el caso de la tentativa inacabada, basta con que el autor deje de actuar (desistimiento pasivo). En la tentativa acabada, en donde ya el autor ha realizado todo y la consumación depende de su no intervención futura, requiere que se manifieste en términos de una actividad de evitación (desistimiento activo). Por ejemplo, si una persona envía una bomba por correo, no desiste de la tentativa con solo declararlo y abstenerse de ulterior actividad, aun cuando el mecanismo haya fallado, pues es necesario que dé aviso a la policía o a quien pueda impedir oportunamente su activación. No es necesario que realice la acción de salvamento en forma personal, pues bien puede valerse de un tercero.

Si el resultado igualmente ocurre, habrá que considerar si la acción intentada para impedirlo, era segura, y si el resultado se produjo por otras causas.

346 Sala Tercera, votos n.º 2000-1207 de las 15:45 horas del 19 de octubre de 2000 y n.º 2005-1253 de las 8:55 hrs. del 7 de noviembre de 2005.

Téngase siempre presente que, aun cuando se haya verificado el desistimiento, siempre subsiste la punibilidad de los delitos ya consumados antes de desistir.

Antecedentes jurisprudenciales

Síntesis. Un sujeto aborda un taxi y solicita que se le brinde un servicio de transporte. Al llegar a un sector solitario de la carretera, el pasajero saca de sus ropas un cuchillo que coloca en el cuello del taxista, indicándole que es un asalto y que se traslade al lugar que él le ordene. No obstante, antes de llegar al sitio indicado por el asaltante, el taxista frena intempestivamente su vehículo, y despoja al sujeto del arma punzo cortante, por lo que se produce un forcejeo dentro del automotor, y la víctima le propina a su agresor un mordisco en el pulgar de la mano derecha, pretendiendo huir del lugar, pero al salir del vehículo, es alcanzado por el imputado, quien lo agrede con el cuchillo y una llave “de ranas”, y le causa múltiples heridas en su cuerpo, cara y cabeza.

A pesar de ello, el agredido consigue alejarse del sitio y esconderse en un lote baldío, mientras el imputado lo busca infructuosamente, manifestando que lo va a matar. Al no encontrar a su víctima, el sujeto opta por marcharse de la escena de los hechos, lo que le permite a la víctima huir en busca de ayuda.

En defensa del asaltante, se alegó que al haberse retirado este del lugar sin llevarse consigo ningún bien propiedad del ofendido, desistió voluntariamente de cometer el robo, por lo que el hecho resultaba atípico.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la condenatoria por robo agravado en estado de tentativa. De acuerdo con los hechos descritos, consideró la Sala que fue la resistencia opuesta por el perjudicado dentro del automotor (la cual no podía desligarse de lo acontecido posteriormente fuera del vehículo), lo que constituyó el factor desencadenante, ajeno a la voluntad del inculpa que lo compele a abandonar el sitio de los hechos, sin que el ilícito perseguido se consumara.

En el desistimiento, el agente (autor o partícipe), a pesar de que inició la ejecución de una conducta típica encaminada a su consumación (lo que origina dos modalidades de la figura: el desistimiento en la tentativa acabada y el desistimiento en la tentativa inacabada), de forma voluntaria, decide poner fin a la conducta delictiva. En consecuencia, el aspecto de mayor relevancia para el surgimiento de una acción desistida es la presencia de la propia voluntad, dirigida a evitar la consumación, y su efecto más importante es la impunidad de la conducta, salvo en aquellos hechos que por sí solos, conforman un delito consumado, lo que se conoce como el delito remanente.

El desistimiento voluntario requiere: a) El agente debe abandonar la voluntad delictiva, es decir, que de su parte medie la decisión de no persistir más en la ejecución de su

intencionalidad criminosa. b) El abandono debe ser definitivo, no provisional (aunque determinar tal circunstancia resulta casuístico). c) El abandono debe ser voluntario, lo que significa que no medie una circunstancia ajena al imputado. d) El desistimiento debe impedir la consumación, para que pueda producirse la impunidad concomitante.

En el caso de estudio, tales requisitos no confluyeron en beneficio del imputado, pues su abandono de la escena, no fue voluntario, sino que empezó a configurarse con elementos ajenos a su voluntad, los cuales se perfilaron desde el momento mismo en que el ofendido opuso resistencia dentro y fuera del vehículo, y logró huir y esconderse. Pero es perseguido infructuosamente por dicho imputado, quien al final se marchó del lugar, sin que pueda estimarse tal circunstancia como un “desistimiento” de su voluntad criminal. En tanto lo que impidió la consumación del ilícito, dentro de una perspectiva integral de lo acontecido, no fue el “abandono” que el imputado hizo de la escena, sino toda la acción generada por la víctima³⁴⁷.

Síntesis. Una mujer de 18 años de edad se queda a dormir en casa de su madre y el concubino de esta. En horas de la mañana, la joven se despierta notando que el hombre con quien su madre convive, se encuentra en su cama. Como consecuencia de esta situación, la ofendida intenta salir, pero el sujeto se lo impide, colocándole las manos sobre los hombros y manteniéndola dentro de la cama. Allí ambos forcejean, intentando el sujeto de abrirla las piernas a la joven, mientras esta –que no desea tener relaciones sexuales con él– se resiste y lo patear, por lo que dicho sujeto le da una bofetada. La joven llora y le pide al hombre que no la penetre, y este último opta por soltarla y manifestarle que está bien, que él va a salir del cuarto para vestirse. Efectivamente, el sujeto abandona la habitación, lo que aprovecha la joven para salir también del cuarto y salir de la vivienda.

Decisión del Tribunal. A criterio de la Sala Tercera, aun cuando en el caso de estudio, hubiera mediado fuerza o violencia sobre la ofendida, a fin de superar la resistencia que esta ejercía, queda claro que no se presenta ninguna causa independiente al agente que impidiera la consumación del hecho (mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad), situación que excluye la tentativa.

Por el contrario, para la Sala en el caso concreto, existió un desistimiento voluntario, pues la falta de consumación del delito, obedeció de manera exclusiva a la voluntad del imputado, quien decidió no continuar ejecutando su propósito, aunque si hubiera proseguido con el mismo, habría alcanzado el objetivo que se había fijado. En otras palabras, no se presentaba ningún factor o causa que pudiera haber obstaculizado o impedido la realización del hecho, de acuerdo con el plan del endilgado, para poder así considerar que en el caso se presenta una tentativa de violación, conforme lo prevé y sanciona el artículo 156, inciso 3), en relación con el artículo 24 del Código Penal.

347 Sala Tercera, voto n.º 2005-1253 de las 8:55 hrs. del 7 de noviembre de 2005.

Por otra parte, para la Sala los hechos descritos tampoco constituían abusos deshonestos, ya que no concurrían en el hecho, los elementos objetivos y subjetivos requeridos para su configuración. Lo único que se acreditaba es que el imputado intentó, según un plan elaborado, mantener relaciones con la ofendida, para lo cual ejerció fuerza sobre la misma, a fin de superar la resistencia que esta presentaba, desistiendo de su acción de manera voluntaria, sin que hubiera incurrido en otro delito, como lo es el abuso deshonesto, aunque la conducta o fuerza ejercida sobre ella, tan solo iba dirigida a superar la oposición que manifestaba.

Al respecto, apunta la Sala que para que exista el delito de abusos deshonestos, no basta un simple tocamiento o un despliegue de fuerza sobre la persona ofendida, sino que para ello, se requiere la presencia del elemento subjetivo, es decir, los actos materiales que se ejecuten deben conllevar una connotación sexual, o sea, ser objetivamente impúdicos o libidinosos, conforme a la significación subjetiva concedida por el agente, lo cual no sucedió en el caso de estudio con la fuerza o violencia ejercida por el imputado sobre la víctima³⁴⁸.

Consideramos que esta solución puede ser discutible, pues, antes de desistir, ya el tipo libidinosamente había tocado las piernas de la víctima, es decir, al momento de desistir ya había otro delito consumado.

Síntesis. Un sujeto lleva a una mujer hasta un hotel; ingresan juntos a una habitación, y en ella, el sujeto toma a la mujer por la fuerza para impedir que salga. La lastima en uno de sus dedos; le quita el pantalón; la tira contra la cama y se desnuda para penetrarla con su pene, acción que no logra, ya que la ofendida, en todo momento, se lo impide, corriéndose y oponiendo resistencia. Luego de esto, y cuando la ofendida está ya cansada de resistir, se escucha que alguien toca la puerta de la habitación, momento en que el imputado decide interrumpir su acción (sin haber llegado a penetrar aún a la mujer). Le pide a ella que se bañe; él le ayuda, y poco después ambos salen del hotel, y el sujeto le paga un taxi para que vuelva a su casa.

En su defensa, el sujeto sostiene que no existió delito, por cuanto desistió en forma voluntaria de acceder carnalmente a la mujer; la dejó salir e incluso le facilitó los medios para que regresara a su casa.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó este alegato. En su criterio, todos los actos realizados por el acusado, constituyeron elementos unívocos de ejecución del delito de violación, los cuales concluyeron por causas externas al agente. El hecho de que tocaran la puerta de la habitación, introdujo una causalidad que impidió la consumación del plan del autor, donde la ofendida, ya con pocas fuerzas para seguirse oponiendo, se encontraba casi a merced de su agresor. La decisión del imputado no fue totalmente independiente,

348 Sala Tercera, voto n.º 1191-99 de las 9:28 hrs. del 17 de septiembre de 1999.

pues su actuar ya estaba dirigido a la penetración, y el disturbio ocasionado por la persona que tocó la puerta, y la resistencia de la víctima, constante y fehaciente, hicieron que este dejara tentada la acción.

El desistimiento puede admitirse como una causa de exclusión de pena para el autor, cuando su actuar no se detiene por hechos que él no puede controlar, sino por un comportamiento activo de su parte que demuestra una voluntad de no realizar lo prohibido por la norma antepuesta al tipo penal concreto de que se trate.

Así, las razones de su fuero interno, que lo conducen a tal decisión, no interesan para la calificación de su voluntad, sino los hechos exteriorizados que permiten considerar su deseo de no continuar con una ejecución que puede perfectamente terminar e ingresar ya al núcleo típico de la acción descrita en el Código Penal, de que se trate, como en el caso de estudio, penetrar con su pene la vagina de su víctima y consumir el delito de violación.

Sin embargo, la conducta desplegada por el imputado no encuadraba en el desistimiento, ya que su actuar no fue libre, sino motivado en factores externos, para él incontrolables, que incidieron en la posibilidad de consumir su plan criminoso original³⁴⁹.

349 Sala Tercera, voto n.º 1208-98 de las 8:55 hrs. del 11 de diciembre de 1998. Recientemente, en el voto n.º 2006-1008 de las 10:15 hrs. del 6 de octubre de 2006, sobre este mismo tema, la Sala Tercera se pronunció en los siguientes términos: “[...] *En efecto, los jueces de mérito establecieron que el imputado desistió voluntariamente del delito de violación que originalmente se propuso, pues a pesar de que si así lo hubiera querido, bien pudo consumir la penetración o acceso carnal sin el consentimiento del sujeto pasivo: “[...] a la fuerza y mientras la sostenía, le desabrocha el pantalón colegial y le baja el zipper (sic) [...] y en esa posición sin que ella pudiera prestar resistencia, por la diferencias de fuerzas, procede a tocarla en forma libidinosa, porque tocarla en sus partes íntimas no es más que eso, e intenta meterle el dedo y el pene, lo que no logra porque ella se resiste, y lucha, y cierra sus piernas, es cierto que el imputado desiste de mantener relaciones sexuales, porque la ofendida no se lo permite [...] cierto es que si el encartado hubiera querido hubiera podido accederla carnalmente, no obstante ante la negativa y resistencia de la menor no lo hace, incluso le anuncia que no le hará nada, que no se preocupe, lo cual le dice mientras continúa con sus tocamientos indebidos [...]”* (cfr. folio 245, línea 9 en adelante). Esta decisión de no seguir adelante en la consumación del delito, a pesar de que nada le impide al agente activo llegar a ello, es precisamente el fundamento fáctico de este instituto del Derecho Penal sustantivo que se aplicó, es decir, del desistimiento voluntario, según el cual “[...] el desistimiento podrá conducir a la impunidad si el intento aún no ha fracasado y depende de la voluntad del que desiste conseguir la consumación [...] Así, por ejemplo, si el agresor sexual eyacula prematuramente antes de la penetración, o la pistola se encasquilla, o la ganzúa se rompe, las tentativas de agresión sexual cualificada, homicidio o robo siguen siendo punibles, ya que el resultado consumativo no se produce por causas independientes de la voluntad del agente y no por su propio y voluntario desistimiento [...] La definitividad del desistimiento se mide con una consideración concreta, es decir, basta con que el sujeto abandone su propósito originario de cometer la acción típica concreta [...]” Muñoz Conde (Francisco) y García Arán (Mercedes), *“DERECHO PENAL, PARTE GENERAL”*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 3.ª edición, 1998. Páginas 471 y 472. Lo anterior implica que, entonces, el hecho de que a pesar de que podía consumir la violación (sobre todo por su superioridad física con respecto a la ofendida), el agente decidiera voluntariamente no hacerlo, determinó que no fuese sancionado por dicha delincuencia sino sólo por el abuso sexual en el cual incurrió al besar a la menor y tocarla en sus partes íntimas, tratando de introducirle en la vagina el dedo y el pene erecto, todo en contra de la voluntad de ésta”.

Síntesis. Al enterarse de que su novia se encuentra embarazada, un sujeto, mediante engaño, la lleva a través de diferentes fincas, lejos de la población donde ambos vivían, hasta un sitio donde se ubicaba un profundo y estrecho pozo. Prácticamente al borde de este, el sujeto le pregunta a su novia qué va a hacer con respecto al bebé que lleva en su vientre, y le exige que lo aborte, a lo que su novia se opone enfáticamente. Como respuesta, el sujeto le arrebató el bolso y lo arroja al pozo. Por la actitud de su novio, la muchacha experimenta un fuerte dolor de estómago y se sienta, lo cual aprovecha el sujeto para arrollarse un pañuelo en la mano, tomar a su novia por el cuello y apretárselo con fuerza, mientras le dice que ella no merece ser madre.

La muchacha pierde el conocimiento, y creyendo el acusado que su víctima había muerto, la arroja de cabeza al pozo y luego le tira encima ramas de café con el objeto de esconder el cuerpo. Varias horas después la muchacha despierta; hace acopio de fuerzas y logra colocarse en posición normal procediendo a gritar pidiendo ayuda.

Luego de varios días, el agresor le cuenta a su hermano lo que había hecho con su novia. El cuñado de la víctima se aboca a la tarea de rastrear varios pozos de la zona, y localiza a la muchacha aún con vida, quien logra sobrevivir bebiendo su propia orina en un zapato.

Luego de que el cuñado de la víctima la sacó del pozo, esta fue trasladada a un hospital, donde le dictaminaron una serie de lesiones y un desprendimiento de la placenta que puso en peligro la vida de su hija. La muchacha sufrió una incapacidad temporal de seis meses y una pérdida de la capacidad general orgánica del 5%.

En defensa del imputado, se sostuvo que el hecho de que este le haya contado a su hermano lo ocurrido, gracias a lo cual la ofendida fue rescatada del pozo, constituye un desistimiento voluntario del intento de homicidio.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó esta tesis y confirmó la condenatoria. De acuerdo con los hechos descritos, el imputado creyó muerta a la ofendida (sabiendo que ella estaba embarazada) y la lanzó al pozo para ocultar su cuerpo, por lo que resultó absurdo considerar que con posterioridad pudiera haber desistido de un plan delictivo que ya tenía por consumado.

En el caso de estudio, el imputado no interrumpió la realización de la conducta típica, sino que realizó todos los actos necesarios –según su plan– para lograr la consumación, pero esta no tuvo lugar por causas totalmente ajenas a su voluntad (delito frustrado), porque la víctima no estaba muerta y porque quienes se dieron a la búsqueda del “cuerpo”, más bien la encontraron con vida y la rescataron. Si la ofendida estaba embarazada, procedía, además de la tentativa de homicidio, la calificación en concurso ideal con una tentativa de aborto sin consentimiento³⁵⁰.

350 Sala Tercera, voto n.º 846-98 de las 9:08 hrs. del 4 de septiembre de 1998.

Como el desistimiento es una causa de atipicidad de la tentativa, el desistimiento voluntario del autor, deja atípica la conducta de los partícipes, por el principio de accesoriad limitada de la participación

3.5.5.- Instigadores, cómplices y coautores en relación con el desistimiento

En cuanto a la **instigación**, el instigador solo puede desistir, mientras el autor no haya consumado el delito y siempre que su desistimiento asuma la forma de una intervención activa para impedir el resultado.

En el caso de la **complicidad común**, es suficiente para admitir el desistimiento que se retire el aporte, sin que sea necesario impedir el resultado o desbaratar el plan.

Para los **coautores**, valen las mismas reglas que para los autores, lo cual implica que también se requiere un curso de acción seguro tendiente a la evitación del resultado. Si el delito se ejecuta en forma distinta a la planeada, el desistimiento del coautor deberá admitirse.

3.5.6.- Casos especiales de tentativa

Algunos tipos delictivos, por su especial estructuración, impiden apreciar la tentativa acabada, pues la realización de ciertos actos ejecutivos, lleva aparejada la consumación. (Art. 274 del Código Penal y 285 del proyecto, delito de asociación ilícita). En los delitos de comisión por omisión, la tentativa comienza, cuando el sujeto omite las obligaciones inherentes a su posición de garante, con el fin de producir el resultado. En los supuestos de *actio libera in causa*, cuando el sujeto se ha puesto en situación de inimputabilidad, comienza a ejecutar el delito (cuando ya embriagado dispara contra alguien). Los delitos que exigen habitualidad no admiten tentativa, dado que estos demandan una pluralidad de acciones (v. gr. ejercicio ilegal de la profesión).

3.5.7.- Tentativa en los delitos omisivos

Es posible admitir la tentativa, tanto en las omisiones propias, como en las impropias, siempre que estas últimas se hallen tipificadas. También en estos supuestos, es difícil distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, aunque con otras manifestaciones.

En los delitos omisivos, el peligro para los bienes jurídicos se define en la situación concreta, de manera que, mientras no exista peligro de lesión, no habrá situación típica ni autor a quien le incumba el deber de actuar. De este modo, en estos supuestos ya existe tentativa con la primera acción distinta de la debida.

Como ejemplo, se cita el caso del guardia que se encuentra a un ebrio tendido en la vía férrea y decide moverlo más tarde, porque el próximo tren no pasará hasta la mañana del

día siguiente. Obviamente, la situación típica surge cuando se aproxima el horario del tren, porque es en ese momento que el guardia tiene el deber de auxilio. De manera que su conducta no es constitutiva de tentativa de abandono de incapaz.

4.- La penalidad

En algunos casos, para castigar ciertos hechos, además de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se exige también la presencia de algunos elementos adicionales que no se pueden incluir en las tres categorías mencionadas.

Es muy difícil reunir en una sola categoría común estos elementos excepcionales, pues tienen diferente función y significado político-criminal. Por esta razón, sistemáticamente se ha preferido ubicarlos en lo que puede llamarse “**penalidad**”, y que algunos llaman punibilidad, merecimiento o necesidad de pena.

La penalidad recoge una serie de elementos o presupuestos que el legislador exige en determinados tipos penales para fundamentar o excluir la pena, y que solo tienen en común no pertenecer a la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad.

En la penalidad, existen causas que la fundamentan y que se conocen como **condiciones objetivas de penalidad** y causas que la excluyen, llamadas **excusas legales absolutorias**. A manera de ejemplo, recuérdese el caso del exceso en la legítima defensa, producida por una excitación o turbación que las circunstancias hicieran excusable, donde la conducta sería típica, antijurídica y culpable, pero por disposición de ley, se excluye la punibilidad. Como no son elementos de la tipicidad, no tienen que ser abarcados por el dolo. Así que es irrelevante el error del sujeto sobre su existencia.

4.1.- Condiciones objetivas de penalidad

Son aquellas que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algunos delitos concretos, la imposición de una pena.

Las más conocidas entre ellas, son las **condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad**, las cuales son obstáculos procesales que condicionan la persecución penal. Se convierten en un requisito que es necesario cumplir para poder iniciar un procedimiento penal. Como ejemplo de lo anterior, puede citarse la necesidad de prevención

de devolución en el caso del delito de retención indebida, o bien la necesidad de instancia privada en los delitos, así dispuestos por el Código Procesal Penal³⁵¹.

4.2.- Excusas absolutorias

Tienen que ver con la posibilidad de excluir la penalidad en algunos casos, porque se ha considerado conveniente, no imponer una pena, a pesar de que existe una conducta típica, antijurídica y culpable. Normalmente se relaciona con causas vinculadas a la personalidad del autor y, por lo tanto, solo lo afectan a él y no a los demás partícipes.

4.3.- Causas de extinción de la responsabilidad criminal

La responsabilidad del autor de un hecho punible, puede verse extinguida por varios supuestos, entre los que se destacan: la muerte de la persona condenada, el indulto, la amnistía, el perdón del ofendido, el perdón judicial, el matrimonio del procesado o condenado con la ofendida en los delitos contra la honestidad, así como la prescripción del delito y de la pena.

Estas causas de extinción de la responsabilidad criminal, se diferencian de las causas de justificación y de exculpación en que no afectan, para nada, la existencia del delito, sino su perseguibilidad en el proceso penal.

En el proyecto de Código Penal, se establece, en el artículo 87, que la pena se extingue por la muerte del condenado, por el perdón de la persona ofendida en los delitos de acción privada, por la prescripción, amnistía, indulto, rehabilitación, perdón judicial y cumplimiento de la condena.

a) **El indulto.** Se trata de una manifestación del derecho de gracia que se mantiene como reminiscencia de los tiempos de la monarquía absoluta. Desde el punto de vista político-criminal, puede ser utilizado como medio para conseguir la rehabilitación del condenado; corregir errores judiciales o atenuar el excesivo rigor de una pena legalmente impuesta. La experiencia reporta, sin embargo, que en la práctica muchas

351 En el voto n.º 2003-0936 de las 10:00 hrs del 22 de setiembre del 2003, el Tribunal de Casación señaló que la inclusión de la prevención hecha al imputado dentro de los hechos de la acusación, es una condición objetiva de procedibilidad, según el artículo 223 del Código Penal. Se trata de una acción que no tiene relación con los elementos objetivos y subjetivos que definen el núcleo del ilícito penal. De tal forma, si no se incluyó en los hechos de la acusación, tal omisión, no la invalida. La imputación debe verse integralmente y no se debe circunscribirla, exclusivamente, a los hechos. Asimismo, el Tribunal señaló que la prevención es una actividad judicial posterior que no integra el núcleo del ilícito penal. Por esta razón, no es una circunstancia esencial que define el cuadro fáctico que sustenta la imputación. La redacción del artículo 223 del Código Penal, a criterio del Tribunal, contiene un error, situación que no incide en el contenido del tipo penal y que mantiene inalterable la prevención como una condición objetiva de procedibilidad.

veces se ha utilizado por simples razones coyunturales de política general, e incluso como un medio para evitar condenas a los amigos, o cuando políticamente se consideraba conveniente.

Nuestro Código Penal contiene esta figura en el artículo 90, y en el 91 establece la posibilidad de que los jueces lo recomienden en sentencia. En el proyecto, se incluye en el artículo 93, y se simplifica el procedimiento, pues para concederlo, el Consejo de Gobierno solo requerirá un previo informe de la administración penitenciaria. En el artículo 94 se establece la posibilidad de recomendarlo por parte de los jueces.

- b) **La prescripción.** Se funda en el efecto del transcurso del tiempo en los acontecimientos humanos. Su consideración obedece más a razones de seguridad jurídica que a observaciones de estricta justicia material. Se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo, una vez que ha transcurrido determinado plazo, contado a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haberse cumplido la sanción (cfr. arts. 30 a 35 del C.P.P).
- c) **El perdón del ofendido.** En algunos delitos privados, la persecución penal queda supeditada a que el ofendido o sus representantes querellen o denuncien el hecho. El perdón debe ser expreso y debe darse antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta (cfr. art. 92 del Código Penal). En el proyecto, se incluye esta figura en el inciso 2) del artículo 87.
- d) **El perdón judicial.** Nuestro Código Penal prevé en el artículo 93 esta figura, en supuestos expresos contemplados en la norma y que apuntan a conductas delictivas que no causan fuertes afectaciones a bienes jurídicos, considerando las condiciones particulares de comisión. Este tipo de perdón no puede ser condicionado ni puede estar sujeto a término, y solo podrá concederse una vez. En el proyecto, se regulan el perdón y sus requisitos en los artículos 95, 96, 97 y 98.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

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

CEREZO MIR. Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa.

DIEZ RIPOLLÉS. Delito imposible. NEJ VI, 1954.

EZAINÉ CHÁVEZ, Amado. El íter críminis.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA. Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita. RFDUC, 1974.

GONZALEZ, 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.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. El desistimiento en el derecho penal. Madrid, 1994.

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.

RODRÍGUEZ MOURULLO. La punición de los actos preparatorios. ADP, 1968.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. 11.^a Edición, Bogotá Editorial Temis, 1987.

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.

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.

—. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar, 2.^a reimpresión corregida, 2005.

SÉPTIMO MÓDULO

UNIDAD Y PLURALIDAD DE CONDUCTAS TÍPICAS

EL CONCURSO DE DELITOS Y DE LEYES

- 1.- Generalidades
- 2.- Unidad de acción y de delito
- 3.- El concurso ideal
 - 3.1.- Aspectos generales
 - 3.2.- Penalidad del concurso ideal
- 4.- El concurso real
 - 4.1.- Aspectos generales
 - 4.2.- Concurso real retrospectivo
 - 4.3.- Penalidad del concurso material
- 5.- El delito continuado
 - 5.1.- Aspectos generales
 - 5.2.- Penalidad del delito continuado
- 6.- Concurso aparente de delitos
 - 6.1.- Aspectos generales
 - 6.2.- Efectos del concurso aparente
 - 6.3.- Penalidad del concurso aparente

1.- Generalidades

Una misma persona puede realizar una conducta penalmente relevante que bien puede ubicarse en dos o más tipos penales, o bien, puede realizar una cantidad de actuaciones que pueden encajar en idénticos supuestos de hecho o en varios. Esto es lo que conocemos como “unidad y pluralidad de conductas típicas” o teoría de los concursos.

La teoría de los concursos se plantea la relación donde se sitúan distintas infracciones ejecutas por una o varias personas; el número de hechos cometidos y los principios desde los cuales, deben juzgarse, en razón de las distintas consecuencias jurídicas que se pueden producir, según el supuesto de que se trate.

En realidad, de concurrencia solo se puede hablar en los supuestos del concurso ideal que implican que una conducta penalmente relevante, se pueda encasillar, al mismo tiempo, en varios supuestos de hecho, como ocurre en el caso típico del homicidio y las lesiones culposas que pueden ser causadas por una única conducta imprudente.

Cuando una misma persona lleva a cabo varias conductas punibles, estamos en presencia de un concurso real, en donde solo existe concurrencia procesal, porque se juzgan juntos, pero no es sustantiva.

En los casos de concurso aparente, se da la impresión de que la conducta calza en dos o más figuras típicas; pero realmente no es así, pues un tipo excluye al otro.

En el delito continuado, tampoco hay concurrencia de tipos, pues en estos, lo característico es la realización fraccionada de la conducta punible, llevando a cabo diversos actos, hasta lograr el cometido propuesto. Es el caso típico del cajero del banco que se apodera de un millón de colones, mediante sustracciones sucesivas de cien mil colones, hasta completar el millón. Se trata, en realidad, de una modalidad de ejecución de la conducta y no de un concurso.

La polémica acerca de la ubicación sistemática de este tema en la teoría del delito, tiene que ver con los criterios de unidad de acción y pluralidad de acciones, ya que a partir de aquí, se pueden diferenciar las diversas clases de concursos previstas por la ley particular.

Como todo en derecho, el tema ha sido muy discutido y distintas tesis se han elaborado al respecto. Sin embargo, nosotros vamos a considerar **el criterio ontológico normativo**, en virtud del cual, para saber si hay una o varias acciones, debemos partir del concepto final de acción, al que se añade el enjuiciamiento jurídico-social, mediante los tipos penales correspondientes. Por ello, deben analizarse tanto la finalidad concreta trazada por el autor, **factor final** (el plan de autor), como el tipo penal que corresponde, que deben ser interpretado, desde el punto de vista social, **factor normativo**.

Este punto de partida nos permitiría afirmar la unidad de acción, cuando el tipo penal requiere la realización de una pluralidad de movimientos (incesto, acceso carnal violento y algunos casos de homicidio y lesiones que no se provocan solo con un movimiento).

También se puede afirmar la unidad de acción en los tipos penales que describen diversas actuaciones conectadas final y socialmente, como sucede en el robo con violencia, donde coinciden la apropiación de la cosa y la coacción sobre el agente. Asimismo sucede en los tipos de conducta permanente, ya que todos los actos tienen por objeto, mantener el estado consumativo, como en el caso del secuestro extorsivo.

También hay unidad de acción en los hechos omisivos, cuando el agente se inhibe de realizar una determinada acción ordenada que puede generar uno o varios resultados, con la condición de que pueda evitarlos de manera conjunta, pues de lo contrario, existirían varias omisiones.

En el concurso ideal, se presenta igualmente una unidad de acción, ya que una misma conducta es desvalorada de varias formas por la ley penal.

El tema de los concursos adquiere relevancia desde el punto de vista de la aplicación de la sanción penal, dado que, como veremos, implica distintas gradaciones.

Nuestro sistema sancionatorio, en estos casos, toma en consideración el distinto grado de criminalidad de quien, con una sola acción u omisión, viola la misma disposición varias veces o varias disposiciones penales, la cual es menor, sin duda, a la de quien realiza las mismas violaciones, mediante acciones diferentes (caso del concurso real o material).

El tema del concurso de delitos es de suma importancia para los fiscales, a efecto de ser tomado en consideración en distintas situaciones (solicitud de pena, formulación de acusación, prescripción³⁵², etc.). También hay que tomar en cuenta cuando hay concurso entre varios delitos que concurren con delitos funcionales, cuya tramitación correspondería a otra jurisdicción (por ejemplo, la jurisdicción penal de hacienda).

352 Acerca del tema de la prescripción de los delitos en concurso, en el voto n.º 2005-1116 de las 16:10 hrs. del 29 de setiembre de 2005, la Sala Tercera señaló lo siguiente: “[...] *El instituto de la prescripción está configurado para cada hecho, en forma individual, tomando en cuenta la tipicidad de la acción, independientemente de las otras delincuencias que resulten adyacentes en el caso concreto, aún cuando entre ellos mediare un vínculo funcional, como lo alega la letrada B.N. Resulta errado considerar la totalidad de la eventual (sic) pena a imponer por las delincuencias acusadas para determinar la prescripción, por el contrario, debe individualizarse cada hecho y su calificación legal, como bien se ha resuelto en los fallos recurridos. [...] debe considerarse que cuando son varias las delincuencias las que se investigan, cada una de ellas prescribiría en forma separada por tratarse de acciones separadas o independientes entre sí (concurso material), pero si el caso trata de un concurso ideal de delitos, es decir, una sólo acción con multiplicidad de resultados típicos, la fijación del periodo prescriptivo se establece considerando la pena del delito más grave. En el caso de marras el tribunal a quo ha considerado ventilable la estafa y el uso de falso documento, en forma excluyente a la falsificación de documento,* (continúa en la siguiente página)

falsedad ideológica y patrocínio infiel. Desde esa perspectiva analizando los criterios seguidos para establecer la causal de extinción respecto a los tres últimos delitos citados, se estima que la resolución se ajusta plenamente a derecho [...] (destacado es suplido)". La prescripción es un instituto que opera para cada delito –calificación jurídica– en forma independiente y esta es la regla general. Sin embargo, cuando tratamos de delitos que en principio integran un concurso ideal, por tratarse de hechos que **jurídicamente** van a ser considerados y valorados como una sola acción y por ser ésta la valoración que interesa al proceso penal, no es posible declarar sobre la marcha la prescripción de acciones que integran el concurso, en forma independiente o anticipada, porque se afecta el cuadro fáctico en su totalidad, considerado como unidad jurídicamente hablando y se compromete el principio de *ne bis in idem*. "[...] En general, la doctrina afirma que para que opere la garantía de *ne bis in idem*, es necesario que se mantenga la estructura básica de la hipótesis fáctica. Es decir, que en términos generales el hecho sea el mismo. Caso contrario, sería muy fácil burlar esta garantía mediante la inclusión de cualquier detalle o circunstancia que ofreciera una pequeña variación en la hipótesis delictiva. Así y todo, la fórmula elaborada por la dogmática procesal ha resultado muy vaga, porque no existen criterios racionales muy claros para determinar cuándo se conserva la estructura básica del hecho [...]. En última instancia, la solución es eminentemente valorativa, antes que racional. Es decir, en aquellos casos en los que se ha ejercido el poder penal con suficiente intensidad y, además, ha existido la posibilidad de completar adecuadamente la descripción del hecho, aunque ello no se haya producido por carencias de la propia investigación, la identidad del hecho debe ser comprendida del modo más amplio posible. Lo que se debe tener en cuenta es la unidad de sentido del hecho conforme a las normas jurídicas. Porque en el ámbito del proceso penal no se puede hablar de 'hechos', en forma independiente de las normas jurídicas: un hecho procesal es un hecho con referencia a las normas jurídicas. Por eso, en el estudio del *ne bis in idem* es absolutamente necesario hacer referencia a las discusiones que existen en el ámbito del derecho penal sustancial, respecto de la identidad entre hechos a efectos de su calificación jurídica: cuándo se trata de hechos independientes, cuándo se trata de un hecho con distintas calificaciones o cuándo el orden jurídico establece una ficción y le otorga unidad a un hecho que en su aspecto fenomenológico es indudablemente un hecho separado. Existen casos particulares que son ampliamente estudiados en los manuales a los que nos remitimos [...]. Todo esto nos demuestra que, para la determinación de la identidad de hecho, es imprescindible remitirse a su significado jurídico. Los procesos de subsunción son un camino de ida y vuelta, en los que se transita de la información fáctica a la norma jurídica y de ésta a los hechos otra vez. Siempre que, según el orden jurídico, se trate de una misma identidad fáctica, con similar significado jurídico en términos generales –y aquí 'similar' debe ser entendido del modo más amplio posible– entonces debe operar el principio *ne bis in idem* [...]"]. Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, AD HOC S.R.L., 1993. 318 p. p. 167. Ahora bien, debe tenerse claro efectivamente que la unidad de acción base del concurso ideal, es un concepto jurídico. "[...] No hay una unidad de acción social, preexistente a lo jurídico, conforme a lo cual estén subordinados los conceptos jurídicos. Tampoco puede el plan o el diseño del autor reunir en una, varias acciones. La unidad de acción es un concepto jurídico, no es la unidad natural de acción la que dice cuando hay una acción en sentido legal; puede ocurrir, más bien, que una acción en sentido natural constituya legalmente una pluralidad de acciones o que una pluralidad de acciones en sentido natural constituya legalmente una sola acción. La separación entre unidad de acción y pluralidad de acciones solamente es posible mediante una interpretación del sentido del tipo penal realizado[...]"]. Castillo, Francisco. El concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense, San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. P. 19. El concurso ideal parte del concepto de unidad de acción que permite, pese a la unidad, distintas valoraciones jurídicas que no se excluyen entre sí. Cuando la Sala señala en el antecedente de cita, que para efectos del cómputo de la prescripción se parte de la pena del delito más grave, lo que se quiere señalar es que ese es el parámetro que nos permitirá valorar si el caso puede efectivamente ser llevado a juicio sin que haya operado la prescripción, porque a fin de cuentas esa será la pena que, de declararse la responsabilidad penal, servirá de base para la fijación del quantum que corresponda. Pero eso no significa afirmar, como parece entenderlo el impugnante, que por el hecho de integrar un concurso ideal, sería la pena del delito más grave la que serviría para el cómputo de la prescripción de todos los delitos involucrados, porque eso no es correcto. Procesalmente se considera la existencia de una pretensión punitiva unitaria –concurso ideal–, con la expectativa de concretar la responsabilidad penal por la infracción de varias calificaciones jurídicas –por la pluralidad de lesiones jurídicas–. Esta expectativa de sanción puede frustrarse con relación a alguna de estas calificaciones, por la prescripción de la acción penal correspondiente, pero (continúa en la siguiente página)

2.- Unidad de acción y de delito

Es importante diferenciar, en los supuestos de concurso, entre acción y movimiento corporal y entre acción y resultado, ya que una sola acción, en sentido jurídico, bien puede contener varios movimientos corporales o producir varios resultados.

Tal como indicamos antes, el concepto de unidad de acción se estructura sobre la base de factores, tales como: la **finalidad**, o sea, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el caso del homicidio, es la voluntad de matar la que confiere sentido a actos tales, como la compra del arma, su carga, el acecho a la víctima, el disparo, etc.).

Otro factor es el **normativo**, es decir, la forma como está estructurado el tipo penal en cada caso particular que, en algunos supuestos, aunque el factor final sea el mismo (caso del homicidio), algunos de los actos que se realizan pueden tener, de manera aislada, relevancia para otro tipo delictivo (tenencia ilícita del arma, por ejemplo). De igual forma,

ello sólo puede ser valorado en un único momento, es decir, todo este marco debe ser objeto de un mismo y único pronunciamiento por la posible afectación a la cosa juzgada, según se expuso. La fragmentación fáctica anticipada con un pronunciamiento de prescripción respecto de la acción penal de alguno de los delitos en concurso compromete este principio. Así, siempre se conserva el principio que el legislador sentó en cuanto a que la prescripción se computa en forma independiente para cada hecho –íntegra, dicho sea de paso, la garantía de legalidad y se recoge en el artículo 32 párrafo segundo del Código Procesal Penal-, pero si éstos integran un concurso ideal, la valoración jurídica debe hacerse en un solo pronunciamiento, aún cuando antes de arribar a juicio haya la posibilidad de constatar la prescripción de algunas de las acciones penales por los delitos que integran el concurso. Se llegará a juicio guiados por la penalidad del delito más grave para efectos del cómputo abstracto de la prescripción y en sentencia, de constatarse la extinción de la pretensión punitiva respecto de algunas de las calificaciones jurídicas, esto significará: i) que el fallo no puede establecer consecuencias penales respecto de esa calificación jurídica, porque a su respecto prescribió la acción penal; ii) dependiendo de si subsisten algunas de las otras calificaciones junto a la del delito más grave, ello podría significar o bien mantener la existencia del concurso ideal para las calificaciones subsistentes o bien, la imposibilidad de establecer la existencia de un concurso ideal –por la prescripción de las acciones de los otros delitos que lo integran–, todo ello por supuesto ya en la sentencia y por ello, en este último evento, sólo sería posible establecer consecuencias penales respecto del hecho más grave y ateniéndose a los límites de penalidad establecidos para éste, sin posibilidades de aumentar la pena según las reglas de penalidad del concurso ideal, es decir, sin posibilidades de fijar el juicio de reproche considerando las calificaciones jurídicas cuya acción está prescrita. III- En resumen, la posición de la Sala es que ante la unidad de acción que es base del concurso ideal, las acciones que lo integran deben ser juzgadas conjuntamente y no puede valorarse en forma independiente la prescripción, sino que ésta, de existir, debe ser declarada en la sentencia en que se conozca y juzgue tal unidad, para no comprometer el principio ne bis in idem y su correlato procesal de la cosa juzgada.

los actos aislados, regido cada uno por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica, solo cuando se dan conjuntamente³⁵³.

Para establecer el concepto de unidad de acción, deben considerarse: el factor final (voluntad que rige y da sentido a los actos) y el factor normativo (estructura del tipo penal en cada caso particular).

Podemos afirmar que existe unidad de acción en los siguientes casos básicos, que deben ser consideradas **como meras pautas interpretativas** y no fórmulas exactas:

353 Este es el criterio seguido por la Sala Tercera a partir del voto n.º 943-98 de las 16:16 horas del 29 de septiembre de 1998. El antecedente más reciente en el mismo sentido es el voto n.º 2007-128 de las 11:45 hrs del 23 de febrero de 2007, en donde la Sala indica: [...] *Doctrinariamente autores como MUÑOZ CONDE, Francisco y CASTILLO GONZALEZ, Francisco, han señalado que la unidad de acción es un concepto jurídico, que así como es erróneo tratar de definirla con prescindencia de la norma, así también sería equivocado tratar de definir la unidad de acción con prescindencia del hecho, sin darle el lugar subordinado que le corresponde como contenido de la norma. Factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. Factor final (plan unitario que da sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta) y del factor normativo (que convierta la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición) como criterios para dilucidar cuándo hay una y cuándo varias conductas (ya se trate de acciones u omisiones) es ampliamente aceptada por la doctrina actual y, en la medida que racionaliza fundadamente la aplicación de la ley sustantiva a partir del axioma de que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado, es adoptada por la Sala Tercera. [...] En la especie, el promovente acusa una violación al debido proceso, por errónea aplicación de la ley sustantiva en virtud de que el a quo le impuso veinticinco años de prisión por el delito de homicidio calificado y cinco años por el delito de robo agravado en grado de tentativa aplicando las reglas del concurso material. Sin embargo, es su criterio que existe una unidad de acción y por tal lo correcto es aplicar las reglas del concurso ideal, siendo lo correcto imponer la sanción correspondiente al delito más grave según lo establece el artículo 75 del Código Penal, sin la posibilidad de ser aumentada la pena conforme al principio de no reformatio in peius. La Sala declara con lugar el motivo citado por la defensa, pues considera que existe unidad de acción, porque se verificó la existencia de un plan común en la realización de los hechos: la resolución determinada por los coautores -factor final- de apoderarse ilegítimamente de los bienes de la empresa ofendida, permite aseverar también la concurrencia de un factor normativo, al valorar en conjunto estos hechos, porque el homicidio se dio con motivo de los actos de ejecución de un Robo agravado, donde más de tres sujetos -conforme al plan común- utilizaron efectivamente un arma de fuego contra el ofendido, para neutralizar la legítima defensa o resistencia que este opuso al ataque y tratar de facilitar y consumar el apoderamiento ilegítimo sobre los bienes de la compañía agraviada, no obstante, el resultado no se logró concretar en virtud de que, producto del enfrentamiento, el guarda de seguridad impactó a uno de los antisociales, provocando que los demás involucrados salieran huyendo del lugar. Una vez establecida la unidad de acción en este caso, se excluye la posibilidad de un concurso real o material (artículo 22 del Código Penal, ya que requiere pluralidad de acciones), reduciéndose entonces al concurso ideal alegado por el promovente. Por consiguiente, luego de lo expuesto, se concluye que la conducta atribuida al imputado Kelvin Cardenas Richard sí constituye un concurso ideal heterogéneo -no uno material, ya que con una misma acción lesionó dos disposiciones jurídicas que no se excluyen entre sí, a saber, Homicidio *criminius causa* (artículo 112 inciso 6º en su modalidad de realización para "consumar" otro delito) y Robo agravado (por concurrencia de varias personas, uso de arma y perforación de una pared), lesionando así, dos bienes jurídicos independientemente tutelados, por una parte la vida y por otra la propiedad. Por las razones aquí expuestas se declara con lugar el presente reclamo, se casa la sentencia en cuanto a la calificación jurídica y se recalifican los hechos como constitutivos de los delitos de homicidio calificado en concurso ideal con tentativa de robo agravado de acuerdo con los numerales 112 inciso 6; 213 incisos 1,2 y 3; 73 y 75 del Código Penal [...].*

- Cuando el tipo penal requiere la realización de una pluralidad de movimientos (v. gr. el incesto y el acceso carnal violento)
- En los tipos que describen diversas actuaciones conectadas finalmente (v. gr. robo con violencia donde coincide la apropiación de la “cosa” y la coacción sobre la víctima).
- En los tipos de conducta permanente, ya que todos los actos tienen por objeto mantener el estado consumativo (v. gr. Secuestro extorsivo)
- En los tipos compuestos de carácter complejo que son aquellos donde el legislador refunde en una sola descripción típica, comportamientos que, tomados aisladamente, darían lugar a una pluralidad de conductas y de supuestos de hecho, por existir entre ellos un nexo de carácter finalístico (v. gr. hurto con violación de domicilio, falsedad de documento privado seguido de estafa).
- Los tipos cuya realización requiere medios simbólicos (v. gr. instigación pública a delinquir, injuria mediante la publicación de un libro).
- Cuando el tipo se realiza de manera continuada (delito continuado), ya que así lo exige la finalidad que se ha propuesto el agente (v. gr. cajero que sustrae varios millones de colones, mediante sustracciones mensuales).
- En los hechos culposos, cuando mediante una o varias violaciones del deber de cuidado, el agente efectúa una conducta que implica varios resultados que pueden o no afectar varios bienes jurídicos (v. gr. chofer ebrio que atropella, al mismo tiempo, a varias personas, y mata a una e hiere al resto).
- En los hechos omisivos, si la persona no realiza una determinada acción ordenada, y genera o no un número plural de resultados, con la condición de poder evitarlos conjuntamente, pues de lo contrario serían varias omisiones (v. gr. el controlador de tránsito aéreo que omite las señales respectivas para que se estrelle el avión, y se maten sus suegros que vienen en el mismo, y provoca además la muerte y lesiones de los restantes pasajeros)³⁵⁴.

Los casos normales se presentan cuando una sola acción cumple con estos dos factores y produce un solo tipo delictivo. Pero cuando una sola acción o diversas acciones producen varios tipos delictivos, surgen los problemas del concurso. Véanse los siguientes ejemplos:

354 SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. Derecho penal, parte general. Doctrina y Jurisprudencia. San José, Editorial Jurídica Continental, 1999, pp. 320 a 335.

Síntesis. Un ofendido (**A**) se encuentra en un local comercial de su propiedad. De una motocicleta descienden dos sujetos, quienes ingresan al negocio referido, y proceden a cerrar la puerta del local y, desenfundando uno de ellos un arma de fuego, encañonan al ofendido **A** y a una clienta (**B**) que también se encuentra dentro del negocio, manifestándoles que se trataba de un asalto, por lo que trasladan a los ofendidos al fondo del negocio, a un cubículo, donde obligan a **B** a que les entregue todas las joyas que porta. De seguido, uno de los asaltantes, pistola en mano, obliga a los ofendidos a tirarse al suelo en el cubículo referido, para asegurar la huida, no sin antes sustraer del negocio un electrodoméstico propiedad de **A**.

Estos hechos fueron calificados por el Tribunal de Juicio, como dos delitos de robo agravado en concurso material, en perjuicio de **A** y **B**.

En defensa de los sujetos, se alegó errónea calificación jurídica, por considerarse que no se trató de dos robos agravados en concurso material, sino un concurso ideal, pues el hecho fue cometido mediante una sola acción.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera, la calificación otorgada por el a quo resultó incorrecta por razones distintas. De acuerdo con los hechos descritos, los asaltantes ingresaron a la tienda y, empleando armas de fuego, redujeron a la impotencia a quienes se encontraban ahí, y se apropiaron de los bienes que portaba **B** y de algunos otros que estaban en el citado local.

A criterio de la Sala, lo anterior constituyó una acción única en sentido jurídico penal, aunque implicaba la realización, en un corto periodo, de una conducta que encuadraba en la descripción que contemplaba el tipo penal y que provocaba una única lesión al bien jurídico tutelado (en este caso, la propiedad), con independencia de que los bienes sustraídos, les pertenecieran a distintos titulares.

De importancia para el caso, también resultaba, en criterio de la Sala, la existencia de un propósito común, en concreto: apoderarse de manera ilegítima de los bienes de los agraviados, lesionando su derecho a la propiedad que, debía recalcar, era de naturaleza puramente económica.

En este mismo orden de ideas, en una resolución anterior (con ocasión de un caso donde dos sujetos emplearon un cuchillo para intimidar a varios ofendidos, y consiguieron así despojarlos de los bienes que portaban), la Sala también había señalado que este tipo de casos, debían valorarse como una acción única en sentido jurídico, pues no solo se desarrolló en el mismo lugar y durante un breve período, sino que tuvo un propósito común, es decir, apoderarse ilegítimamente de los bienes de los perjudicados, afectando con ello su derecho a la propiedad –de naturaleza puramente económica– como bien jurídico tutelado.

Por lo anterior, para la Sala la delincuencia, aunque se desplegó contra dos afectados, solo lesionó su propiedad y no bienes jurídicos personalísimos. Así constituyó un solo delito de robo agravado y no dos ilícitos perpetrados en concurso ideal³⁵⁵.

Aplicando dichas consideraciones al caso de estudio, si con la conducta de los asaltantes, se lesionó el patrimonio de los agraviados y no bienes jurídicos personalísimos (caso donde existiría un concurso ideal homogéneo), no podría negarse que se cometió un único delito de robo agravado y no dos en concurso ideal (como sugirió la defensa de estos en casación), o bien en concurso material (como lo estimó el Tribunal de Instancia). Con fundamento en lo expuesto, la Sala recalificó los hechos a un único delito de robo agravado, cometido en perjuicio de **A** y **B**³⁵⁶.

Síntesis: A, B y C, portando armas de fuego, ingresan a un local comercial donde laboran Eduviges, su hermana Zoraida y Orlando. Una vez dentro, **A** se abalanza sobre Orlando, encañonándolo con un arma de fuego, al mismo tiempo que le aplica un “candado chino”, indicándole que se trataba de un asalto, e introduciéndole una mano dentro del pantalón, le sustrae la billetera a dicho ofendido.

Mientras esto sucede, el encartado **B** permanece en la puerta del local, vigilando que no ingrese nadie. Acto seguido, los tres asaltantes se dirigen al lugar donde se encontraba Eduviges, detrás de la caja registradora, y **C** la encañona, indicándole que se trata de un asalto y le solicita el dinero de la caja, en tanto **A** encañona a la coofendida Zoraida. Al no responder ninguna por el dinero, **A** dispara contra Eduviges, y la impacta en el pómulo izquierdo, por lo que cae al suelo, lo que aprovecha **C** para dispararle nuevamente a Eduviges en varias oportunidades.

En ese momento, la coofendida Zoraida se esconde debajo de una mesa, por lo que **A** también le dispara en varias ocasiones, y consigue herirla solo una vez en el glúteo izquierdo.

Los asaltantes aprovechan la situación para sustraer el dinero de la caja registradora, y se dan a la fuga con este.

Al salir del negocio, **C** observa cuando Zoraida trata de auxiliar a su hermana Eduviges, quien yace gravemente herida, por lo que **A** le indica a **C** que le dispare para que no quede viva y así asegurar su cometido, por lo que este último se devuelve y efectivamente le dispara a Zoraida, con la intención de acabar con su vida, pero no logra impactarla, y los encartados se marchan del lugar con el dinero antes citado. A consecuencia de las heridas que sufre por los disparos, Eduviges fallece.

355 Sala Tercera, voto [n.º 2003-370](#) de las 11:49 horas del 16 de mayo de 2003.

356 Sala Tercera, voto [n.º 2004-448](#) de las 11:40 hrs. del 7 de mayo de 2004. En este mismo sentido, se pronunció el Tribunal de Casación en los votos [n.º 2004-192](#) de las 11:10 hrs. del 26 de febrero de 2004 y [n.º 2005-431](#) de las 8:40 hrs. del 19 de mayo de 2005.

Los anteriores hechos fueron calificados por el Tribunal sentenciador, como homicidio simple en daño de Eduvigis; tentativa de homicidio simple en daño de Zoraida; y dos robos agravados en daño de Orlando (no se pronunció sobre la naturaleza del concurso de dichos delitos).

Decisión del Tribunal. Examinado el caso por parte del Tribunal de Casación Penal, se consideró que, para determinar la naturaleza del concurso, primero era necesario esclarecer, si había una o varias acciones en sentido jurídico. Citando el criterio del profesor Castillo, así como los votos de la Sala Tercera n.º 465-F-94, n.º 800-F-96 y n.º 943-98, el Tribunal estimó que, en el caso de estudio, se apreciaba, en relación con los hechos que fueron calificados como dos “robos agravados”, en realidad se estaba en presencia de una sola conducta delictiva, consistente en el apoderamiento por parte de los tres encartados, a través de intimidación, de bienes ajenos. Con ello se produjo una sola violación al bien jurídico propiedad, aunque eventualmente los bienes puedan pertenecer a personas distintas.

De acuerdo con esta tesis, existió unidad de acción por cuanto se describía un plan común en la realización del hecho (todos los imputados actuaron en calidad de coautores con dominio del hecho, con ostentación de armas y división de funciones). Además de la vinculación final, también el análisis de la estructura del tipo penal permitía establecer la unidad de acción, la cual consistió en una unidad espacio-temporal, en donde la conducta de los encartados, se dirigía al apoderamiento de bienes ajenos, mediante el empleo de armas de fuego, unidad que opera aun cuando los ofendidos sean diferentes. No obstante, distinta resultaba la hipótesis del homicidio, en relación con el robo agravado, en donde sí podría existir algún tipo de discusión.

Al respecto, el Tribunal de Juicio consideró que se trataba de acciones independientes entre sí; es decir, no se trató de acciones enmarcadas dentro de la ejecución del robo, pues las víctimas ni siquiera se resistieron o intentaron defenderse del ataque recibido, ya que tales acciones no eran un medio necesario en la consumación del robo. Por el contrario, una vez que los sentenciados dominaron a los ofendidos, mediante la intimidación, **A** disparó en el pómulo a Eduvigis. Estando esta última en el suelo, **C** le propinó varios disparos más que, finalmente, ocasionaron su muerte.

Para el Tribunal de Casación, si bien esa posición era respetable, también lo era la tesis que consideraba que entre el robo agravado y el homicidio, existía un concurso ideal, en cuyo caso, habría un homicidio calificado en concurso ideal con robo agravado.

No obstante, de acuerdo con los pronunciamientos de la Sala Constitucional, la errónea calificación de un hecho resulta violatoria del debido proceso, cuando se incurre en una sobrevaloración de la conducta sancionada, lo que trae como consecuencia, la imposición errónea o excesiva de la pena, situación que no ocurrió en la especie.

Se trata del mismo bien jurídico (vida), incluso con una circunstancia calificante. Precisamente la estructura del tipo penal, es lo que da pie a las distintas interpretaciones y la pena impuesta, independientemente de la calificación que se le otorgara, es lo que a criterio del Tribunal de Casación, resultaba proporcional al hecho cometido y la culpabilidad de sus autores.

Finalmente, en cuanto al hecho cometido en daño de Zoraida, sí fue evidente que se trataba de un concurso material, ya que cuando ocurrió el primer disparo en contra de su hermana Eduviges, Zoraida intentó refugiarse debajo de una mesa, lo que provocó que el encartado **A** le disparara en varias oportunidades. Incluso cuando ya se habían apoderado del dinero y en el momento en que se disponían a salir del negocio, la ofendida Zoraida intentó ayudar a su hermana herida, por lo que **A** le ordenó a **C** que disparara y matara a Zoraida, orden que es acatada por este, sin conseguirlo. De esta manera, se concluía que tanto natural, como jurídicamente, se trataba de acciones independientes y, por ende, de un concurso material.

En virtud de lo anterior, se declaró con lugar la revisión, estableciéndose que la sustracción de bienes cometida en perjuicio de los ofendidos Orlando y Eduviges, constituyó un solo delito de robo agravado y no dos, como indicó el a quo³⁵⁷.

357 Tribunal de Casación, voto n.º 2004-192 de las 11:10 hrs. del 26 de febrero de 2004. Esta misma posición fue reiterada en el voto n.º 2005-431 de las 8:40 hrs. del 19 de mayo de 2005. No obstante, en este último existe una nota redactada por el Dr. Carlos Chinchilla Sandí, en la cual se expone un criterio distinto, en cuanto al robo perpetrado al mismo tiempo contra varios ofendidos, cuyo contenido consideramos importante que también sea valorado: “[...] aunque arribo a las mismas conclusiones que mis otros compañeros de Tribunal, existe un aspecto que considero se debió tratar en forma diferente. 2) En el presente caso, no concuerdo con el voto 2004-0054 de este Tribunal, como tampoco con el resto de los compañeros que transcriben ese voto y asumen su contenido, en cuando a la forma como se identifica el concurso de delitos en la acción desplegada, constitutiva del delito de robo agravado. En efecto, la sentencia de procedimiento abreviado n.º 64-2002 del Tribunal de Juicio de [...] condena a E.O. H., J. M. J. y J. G. M., por los delitos de secuestro extorsivo y tres delitos de robo agravado. Posteriormente, este Tribunal en el citado voto 2004-0054 ante procedimiento de revisión presentado por el sentenciado E. O. H., realiza una modificación a la sentencia condenatoria y considera que, en lugar de estar ante tres acciones diferentes constitutiva de tres delitos de robo agravado, estamos ante una acción única y, por lo tanto, un único delito de robo agravado y no se podría hablar del concurso de delitos, tanto ideal como material o real. Lo anterior dirige a recalificar los hechos, para tener la conducta desplegada como constitutiva de un único delito de robo agravado. En realidad, estamos ante acciones claramente diferenciables, donde se afectan patrimonios jurídicos diferentes y se lesionan, tres bienes jurídicos similares pero en relación con diferentes personas. Veamos la descripción que se hace de las acciones en los hechos tenidos por probados que no modifica en forma alguna este Tribunal en el voto en comentario; “1) En fecha tres de setiembre del año dos mil uno, al ser aproximadamente las dieciocho horas con quince minutos, los aquí ofendidos C. R. M., I. B. C. y C. F. R. B. se encontraban comiendo en su casa de habitación, situada en [...] en compañía del señor F. R. R., cuando en la morada irrumpen con violencia los aquí encartados J. M. J., E.O. H. y J.G. M., portando consigo armas de fuego grueso calibre, a saber una ametralladora y un arma pequeña níquelada, quienes apuntan a las víctimas amenazándolas de muerte, indicándose que se trataba de un asalto y los obligaron a tirarse boca abajo sobre el piso de la vivienda. [...]. 7) Al momento de cometerse el plagio, los encartados siempre bajo amenaza con armas de fuego, proceden a sustraer las pertenencias que portaban las víctimas, a saber joyas entre anillos, esclavas, argollas y cadenas, siendo que a M. J. se le decomisa: un reloj de mujer amarillo, carátula blanca marca Citizen, un anillo de matrimonio con la leyenda [...]” (continúa en la siguiente página)

En materia de concursos, este problema de la distinción entre acción única y pluralidad de acciones, tiene mucha importancia, pues de ello depende la pena aplicable. En principio, como señalamos, se parte de una acción única y de una sola lesión a un bien jurídico; pero como el derecho se nutre de la realidad, no puede desconocer que existen supuestos en donde un sujeto realiza diversas acciones que configuran varios delitos o varias lesiones jurídicas, y otros en donde una sola acción, llega a lesionar varios bienes jurídicos que no se excluyen entre sí, o bien, lesiona varias veces el mismo bien jurídico, realizando en una sola acción, el mismo delito.

Veamos el siguiente ejemplo: un grupo de sujetos acuerda efectuar una serie de robos en una localidad. De acuerdo con el plan trazado, dichos sujetos, en una misma noche, ingresan sucesivamente a varias viviendas, de las cuales sustraen ilícitamente bienes ajenos.

Estos hechos fueron calificados por el Tribunal de Juicio, como varios robos agravados en concurso material.

En defensa de los imputados, se alegó que dichas sustracciones eran configurativas de un solo robo, y no de un concurso material, pues había unidad de acción y de ubicación espacio-temporal, lo cual hizo que el tribunal confundiera la pluralidad de ofendidos con la pluralidad de delitos.

La Sala Tercera rechazó el alegato, confirmando la existencia de un concurso material de delitos. A criterio de la Sala, el que los acusados pretendieran, como designio general, robar todas las casas que se hallaban en localidad cerrada. Para la Sala, solo significaba que había un plan general, pero de ninguna manera, comportaba una unidad de acción. En este sentido, debía recordarse que la acción está compuesta por el elemento intencional (o, para decirlo en términos usuales, aunque menos correctos, “elemento subjetivo”) y el fenoménico (u “objetivo”). Para que haya unidad de acción, debe haber unidad también en esos elementos.

En el caso de estudio, aunque sí hubo unidad funcional o en la intención general de los agentes, no la hubo en el fenoménico. Es decir, a diferencia de cuanto podría eventualmente suceder, cuando en un mismo sitio (supermercado, agencia bancaria o autobús, por ejemplo) se procede a robar a los allí presentes.

y una cadena de aparente oro la cual tiene un dije sobre base de oro, piedra color café con esmeraldas incrustadas propiedad de C. I. B.. Un anillo de matrimonio con la leyenda [...] además de una cadena de oro de setenta y cuatro centímetros, por cuatro de ancho, sin dije, al co-encartado O. H. se le decomisó un arete tipo argolla de oro con gancho para prensar propiedad de la señor (sic) B. C. y al imputado J. G., se le decomisa un reloj marca Casio, brazalete de plástico, electrónico [...]” (folios 137 y 138). Como vemos, se trata del relato de tres acciones criminales claramente diferenciadas, las cuales constituyen tres delitos de Robo Agravado en concurso real o material, dirigidas contra tres personas diferentes y lesionando tres patrimonios distintos.

Cuando se procede contra diferentes espacios físicos o en diferentes momentos, a criterio de la Sala se rompe la unidad fenoménica, lo que naturalmente impide que se trate de una sola acción.

En el caso de estudio, los lugares ultrajados fueron casas diferentes, en donde vivían distintas personas, lo cual le confirió individualidad a cada uno de esos espacios, en tanto que la simple cercanía física no significa que se trate de una sola vivienda o espacio, por lo que los actos descritos constituían distintas acciones y no eran configurativos de un solo robo o de varios robos en concurso ideal³⁵⁸.

El tema de los concursos requiere, sin duda, una vinculación con la parte especial del derecho penal, pues los distintos casos deben ser resueltos de conformidad con su configuración en los tipos delictivos. Lo mismo sucede en los problemas relacionados con la prescripción, los cuales deben analizarse de conformidad con la normativa correspondiente.

3.- El concurso ideal

3.1.- Aspectos generales

En este tipo de concurso, se presenta una unidad de acción y pluralidad de delitos. Se configura cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición. Se trata de la comisión de varios delitos homogéneos o heterogéneos, con una sola acción.

Los ejemplos clásicos que se ofrecen son los del atropello que provoca la muerte de una persona y las sesiones a varios, los cuales configuran normalmente supuestos de homicidio y lesiones culposas en concurso ideal. También el caso de varios lesionados con el mismo atropello, configurarían un concurso ideal de lesiones culposas, por haberse violado varias veces la misma descripción típica.

La razón de ser de la expresión “concurso ideal”, se vincula con el hecho de que la acción realiza la idea, según el tipo, de distintas disposiciones legales. Mientras que en el concurso real o material, existen varias acciones u omisiones.

Se llama **concurso ideal homogéneo** a la lesión con una misma acción, en el marco de un mismo tipo penal, de una pluralidad de objetos, de la misma naturaleza y de manera independiente. Se trata de una misma acción que infringe varias veces la misma ley penal. En consecuencia, este no existe cuando el tipo penal se ha construido sobre la base de una lesión a pluralidad de objetos.

358 Sala Tercera, voto n.º 2006-110 de las 14:30 hrs. del 20 de febrero de 2006.

Son concursos homogéneos: el caso de la bomba del terrorista que mata a varias personas; cuando varias personas son injuriadas con una sola expresión; cuando varias personas son secuestradas; cuando se corrompe a varias personas con el mismo acto³⁵⁹; el soborno de varios con el pago de una suma para todos.

El concurso ideal homogéneo está excluido en los delitos de peligro que, como el incendio, requiere la producción de una circunstancia de peligro, pero la extensión de este peligro solamente implica una extensión cuantitativa, pero no cualitativa (quemar una cuadra de casas, con un solo acto, no configura un concurso ideal homogéneo).

En los casos de delitos contra la propiedad, la sustracción de varios objetos en un mismo acto, normalmente no configura este tipo de concurso (como en el ejemplo de quien toma todos los paraguas de una paraguera, que pertenecen a distintos propietarios, comete una sola lesión jurídica, pero no lesiona tantas veces el tipo penal, según sea el número de propietarios).

Pero en los casos en que, además de la propiedad, se protegen bienes jurídicos personalísimos, como el robo o la extorsión, si hay varias víctimas, es admisible el concurso ideal homogéneo.

A manera de ejemplo, véase el siguiente caso:

Síntesis. Un sujeto conduce un vehículo tipo vagoneta, cuando llega a una barricada que han colocado varios agricultores en señal de protesta. Frente a esta situación, el

359 En este sentido, la Sala Tercera ha aceptado que, con un solo acto, pueden cometerse al mismo tiempo varios delitos de corrupción de menores en concurso ideal: “[...] *La acción típica en el delito de corrupción de menores de edad o incapaces consiste en **promover** la corrupción, y a los efectos del artículo 167 inciso 1° del Código Penal se entiende que “ejecutar actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces” configura el delito, tanto si se trata un solo acto sexual o de una pluralidad de ellos, pues en ambas situaciones la conducta del agente está orientada a **promover** la corrupción del sujeto pasivo. En otras palabras, dada la descripción del tipo penal la ejecución del delito puede asumir una modalidad permanente en la que el sujeto activo inicia o incita la corrupción del menor o incapaz, procurando su logro a través de uno o más de los actos que describe el artículo 167 (a saber: ejecutar actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces; hacer ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces; hacer participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad e incapaces). En el presente caso, el encartado cometió por una sola vez tres delitos de corrupción en concurso ideal. Se trata de un concurso ideal porque es personalísimo el bien jurídico puesto en peligro, el desarrollo natural y sano de la sexualidad de cada una de las niñas ofendidas, conforme a patrones culturales y sociales congruentes al ideal constitucional de garantizar una protección especial a la niñez. Por las razones indicadas, debe convenirse con la defensa en que el Tribunal de mérito incurrió en el error de duplicar la penalidad correspondiente a los delitos de corrupción de menores que el encartado cometió, una sola vez, en concurso ideal, de manera que debe casarse la sentencia, únicamente para restarle un tanto de ocho años de prisión al total computado por el a quo de todos los delitos cometidos (treinta y seis años), con lo cual se llega a un nuevo resultado de veintiocho años de prisión, monto que no excede el triple de la pena mayor, conforme al artículo 76 del Código Penal (Voto n.º 2004-1183 de las 9: 45 hrs. del 8 de octubre de 2004).*”

citado conductor, con pleno dominio de sus actos, acelera y dirige la vagoneta directamente contra la barricada y contra todos los que se encuentran después de la misma, creando con ese accionar un peligro común e indiscriminado para todas las personas ahí presentes. La vagoneta traspasa la barricada, y uno de los participantes del bloqueo (**A**), al observar que la vagoneta viene hacia ellos, logra saltar, evitando de esa forma ser arrollado, aunque siempre es impactado en su mano y pierna derechas, sufriendo lesiones. Mientras que otro de los manifestantes (**B**) no puede esquivar el vehículo y es arrollado con resultado de muerte.

Los hechos fueron calificados como un delito de tentativa de homicidio calificado en daño de **A**, y homicidio en perjuicio de **B**, ambos en concurso ideal.

En defensa del conductor, se alegó errónea calificación legal, por considerarse que no se percató el tribunal de que la agravante de peligro común se encontraba en el tipo y, por lo tanto, el daño que sufrió **B** quedaba subsumido en la figura de homicidio calificado, en razón del peligro común creado por el agente activo. De igual forma, a juicio de la defensa, no podía haber concurso ideal, por considerar que las disposiciones legales debían ser diversas, y el Tribunal condenó por dos homicidios calificados, uno consumado y otro tentado, de modo que lo que existía era una pluralidad de víctimas y no una pluralidad de delitos, como lo exigían las reglas del concurso ideal.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó la calificación legal de los hechos. En cuanto al reclamo referido a que la agravante de peligro común, se encontraba contenida en el tipo penal y, consecuentemente, el daño que sufrió **A** quedaba subsumido en la figura de homicidio calificado de **B**, la Sala señaló que el medio idóneo para crear un peligro común ha sido entendido –citando al profesor Javier Llobet– como aquel que provoca un peligro indiscriminado a gran cantidad de personas o bienes ajenos. En este sentido, basta con que la idoneidad para generar el peligro, sea propia de la naturaleza del medio y de las circunstancias en que se utilizó (CREUS), y que el dolo del autor esté dirigido hacia la muerte de una o varias personas, ya sea en forma de dolo directo o eventual.

Así, en el caso de estudio, el daño producido a **A** no podía entenderse como subsumido dentro del peligro común provocado por la acción del imputado, pues su actuar se dirigió a la aceptación de la posibilidad de muerte de quienes allí se encontraban, previendo cualquier resultado muerte y aceptándolo como posible. Además, como bien lo expuso el Tribunal de Juicio, se estaba en presencia de un concurso ideal, pues existió una unidad de acción en sentido jurídico y, en el caso de estudio, era claro que la creación del peligro común, no subsumía esta lesión, ni los daños que como delito estaban prescritos, puesto que el peligro común es de carácter abstracto, por lo que si se presenta un resultado, el mismo comprenderá el delito que corresponda.

El hecho de que las lesiones concretas que sufrió el ofendido **A**, no hayan puesto en peligro su vida, no quería decir que no existiera tentativa de homicidio, pues lo que se debía considerar son las circunstancias en que sufrió la lesión.

Por otro lado, el requisito que aducía la defensa como necesario para la aplicación de las reglas del concurso ideal (diversidad de disposiciones legales), no es tal, pues dentro de las formas de concurso ideal, existe el concurso ideal heterogéneo que surge cuando con una sola acción, se vulneran dos o más leyes penales diferentes, y el concurso ideal homogéneo que existe cuando mediante una misma acción, se infringe varias veces la misma ley penal, como por ejemplo: un disparo da muerte a varias personas; un término ofensivo dirigido a dos personas; una única solicitud que determina al mismo tiempo a dos niños a la práctica de acciones deshonestas (Jescheck).

En ese sentido, la Sala ha sostenido también que es posible la existencia de concurso ideal homogéneo en delitos que lesionan bienes jurídicos personalísimos (vida, integridad corporal, integridad sexual, etc.), entendidos como aquellos que no se pueden separar de su titular. De este modo, una multiplicidad de sujetos activos, trae como consecuencia una multiplicidad de lesiones jurídicas. Así no podía hablarse de un concurso aparente entre los delitos de homicidio calificado y tentativa de homicidio calificado³⁶⁰.

El concurso ideal heterogéneo se presenta cuando una sola acción u omisión, lesiona varias disposiciones legales que no se excluyen entre sí (caso típico es el de la bomba que mata y produce daños materiales; alguien que dispara sobre un objeto para destruirlo y lesiona a un tercero; cuando se tiene acceso carnal contrario a la voluntad de la víctima y se le contagia además con una enfermedad venérea).

De esta forma, el ladrón que, al arrebatarle a una mujer un arete, adicionalmente le ocasiona una ruptura en el lóbulo de la oreja, dejando una marca indeleble en el rostro de dicha víctima, con una misma acción lesiona dos bienes jurídicos distintos (vida y propiedad). Por tanto, estos hechos constituirían un delito de robo simple con violencia sobre las personas y lesiones graves en concurso ideal³⁶¹.

Como ejemplo, también puede indicarse que la Sala Tercera, a partir del voto n.º 328-F-96 de las 9:45 hrs. del 28 de junio de 1996, ha sostenido el criterio de que el delito de corrupción, no subsume o excluye a otros delitos sexuales, tales como, la violación y los abusos sexuales a personas menores de edad, al considerar precisamente las divergencias entre los bienes jurídicos tutelados por cada uno de los delitos (autodeterminación sexual en la violación y los abusos sexuales; desarrollo psicológico sexual en la corrupción) y los verbos activos de los tipos, o núcleo de las acciones.

En virtud de que estos tipos penales no se excluyen entre sí, por ende, son capaces de concurrir ideal y heterogéneamente. Por ejemplo, cuando los actos sexuales con los

360 Sala Tercera, voto n.º 2005-1037 de las 14:10 hrs. del 12 de setiembre de 2005. En el mismo sentido, véase el voto n.º 2005-91 de las 8:55 hrs. del 18 de febrero de 2005.

361 Tribunal de Casación Penal, voto n.º 2003-263 de las 10:50 hrs. del 28 de marzo de 2003.

que se promueve la corrupción, se adecúan a las previsiones de las normas que tipifican los abusos sexuales o la violación³⁶².

Existe concurso ideal, cuando una conducta penalmente relevante, encaja al mismo tiempo en varios supuestos de hecho que no se excluyen entre sí.

¿Qué pretendemos decir cuando afirmamos que se trata de hechos que no se excluyen entre sí? Afirmamos con esta expresión que los tipos penales en donde encaja la acción, no están contenidos el uno en el otro por algún rasgo que permita integrarlos, que puede ser por razones de especialidad o de subsidiariedad.

Sobre este tema, la Sala Tercera señala que la relación de especialidad existe cuando la disposición penal que se aplica, contiene en sí todos los elementos de la disposición penal general, más uno o más elementos “especializantes”, como sucede entre los artículos 307 (desobediencia) y el 389, inciso 3 (no comparecencia como testigo). En este caso, el segundo desplaza por especialidad al primero.

En cuanto al tema de la subsidiariedad, la Sala también ha indicado que en esta materia, se entiende por “delito de pasaje”, aquel que es etapa previa a la realización de un delito sucesivo que lo desplaza (dejando “impune” el hecho previo, en relación con el hecho posterior), porque el segundo causa una lesión mayor al bien jurídico tutelado y comprende todo el contenido injusto del primero.

Podemos mencionar el caso del homicidio *críminis causa* (cuando se resolvió la naturaleza del concurso en relación con el robo agravado como de concurso ideal heterogéneo), en donde según nuestra jurisprudencia, el legislador no asignó al artículo 112, inciso 6), una cláusula de subsidiariedad expresa, como sí lo hizo en el artículo 257 (abandono de servicio de transporte), considerando la norma que prevé respecto de otra, un tratamiento punitivo más severo, lo que también dispuso en el anterior artículo 174 (incesto)³⁶³, en relación con los artículos 157 (violación calificada) y el anterior artículo 160 (estupro agravado)³⁶⁴. En

362 Al respecto ver votos de la Sala Tercera [n.º 2000-567](#) de las 9:10 hrs. del 2 de junio del 2000; [n.º 2001-380](#) de las 15:00 hrs del 24 de abril de 2001; [n.º 2001-1000](#) de las 9:10 horas del 19 de octubre de 2001; [n.º 2002-36](#) de las 9:00 hrs. del 25 de enero de 2002; [n.º 2003-262](#) de las 11:45 hrs. del 25 de abril de 2003 y [n.º 2003-965](#) de las 12:15 hrs. del 24 de octubre de 2003. Por supuesto que si los comportamientos sexualmente abusivos, resultan claramente diferenciables, porque existen entre ellos una evidente separación espacio-temporal, es decir, que no exista unidad de acción, sino varias acciones distintas –cada una típica, antijurídica y culpable– los delitos sexuales concurrirían materialmente y no idealmente (ver voto de la Sala Tercera [n.º 2005-257](#) de las 8:50 hrs. del 8 de abril de 2005).

363 Actualmente, el artículo 174 corresponde al delito de difusión de pornografía. El tipo penal del incesto originalmente sancionaba “[...] a quien conociendo las relaciones de familia que lo ligan, tenga acceso carnal con una ascendiente o descendiente por consanguinidad o afinidad o con un hermano consanguíneo, siempre que no se trate de una violación o estupro en cuyos casos se aplicarán respectivamente los artículos 157 y 160”.

364 Actualmente el artículo 160 corresponde al delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad.

realidad no era una hipótesis de concurso aparente, porque el legislador había eliminado toda duda al establecer que el anterior artículo 174, era aplicable, únicamente, cuando no se daban los supuestos de aplicación del 157 o del 160. En este mismo caso, tampoco habría una subsidiariedad tácita, pues del sentido y fin de esa norma, no se puede derivar, racionalmente, que el legislador incluyera en el tipo del 112, inciso 6), la totalidad del contenido injusto y culpable de la conducta tipificada en el robo agravado³⁶⁵.

Tenemos otro ejemplo en el caso de concurrencia entre homicidio culposo y lesiones culposas, producto de un atropello, ya que el tipo penal del homicidio no contiene las lesiones. Los dos preceptos son aplicables, porque son independientes, no se excluyen entre sí.

Recientemente, en el voto n.º 2006-1258 de las 11:15 hrs. del 11 de diciembre de 2006, la Sala Tercera varió el criterio que había sostenido en los votos n.º 240-F-91, n.º 460-F-91 y n.º 215-F-94, en cuanto se consideraba que se producía un único delito, cuando se violaba la intimidad de una vivienda o casa de negocio para cometer dentro de ellas, otras acciones delictivas. Se fundamentó, entonces, que el ingreso prohibido a esos recintos, quedaba subsumido en la conducta delictiva que después ejecutaba el autor.

Sin embargo, en esta última resolución, la Sala varía el criterio que venía sosteniendo, pues ahora concluye que se presenta en tales casos, un concurso ideal de delitos, ya que con una sola acción u omisión, se lesionan varias disposiciones jurídicas que no se excluyen entre sí (concurso ideal heterogéneo).

El problema fundamental que plantea este tipo de concurso, consiste en la apreciación de lo que consideramos “una sola acción u omisión”, o bien “un solo hecho”.

Habrà unidad de hecho o de acción, cuando la actuación **corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada en forma unitaria en un tipo penal. Pero debe dar lugar a la realización de varios tipos delictivos. De esta manera, el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines.** El medio puede ser único, aunque los fines sean diversos.

Tal como hemos visto, la unidad de acción es un concepto jurídico que no se puede definir con prescindencia de la norma y del hecho, el cual ocupa un lugar subordinado como contenido de la norma.

La unidad natural de acción no es la que nos señala, cuándo hay una acción en sentido legal, puesto que más bien una acción en sentido natural, puede constituir legalmente una

365 Sala Tercera, voto n.º 943-98 de las 16:16 hrs. del 29 de setiembre de 1998.

pluralidad de acciones; o una pluralidad de acciones en sentido natural, puede constituir una sola acción desde el punto de vista legal.

Esta separación entre unidad de acción y pluralidad de acciones, solo es posible establecerla de conformidad con la interpretación del tipo penal realizado.

La adopción del factor final (plan unitario que da sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios, como una sola conducta) y del factor normativo (que convierte la conducta en una unidad que desvalora los efectos de la prohibición), como criterios para dilucidar, cuándo hay una o varias conductas (acciones u omisiones), es una tendencia aceptada ampliamente por la doctrina actual y nuestra jurisprudencia.

La unidad de acción debe cumplir, además de la identidad con el tipo subjetivo, con la coincidencia en el tipo objetivo.

El concurso ideal requiere dos elementos: unidad de acción y lesión de varias leyes penales que no se excluyen entre sí, por razones de especialidad, consunción, etc.

Se debe mencionar aquí que, en el voto n.º 2007-558 de las 9:25 hrs. del 25 de mayo de 2007, el Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, realizó un interesante análisis sobre el concepto de unidad de acción, a efecto de resolver un caso donde cual el imputado:

[...] amenazando de muerte a la ofendida, mientras esta última lloraba y le suplicaba que la dejara ir, situación que lo enfureció, por lo que en dos ocasiones procedió a golpear a la ofendida con la mano en la cara, luego de lo cual, a fin de satisfacer sus deseos sexuales, le quitó a la fuerza la camiseta, la empujó hacia el suelo, la tomó del cabello y la obligó a practicarle sexo oral. No conforme con esta acción desplegada, con el único fin de satisfacerse sexualmente, el imputado procedió a bajarse el pantalón y el calzoncillo hasta las rodillas, desnudó totalmente a la ofendida, la sujetó con fuerza y procedió a penetrarla vaginalmente con el pene, mientras seguía amenazándola.

El Tribunal de Casación, afirmándose en resoluciones del Tribunal Supremo Español, señaló que cuando se trata de acciones fisiológicas separables, pero del mismo tipo que se da sucesivamente en condiciones espacio-temporales muy cercanas, y en el que participan las mismas personas (agresor y víctima), se produce una lesión cuantitativa y no cualitativa del bien jurídico (libre autodeterminación sexual). En estos casos, nos hallamos ante una sola acción en sentido jurídico-penal, ergo, punible, que se manifiesta en una pluralidad de actos lascivos que responden al mismo impulso lúbrico, que no se satisface hasta la culminación de una pluralidad de ellos. Todo lo anterior sucede con independencia de que se considera la gravedad del hecho a los efectos de la adecuada respuesta punitiva.

Por las razones expuestas, y con cita de distintos autores que describen el contenido de la unidad de acción, el Tribunal llegó a la conclusión de que en ese caso concreto, los hechos descritos constituían un único delito de violación, y no dos delitos en concurso material, como lo estimó el *a quo*, sosteniendo un criterio distinto al que mantiene la Sala Tercera³⁶⁶, para la que el hecho constituiría un concurso material, tal como lo hemos señalado. De manera expresa, el Tribunal señaló en esta resolución:

[...] Para determinar si existe un delito o varios, no basta atenerse a la cantidad de acciones naturales que desempeñe el sujeto activo, sino que hay que tener en cuenta otros factores (sin carácter taxativo): a).- la voluntad final concreta del agente, es decir, su plan; b).- La cercanía o conexión tempo-espacial de los hechos; c).- El enjuiciamiento jurídico-social (concepción natural de la vida más valoración jurídica); d).- La homogeneidad del bien jurídico atacado; e).- La unidad del sujeto pasivo.

3.2.- Penalidad del concurso ideal

La determinación de la existencia de un concurso, implica que solo debe aplicarse una pena que, en nuestro caso, como vimos, es la que corresponde al delito más grave,

366 Con respecto al tema del contenido de la unidad de acción en el delito de violación, en el voto n.º. 2006-1299 de las 10:10 hrs. del 21 de diciembre de 2006, la Sala Tercera se pronunció en los siguientes términos: [...] *A fin de resolver el alegato del patrocinio letrado, resulta procedente hacer la diferencia de dos supuestos fácticos diversos que esta Sala ha tenido ocasión de analizar, otorgándole soluciones diferenciadas: Por un lado, un primer conjunto lo constituye los supuestos en que el sujeto activo accede carnalmente por diferentes vías (recuérdese que la norma prevé la introducción del miembro viril, dedos u objetos, por vía vaginal, anal o aún por la cavidad bucal) pero de manera simultánea, entendiéndose a la vez, se tiene acceso carnal en varias cavidades. Este supuesto fue discutido, entre otros, en la resolución número 566 de las 10:25 horas del 8 de junio de 2001. En ese mismo pronunciamiento, no obstante, se diferencia otro posible conjunto de hechos, distinto al anterior, es cuando, sin importar que sea mínimo el tiempo transcurrido entre uno y otro acceso, éstos no ocurren en el mismo instante en varias cavidades del cuerpo, sino que son acciones diferenciables, aunque como ya se dijo, sean muy próximas la una a la otra. Es así que se destacó: “[...]Una situación distinta se presenta cuando el acceso se produce en momentos diferentes, aun cuando el tiempo transcurrido entre una o otra penetración o acceso sea ínfimo o mínimo, pues acá la víctima sí estaría siendo accedida en distintas oportunidades, tal y como ocurre en el caso que se analiza en el Voto No. 478-F de las nueve horas con cinco minutos del veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y tres de esta Sala [...] O sea, se estaría violentando el bien jurídico tutelado tantas veces como penetraciones sufra la persona en momentos diferentes. Ante este último supuesto sí se podría hablar de la existencia de una concurrencia material de ilicitudes, pues cada uno de los accesos en una de las cavidades o partes del cuerpo que se encuentran señalados en el tipo penal, cuando ocurran en momentos diferentes, constituyen violaciones independientes o distintas unas de las otras [...]” (el resaltado es suplido). Tal y como se hizo ver, no es necesario los accesos carnales se encuentren separados por una cantidad considerable o significativa de tiempo, sino que basta que éstos no sean simultáneas para que se estime que existe pluralidad de acciones, en sentido jurídico. Analizando el caso particular, por lo tanto, resulta correcta la conclusión del Tribunal respecto a que en la especie, se trataba de dos delitos de violación en concurso material, pues el cuadro fáctico acreditado, es compatible con el segundo supuesto de eventos que ya se expuso. Ello es así, desde que la ofendida describe que el inculinado le pregunta si es virgen e introduciendo un dedo en su vagina, y luego de ello, es decir momentos después y después de insultarla manifestándole que mentía acerca de su virginidad, le introduce el pene en su boca (cfr. fs. 272 y 273). Así, aunque muy próximos el uno al otro, los accesos carnales son diferenciables en el tiempo, y en tal condición, la estimación de que ambos concurren materialmente es la correcta.*

pudiendo ser aumentada por el juez. Este criterio resulta, por cierto, demasiado amplio, desde el punto de vista de las garantías.

Definir cuál es la ley penal más severa, nos remite al tipo de pena aplicable, y por lo tanto, la de mayor gravedad será la de prisión. Cuando las penas de los tipos violados sean del mismo género, la gravedad se apreciará en el caso concreto. Más grave se considera la que tiene un máximo más elevado o el mínimo, según corresponda. Si ambas tienen igual mínimo o máximo, es más grave la que solo contenga la pena de prisión.

El límite a la facultad discrecional otorgada al juez para la fijación de la pena, debe entenderse según lo comprendido en el artículo 76 del Código Penal. El juzgador debe evitar igualar o exceder la suma de todas las penas que se hubieran impuesto eventualmente como acumulación material.

La pena del delito más grave que se debe fijar en el concurso ideal, es la que corresponde al caso concreto, según los parámetros sancionatorios previstos en la delincuencia más severamente reprimida y no el monto mayor dispuesto en abstracto para esa ilicitud.

De esta forma, el *quantum* de la pena que se fije para el ilícito más grave, será la base sobre la cual se debe realizar el aumento punitivo prudencial, que no podrá igualar y menos exceder, como señalamos, la suma de todas las penas que se impondrían, si se tratara de un concurso real. Cabe recordar que esta facultad de aumentar la sanción, es potestativa del juez. No se trata de un aumento prudencial que se aplica en todos los casos, a partir del monto de la pena concreta impuesta para el delito más grave.

Tenemos claro, entonces, que la pena puede ser fijada, considerando el delito más severamente castigado, en cuanto al máximo por imponer. El problema se presenta en cuanto al mínimo que podría ser considerado. Si bien la normativa no lo señala, la jurisprudencia ha interpretado que, acorde con una interpretación sistemática, así como de la propia naturaleza que define al concurso ideal (una sola acción con multiplicidad de adecuaciones típicas), los mínimos de los otros tipos penales que concurren sin excluirse, sirven como parámetro mínimo, a partir del cual se debe fijar el *quantum* sancionatorio.

Valorando cada uno de los mínimos previstos en los distintos tipos penales que resulten aplicables, se debe definir y tomar el mínimo mayor que se prevé como el más severo, pues se estima que sería un absurdo que se imponga una pena inferior a la que se dispone en las otras figuras típicas que concurren idealmente.

Nuestro Código Penal lo define en el artículo 21, al señalar que: “Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no

se excluyen entre sí”. La penalidad prevista para estos casos, se recoge en el artículo 75 que nos indica que el juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla.

Como podemos apreciar, en la citada disposición solo hay referencia al concurso ideal heterogéneo, y el homogéneo se admitía por la vía de la interpretación *in bonam partem*, relacionando los artículos 21 y 75, a fin de no producir resultados contradictorios en el castigo de los casos de concursos. Esta situación se corrige en el proyecto.

En el proyecto de Código Penal, en el artículo 41, se unieron el concurso ideal con el material y lo más notable es que, para el ideal se agrega que también existe, cuando con una acción u omisión, se produce una multiplicidad de resultados que violan la misma disposición legal, es decir, se agrega el concurso ideal homogéneo.

Por su parte, en cuanto a la penalidad, en el proyecto, párrafo 1 del artículo 80, se establece que: “Para el concurso ideal, el juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y podrá aumentarla hasta en un tercio de la prevista”.

De esta forma, cuando la pena del delito más grave que corresponde aplicar se encuentra en su mínimo por debajo de las otras ilicitudes que concurren idealmente, no sería admisible que se imponga una pena por debajo de esos otros mínimos previstos.

En razón de que en el concurso ideal, lo que se presenta es una única acción con multiplicidad de adecuaciones típicas, el juzgador bien podría considerar que la pena impuesta para el delito más grave, resulta ser suficiente y que no amerita un aumento o una mayor reprochabilidad, que se traduce en más pena, de acuerdo con los principios de lesividad, proporcionalidad, razonabilidad, humanidad y fines que entran en juego al concretarse toda pena. La decisión de no aumentarla, no podría entenderse como una renuncia al *ius puniendi* o un fomento a la impunidad. Se trata tan solo de la manifestación de una facultad o poder discrecional.

Tal y como lo ha señalado la Sala Tercera, doctrinalmente se han establecido diferentes sistemas que pretenden resolver el problema de la fijación de la pena, cuando se presenta un concurso de delitos, sea este material o ideal. Los mecanismos o fórmulas que se prevén, van desde la acumulación aritmética de las penas, hasta la propuesta de una pena unitaria.

Ahora bien, al analizarse la imposición de la pena en nuestros concursos, conforme lo prevé el actual Código Penal, y según las propuestas doctrinales, la Sala Tercera ha señalado que, en cuanto al concurso ideal, se sigue el **sistema o principio de aspersion**, según el cual, a los delitos cometidos en concurso, se les fija solo la pena que corresponde al delito de mayor gravedad, y las otras quedan sin aplicación al ser “absorbidas” por la sanción impuesta.

Este sistema adquirió matices o particularidades, al ser incorporado a nuestro Código Penal. Para la Sala, nuestro ordenamiento jurídico siguió, con algunas variantes, el principio de aspersion, tal como ha sido definido por la doctrina, ya que para la fijación de la pena se toma la correspondiente al delito más grave, la cual podría aumentarse de manera potestativa por el juez. En lo que interesa, el artículo 75 del Código Penal dispone que: “[...] *el Juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla*”. La variante que se introdujo en este numeral, consistió en que el aumento no siempre se tiene que aplicar, pues se regula como una potestad que se le otorga al juzgador. No es un aumento “prudencial” que se aplica en todos los casos, a partir del monto de la pena concreta impuesta para el delito más grave, sino que constituye una facultad discrecional que bien podría ejercerse, o no, si así lo estima pertinente el juzgador en la causa.

Ahora bien, la Sala se ha planteado el problema en cuanto a qué debe entenderse por: **a)** El delito más grave. **b)** La pena correspondiente al delito más grave. **c)** En qué consiste el aumento.

En cuanto al primer punto, la Sala señala que como la gravedad de los hechos se mide fundamentalmente, a partir de la consecuencia que se les fija a estos, la tesis mayoritaria estima que el delito más grave se determina en razón de la pena establecida en abstracto para las diferentes ilicitudes. Por la multiplicidad de adecuaciones típicas que se derivan de una sola acción, el delito más grave será el que haya previsto la pena mayor o más severa, a saber, el que prevé el máximo penal, independientemente del mínimo que presente dicha delincuencia.

En cuanto al segundo problema que se plantea, la pena correspondiente al delito más grave, en criterio de la Sala se entiende que no es la que se fija de manera abstracta en la ley, sino la que en el caso concreto, se impone como consecuencia del juicio de reproche que se le formula al sujeto por la ilicitud cometida y según los parámetros de determinación que se señalan en el artículo 71 del Código Penal.

Al momento de establecerse la pena correspondiente, resulta claro que el juzgador puede hacerlo dentro de los parámetros que se disponen en el hecho más severamente castigado, fundamentalmente en cuanto al máximo imponible. El problema se presenta con respecto al mínimo que podría ser considerado. En este sentido, si bien la normativa no lo dice, se estima, de acuerdo con una interpretación sistemática de esta, así como de la propia naturaleza que define al concurso ideal (una sola acción con multiplicidad de adecuaciones

típicas), los mínimos de los otros tipos penales que concurren sin excluirse, sirven como parámetro mínimo, a partir de los cuales se debe fijar el *quantum* sancionatorio. Al valorar cada uno de los mínimos previstos en los distintos tipos penales, se debe definir y tomar el mínimo mayor que se prevé como el mínimo más severo, ya que sería un absurdo que se imponga una pena inferior a la que se dispone en las otras figuras típicas que concurren idealmente.

La Sala explica que las anteriores consideraciones han sido expuestas en la doctrina nacional, siguiendo lo que la doctrina extranjera ha diseñado para responder a los cuestionamientos que se formulan sobre cuál es el delito más grave y qué función tienen los mínimos penales previstos en las diferentes adecuaciones típicas que se presentan. Específicamente se señala –citando el criterio del Dr. Juan Marcos Rivero– que sobre estos extremos caben dos interpretaciones: en primer lugar, puede significar que la sanción se impone dentro del mínimo y máximo de la escala penal que corresponde al tipo penal más grave. En segundo término, podría entenderse que dicha escala se construye, en su límite máximo, con referencia a la pena mayor, y, en su límite mínimo, por el mínimo mayor de los tipos que concurren (principio de combinación).

Al respecto, autores como el profesor Francisco Castillo, han señalado que la circunstancia de que se aplique la pena correspondiente al delito más grave, no significa que el legislador le dé a la pena del delito más grave una preeminencia absoluta. Además esto indica simplemente que el límite superior de la pena es el fijado por el tipo penal que tenga pena mayor. La pena de la violación menos grave, aunque en principio es absorbida, cumple la función de fijar el límite mínimo en aquellos casos, donde la ley establece una pena mayor que tenga un mínimo menor que la pena que fue aplicada.

De esta forma, si uno de los tipos violados tiene pena de prisión de un mes a dos años y el otro de dos meses a un año, el primero es el más grave y de él se toma la pena. Pero el segundo fija el límite mínimo de la pena que no puede ser menor de dos meses de prisión. Esta última solución, de acuerdo con el Dr. Rivero, es la que se impone, pues al haber lesionado el delincuente varios tipos penales, no puede concebirse que cumpla una sanción menor que el mínimo más alto de las penas que concurren.

Por consiguiente, para la Sala, si bien la pena del delito más grave corresponde al que se encuentra castigado de manera más severa, cuando el mínimo penal de esta delincuencia, es inferior al de las otras ilicitudes que concurren idealmente, no sería admisible que se imponga una pena por debajo de estos otros mínimos previstos.

Por otra parte, en cuanto al tercer punto o cuestionamiento que se presenta (naturaleza del incremento), aun cuando se siga el sistema o principio de aspersion, el aumento de la pena, una vez fijada para la ilicitud más grave, no es una consecuencia obligatoria y necesaria para todos los casos.

Precisamente en razón de la naturaleza del concurso ideal, en donde lo que se presenta es una única acción con multiplicidad de adecuaciones típicas, el juzgador bien podría considerar que la pena impuesta para el delito más grave, resulta ser suficiente y que no amerita un aumento o una mayor reprochabilidad, que se traduce en más pena, de acuerdo con los principios de lesividad, proporcionalidad, razonabilidad, humanidad y fines que entran en juego al concretarse toda pena. Si decide no aumentarla, no podría entenderse que se renuncia al *ius puniendi* o que se fomenta la impunidad. Es tan solo una manifestación de esta facultad o poder discrecional.

Ahora bien, como se trata de un poder o facultad otorgada, cada vez que se está ante la fijación de la pena en un concurso ideal, ha sido criterio de la Sala Tercera que el juzgador **debe indicar, si hace uso o no de esta potestad para que las partes puedan controlar su ejercicio**. Esto no significa que la posibilidad de aumentar la pena, se debe aplicar en todos los casos, pues perfectamente el juzgador, como ya se dijo, puede no hacerlo al considerar adecuado el monto que se fija respecto de la gravedad del hecho.

Lo que se ha estimado pertinente dejar claro en este punto, es que en todos los casos, se debe señalar si hace uso o no de esta facultad. Si no se indica, para la Sala es suficiente que se exprese que no se recurrió al aumento de la pena; pero, si se hace, se debe explicar con claridad por qué procede de esta forma y en qué proporción se aumentó la sanción. Sería un aumento por la totalidad de la ilicitud cometida, que afecta varios bienes jurídicos, a través de una sola acción y no como una acumulación derivada de la suma de cada una de las sanciones que se establecen por las diferentes adecuaciones típicas.

Ahora bien, si lo que se hace en el concurso ideal, a partir de las diferentes adecuaciones que concurren, es una acumulación aritmética de las penas, se estarían variando las reglas de la penalidad para el concurso ideal, pues no se trata de imponer penas para cada una de las adecuaciones típicas, a partir de la que se fija para el delito más grave. Lo que se requiere tan solo, es que se indique si se hace uso de la potestad de aumentar y en qué proporción, para controlar que el ejercicio no resulte abusivo o desproporcional.

Finalmente, queda por determinar en cuánto se puede aumentar la pena, pues la normativa no lo indica. En este caso, la Sala ha considerado que el aumento **no podría exceder el monto total de la pena que se hubiera impuesto, si se está ante una concurrencia material de delitos, ni podría ser igual a esta, pues si es así, no tendría sentido alguno, la regla prevista en el artículo 75 y no se diferenciaría en nada de lo dispuesto en el artículo 76** (principio de cúmulo material limitado al triple de la mayor impuesta).

En el concurso ideal se está ante una sola acción con distintas adecuaciones típicas que no se excluyen entre sí, y la pena se fija por la gravedad que se derive de esto. No es lo mismo una sola acción con una sola adecuación típica, que una acción con una multiplicidad de adecuaciones típicas o resultados lesivos no excluyentes. La primera solo afecta, en principio, un bien jurídico tutelado, en tanto la segunda les genera la lesión

a varios bienes jurídicos, de manera homogénea o heterogénea. Por tanto, la pena por imponer, podría ser la que corresponda al delito más grave, o bien, la aumentada, a criterio del juzgador, **en un monto que tampoco podría ser igual o superior al que se habría impuesto, si se hubiera estado ante un concurso material.**

Al adoptar recientemente el criterio de que el aumento se debe establecer a partir de la pena concreta que se fija para el delito más grave, la Sala Tercera optó por corregir sus fallos anteriores (n.º 574-2005 de las 8:55 horas del 10 de junio del año 2005 y n.º 788-2005 de las 9:15 horas del 15 de julio de ese mismo año), en donde se indicó que si la pena por imponer, se encontraba dentro de los límites del ilícito más grave, no era necesario especificar, si se ampliaba la sanción del delito más grave. Esta explicación solo se requiere cuando el aumento supere el límite mayor de la penalidad prevista para esa figura delictiva.

La Sala ha explicado que dicha corrección consiste en que, a partir de la adopción de este nuevo criterio, en todos los casos se debe señalar, si se hace uso o no del aumento, y no solo cuando se supera el límite máximo de la pena prevista para la delincuencia más severamente castigada. Aunable a lo anterior, se agrega que la definición por parte del Tribunal sentenciador, de si se hace uso o no de la facultad de aumento, y en qué proporción, resulta también necesaria en el fallo condenatorio, debido a la posibilidad de que durante la ejecución de la sentencia, sobrevenga una ley más favorable, sea en cuanto a que disminuya la pena de alguna de las acciones típicas o que las despenalice, pues la procedencia o pertinencia de una nueva fijación de la pena, podría depender de si se hizo uso de la facultad de aumento que la ley prevé para esta clase de concursos y en qué proporción³⁶⁷.

Recapitulando, tenemos que los presupuestos del concurso ideal son dos: unidad de acción y que la acción u omisión produzca una pluralidad de lesiones jurídicas.

El concurso ideal implica la concurrencia de varias leyes penales en una acción (el que coloca una bomba en el vehículo presidencial para causar la muerte del mandatario y provoca lesiones graves a su chofer, incurre en dos delitos: uno de homicidio y otro de tentativa de homicidio, en concurso ideal), ya que, aunque realiza una sola acción, desde el punto de vista valorativo, realiza dos tipos penales.

En razón de que el concurso ideal implica concurrencia de leyes penales en una acción, puede existir aunque entre los tipos penales realizados, haya distinta forma de culpabilidad (realización dolosa y resultado también culposo, como el que puede ocurrir cuando, al destruir un bien, se provocan lesiones culposas).

367 Sala Tercera, voto n.º 2005-1015 de las 12:00 hrs. del 2 de setiembre de 2005, reiterado por el voto n.º 2006-654 de las 12:10 hrs. del 7 de julio de 2006.

Solo habrá concurso ideal, cuando una parte de la acción sirva para la realización de uno y otro de los tipos penales; pero no existe, cuando los delitos cometidos responden a una misma finalidad, o cuando, según el plan del autor, un delito es necesario para poder realizar los demás.

No puede existir concurso ideal entre un delito de acción y uno de omisión, porque omitir y actuar son acciones distintas. El profesor Francisco Castillo excepciona el caso en el que el delito omisivo es permanente y el comisivo sirve para mantener el estado antijurídico de que se trata el delito permanente omisivo, como ocurre con el delito de lesiones dolosas, cometido para mantener al privado de libertad en ese estado.

La omisión también puede producir un concurso ideal, homogéneo u heterogéneo. Para identificarlo, dado que la esencia de la omisión consiste en la no realización de una conducta esperada, no se debe atender a la identidad de la omisión, sino a la hipotética identidad de la conducta esperada.

El concurso ideal es admisible en el caso de varios delitos de omisión, pero la opinión dominante lo excluye entre delitos de comisión y omisión.

Dado que el tema de la participación se analiza como contribución al hecho principal, en relación con el participante secundario, para establecer si hay concurso ideal, debe analizarse si este realizó solo una o varias acciones de participación. Puede entonces afirmarse que hay concurso ideal, cuando con una sola acción de instigación o de complicidad, se participa en el hecho realizado en concurso ideal con el autor principal.

Siguiendo al profesor Castillo, podemos afirmar que las acciones que conforman el proceso ejecutivo de los distintos tipos penales que entran en concurso ideal, pueden encontrarse en tres formas:

- a) Los actos ejecutivos que entran en concurrencia, en el caso concreto, son idénticos (matar a dos personas de un solo balazo).
- b) Hay una identidad parcial de los diferentes actos ejecutivos de los tipos penales concurrentes (caso de la concurrencia entre lesiones y robo, cuando la violencia en el apoderamiento tiene como consecuencia una lesión a la víctima, la violencia en la persona sería el elemento común en ambos tipos penales). También existe concurso ideal, con identidad parcial del proceso ejecutivo entre lesiones y resistencia, cuando el empleo de la fuerza contra el funcionario al mismo tiempo le produce a este lesiones.
- c) Se habla también de una forma de concurso ideal “**por efecto de pinzas**”, en el cual el proceso ejecutivo de dos delitos no se interfiere de manera directa, sino la interferencia ocurre, porque un tercer delito que los une, interfiere con los procesos ejecutivos de ambos.

Antecedentes jurisprudenciales

Síntesis. **A** se presentó a la casa de **B**, solicitándole que le hiciera un préstamo de dinero a efecto de cancelar una hipoteca, ofreciéndole como garantía una finca de su propiedad. Dicho inmueble que **A** ofreció como garantía del préstamo a **B**, presentaba una serie de anotaciones, entre estas una donación realizado en 1994, a favor del padre de **A**, razón por la cual, **B** no accedió a negociar con **A**.

En fecha posterior, **A** se presentó nuevamente a la casa de **B** y, ocultándole a este último la verdad sobre la situación registral de dicho inmueble, le mostró un informe registral de la finca de marras, en el cual se insertó una hoja falsa donde ya no aparecía la donación a favor del padre de **A**, documento que resultaba del todo falso, por cuanto presentaba características diferentes respecto de los informes registrales rendidos por el Registro Público. Pese a este error, al que fue deliberadamente inducido, **B** inició negociaciones con **A** para efectos de comprar la propiedad, por lo que, creyendo falsamente que la citada finca se encontraba libre de gravámenes, la compró.

En el momento de presentarse las escrituras de traspaso ante el Registro Público para su inscripción, estas no pudieron ser inscritas en vista de que la donación a favor del padre de **A**, no había sido retirada sin que este último la inscribiera, circunstancia que **A** hizo creer a **B** al presentarle el informe registral falso para conseguir así la venta, causándole un grave perjuicio patrimonial al ofendido.

Por estos hechos, **A** fue sentenciado como autor de un delito de estafa y un delito de uso de documento falso, ambos en concurso material.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera dicha calificación jurídica resultaba errónea, pues de acuerdo con los hechos descritos, la acción engañosa por parte de **A**, con la cual hizo creer al ofendido que la donación a favor de su padre ya había sido retirada sin inscribirla (induciéndolo a error y obteniendo así un beneficio patrimonial), y consistió precisamente en el uso de un informe registral falso, provocando el engaño al ocultar una situación jurídica de la finca, mediante la utilización de dicho documento.

Así, como acciones materiales no podría distinguirse, entre el uso de documento falso y el engaño, pues en el caso de estudio, existía una sola acción, desde el punto de vista natural o físico que, al mismo tiempo, violaba dos normas penales que no se excluían entre sí, es decir, no se estaría en presencia de un concurso real, conforme lo aplicó el *a quo*, sino de uno ideal.

En efecto, en casos como este, donde el uso del documento falso es precisamente el medio que utiliza el agente activo para perpetrar el engaño –acción base de la estafa– la jurisprudencia de la Sala (entre la que se destacaban los votos n.º 769-F-96 de las 10:30 horas del 6 de diciembre de 1996; n.º 831-F-96 de las 13:10 horas del 23 de diciembre de

1996 y n.º 45-97 de las 10:05 horas del 24 de enero de 1997) había señalado que se está en presencia de una unidad de acción “inescindible”, lo que daba pie a un concurso ideal, por lo que se dispuso la modificación de la sentencia condenatoria dictada en contra de **A**, calificando el concurso entre la estafa y el uso de documento falso, como ideal ³⁶⁸.

Síntesis. Un sujeto fue condenado a descontar la pena de prisión después de ser declarado autor responsable de varios delitos. Mientras descontaba dicha sanción, se fugó del centro de atención institucional. Varios días después, el citado prófugo fue interceptado por un agente judicial y dos oficiales de la Fuerza Pública. Cuando los policías se identificaron, el prófugo se resistió al arresto y forcejó con ellos, propinándoles golpes, e incluso, trató de utilizar un arma de fuego que portaba entre sus ropas.

Luego, pese a que los oficiales lograron derribar al justiciable, este logró sacar de la bolsa izquierda de su pantalón una granada de fragmentación (que contenía 60 gramos de TNT), a la cual le quitó el seguro de la espoleta y gritó: “*Aquí nos morimos todos*”. No obstante, el agente judicial logró tomar la granada, mientras el imputado aún la empuñaba, y pudo así controlar la espoleta, mediante la colocación de un clipe para asegurarla, razón por la cual el artefacto no explotó. Hecho lo anterior, el investigador judicial trasladó la granada a un lote cercano, donde la dejó hasta que la misma fue desactivada por oficiales especializados

368 Sala Tercera, voto n.º 2005-1296 de las 8:45 hrs. del 16 de noviembre de 2005. Como antecedentes, pueden revisarse los votos de esta misma Sala n.º 2002-196 de las 9:00 hrs. del 8 de marzo de 2002 y n.º 2003-222 de las 8:40 hrs. del 4 de abril de 2003. Se debe agregar aquí que la Sala Tercera también ha señalado que nada impide la concurrencia simultánea de una falsificación documental o ideológica con una defraudación fiscal, pues dichas infracciones, además de afectar bienes jurídicos distintos, no se encuentran subsumidas entre sí, ni existen relaciones en ellas de especialidad o subsidiariedad, ya que la falsedad ideológica no es parte de la defraudación fiscal aduanera, ni esta de aquella, aun cuando la primera podría ser una de las formas, a través de la cual se logra consumir la segunda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 214 y 216 de la Ley General de Aduanas, en especial este último (ver votos n.º 2003-885 de las 9:50 hrs. del 3 de octubre de 2003 y n.º 2004-1375 de las 12:20 hrs. del 26 de noviembre de 2004). Asimismo, la Sala incluso ha admitido la posibilidad de que se dé un concurso ideal entre falsedad ideológica y otro ilícito, como lo es el peculado, figura en la que también se afectan los intereses patrimoniales del Estado. De esta forma, en un caso en que varios funcionarios, actuando de consuno y prevaliéndose de su calidad, sustrajeron cierta cantidad de municiones propiedad del Estado, cuya custodia les competía en razón de sus cargos, y para lograr esa finalidad, introdujeron datos falsos en varios informes que debían rendir sobre el recibo y uso de esos bienes, la Sala Tercera estimó que, aun cuando medió unidad de acción y las falsificaciones fueron solo un medio, puente o enlace para cometer el delito principal (peculado), no podía existir concurso aparente, pues la simple circunstancia de la unidad de acción, no es un factor que determine un concurso aparente, pues ella se presenta también –y es requisito esencial– en los concursos ideales. En este sentido, los llamados “delitos de pasaje” (o hechos previos impunes) no se agotan en el dato de que se hallen en una relación de medio a fin con el tipo principal, sino que además se exige que ambas conductas signifiquen diversos grados de ataque a un mismo bien jurídico, y está claro que la fe pública y los deberes de la función pública no encierran idéntico ámbito de tutela, y además que en ese caso de estudio, no se observaba que los tipos penales que reprimen el peculado y los que establecen los delitos de falsedad documental –en sus distintas formas– se excluyeran entre sí o se vieran afectados, en general, por relaciones de especialidad o subsidiariedad, por lo que no se constataban razones plausibles para descartar un concurso ideal entre los delitos de peculado y los relativos a las falsedades documentales. (Ver voto n.º 2002-651 de las 8:55 horas del 5 de julio de 2002).

de la Unidad Especial de Intervención. Además de esta granada, el encartado llevaba otra en un maletín, la cual le fue decomisada.

Por estos hechos, el imputado fue sentenciado por un delito de resistencia agravada, en perjuicio de la autoridad pública; un delito de explosión en grado de tentativa en perjuicio de la seguridad común, y un delito de infracción a la ley de armas y explosivos en perjuicio de la seguridad común, cometido cada uno de ellos en concurso material.

En defensa del imputado, se alegó que no se estaba ante un concurso material de delitos, ya que el imputado no realizó varias acciones, sino una sola, con la cual el justiciable afectó diversos bienes jurídicos que no se excluían entre sí, por lo que se estaba ante un concurso ideal entre la resistencia agravada y la tentativa de explosión, así como ante un concurso aparente en la tentativa de explosión y la infracción a la Ley de Armas (porque el segundo delito estaba íntegramente contenido en el primero, o bien porque solo debía aplicarse la figura más grave).

Decisión del Tribunal. Al revisar los hechos, la Sala Tercera observó que, al resistir su arresto, el sentenciado se valió no solo de un arma de fuego, sino también de la granada de fragmentación. El uso de dicha granada se debió –según los hechos descritos– a que con ese acto, pretendía evitar que los policías procedieran a arrestarlo.

Así, resultaba clara la unidad de acción que abarca la tentativa de explosión y la resistencia agravada, pues no solamente se estaba ante una sola resolución delictual, sino que la conducta se enmarcaba a la vez en dos disposiciones normativas que no se excluyen entre sí. Por lo anterior, había un concurso ideal entre la tentativa de explosión y la resistencia agravada. Sin embargo, no existía concurso aparente de normas entre la tentativa de explosión y la infracción a la Ley de Armas.

Al respecto, explicó la Sala que no toda explosión se produce como consecuencia del uso de un arma prohibida, de modo que no se estaba ante una misma conducta descrita en dos disposiciones legales distintas. Además, no era correcto afirmar que el segundo de los delitos mencionados, estaba subsumido en el primero, pues el contenido típico de este, no abarcaba al de aquel. Lo anterior hacía desaparecer la especialidad normativa alegada por el impugnante y hacía evidente que no se trataba de disposiciones legales excluyentes.

De este modo, no se cumplían los supuestos que permitirían aplicar el concurso aparente de normas.

En el caso concreto, lo que se daba entre esos dos delitos, era un concurso material, ya que el delito de tenencia de armas prohibidas (artículo 89 de la Ley de Armas, denominado en la sentencia como “infracción a la Ley de Armas”) se consuma con solo tomar posesión del arma prohibida. Así, cualquier uso que se le dé a ella, es constitutivo de otra acción ajena a la descrita en el tipo penal de comentario.

En ese sentido, en el caso de estudio se estaba ante dos acciones, una configurativa del delito de tenencia de armas prohibidas, la cual era poseer las granadas de fragmentación, y otra que constituye el delito de tentativa de explosión, para el cual se utilizó la granada (que es un acto producto de una resolución delictual distinta de aquella que se requiere para poseer el artefacto prohibido).

Precisamente por tratarse de dos acciones independientes, se está ante los supuestos del concurso material de delitos y resultan inaplicables, tanto las disposiciones del concurso ideal, como también las del concurso aparente de normas. Por lo anterior, la Sala recalificó los hechos, declarando al imputado autor de los delitos de resistencia agravada y explosión en grado de tentativa, cometidos en concurso ideal en perjuicio de la autoridad pública y la seguridad común, y autor responsable del delito de infracción a la Ley de Armas en perjuicio de la seguridad común, el cual concurría materialmente con los otros dos ilícitos³⁶⁹.

Síntesis. Un sujeto invita a un menor de edad a su dormitorio, donde le da de beber licor y, posteriormente, le muestra a dicho menor videos de contenido pornográfico, dejándolo solo en la habitación. Poco después, el sujeto ingresa de nuevo a la habitación, desnuda al menor y le practica a este sexo oral, introduciendo el pene del niño en su boca.

Estos hechos fueron calificados por el Tribunal sentenciador, como un solo delito de violación.

Decisión del Tribunal. Ante el recurso del Ministerio Público, la Sala revocó la citada calificación, por considerar que resultaba incorrecto afirmar que la conducta de mostrar materiales pornográficos al menor, formaba parte de la unidad de acción tendiente a la seducción de este, y no era independiente del delito de violación.

Por el contrario, siguiendo la doctrina nacional, la Sala explicó que para que un delito forme parte de la trama conducente a otro y se entienda desvalorado por este delito **final (concurso aparente)**, debe tratarse de una lesión progresiva al mismo bien jurídico. Ello podría acontecer, por ejemplo, en las lesiones que son un paso intermedio hacia el homicidio; o los abusos sexuales que son un paso intermedio a la violación; o bien, los daños con respecto al robo.

Sin embargo, para que ello suceda, se precisa, en primer lugar, **que exista una vinculación funcional o conducente entre una acción/resultados y la final**, por lo que no todo hecho estaría inserto en esa dinámica (piénsese por ejemplo en los actos innecesarios o de pura mala voluntad). Pero no basta para que así sea. Esa situación podría dar lugar a un concurso aparente de normas, ideal o material, según sea el caso. En otras palabras, la sola concurrencia de preordenación no basta.

369 Sala Tercera, voto [n.º 2003-971](#) de las 12:45 hrs. del 24 de octubre de 2003.

De esta manera, si el desvalor del delito de pasaje se subsume en el del delito final, se estará frente a un concurso de normas. No obstante, para ello se requiere que se trate de una lesión al mismo bien jurídico, pues de lo contrario, no sería posible la absorción del desvalor.

Por otro lado, si esta no ocurre (la absorción del desvalor), pero existe aquella vinculación funcional, así como identidad fenoménica (espacio-temporal), se estaría ante una sola acción, o lo que es lo mismo, un concurso ideal (homogéneo o no).

Finalmente, si la vinculación funcional no sucede (elemento subjetivo), o no existe la identidad fenoménica (componente objetivo), necesariamente se estaría ante un concurso material.

En el caso de estudio, para la Sala la exhibición de pornografía al menor, si bien obedecía a un plan delictivo conducente a esta, no se vería absorbida por la violación, porque ambos tipos penales protegían bienes jurídicos distintos: la violación protege la integridad física y libertad de escogencia sexual de las personas (de cualquier edad); en tanto que la exhibición de pornografía, lo mismo que la corrupción, tutela el espontáneo desarrollo psicosexual de los menores. Aunado a lo anterior, para la Sala todo hacía indicar que, además, los hechos tuvieron lugar en momentos diversos. Estas reflexiones fueron pasadas por alto al resolver el asunto, por lo que se anuló el fallo en su calificación jurídica, y se ordenó el reenvío³⁷⁰.

Síntesis. A, B y C, de común acuerdo, se asociaron con el fin de llevar a cabo un secuestro y obtener dinero a cambio del rescate. Para cometer el delito, tenían en su poder dos armas prohibidas, tipo fusil de asalto Kalashnikov. Portando los mencionados fusiles, estos sujetos cruzaron la frontera e ingresaron a la hacienda de un finquero –objetivo del secuestro– lugar donde logran interceptar a este, quien se encontraba acompañado de su hijo y un peón. **A, B y C** procedieron a apuntarles a los tres ofendidos con los fusiles de asalto, obligándolos a permanecer inmóviles en ese lugar. En determinado momento, uno de los sujetos le apuntó al finquero en un costado de su cuerpo y le pidió que se identificara, por lo que dicho ofendido le hizo entrega de su billetera que contenía su identificación, de la cual el acusado sustrajo la suma de veinticinco mil colones, mientras los otros sujetos mantenían encañonados a los acompañantes del finquero.

De seguido, los imputados obligaron al finquero a acompañarlos, contra su voluntad, hasta el automotor propiedad de la misma víctima, del cual se apoderaron con el fin de usarlo para trasladarse, y le ordenaron que lo condujera, no sin antes dejar en el sitio a los dos restantes ofendidos, manifestándoles que debían ir por la esposa del finquero y un arma de fuego calibre 38, también propiedad de la misma víctima, y que debían trasladarlas hasta las inmediaciones de una montaña cercana, lugar donde lo estarían esperando para negociar el rescate.

370 Sala Tercera, voto [n.º 2005-154](#) de las 8:35 hrs. del 11 de marzo de 2005.

El finquero ofendido conducía su vehículo, mientras que los acusados lo apuntaban con las armas. Al ir transitando frente a la propiedad de otro finquero de la zona, observaron a este cabalgando en la vía pública, por lo que los encartados detuvieron el automotor y en forma inmediata, encañonaron al segundo finquero, obligándolo a acompañarlos con el fin de solicitar un rescate también por él.

La esposa del primer finquero –acompañada por el peón– se presentó al lugar convenido con los secuestradores, lo que produjo una distracción en estos que fue aprovechada por el segundo finquero para huir del lugar, evitando de esta forma que los secuestradores logran obtener lucro por su rescate.

Luego de esto, la esposa del primer finquero les entregó a los secuestradores el arma de fuego propiedad de su esposo, de la cual también se apoderaron los imputados. Los secuestradores acordaron un monto por el rescate; dieron un plazo para su entrega y permitieron que la mujer se llevara de vuelta el vehículo de su esposo. Una vez entregado el dinero, los secuestradores liberaron al finquero y huyeron del lugar, llevando consigo el dinero obtenido por el rescate, así como el dinero y el arma sustraídos.

En primera instancia, **A**, **B** y **C** fueron sentenciados como coautores de dos delitos de privación agravada de libertad (en perjuicio del hijo del finquero y el peón); dos delitos de secuestro extorsivo (uno consumado en daño del primer finquero, y otro en grado de tentativa en perjuicio del segundo); dos delitos de robo agravado (ambos en daño del primer finquero) y un ilícito de tenencia de armas prohibidas (en daño de la seguridad pública), todos ejecutados en concurso material.

En defensa de estos, se alegó errónea calificación legal, ya que se les condenó por haber cometido dos delitos de robo agravado perpetrados en concurso material (dando a entender que se trató de uno solo), y también se les sancionó por dos ilícitos de privación de libertad en daño del hijo del finquero y el peón, ambos en concurso material (estimando que estos fueron absorbidos por el secuestro extorsivo perpetrado contra el finquero).

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera acogió parcialmente los alegatos de la defensa. En lo referente al concurso de los delitos de robo agravado en daño del primer finquero, efectivamente se estaba en presencia de dos delitos independientes: el primero en relación con la billetera del ofendido y, el segundo, en relación con el revólver calibre 38, también propiedad de ese agraviado.

Si bien los bienes sustraídos pertenecían a la misma persona, y para lograr el desapoderamiento, se utilizó un idéntico *modus operandi*, para la Sala no podría perderse de vista que se trató de dos conductas materialmente distintas, bien diferenciadas, llevadas a cabo en momentos diversos. Cuando se produjo la segunda sustracción (despojo del arma calibre 38), el primero ya se había consumado, por lo que no podría sostenerse que existiera unidad de acción. Ahora bien, en lo referente a las privaciones de libertad del hijo

del finquero y de su peón, originalmente el Tribunal de Juicio estimó que estos dos ilícitos concursaron materialmente entre sí y que también, al mismo tiempo, entraron en concurso material con el resto de las delincuencias.

Para la Sala, si bien el segundo criterio era correcto, consideró que dichas privaciones de libertad concursaron idealmente entre sí. Para explicar el porqué de tal conclusión, debía tenerse claro que, según la descripción de los hechos: (i) La intención original de los acusados al ingresar al país, era perpetrar un secuestro extorsivo. (ii) En un primer momento, los tres privaron de su libertad –por igual– al finquero y sus acompañantes, luego exigieron al primero identificarse. (iii) Una vez identificado aquel, lo mantuvieron privado de libertad, exigiendo a cambio de ella, cierta suma de dinero. (iv) Desde el momento en que se retiraron del lugar con la persona a quien querían secuestrar, los autores del hecho liberaron a sus acompañantes.

Estas circunstancias –así expuestas– permitían comprender que la intención original de los acusados, era secuestrar únicamente al finquero. No obstante, antes de consumar dicha ilicitud, por breves momentos también retuvieron a las otras dos personas, a quienes luego dejaron en libertad, llevándose consigo al secuestrado.

De acuerdo con lo anterior, debía definirse la naturaleza jurídica del tipo de concurso suscitado entre ambas privaciones de libertad (que incluso parecían haber sido el medio inicial para consumar la incautación), y también entre estas y el secuestro extorsivo que después se desarrolló, sobre todo si, en relación con este último, se argumentaba por parte de la defensa que ambas privaciones fueron un acto previo e impune del secuestro.

Con ocasión de un caso análogo³⁷¹, donde se dieron prácticamente las mismas circunstancias (es decir, se separaron con claridad dos diferentes acciones, cada una de ellas individualizable en el tiempo: en la primera, un grupo de personas fue privado de su libertad con armas de fuego, y la segunda consistía en que los imputados efectuaron una selección de dos rehenes: las separaron del resto del grupo con el que, hasta ese momento, compartían idénticas condiciones, y las llevaron consigo a otro sitio, con la finalidad, conseguida en última instancia, de obtener un rescate por ellas).

La Sala Tercera había señalado que esta pluralidad de actos exteriorizados, desplazaba la aplicación del principio de especialidad y permitía analizar el subsidiario, para llegar a la conclusión de que este último efectivamente se daba.

En dicho antecedente, la Sala había explicado que las condiciones que deben confluir para aplicar esa forma de concurso aparente (por subsidiariedad material de hecho previo impune) son –siguiendo la opinión del Dr. Castillo González– las siguientes: a) La presencia de dos acciones punibles que se desarrollen sucesivamente en orden cronológico.

371 Sala Tercera, voto n.º [1164-97](#) de las 08:45 horas del 31 de octubre de 1997.

b) Estas acciones deben representar diferentes grados o estadios de ofensa a un mismo bien jurídico. c) Estas acciones se deben encontrar en relación de medio a fin, según el criterio del *id quod plerumque accidit*.

En ese caso antecedente –al igual que el de estudio– y referido a la relación entre los delitos de privación de libertad y los delitos de secuestro extorsivo, precisamente se echaba de menos una de las exigencias de esa forma de concurso aparente, a saber: **la lesión de un mismo bien jurídico**.

De esta forma, existen ciertos bienes calificados de **personalísimos**, es decir, aquellos que, como la libertad, no pueden ser separados de su titular. En estos casos, la sola existencia de dos o más titulares del mismo bien, considerada en forma abstracta, conlleva a establecer que, en caso de lesión, se vulneran tantos bienes jurídicos como titulares de ellos que hayan sufrido el daño. Consecuentemente, no era aplicable en esa hipótesis, el concepto de que se trata del “mismo bien jurídico”, en la forma que lo exige el principio de subsidiariedad.

Citando nuevamente al profesor Castillo, refirió la Sala que es posible la existencia del concurso ideal homogéneo en delitos que lesionan bienes jurídicos personalísimos, entendidos estos como aquellos que no se pueden separar de su titular. De este modo, una multiplicidad de sujetos activos trae como consecuencia una multiplicidad de lesiones jurídicas. Así, existiría un concurso ideal homogéneo, cuando varias personas son muertas por una bomba; cuando varias personas son injuriadas con una sola palabra; cuando varios individuos son secuestrados; cuando varios menores, mediante un acto, son corrompidos, pues bienes, tales como: la vida, la integridad corporal, la integridad sexual, la libertad, el honor, etc., son inseparables de su titular.

De acuerdo con lo anterior, no podría hablarse de un concurso aparente de delitos entre las privaciones de libertad y los delitos de secuestro, pues existían distintos bienes jurídicos lesionados en forma independiente (aun cuando correspondan a la misma categoría fenoménica general – libertad– y el daño fue infligido a través de una misma acción), pues esto constituiría más bien un concurso ideal homogéneo.

Por las mismas razones, las momentáneas privaciones de libertad de las personas que acompañaban a las dos víctimas que, posteriormente, fueron separadas de ese grupo para pedir rescate por ellas, no podían considerarse hechos previos impunes, al relacionarlos con los dos delitos de secuestro extorsivo (concurrentes entre sí también en forma ideal homogénea), pues dada la naturaleza personalísima del bien jurídico libertad, la diversidad de titulares conduce a la multiplicidad de lesiones, sin que ellas puedan ser absorbidas por el daño causado al bien jurídico, también personalísimo, de otro sujeto.

Además, la circunstancia de que distintos delitos se vinculen entre sí de medio a fin, no es por sí sola suficiente para valorar los hechos como un concurso aparente, sino que era

necesaria la confluencia de otros requisitos, como los reseñados que permitían unificar jurídicamente las conductas (separables en el tiempo y el espacio), así como la lesión al bien jurídico, único o prevalente.

En criterio de la Sala, al aplicar los principios anteriormente desarrollados por su jurisprudencia al caso de estudio, debía concluirse que las privaciones de libertad ejecutadas por **A**, **B** y **C** en perjuicio del hijo del primer finquero y de su peón, concursaron materialmente con el delito de secuestro extorsivo de ese finquero, pues si bien podría sostenerse que entre las dos primeras y el segundo, existió una relación de medio a fin, no podría establecerse que aquellas constituyeron un acto previo impune, pues afectaron bienes jurídicos distintos que impedirían aplicar dicha solución.

Al respecto, tal como se indicó, no solo debe considerarse esa relación de medio a fin, sino que también adquiere relevancia la naturaleza de los bienes lesionados que son de tipo personalísimo. Este planteamiento no se alteraba en manera alguna por el hecho de que, en ese primer momento cuando los imputados hicieron contacto con los ofendidos, también se retuviera al finquero, quien más adelante fue objeto de secuestro extorsivo. En lo que a este ofendido se refería, para la Sala debía concluirse que su privación de libertad inicial sí constituyó un acto previo impune –de cara al secuestro– que más adelante se desarrolló, porque existía entre ambas conductas una unidad de acción desde el punto de vista jurídico (aunque no fáctico).

Sin embargo, tal valoración no resultaría aplicable para el caso de los otros afectados (el hijo y el peón), pues la acción única con la que se ejecutó la privación de libertad de estos (en la que sí podía predicarse unidad de acción, desde el punto de vista fáctico), la cual los afectó al propio tiempo a ellos y al finquero, no fue ni material ni temporalmente (desde el punto de vista fáctico), la misma con la que posteriormente se realizó el secuestro de este último.

Así, se apreciaba la ausencia de uno de los requisitos del concurso ideal, como es la acción única lesionadora de distintos bienes jurídicos no excluyentes entre sí (concurso ideal heterogéneo) o que realice varias veces el mismo tipo penal (concurso ideal homogéneo). Esta unidad de conducta también es característica normal del principio de especialidad en el concurso aparente, como se reseñó.

Asimismo, debía aclararse y hacerse hincapié en que los actos a través de los que se desarrolló y perfeccionó el secuestro, con ánimo de lucro, del finquero perjudicado, debieron verse como una acción unitaria, no desde una perspectiva fáctica o material (pues en realidad se trataba de comportamientos distintos y bien diferenciables), sino desde el punto de vista jurídico (plan de autor común). Por eso, debieron considerarse como un concurso aparente entre ese ilícito y el de privación de libertad del que al inicio fue víctima.

El tipo del artículo 215 del Código Penal es pluriofensivo, es decir, les sanciona la lesión a varios bienes jurídicos, entre los que se les tutela por la norma que reprime la privación de libertad.

Con base en lo expuesto, era notorio que en el fallo de mérito, sí existió un error sustantivo al calificar las privaciones de libertad agravadas en daño del hijo del finquero y el peón como constitutivas de un concurso material entre sí, pues en realidad las dos se cometieron partiendo de una acción unitaria, debiendo concluirse que con respecto a estas, sí se estaba frente a un concurso ideal.

Así, la Sala acogió parcialmente el reclamo de la defensa, en virtud de lo cual modificó la sentencia únicamente en cuanto se calificaron las privaciones de libertad del hijo del finquero y del peón, como constitutivas de un concurso material entre sí, aclarando que se trataba más bien de un concurso ideal, permaneciendo el resto de la sentencia incólume³⁷².

Síntesis. Un ofendido sale de su casa a laborar en calidad de taxista informal. En el transcurso de ese mismo día, **B** y **C** abordan su taxi, precisamente con el fin de sustraerle el vehículo, así como sus pertenencias. Acto seguido, estos sujetos, actuando de común acuerdo y según lo planeado previamente, le indican al ofendido que tome una ruta hacia un sitio alejado. Una vez ahí, **B** y **C** proceden a amenazar al ofendido con un machete, y lo despojan además de su vehículo y otras pertenencias.

Seguidamente, una vez con los bienes del ofendido en su poder, **B** y **C** lo trasladan al lado izquierdo de la carretera principal, donde se encuentra un potrero de repasto que tiene una gran pendiente y llega a un precipicio con caída libre, casi perpendicular, aproximadamente a doscientos cincuenta metros del borde de la carretera dicha. En este sitio, le dan muerte con un objeto contundente a la víctima, golpeándolo en la cabeza y lanzándolo al guindo; lugar donde es encontrado varios días después.

Luego de deshacerse del ofendido, produciéndole la muerte, **B** y **C**, a efecto de disponer de los bienes sustraídos, proceden a empujar el vehículo hacia la calle principal; pero este se les atora en un montículo de tierra y, cuando tratan de sacarlo, son observados por oficiales de robos del OIJ. Al verse descubiertos, **B** se enfrenta a dichos agentes judiciales, para lo que utiliza un machete. Sin embargo, los agentes finalmente detienen a ambos sujetos y decomisan el vehículo y todas las pertenencias sustraídas al ofendido.

Por estos hechos, **B** y **C** fueron declarados coautores de un delito de homicidio calificado y un delito de robo agravado en concurso material, ambos en perjuicio del ofendido fallecido (fueron absueltos por el delito de resistencia agravada).

Para justificar dicha calificación, el Tribunal sentenciador consideró que **B** y **C** realizaron dos acciones independientes: primero la de robo con utilización de armas, y luego, ya realizado el apoderamiento, con un dolo distinto procedieron a realizar otra acción. En este

372 Sala Tercera, voto [n.º 2004-831](#) de las 10:35 hrs. del 9 de julio de 2004 y [n.º 2005-934](#) de las 11:45 hrs. del 17 de agosto de 2005, ambos con motivo de la misma causa.

caso, no se trató de una sola acción, pues no se mató para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, pues el robo ya se había consumado, sino que el dolo de matar surgió de la necesidad de procurar la impunidad, para lo cual llevaron al ofendido a un potrero, donde procedieron a realizar el nuevo fin propuesto: matar a la víctima, surgiendo con ello un delito independiente al del robo y realizado con una acción diferente a la del primer delito.

Decisión del Tribunal. Para la Sala Tercera dicha calificación resultó incorrecta, puesto que, de acuerdo con los hechos descritos, los sujetos nunca pudieron disponer de los bienes del ofendido, dado que en el mismo lugar del despojo, se produjo la detención de los encartados, en vista de que el auto se les atascó, y precisamente cuando estaban tratando de moverlo, fueron sorprendidos por agentes de la policía judicial, quienes les decomisaron además todos los bienes que trataron de sustraer.

Para la Sala, en el caso de estudio, el delito de robo agravado no se consumó por causas ajenas a la voluntad de **B** y **C**, por lo que no podía afirmarse que la muerte del ofendido fuera una acción posterior a la consumación, sino que tal como se narra en la pieza acusatoria, la finalidad del homicidio era precisamente consumir la sustracción.

Ahora bien, en lo referente a la existencia de un concurso aparente de normas –tesis sostenida por la defensa en casación– el artículo 23 del Código Penal dispone la aplicación de una sola norma penal, cuando la misma conducta está descrita en varias disposiciones legales que se excluyen entre sí. En ese sentido, tal como en otras ocasiones lo había sostenido la Sala, el inciso 7) del artículo 112 del código sustantivo (que califica el homicidio cuando se dispone de la vida de otro, como medio para alcanzar el fin propuesto: la comisión o el aseguramiento de otro ilícito, cualquiera que sea) no describe el desapoderamiento de bienes ajenos con el uso de arma, ni el numeral 213, inciso 2) de ese mismo código, hace alusión a dar muerte con determinado fin, por lo que en el caso de estudio, se descarta la existencia de concurso aparente de normas.

Al contrario, la Sala consideró que existió un concurso ideal entre ambos delitos, pues de acuerdo con los hechos, los encartados, con el fin de consumir la sustracción, una vez que despojaron al ofendido de los bienes, le dieron muerte y lo lanzaron a un precipicio. Inmediatamente, a fin de disponer de los bienes, procedieron a empujar el vehículo hacia la calle principal, pero se les atoró en un montículo y fueron detenidos con todos los bienes sustraídos por oficiales del O.I.J.

De esta forma, citando como precedente lo resuelto mediante el voto n.º 943-98 de las 16:16 hrs. del 29 de septiembre de 1998, la Sala concluyó que en el caso de estudio, una misma acción de los imputados infringió dos disposiciones legales que no se excluían entre sí: la que sanciona causar la muerte para consumir otro delito (artículo 112, inciso 7) del Código Penal) y la que contempla el apoderamiento de bienes ajenos con el uso de armas (artículo 213, inciso 2). Así, correspondía recalificar los hechos como constitutivos de un concurso ideal, pues la Sala consideraba, no obstante, que la pena impuesta por el

delito de homicidio calificado, en el caso concreto resultaba suficiente para la totalidad de la ilicitud que afectó diversos bienes jurídicos. Por tanto, no se requería un aumento en la sanción fijada, tal como lo faculta el artículo 75 del Código Penal, el cual establece: “*Para el concurso ideal, el Juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla*”, aumento que no resultaba necesario en el caso de estudio³⁷³.

Consideramos importante apuntar que, si bien el criterio dominante en nuestra jurisprudencia, es de que entre los delitos de robo agravado y homicidio *criminis causa*, existe concurso ideal, pueden presentarse situaciones donde un homicidio y un robo agravado, sí pueden concursar materialmente, en tanto la muerte del ofendido no haya sido ocasionada con el propósito de preparar, facilitar o consumir el robo. Véanse los siguientes ejemplos.

Síntesis. En horas de la noche, en una cantina **A** se acercó a **B** y después de tomar juntos una cerveza, le ofreció vender unos cigarrillos de marihuana, lo cual aceptó **B**, pues a menudo le compraba droga al imputado. **A** le manifestó a **B** que como los cigarros no los tenía con él, debía acompañarlo a un callejón que era donde tenía guardada la droga.

Al llegar a dicho lugar, propiamente en la entrada, **B** fue tomado por el cuello por un individuo no identificado, al mismo tiempo que **A**, con un puñal que le colocó en el estómago, le exigió que le entregara el dinero que portaba, lo cual procedió a hacer **B** sin resistencia alguna, sacando su billetera de la bolsa trasera.

Una vez que **A** tuvo en su poder la billetera del ofendido, con intención de ocultar su delito y de obtener impunidad, le propinó a **B** varias puñaladas en el tórax y el abdomen, mientras el otro individuo lo sostenía.

En el momento que estaba siendo atacado, **B** logró soltarse de la persona que lo sujetaba por detrás, logrando huir por el referido callejón. Las heridas le ocasionaron al ofendido una incapacidad por seis semanas y pusieron en peligro su vida.

Estos hechos fueron calificados como un robo agravado y una tentativa de homicidio calificado en concurso material, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 213, inciso 2) y 112, inciso 6) del Código Penal.

En defensa de **A**, citándose varios pronunciamientos de la Sala Tercera, se argumentó que se trataba de un concurso ideal, por encontrarse dentro de los presupuestos del homicidio *criminis causa*.

373 Sala Tercera, voto [n.º 2006-503](#) de las 9:00 hrs. del 2 de junio de 2006. Ver también votos de esta misma Sala [n.º 2001-730](#) de las 10:05 hrs. del 20 de julio de 2001, [n.º 2003-1130](#) de las 10:00 hrs. del 5 de diciembre de 2003 y [n.º 2005-16](#) de las 10:05 hrs. del 21 de enero de 2005. En el mismo sentido del Tribunal de Casación, voto [n.º 2005-215](#) de las 9:50 hrs. del 18 de marzo de 2005.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó el alegato, confirmando la calificación legal otorgada por el a quo.

En el caso de estudio, se tuvo por demostrado que la acción homicida ejecutada por **A** en contra del ofendido, **se dio después de la consumación del despojo, pues se llevó a cabo cuando ya tenía en su poder la billetera y con el propósito de “ocultar ese delito de robo y lograr así la impunidad”**.

En efecto, la Sala Tercera, a partir del voto n.º 943-98 de las 16:16 horas del 29 de septiembre de 1998, concluyó que la comisión de un homicidio constituye, a su vez, un acto de ejecución para lograr la consumación del robo agravado. Así, el concurso entre estos delitos, sería ideal heterogéneo, porque se lesionan dos bienes jurídicos independientemente a través de una misma acción en sentido jurídico penal.

No obstante, la Sala aclaró que el caso de estudio no contenía la misma hipótesis fáctica que constituyó la base material del citado pronunciamiento, por lo que tales conclusiones de fondo no le resultarían aplicables.

Lo anterior se debe a que el criterio vertido por la Sala Tercera en el voto n.º 943-98 y sus reiteraciones, se sustenta en que existe una unidad de acción entre la conducta homicida y la acción de sustraer los bienes de la víctima. De esta manera, la primera constituye un acto de ejecución para lograr la consumación del robo agravado, lo que no sucedía en el caso de estudio, **donde las puñaladas que A le infringió a B, se suscitaron cuando el robo ya se había consumado**. Así resultó muy claro que las mismas no llevaron como propósito la consumación de dicha “rapiña”, sino su ocultamiento a fin de procurar una impunidad. Lo anterior implica que –al no haberse dado esa unidad de acción– se estaba más bien en presencia de un concurso material, tal y como lo estimó acertadamente el Tribunal sentenciador³⁷⁴.

Síntesis. En horas de la madrugada, **M** se encontraba en su casa de habitación junto con su esposa **J** y su amigo **S**. De repente, **A** y **B** tocaron la puerta y, al abrir el ofendido **M**, los citados sujetos irrumpieron en forma abrupta, empuñando **A** un arma de fuego. Acto seguido preguntaron que dónde estaba “la jugada”, y al preguntar **M** que cuál “jugada”, contestaron que la plata y “las piedras” (droga), por lo que **A** y **B** se dirigieron al refrigerador, pero no hallaron lo que buscaban.

A y **B** les ordenaron entonces a todos los ofendidos que se pusieran boca abajo. Luego **A** le puso el pie en la espalda al ofendido **M** y trató de quitarle las cadenas que portaba en la garganta; pero como no pudo en esa forma, le puso el pie en el cuello y le arrebató una de las cadenas que llevaba. Posteriormente, le disparó a dicho ofendido en la cabeza.

374 Sala Tercera, voto n.º 2003-862 de las 10:40 hrs. del 29 de setiembre de 2003.

Después, **A** y **B** le arrebataron al ofendido **S** la pulsera que portaba en su muñeca y también se apoderaron de un proyector de video de la casa (VHS). Después, **A** y **B** se retiraron del lugar, en tanto el ofendido **M** fue trasladado al hospital, donde murió días después a consecuencia de las lesiones causadas por el disparo recibido.

A raíz de estos hechos, **A** –el único que fue detenido– resultó sentenciado por un delito de robo agravado (en daño de **M** y **S**) y un delito de homicidio simple (en daño de **M**), ambos en concurso material. El Tribunal justificó dicha calificación legal, argumentando que en el caso de estudio, no había homicidio calificado, porque según como se presentaron los hechos, la muerte del ofendido **M** no se produjo para preparar, facilitar, consumir u ocultar el robo, o para lograr la impunidad en este, sino que fue un hecho independiente.

A criterio del *a quo*, si esa hubiera sido la finalidad de **A** y **B**, también **J** y **S** hubieran corrido la misma suerte (durante el juicio, **J** declaró que su mismo compañero reconoció en el hospital que el ataque en su contra, se debió a problemas que él tenía con unas personas, y que los infractores desde que entraron a la casa, preguntaron que dónde estaba la droga). Por tanto, resultaba evidente que el móvil del homicidio, no fue la sustracción de los objetos finalmente apropiados.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera confirmó el fallo, pero con las siguientes correcciones: al justificar su decisión, el Tribunal de mérito aseguró que la acción homicida que ejecutó **A**, no tenía como finalidad facilitar o consumir el robo agravado, sino más bien se dio con motivo de un problema generado a raíz del expendio de drogas, actividad a la que se dedicaba el ofendido.

A partir de esto, se estimó que en este caso, se estaba en presencia de un homicidio simple y un robo agravado, ambas delincuencias en concurso material. No obstante, de la lectura de los hechos probados se advertía que, **además** de la sustracción, mediante el uso de un arma de fuego, de una de las cadenas que portaba **M** en su cuello (conducta que perpetró instantes antes de dispararle en la cabeza al ofendido), el encartado **también** se apoderó de otros bienes que se encontraban en el lugar, sin que se aclarara si esto se dio antes o después de la acción homicida.

Debido a esta omisión a la hora de describir el cuadro fáctico que se tuvo por demostrado, para la Sala, en el caso de estudio, faltarían elementos para establecer con la precisión requerida, si se estaba en presencia de un homicidio simple y un robo agravado en concurso material (conforme lo estimó el Tribunal de instancia), o si por el contrario, se estaba ante un concurso real entre los delitos de homicidio calificado (*críminis causa*) y de robo agravado, según lo argumentaba en su defensa el sentenciado.

En efecto, a criterio de la Sala Tercera, si el apoderamiento mediante el uso del arma de fuego de los otros bienes (un VHS y la pulsera que portaba el ofendido **S**) se produjo **antes** de la acción homicida, resultaría claro que la calificación jurídica por la que optó el órgano de mérito, era acertada, pues el asesinato de **M** no era el medio para consumir el robo.

Por el contrario, si ese apoderamiento se dio después de que se le disparó al occiso en su cabeza, en principio podría considerarse que la muerte de este, sí guardaba alguna relación de medio a fin con el robo, en cuyo caso más bien se estaría en presencia de un homicidio calificado y un robo agravado, ambas conductas en concurso real.

De acuerdo con lo anterior, era claro que, independientemente de este aspecto oscuro del fallo, al tomar en cuenta el monto de la sanción privativa de libertad que se le impuso al acusado, debía concluirse que en la especie, no se le había provocado a este ningún agravio, ya que **A** fue condenado a cinco años de prisión por el delito de robo agravado, y quince por el homicidio simple, es decir, un total de 20 años de reclusión.

Si la calificación jurídica por la que optó el Tribunal, no era la que correspondía, necesariamente debió condenársele por un homicidio calificado y un robo agravado, ambas conductas en concurso real, lo que elevaría las penas, incluso imponiendo las mínimas, afectando la situación del imputado. Así, al carecer de interés este extremo del reclamo, el mismo resultaba improcedente³⁷⁵.

4.- El concurso real o material

4.1.- Aspectos generales

Existe concurso real cuando un mismo agente realiza varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un delito autónomo, los cuales deben ser juzgados en un mismo proceso, o al menos deberían serlo.

Se trata en primer término de la realización de dos o más acciones, y la finalidad de establecer el concurso, es la imposición de una pena conjunta, pues si se tratara como un simple problema aritmético de acumulación de penas, podríamos llegar a la imposición de sanciones absurdas, draconianas, incompatibles con un modelo democrático de administración de justicia y, al mismo tiempo, de imposible cumplimiento.

El concurso real requiere una pluralidad de acciones y una pluralidad de lesiones de la ley penal, que presupone que los delitos realizados son también independientes.

Se le puede definir desde el punto de vista negativo, indicando que existe cuando **no hay unidad de acción**.

La pluralidad de acciones independientes puede ocurrir que sean realizadoras del mismo tipo penal, en cuyo caso estaremos frente a un **concurso real o material homogéneo** (matar a tres familiares, en ocasiones distintas).

375 Sala Tercera, voto n.º 2004-254 de las 10:15 hrs. del 19 de marzo de 2004.

El **concurso real es heterogéneo**, cuando el agente consume diversos tipos penales (viola, roba, mata, contamina las aguas, etc.).

Este tipo de concurso requiere, en primer lugar de la realización de una **pluralidad de acciones independientes**, es decir, un número diverso de acciones u omisiones autónomas, lo que significa que pueden ser apreciadas en concurso acciones con acciones, acciones con omisiones, sean dolosas, culposas o preterintencionales.

En segundo lugar, requiere **unidad o pluralidad de tipos penales**. La persona bien puede lesionar o amenazar el mismo bien jurídico de manera repetida, o puede realizar diversos supuestos de hecho que quizá afecten un gran número de bienes jurídicos.

También requiere **unidad del sujeto activo**, en la medida en que supone que solo una persona sea la autora de la pluralidad de acciones jurídicas penales, sin que importe que lo haga sola o de manera mancomunada con otra u otras.

El **sujeto pasivo puede ser único o plural**. Una o varias personas pueden resultar afectadas por las acciones delictivas desplegadas por el mismo agente (caso del sujeto que viola a una mujer; luego le quema la casa; le daña el auto, etc.).

La persona que lleva a cabo la pluralidad de acciones, debe ser **objeto de juzgamiento en un mismo proceso penal**, por lo que, en principio, si se pronuncian sentencias independientes en su contra, se descarta el concurso. En nuestro país, podemos aplicar el **concurso real retrospectivo**, como veremos, para los supuestos de sentencias previas contra la misma persona, cuando esta no ha sido juzgada por hechos anteriores o no se han observado las reglas del concurso.

Cuando se afirma que el concurso real tiene naturaleza material y procesal, se hace referencia a que, por una parte, supone la realización de varias acciones y, por otra, pretende llegar a una pena conjunta para aquellas acciones que deben juzgarse en un mismo proceso.

El Código Penal, en el artículo 22, regula el concurso real señalando que: *“Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos”*.

Debemos interpretar que esta disposición requiere la realización de diversas acciones u omisiones independientes, porque cuando una sola acción produce varios delitos, estamos más bien frente a un concurso ideal.

En el proyecto se cambia la palabra comete por “realiza” y se establece, en el artículo 42, que: “Hay concurso material cuando un mismo agente realiza separada o conjuntamente varios delitos”

El concurso real, como pluralidad de acciones u omisiones, incluye aquellas realizadas por el mismo agente, las cuales no están separadas entre sí por una sentencia condenatoria, y respecto de las cuales mantiene vigencia la pretensión punitiva.

De esta forma, se habla de concurso real en sentido estricto, cuando todas las acciones u omisiones son objeto de un mismo proceso, lo cual depende de lo siguiente: a) En primer lugar, en el momento de inicio del proceso, todos los hechos en concurso real sean conocidos por las autoridades. b) En la hipótesis concreta, pueda haber acumulación de procesos (lo que no podría darse, si los hechos deben ser de conocimiento de distintos tribunales, uno de ellos con jurisdicción especial o cuando la acumulación determine un grave retardo de alguno de los procesos).

4.2.- El concurso real retrospectivo

Se presenta cuando, habiendo sido juzgados varios delitos distintos, atribuidos a un mismo agente en procesos diferentes, es necesario aplicar la limitación de pena establecida en el artículo 76, según el cual, deben aplicarse las penas correspondientes a todos los delitos cometidos *“no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años de prisión”*.

Debe quedar claro que las reglas por considerar, sobre todo son las aplicables al concurso material, en el sentido arriba mencionado, de que debe tratarse de acciones u omisiones, realizadas por el mismo agente que no están separadas por una sentencia condenatoria.

Si hubo procesos distintos por acciones en concurso real, pero las penas impuestas no chocan con el artículo 76, no se aplica la figura del concurso real retrospectivo.

Dicho concurso existe para corregir los defectos en cuanto a penalidad y monto de la misma, que pueden derivarse del juzgamiento separado de acciones que integraban entre sí, el concurso real. De esta forma, aplicando retroactivamente las reglas que rigen su penalidad, puedan unificarse todas las penas impuestas y no sobrepasar los límites establecidos en el artículo 76.

¿Qué puede ocurrir cuando se han juzgado en distintos procesos, acciones que forman un concurso real?

Si se tiene conocimiento de la existencia del concurso real, el juez de la última sentencia debe unificar las penas. Si los procesos se desarrollaron independientemente entre sí, de manera que en todos hubo sentencia firme y las penas aplicadas superan el límite legal dispuesto por el artículo 76, el tribunal que aplicó la pena mayor o la mayor cantidad de penas, debe modificar las sentencias, de oficio, en lo relativo a las penas, y debe reducirlas al límite legal.

La persona sentenciada puede formular la solicitud para esta adecuación de penas, por la vía del incidente de ejecución³⁷⁶.

4.3.- Penalidad del concurso material

Nuestro legislador estableció el sistema llamado de acumulación o de cúmulo material para sancionar el concurso real, que consiste en la suma de todas las penas que se imponen por cada uno de los hechos delictivos. El resultado de esta operación aritmética, no siempre es el que se fija finalmente en un caso concreto, pues el artículo 76 del Código Penal establece un límite para ello, al disponer que: *“Para el concurso material se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años”*.

En otras palabras, aun cuando procede el cúmulo material o aritmético de todas las penas que se fijan por cada uno de los hechos delictivos cometidos, queda claro que la sanción que finalmente se establece, en ningún caso puede ser superior al triple de la mayor impuesta en el caso concreto, o bien, nunca debe ser superior a cincuenta años de prisión que es el monto máximo que nuestra normativa penal permite³⁷⁷.

En el proyecto, la regulación de la pena está contenida en el párrafo 2 del artículo 80 que señala: “Para el concurso material se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de treinta y cinco años de prisión”.

El juez, para fijar la pena del concurso real, fija primero la que corresponde a cada hecho punible, de conformidad con los criterios del artículo 71 y tomando en cuenta, además, las otras circunstancias agravantes que el tipo penal puede contener (grado de culpa o número de víctimas por ejemplo, en el homicidio culposo). Luego se suman las aplicadas que no pueden pasar del triple de la mayor, y en ningún caso de cincuenta años.

Las penas de igual naturaleza no presentan problemas; una vez fijada cada una de ellas, debe atenderse únicamente a los límites legales.

Cuando las penas son de distinta naturaleza, como puede ocurrir en el caso de que unos tengan asignada pena de prisión y otros de multa, la situación se torna compleja y no puede aplicarse la limitación establecida por el artículo 76. Tampoco se podría reducir la

376 Acerca del concurso real retrospectivo, véanse los votos de la Sala Tercera n.º 175-F-94 de las 9:20 hrs. del 27 de mayo de 1994 y n.º 2005-971 de las 10:10 hrs. del 26 de agosto de 2005, así como los votos del Tribunal de Casación, n.º 429-99 del 8 de octubre de 1999 y n.º 2000-376 del 12 de mayo de 2000.

377 Sala Tercera, voto n.º 2005-1015 de las 12:00 hrs. del 2 de setiembre de 2005.

pena de multa a la de prisión. Castillo plantea que deben aplicarse acumulativamente la pena de prisión y la de multa, sin que puedan pasar del límite máximo previsto en cada una de ellas.

Si se trata de otras penas principales, como inhabilitación y extrañamiento, el criterio para resolver es el de la compatibilidad o incompatibilidad con la pena concurrente (la pena de prisión puede cumplirse al mismo tiempo que la de inhabilitación, lo mismo que la de multa).

En los casos en que los delitos están sancionados, unos con medidas de seguridad y otros con penas, si la medida de seguridad puede ser cumplida simultáneamente con la pena (multa o inhabilitación), se cumplirán ambas y, en lo posible, al mismo tiempo. Si tal cumplimiento no es posible, como en los casos de prisión y extrañamiento, primero se cumplirá la medida de seguridad y luego la pena impuesta, por razones de política criminal.

Acerca del tema, tanto la Sala Tercera, como el Tribunal de Casación, han considerado necesario que el Tribunal sentenciador indique con claridad, las razones por las que, al momento de fijar la pena, establece un monto específico en cada caso concreto. Para ello, resulta indispensable no solo atender las consideraciones que la normativa señala para estos efectos, como lo son los elementos que se enuncian en el artículo 71 del Código Penal, sino también otros aspectos que informan esta materia, explícitos o no en la ley, tales como: los principios de proporcionalidad, racionalidad, humanidad y solidaridad.

Bajo este orden de ideas, para nuestra jurisprudencia la pena por imponer, luego de definirse la culpabilidad, debe responder al juicio de reproche que se le formula a una persona por el acto concreto que ejecutó. Por tanto, si el juicio de reproche que el Tribunal realiza en este punto, se representa con respecto al injusto personal cometido, la fundamentación de la pena debe atender a las particularidades de este hecho, lo mismo que, por supuesto, a los aspectos personales de su autor.

Como todos los hechos no son iguales, en caso de que exista un concurso material, por ejemplo, el juzgador tiene la obligación de exponer los motivos por los que decide fijar la pena en un monto determinado para cada delito, lo cual debe hacerse en forma individual. Dependiendo entonces de las circunstancias objetivas y subjetivas que se presenten en cada caso concreto, se estará en condiciones de establecer, conforme a las disposiciones legales, cuál será la sanción (cualitativa y cuantitativamente) que resulte más justa, adecuada y útil, no solo para el sujeto infractor que, al final de cuentas, se verá directamente afectado por ella, sino también para la parte ofendida (o sus familiares) que vio lesionados sus derechos con la infracción penal cometida por aquel, así como el mismo conglomerado social.

Si se parte de que el injusto penal es diferente uno de otro y, aun cuando lo realiza la misma persona y la ilicitud puede ser semejante en cuanto a su calificación, siempre

median o se presentan circunstancias, aspectos o motivaciones distintas al momento de su ejecución y consumación.

Por lo anterior, las consideraciones generales y globales, en donde se mezclan aspectos o elementos que corresponden a hechos diversos, con el propósito de justificar la decisión tomada, no son correctas y quebrantan la debida fundamentación que ha de existir en este extremo³⁷⁸.

Antecedentes jurisprudenciales

Síntesis. El 16 de setiembre de 1999, al ser aproximadamente las 20:00 horas, el señor **AMA** circulaba en el vehículo marca Four Runner placas (...), color negro, de gasolina, propiedad de una asociación solidarista para la cual trabajaba, y en un momento determinado, fue interceptado por varios sujetos de identidad desconocida, quienes haciendo uso de armas de fuego, lo despojaron del vehículo.

ALP es el propietario legítimo del vehículo Four Runner placas (...), color gris, cuatro puertas. Este automotor lo tenía inscrito a su nombre y materialmente lo poseía. Sin poderse determinar las circunstancias de momento y lugar, pero sí con posterioridad a la sustracción del vehículo propiedad de la citada asociación solidarista, el encartado **QJ** entró en posesión del vehículo referido, sabiendo que procedía de un delito y que tenía similares características al vehículo de **ALP**. Además no lo adquirió de su legítimo propietario; lo recibió sin ningún documento que legitimara su posesión y sabiendo además que el mismo había sido alterado en sus números de motor, chasis y placa, identificándolo con los del vehículo propiedad de **ALP**.

El imputado procedió a falsificar o intervino en la falsificación de una cédula de identidad, donde insertó su fotografía y una firma, con todos los datos de identidad de **ALP**, suplantando la identidad de este último. Con la cédula falsa y el vehículo que además de sustraído, fue alterado para que tuviera las características del vehículo de **ALP**, en fecha 2 de noviembre de 1999, el imputado **QJ** publicó en el periódico La Nación, un anuncio donde ponía en venta el automotor. El día 10 de noviembre de 1999, el imputado **QJ**, haciéndose pasar por **ALP** y, gracias a la publicación realizada en el periódico mencionado, vende a **MWL** el vehículo en cuestión.

Con fundamento en estos hechos, el imputado **QJ** fue sentenciado por los delitos de **receptación**, en concurso material con los delitos de falsificación de documentos públicos, falsedad ideológica, uso de documentos falso en concurso ideal con el delito de estafa en perjuicio de la administración pública y **MWL**.

378 Ver votos de la Sala Tercera n.º 2000-1189 de las 10:10 horas del 13 de octubre de 2000; n.º 2005-864 de las 10:15 hrs. del 5 de agosto de 2005 y n.º 2005-1015 de las 12:00 hrs. del 2 de setiembre de 2005, así como del Tribunal de Casación, n.º 2002-426 de las 15:15 hrs. del 7 de junio de 2002.

Solución jurisprudencial. La Sala Tercera confirmó la calificación jurídica otorgada por el a quo. Como se extrae de la relación de hechos demostrados, el vehículo sustraído en setiembre de 1999, fue recibido por el acusado a sabiendas de que provenía de un delito (configurando de esta manera, el delito de receptación, previsto en la actualidad en el artículo 323 del Código Penal). Posteriormente, **QJ** falsificó una cédula para hacerse pasar por **ALP**; publicó un anuncio en un diario de circulación nacional y el 10 de noviembre de 1999 vendió el automotor a **MWL**.

Para la Sala, tal y como lo estimó el a quo, entre la receptación y los otros delitos (en concreto, las falsificaciones, el uso de falso documento y la estafa, todos estos en concurso ideal), lo que existía era un concurso material, ya que la acción de recibir el automotor a sabiendas de su procedencia y la acción -en sentido jurídico- que desarrolló luego y que culminó con la venta del mismo a **MWL** se desarrollaron en momento diferentes. Como anteriormente ya había la misma Sala:

[...] la acción está compuesta por el elemento intencional (o, para decirlo en términos más usuales, aunque menos correctos, "elemento subjetivo") y el fenoménico (u "objetivo"). Para que haya unidad de acción, debe haber unidad también en esos elementos. En este caso, aunque sí hubo unidad funcional o en la intención general de los agentes, no la hubo en el fenoménico. Esto es, a diferencia de cuanto podría eventualmente suceder cuando en un mismo sitio (supermercado, agencia bancaria, o autobús por ejemplo) se procede a robar a los allí presentes, cuando se procede contra diferentes espacios físicos o en diferentes momentos, se rompe la unidad fenoménica, lo que de suyo impide que se trate de una sola acción. Resolución n.º 2006-110 de las 14:30 horas del 20 de febrero de 2006).

Así, aunque se admitiera que el imputado receptó el vehículo con miras a venderlo posteriormente (es decir existió una unidad de designios), era clarísimo que la receptación y los actos posteriores (que a su vez constituyen una sola acción en sentido jurídico que quebranta diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí), no formaban una sola acción, ya que no existió unidad en sus elementos objetivos.

Las falsificaciones, el uso de documento falso y la estafa, se cometieron en un espacio fenoménico distinto de aquel en que se desarrolló la receptación, por lo que no podían fusionarse. Por tanto, estimó la Sala que no existía la errónea aplicación de las normas sustantivas que se acusaban y, por ese motivo, se rechazó el reclamo e la defensa³⁷⁹.

Síntesis. Un sujeto intercepta a una mujer; le coloca un puñal en el cuello y la amenaza con matarla, si se resiste. De seguido, la introduce a un charral, donde la arroja al suelo y, despojándola de sus ropas, la accedió carnalmente contra su voluntad para, después de ello, colocarle nuevamente el puñal en su cuello y arrebatarle las joyas que portaba, cadenas, pulseras y aretes y, para posteriormente, huir del lugar.

379 Voto n.º 2007-156 de las 8:30 hrs. del 28 de febrero de 2007.

En defensa del imputado, se alegó que los hechos fueron erróneamente calificados como constitutivos de un concurso real, cuando en realidad se trató de un concurso ideal, pues existió unidad de acción.

Decisión del Tribunal. La Sala rechazó el alegato, confirmando la existencia de un concurso material entre violación y robo agravado. En el caso de estudio, existieron dos acciones independientes, dos *íter criminis* perfectamente escindibles, aún cuando compartieran cierta temporalidad que, por sí misma, no era suficiente para concluir que se trataba de una sola acción en sentido jurídico penal.

Hay dos resoluciones criminales perfectamente diferenciables: *i)* violentar la libertad sexual de la ofendida y *ii)* apoderarse ilegítimamente y con el uso de armas, de los bienes de su propiedad. Estas conductas no están unidas ni en relación de medio a fin, ni normativamente, ni por el factor final o de voluntad del agresor. Ambas se desarrollan en forma sucesiva, pero independiente, pues la violación ya se había consumado cuando se hace de nuevo el uso del arma, esta vez para materializar el apoderamiento.

De este modo, no se daba ninguno de los presupuestos para considerar que se estaba ante una sola acción. Se trataba de bienes jurídicos distintos: dos de índole personalísimas – libertad sexual e integridad física implicada en el robo agravado– sin que la identidad de la víctima ni la cercanía espacio-temporal, tuvieran la virtud de reunirlos en una única acción, desde el punto de vista jurídico, pues, incluso, se trataba de ataques, como se indicó, a bienes jurídicos de distinta naturaleza, por lo que el alegato era improcedente³⁸⁰.

Síntesis. Un sujeto amenaza con un arma a dos ofendidas (V.N. y C.R.); las obliga a desnudarse mientras él también se despojaba de sus ropas, y posteriormente, se acuesta en el centro de una cama, obligando a ambas víctimas a acostarse junto a él, una a cada lado. Una vez acostados, el imputado sujeta a V.N. de la cabeza y la obliga, en una oportunidad, a practicarle sexo oral. Luego, amenazando a la ofendida C.R. con el arma de fuego, obliga también a esta a practicarle sexo oral.

Acto seguido, siempre bajo amenaza con el arma, el imputado abre las piernas a la ofendida C.R. y la accede carnalmente en contra de su voluntad, y para silenciar su llanto, obliga a V.N. a colocarle una almohada en la boca. Posteriormente, el sujeto repite el mismo procedimiento contra la ofendida V.N., obligando a su vez a C.R. a colocarle una almohada en la boca para silenciar su llanto. Luego de que accedió carnalmente a ambas víctimas bajo intimidación, el sujeto las obliga a bañarse y a ingerir entre ambas una botella de licor.

380 Sala Tercera, voto [n.º 2006-290](#) de las 9:05 hrs. del 31 de marzo del 2006. Como antecedente, puede revisarse el voto de la misma Sala, [n.º 2002-211](#) de las 9:55 hrs. del 8 de marzo de 2002.

Estos hechos fueron calificados –en el año 1997– como dos delitos de abusos deshonestos y dos delitos de violación en concurso material.

En defensa del imputado se argumentó que, si bien existieron violaciones, entre “*las illicitudes*”, hubo un concurso ideal que no fue ponderado por el Tribunal sentenciador, pues los hechos concurrieron en un mismo espacio y en tiempo consecutivo, y como las acciones estaban orientadas a un mismo fin (la satisfacción sexual del imputado), en el caso particular, existió una unidad de acción (un único acto sexual).

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó el alegato, confirmando la calificación legal. De acuerdo con los hechos transcritos, era claro que el imputado incurrió en cuatro conductas ilícitas (de naturaleza sexual) claramente diferenciables entre sí, desde el punto de vista material (fáctico), a pesar de que las mismas se desarrollaron en un mismo lugar, mediando muy corto tiempo entre cada una de ellas, y, además, afectando varias veces el mismo bien jurídico (libertad sexual de las víctimas).

Esto último de ningún modo permitiría suponer que desde la óptica jurídica, se estuviera en presencia de una unidad de acción, pues el hecho de que las cuatro figuras delictivas donde incurrió, desde la perspectiva del sujeto activo, llevaran como propósito la satisfacción de su libido, no sería suficiente para que se configurara el concurso ideal, ya que –citando al profesor Castillo– debía tenerse claro que ***tampoco puede el plan o el designio del autor, reunir en una, varias acciones.***

Al respecto, no debía perderse de vista que, según así lo ha entendido la doctrina y ha sido aceptado por la jurisprudencia de la Sala, a partir del criterio normativo, el concepto de unidad de acción conlleva, necesariamente, la presencia de dos factores, a saber: **a)** Uno de naturaleza fáctica, es decir, que las acciones materiales desarrolladas por el sujeto puedan valorarse como una sola, sobre todo atendiendo al plan del autor (factor final). **b)** Uno de carácter normativo, según el cual, atendiendo a la descripción y estructura de los tipos penales en juicio, se esté en presencia de una conducta que lesione, al mismo tiempo, varias disposiciones legales que no se excluyan entre sí.

Aplicando dichas consideraciones al caso de estudio, se lograba establecer que desde el punto de vista natural de la acción, la conducta del encartado no podría valorarse como una sola, pues resultaba claro que, a pesar de la cercanía espacial y temporal, perpetró cuatro agresiones sexuales bien diferenciables: primero abusó sexualmente –de acuerdo con el contenido de los tipos de abuso deshonesto y violación vigentes en el año 1997– y posteriormente, penetró a cada una de las ofendidas.

No podrían valorarse estas cuatro acciones (desde el punto de vista natural) como una sola, pues ni siquiera guardaron una relación de medio a fin, ni tampoco se podrían calificar como parte necesaria la una de la otra. Por otro lado, desde un enfoque estrictamente normativo, tampoco podría sostenerse que existe una unidad de acción, pues no se trató

de una sola y única lesión al bien jurídico, sino que por el contrario, se afectó por separado la libertad sexual de las ofendidas (bien jurídico personalísimo), ya que además en el caso particular de cada una de ellas, lo anterior ocurrió dos veces: primero cuando el acusado las obligó a practicarle sexo oral, y luego cuando (ya consumada y agotada esta primera lesión) fueron también objeto de penetración vaginal.

La jurisprudencia de la Sala ha entendido que el bien jurídico tutelado en el delito de violación, es la autodeterminación sexual, el cual se lesiona cada vez que el sujeto pasivo ha sido objeto de penetración, sin importar que en cada caso, aquel haya perseguido el mismo propósito de satisfacer su libido, e independientemente de que no exista mayor separación temporal entre ellas, porque el tipo penal simplemente sanciona a quien accede carnalmente a la víctima contra su voluntad³⁸¹.

381 Sala Tercera, voto [n.º 2005-714](#) de las 10:20 hrs. del 24 de junio de 2005. En el mismo sentido, votos [n.º 2000-953](#) de las 9:05 hrs. del 25 de agosto de 2000; [n.º 2002-932](#) de las 9:55 hrs. del 20 de setiembre de 2002; [n.º 2003-1123](#) de las 9:26 hrs. del 5 de diciembre de 2003; [n.º 2004-820](#) de las 9:56 hrs. del 9 de julio de 2004; [n.º 2004-1194](#) de las 10:40 hrs. del 18 de noviembre de 2004; [n.º 2005-73](#) de las 9:10 hrs. del 11 de febrero de 2005; [n.º 2005-648](#) de las 16:30 hrs. del 8 de julio de 2005; [n.º 2005-1233](#) de las 11:40 hrs. del 26 de octubre de 2005 y, recientemente, en la sentencia [n.º 2006-260](#) de las 16:45 hrs. del 27 de marzo de 2006. Precisamente en esta última, la Sala amplía dicho criterio indicando lo siguiente: [...] *En el fallo de mérito se estableció, en lo que resulta de interés, que el acusado, luego de someter a su víctima por la fuerza, la penetró vaginalmente. Con posterioridad la obligó a colocar sus manos y pies contra el suelo y la accedió de nuevo por la vagina. De seguido le introdujo el pene en el ano, luego dos veces más en la vagina, en distintas posiciones, una vez en la boca y por último dos ocasiones más en la vagina, ya dentro del vehículo que conducía [...]. A las consideraciones jurisprudenciales expuestas, pueden añadirse otras, ahondando en el análisis dogmático del tipo penal de la violación. Tal como se encuentra estructurado y descrito en la ley, lo que el legislador sanciona, en lo que interesa para resolver el alegato, es el acceso carnal por el ano o la vagina, la introducción por esas vías de dedos u objetos y la del pene en la boca (artículo 156 del Código punitivo). Como puede verse, se trata de conductas específicas que se materializan y consuman con su sola ejecución. Es un delito de mera actividad, entendido este concepto como la contrapartida de los delitos de resultado y significa que no requiere que se produzca en el objeto de la acción (el sujeto pasivo), ningún efecto que sea diferenciable de la acción misma y separable de ella espacial o temporalmente (sobre este tema, puede consultarse el fallo No. 1427-00, dictado por esta Sala a las 10:00 horas del 15 de diciembre de 2000). En los delitos de resultado, este figura como el elemento principal que permite asociar las diversas acciones concretas realizadas por el agente y englobarlas en un solo hecho punible. Así ocurre, por ejemplo, con las lesiones que vienen definidas por la entidad de su resultado (la incapacidad producida en el sujeto pasivo) y por ello, aunque hayan sido causadas a través de varios golpes, no se entenderá que cada uno de ellos configura un delito independiente, sino que se valora el resultado final que se provocó. En otras hipótesis, como la agresión con arma que es un delito de mera actividad y de peligro concreto, no puede entenderse que el lanzamiento de cada piedra o estocada (hecho en el mismo momento, de manera sucesiva) constituya un delito independiente, pues aunque aquí no se exige un resultado en el objeto de la acción, lo que se reprime es el peligro causado a la integridad física y la salud del sujeto pasivo, con prescindencia de que la agresión se haya materializado en arrojar una sola piedra o varias, todo, desde luego, en circunstancias espaciales y temporales que permitan establecer la existencia de la unidad de acción y no el emprendimiento de un nuevo delito. Debido al elevado valor que poseen los bienes jurídicos tutelados en el artículo 156 del Código Penal, el legislador seleccionó una descripción típica sumamente específica y distinta a la utilizada en la construcción de otras figuras penales. Es tal la jerarquía de esos bienes protegidos que lo que se reprime no es que la víctima sea obligada o compelida a mantener “relaciones sexuales”, sino que se acudió a recoger conductas muy concretas y de carácter corporal, como lo son las ya reseñadas (acceso carnal, introducción de dedos u objetos).* (continúa en la siguiente página)

Síntesis. Un sujeto, siguiendo el mismo patrón de conducta, aprovechaba la ausencia de la madre de una menor ofendida, así como que esta última y sus hermanos se encontraban durmiendo, para sacar a aquella de la cama y llevarla al cuarto que compartía con la progenitora de dicha menor. Allí desnudaba a la niña, la acariciaba y la penetraba parcialmente con el pene, situación que se repitió en tres ocasiones con la misma dinámica.

Los hechos fueron calificados como tres delitos de violación agravada en concurso material.

Decisión del Tribunal. Dicha calificación efectivamente fue confirmada en sede de casación, ya que sobre este tema, la jurisprudencia de la Sala Tercera reiteradamente ha señalado que el bien jurídico tutelado en el delito de violación, es la **autodeterminación sexual**. Este se lesiona cada vez que el sujeto pasivo ha sido objeto de penetración, sin importar que en cada caso, aquel haya perseguido el mismo propósito de satisfacer su libido, e independientemente de que no exista mayor separación temporal entre los accesos carnales, porque el tipo penal simplemente sanciona a quien accede carnalmente a la víctima contra su voluntad.

Por lo anterior, si el sujeto accede carnalmente a la víctima tres veces, debe tenerse por realizado tres veces el tipo penal, pues la tipicidad del delito de violación no se reduce únicamente a la acreditación de un dolo único de satisfacción de la libido, sino que el dolo requerido en el tipo, es de acceder carnalmente contra la voluntad de la víctima, lesionando, de esa manera, el bien jurídico “**autodeterminación sexual**” que se encuentra allí penalmente tutelado.

Esto significa que el tipo penal no puede examinarse solo a partir del dolo, el plan de autor, los designios del agente o su finalidad, sino que debe comprender la estructura misma de la descripción típica. Si la ley se refiriese, de manera genérica, al hecho de mantener “relaciones sexuales”, sí sería posible acoger el alegato de la defensa, entendiendo que en este caso hubo una sola relación sexual, aunque prolongada y desarrollada a través de distintas penetraciones por diversas cavidades. Pero, como se dijo, no es eso lo que estableció el legislador, sino que en vez de utilizar la frase “relaciones sexuales” (que sí se observa en otros tipos penales), definió estrictamente cuáles son las conductas típicas constitutivas del hecho punible y que lo consuman con su sola ejecución cada vez que se realicen, por tratarse de un delito de mera actividad. En los abusos sexuales (que también trae a colación la defensa), no obstante que son asimismo delitos de simple actividad, la propia descripción típica permite aglutinar en una unidad de acción todos los tocamientos o las conductas sucesivas que se lleven a cabo en determinadas circunstancias temporales y espaciales. Esto implica, que aun cuando un solo tocamiento sea suficiente para configurar el delito, los que le sucedan en el mismo momento no constituirán hechos ilícitos independientes, sino que integran el abuso sexual reprimido. Salta a la vista, que este razonamiento no puede aplicarse cuando lo que el tipo castiga es el acceso carnal vaginal, anal y los otros actos corporales descritos en el artículo 156 de cita, pues, se reitera, cada uno de ellos consuma en definitiva el delito y, desde luego, es un ataque nuevo e independiente contra la libertad sexual del sujeto pasivo, por mucho que exista entre cada penetración un nexo temporal y espacial cercano o que correspondan al plan preconcebido del autor. Lo dicho pone de relieve que la descripción típica de los hechos es uno de los principales factores que debe considerarse al momento de determinar si existe o no unidad de acción (y, por ende, uno o varios delitos), ya que tal definición no puede hacerse contrariando las previsiones que el legislador adoptó al construir el tipo pena.

No se trata, entonces, de que baste con que lo acceda carnalmente una vez para que otras penetraciones resulten en su favor subsumidas por el dolo y la acción primera lesiva del bien jurídico, aun cuando su separación espacio-temporal sea nula o casi nula, pues una interpretación como esta, enervaría la idea de protección que sirve de base al concepto del bien jurídico y pretende reducir en su favor, la incidencia de su actuar en las posteriores penetraciones.

El bien jurídico de la “**autodeterminación sexual**” protege concretamente la esfera de decisión frente a las relaciones sexuales. De esta manera, las mismas se producen por una libre decisión de los participantes. De allí que cada vez que se lesiona el bien jurídico antes mencionado, se produce una acción en el sentido-jurídico penal, y ante esta pluralidad de acciones, corresponde aplicar las reglas del concurso material³⁸².

Síntesis. Una pareja de novios se encontraba en una parada de autobuses, cuando fue interceptada por dos sujetos (**A** y **B**), quienes los amenazaron con armas de fuego, exigiéndoles que les entregaran todo lo que portaban, ante lo cual los ofendidos les entregaron sus pertenencias.

Posteriormente, actuando de común acuerdo con un tercer sujeto no identificado (**C**), quien a bordo de un vehículo se acercó al sitio, **A** y **B** obligaron a dichas víctimas a ingresar al vehículo, donde **A** se sentó en el asiento del copiloto, apuntando en todo momento con el arma de fuego a los ofendidos, mientras que **B**, también con arma de fuego, se sentó entre los ofendidos en el asiento de atrás.

Mientras el automotor circulaba, **A** le exigió al ofendido que le entregara los zapatos que portaba. En tanto **B** le haló el pelo a la ofendida, obligándola a besarlo en la boca contra su voluntad, por lo que el ofendido trató de intervenir, lo que motivó que ambos imputados lo golpearan en la cabeza con sus armas, y lo obligaron a acostarse en el piso del auto. Acto seguido, **B** se bajó su pantalón y le introdujo a la ofendida, contra su voluntad, el pene en la boca. Ante la resistencia de la ofendida, **B** le propinó un golpe con el puño en el rostro, para luego introducirle por segunda ocasión el pene en la boca, mientras los ofendidos eran encañonados por **A**. Seguidamente, **B** tomó de nuevo a la ofendida y le introdujo nuevamente el pene en la boca, para luego levantarle la blusa y manosearle los pechos, mientras esta continuaba siendo apuntada por **A** con el arma de fuego. A su vez **C**, el conductor del vehículo, estiraba una de las manos hacia atrás, tocándole también los pechos a la ofendida. Posteriormente, **B** tomó la mano de esta y la obligó a masturbarlo, mientras él la tocaba en la vagina por encima de la ropa, para luego introducirle la mano dentro del pantalón con la intención de quitárselo, mientras era encañonada por **A**.

382 Sala Tercera, votos n.º 156-99 de las 09:54 horas del 12 de febrero de 1999; n.º 2005-714 de las 10:20 horas del 24 de junio de 2005 y, recientemente, el n.º 2006-85 de las 15:00 hrs. del 13 de febrero de 2006.

Sin embargo, en ese momento el ofendido aprovechó para tirarse del carro, pero fue sujetado por **B**, situación que también aprovechó la ofendida quien igualmente se tiró del vehículo en movimiento, pero también fue sujeta por **C**, arrastrándola unos 25 metros. Una vez en libertad, ambos ofendidos salieron corriendo y pidiendo auxilio, y el imputado y los sujetos que actuaron con él realizaron dos disparos, para luego alejarse del lugar.

De los tres sujetos, únicamente **A** pudo ser detenido por las autoridades, y fue sentenciado como cómplice de dos delitos de violación agravada en perjuicio de la ofendida, y como autor de un delito de robo agravado cometido en perjuicio de ambos ofendidos, y un delito de privación de libertad agravada, también en perjuicio de ambos ofendidos, todos en concurso material.

En defensa de este sujeto, se argumentó que el Tribunal se equivocó en la determinación concursal de los ilícitos acreditados, cuando en la especie operó en realidad un concurso ideal, en tanto existió una unidad de acción en la conducta ilícita desplegada por **A**, pues todos los actos realizados iban dirigidos a un mismo fin que era el robo. Por tanto, la privación de libertad venía a ser un medio por el cual el autor podía continuar su ilícito. Asimismo, se alegó que tampoco existió un concurso material entre las dos violaciones agravadas, sino un concurso ideal, pues se dio una unidad de acción, aunque el tipo penal se vulneró varias veces, atendiendo a la cercanía entre un hecho y otro, extendiéndose el concepto a la figura del partícipe.

Decisión del Tribunal. La Sala rechazó los alegatos y confirmó la existencia del concurso material. En el caso de estudio, los actos desplegados por **A**, no conformaron una unidad de acción, sino varias acciones independientes, claramente diferenciadas, las cuales lesionaron bienes jurídicos distintos: la propiedad, la libertad individual y la autodeterminación sexual. Así, la primera acción ejecutada por **A**, se produjo cuando, portando armas de fuego, despojó junto con **B** a los dos ofendidos de sus bienes, produciéndose posteriormente la segunda acción delictiva, cuando **C**, quien actuaba de común acuerdo con **A** y **B**, aproximó un vehículo y estos dos últimos obligaron a las víctimas a ingresar, privándolos indebidamente de su libertad por varias horas, hasta que los perjudicados lograron lanzarse del vehículo.

Sin embargo, antes de su liberación, se produjeron las dos últimas acciones delictivas claramente circunstanciadas en tiempo y espacio, las cuales ocurrieron cuando **B**, con la complicidad de **A**, en dos oportunidades diferentes, introdujo su pene en la boca de la ofendida, actos que realizó mientras **A** encañonaba a los ofendidos.

Delimitadas así las acciones delictivas ejecutadas por **A**, contrario a lo que sostenía la defensa, para la Sala en el caso de estudio, antes de ser obligados los ofendidos a subir al vehículo, **el desapoderamiento de sus bienes ya se había consumado** (ya habían perdido total posibilidad de disposición sobre los objetos sustraídos), por lo que al momento de ser obligados a subir al automotor, dadas las especiales circunstancias en que estos

se encontraban, **A** y sus acompañantes –quienes ya ejercían absoluto control y dominio sobre las víctimas– habían entrado en plena disposición de los referidos objetos.

Esta situación no varió porque estos continuaran con sus captores algunas horas más.

Lo anterior establecía que al producirse la privación de libertad en perjuicio de los ofendidos, el delito de robo agravado que **A** perpetró en compañía de los otros sujetos, ya se había consumado, y no se requería para su determinación que se les privara de su libertad, sin que esta conducta pueda estimarse como una fase extensiva de la violencia ejercida para consumar el desapoderamiento.

Por lo señalado, no era posible hablar, en este caso, de una unidad de acción, ya que los tipos penales –privación de libertad y violación– surgidos con posterioridad al apoderamiento ilícito de los bienes, se excluyen entre sí, en tanto tales conductas no están contenidas en la descripción típica del delito de robo agravado, y no existía entre ellas relación de especialidad o subordinación, y resultaban acciones ilícitas independientes que lesionaron bienes jurídicos distintos.

En anteriores pronunciamientos, la Sala había indicado que de la confluencia de los artículos 21, 22, 23, 75, 76 y 77 del Código Penal, se colige que el criterio fundamental para resolver el problema del “concurso de delitos”, radica en la definición de lo que debe entenderse por: “*una sola acción u omisión*” o “*una misma conducta*”. De esta manera, el número de “resultados” no tiene nada que ver con el número de conductas y de delitos, pues la doctrina nacional señala que la unidad de acción es un concepto jurídico, y así como es erróneo tratar de definir la unidad de acción con prescindencia de la norma, también sería equivocado tratar de definir la unidad de acción con prescindencia del hecho, sin darle el lugar subordinado que le corresponde como contenido de la norma (Castillo).

Así, la adopción del *factor final* –plan unitario que da sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta– y del *factor normativo* –que convierte la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición– como criterios para dilucidar cuándo hay una y cuándo hay varias conductas, ya se trate de acciones u omisiones, es ampliamente aceptada por la doctrina actual.

Al trasladar estas anteriores consideraciones al caso examinado, para la Sala fácilmente se colegía que en la especie, no existió una unidad de acción, porque el factor final no fue únicamente el robo, sino que surgió en el encausado y sus acompañantes un *ánimus* adicional, de privar de su libertad a los ofendidos por simple gusto, así los trasladaron a diversas comunidades josefinas, aumentando en ellos el temor al verse imposibilitados de deambular a voluntad.

Por otra parte, el imputado, a título de cómplice, amenazando a las víctimas con armas de fuego, participó en la violación de la ofendida, la cual ejecutó materialmente otro de

los sujetos de identidad desconocida, quien en dos oportunidades diferentes la obligó a practicar sexo oral, introduciendo su pene en la boca de la agraviada hasta eyacular.

Además, ni la privación de libertad ni las violaciones ocurridas, se dieron con motivo de la ejecución del delito de robo agravado, por lo que tampoco se podía aceptar la concurrencia de un factor normativo, lo que excluía la posibilidad de considerar la unidad de acción en las conductas perpetradas por el imputado, descartándose el concurso ideal.

Asimismo, tampoco se podía aceptar en los hechos delictivos acaecidos, una relación de interferencia, en tanto la privación de libertad y, aun más, las violaciones sexuales ocurridas, resultaban innecesarias para consumar el delito de robo agravado, al no estar implícitas en los elementos del tipo penal correspondiente a este último delito, pues como bien lo señala la doctrina, habrá concurso ideal cuando una parte de la acción sirve para la realización de uno y de otro de los tipos penales (Castillo).

Se debe recordar que la jurisprudencia de la Sala, también ha señalado que el acto material de privar a otra persona de su libertad en forma momentánea, y cuando sea necesario para afectar otro bien jurídico, no configura ciertamente un delito independiente de privación de libertad, contemplado en el numeral 191 del Código Penal o en su forma agravada. Pero –como sucedió en el caso de estudio– si esa privación resulta ser adicional a la estrictamente necesaria para desapoderar a las víctimas de sus bienes, que es la que se extiende sin necesidad, con ánimo ofensivo o para procurar la impunidad, no puede entonces incluirse en la acción requerida para cometer el delito final, por lo que tampoco queda subsumida por este último ilícito. (Voto n.º 2003-971 de las 12:45 horas del 24 de octubre de 2003, Sala Tercera).

Iguales consideraciones podían hacerse entre los delitos de privación de libertad y violación, pues aquella inmovilización que excede a la necesaria para llevar a cabo el ultraje sexual, por lo que la víctima es privada de libertad en forma innecesaria, tampoco podía subsumirse dentro de la violación. Finalmente, la Sala también rechazó la tesis de defensa, de que había concurso ideal entre las dos violaciones agravadas, pues a juicio de esta Sala, tales hechos no constituyen una sola acción, sino dos acciones sucesivas, produciendo cada una de ellas, en forma independiente, la lesión al bien jurídico tutelado

–la autodeterminación sexual– aunque exista entre los dos vejámenes sexuales, una estrecha conexidad temporal y espacial³⁸³.

Síntesis. Un sujeto es notificado personalmente de la orden emitida por el Juzgado de Violencia Doméstica, de abstenerse de perturbar la tranquilidad de su compañera sentimental y la familia de esta. No obstante, con posterioridad el sujeto desacata dicha orden en tres ocasiones distintas: la primera vez se presentó a la vivienda de la ofendida, en horas del día, e ingresó por la parte trasera y pidió que se le diera café; la segunda, se le permitió ingresar a la vivienda, pero luego no quiso salir y empezó a expresarse ofensivamente ante sus hijos respecto de su madre, la ofendida; la tercera, en horas del día, se presentó a la vivienda de la ofendida, donde manifestó que esta era una agresora, una zorra y que andaba con hombres. Por los hechos descritos, el sujeto fue sentenciado por tres delitos de desobediencia a la autoridad en concurso material.

383 Sala Tercera, voto [n.º 2005-766](#) de las 11:00 hrs. del 8 de julio de 2005. Acerca de las modalidades de concursos que pueden acontecer entre el delito de privación de libertad con los delitos de robo y violación, pueden revisarse los votos de esta misma Sala [n.º 2001-1064](#) de las 9:45 hrs. del 2 de noviembre de 2001; [n.º 2002-656](#) de las 9:20 hrs. del 5 de julio de 2002; [n.º 2003-202](#) de las 10:47 hrs. del 28 de marzo de 2003; [n.º 2004-898](#) de las 8:55 hrs. del 30 de julio de 2004 y [n.º 2004-911](#) de las 10:10 hrs. del 30 de julio de 2004. En este último, incluso, se indica lo siguiente: [...] *De lo transcrito se advierte que esta Sala ha mantenido un criterio cambiante en cuanto a la calificación jurídica que corresponde a de este tipo de hechos, donde la privación de libertad se da en una etapa posterior a la consumación del robo, es decir, cuando entre ambas acciones no existe ninguna relación de medio a fin, pasando del concurso material al ideal. No obstante lo anterior, y tomando en cuenta que, como tesis de principio, la privación de libertad momentánea y necesaria para consumir el despojo quedaría absorbida en el injusto del robo agravado, es decir, en algunos casos se trataría de un concurso aparente de delitos, en la especie se advierte que no nos encontramos ante los presupuestos fácticos que permitirían llegar a establecer dicha conclusión. En el caso que nos ocupa resulta claro que esa retención de la víctima después de cometida la rapiña (que ni siquiera podría calificarse de "momentánea", pues se prolongó por espacio de tres kilómetros, y no cesó hasta el momento en que la víctima, alarmada, luchó contra sus captores), ya no era necesaria a efectos de consumir ésta, máxime cuando se logra colegir que el ofendido fue desplazado del asiento que ocupaba como conductor, ello cuando el vehículo ya había sido controlado por los antisociales, quienes sin justificación alguna pretendían introducirlo a la cajuela. Como se comprende, una vez perfeccionado el despojo, la privación de libertad ya no cumplía ningún objetivo de cara al mismo, ello por la simple razón de que dicho desapoderamiento ya se había consumado. Siendo ello así, aún asumiendo que la acción continuada de mantener al señor E. A. dentro del vehículo tuviera como propósito el tratar de buscar un lugar dónde dejarlo abandonado para que no pudiera comunicarse de inmediato con las autoridades, ello no haría desaparecer ni la consumación ni tampoco la lesión de los bienes jurídicos que tutelan ambas figuras. En tales supuestos, tomando en consideración que cuando dio inicio la privación de libertad del ofendido, ya el delito de robo agravado se había consumado, pues el desapoderamiento de sus bienes estaba de sobra perfeccionado y no había forma de que fuese revertido, es claro que nos hallamos frente a un **concurso material de delitos**. En estos términos debe replantearse la posición que asumió esta sala en los citados votos n.º 253-97 de las 9:30 horas del 14 de marzo de 1997, y n.º 363-02, de las 9:10 hrs. del 26 de abril del 2002. Nótese que en este caso no podría hablarse de una unidad de acción, ya que cuando da comienzo la segunda conducta (privación de libertad), la primera ya se había agotado, de donde resulta claro no sólo que ambos comportamientos son perfectamente diferenciables, sino que lesionaron dos bienes jurídicos de muy diversa naturaleza. Así las cosas, debe concluirse que la calificación jurídica que ahora pretende la defensora (concurso ideal) no resulta acertada, pues –según lo dicho– se trató de un concurso material, tal y como acertadamente lo estimó el tribunal de juicio. Debido a ello, debe declararse sin lugar el presente motivo de casación".*

En su defensa, se alegó que el delito de desobediencia es de carácter omisivo propio, de mera actividad, donde el imputado debe hacer o dejar de hacer, a fin de no caer en él. La consumación se presenta en el momento en que se desobedece la orden en el primer caso y lo importante es el deber jurídico de acatar la orden emitida por el funcionario público en el ejercicio de su función y no el contenido de la misma. Por lo anterior, en el caso de estudio se configuró un solo delito de desobediencia a la autoridad y no tres en concurso.

Decisión del Tribunal. El Tribunal de Casación rechazó el reclamo y confirmó la calificación jurídica. Se ha discutido en ocasiones, si el delito de desobediencia a la autoridad, es un delito de acción o de omisión, lo que se ha considerado que tiene relevancia, pues se ha indicado que si fuera de omisión, se trataría de un solo delito, ya que la omisión se caracteriza por su prolongación en el tiempo. De hecho, en algunos asuntos se ha llegado a considerar, de acuerdo con las particularidades del caso, que hubo un solo hecho delictivo de desobediencia a la autoridad. En realidad el asunto, a criterio del Tribunal de Casación, había estado mal planteado: el delito de desobediencia a la autoridad, por la forma en que está redactado en el Código Penal (art. 307), puede, de acuerdo con las circunstancias del caso, ser cometido por acción o bien por omisión. Se trata de un tipo penal abierto que debe ser complementado con la orden concreta que se imparte legítimamente por autoridad competente, y la orden que se da puede ser de hacer o de no hacer.

Así, cuando la orden impartida es de hacer, el delito de desobediencia a la autoridad reúne, en el caso concreto, el carácter de omisivo, puesto que la desobediencia es omitir la acción ordenada. Cuando la orden impartida es de no hacer, entonces el delito de desobediencia a la autoridad, puede ser cometido en el caso concreto a través de una acción, es decir, al realizar la acción que ha sido prohibida.

En el caso de estudio, el imputado desobedeció medidas impuestas por el Juzgado de Familia en tres fechas diferentes, por lo que de conformidad con las consideraciones antes expuestas, cometió el delito de desobediencia por tres acciones, pues no acató una orden de no hacer, es decir, de abstenerse de perturbar a la víctima o a su familia. Además, las acciones fueron debidamente diferenciadas y cometidas en fechas distintas, con lo cual la calificación otorgada a los hechos por el Tribunal de mérito, resultaba correcta³⁸⁴.

Síntesis. Actuando conforme a un plan previo, dos sujetos se provieron de un fusil AK-47 y pasamontañas con la intención de matar a los ofendidos **A** y **B** sin ser descubiertos.

El día previsto para llevar a cabo el hecho, ambos sujetos con los rostros cubiertos por los pasamontañas, interceptan a los ofendidos **A** y **B**. El sujeto que porta el citado fusil,

384 Ver votos del Tribunal de Casación [n.º 2005-816](#) de las 10:10 hrs. del 25 de agosto de 2005 y [n.º 2005-915](#) de las 8:35 hrs. del 22 de setiembre de 2005. Esta posición también ha sido sostenida por la Sala Tercera (ver voto [n.º 2006-536](#) de las 10:00 hrs. del siete de junio de 2006).

dispara contra cada uno de estos agraviados, y le causa a **A** lesiones que le ocasionan su muerte, en tanto **B** sufre lesiones que no ponen en peligro su vida.

Ambos imputados fueron sentenciados como coautores de un delito de homicidio simple, un delito de tentativa de homicidio simple y un delito de tenencia de armas prohibidas, todos estos en concurso material.

En su defensa, el sujeto que no portaba el arma, argumentó que los hechos no constituían un concurso material, sino más bien uno de carácter ideal, por tratarse de una única acción delictiva. Asimismo, alegó que para consumir los delitos, el imputado que portaba el arma no requirió de ningún aporte de otra persona, ya que con un solo disparo de la escopeta, se dio muerte y se lesionó a los ofendidos. Así la única participación del otro sujeto fue en condición de cómplice.

Decisión del Tribunal. Los alegatos fueron rechazados por la Sala Tercera, por considerar que de los hechos descritos, se infería que ambos imputados tuvieron el codominio funcional del suceso, y fueron entonces coautores en la comisión del ilícito. Por otra parte, también resultaba erróneo estimar que los hechos concurren en forma ideal, porque conforme a los sucesos tenidos por ciertos, en cuanto a la comisión de los delitos de homicidio y homicidio en grado de tentativa, se verificaron dos comportamientos claramente diferenciables, al accionar los acriminados el arma que portaban, y lesionaron el bien jurídico vida que tiene un carácter personalísimo, en este caso en daño de dos seres humanos. Estos delitos concurrían materialmente y no en forma ideal, pues no se trató de una acción delictiva única, sino de dos acciones independientes³⁸⁵.

Síntesis. En horas de la madrugada, la ofendida **I.V.P.B.** menor de edad, transitaba con su hermana **A.P.B.** por las inmediaciones de una zona céntrica, frecuentada por prostitutas, travestis y adictos. En determinado momento, dicha ofendida se quedó a solas y fue interceptada por **B**, quien laboraba como oficial de policía destacado en la comandancia de esa localidad. Este sujeto, sin motivo alguno, persiguió a la ofendida y, aprovechándose la diferencia de poder existente entre ambos, dado su cargo de autoridad, obligó a la misma, en contra de su voluntad, a introducirse a la radiopatrulla en que viajaba, y tomó rumbo al oeste de la ciudad.

Cuando se encontraban en otra localidad distante, el chofer de la unidad (imputado ausente) se detuvo según el plan previamente establecido, y entonces **B** se trasladó a la parte de atrás del vehículo, donde se encontraba la ofendida, y una vez ubicado junto a dicha víctima, con el pretexto de buscar drogas en el cuerpo de la menor, procedió a levantarle su blusa y de seguido le manoseó los senos y se los besó en varias oportunidades, además de besarla en la boca. Seguidamente, el imputado, arguyendo que la ofendida

385 Sala Tercera, voto n.º 2005-91 de las 8:55 hrs. del 18 de febrero de 2005.

posiblemente portaba droga consigo, la obligó a bajarse los pantalones a fin de “revisarla”, y procedió a tocarle la vagina y, en determinado momento, **B** trató de introducir uno de sus dedos en la misma, agresión que logró repeler efectivamente la ofendida, ya que pudo correrse, y además porque en ese momento, ingresó una llamada al teléfono celular que portaba **B**, el cual le alertaba que un taxista los seguía, por lo que este junto con su compañero obligaron a la ofendida a descender de la patrulla y retirarse del lugar.

Por estos hechos, **B** fue condenado por abuso sexual en perjuicio de menor de edad y tentativa de violación en concurso material. A favor del sentenciado, se alegó que aun cuando las dos conductas desplegadas por este, se encontraban descritas en la acusación fiscal, el delito de abuso sexual resultaba ser un delito de pasaje para la consumación o tentativa de violación.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera rechazó el alegato por considerar que, de acuerdo con los hechos descritos, no se advertía unidad de acción en las conductas ilícitas del imputado, sino dos acciones perpetradas por **B**, claramente escindidas y con dos finalidades diferentes: **a)** Por una parte, abusar sexualmente de la menor agraviada mediante tocamientos libidinosos y besos en su boca y pechos. **b)** Por otra, había intención de violarla, introduciendo un dedo en la vagina de la víctima, mientras la acariciaba en esa área, lo que no logró por circunstancias ajenas a su voluntad.

Para la Sala, en el caso de estudio, el abuso sexual cometido por **B** no se subsumía en el delito de mayor gravedad, al no encontrarse en este caso, frente a una relación de género a especie o de accesoriadad, dado que cada una de las conductas delictivas ejecutadas por **B**, se produjo en un momento determinado y respondió a una finalidad diferenciada, aunque el espacio temporal entre una y otra fuera escaso. Así no resultaba adecuado, desde una perspectiva jurídica, estimar la primera acción desplegada por **B** (abuso sexual) como un hecho previo impune, cuyo contenido injusto estuviera contemplado en el hecho posterior ocurrido (tentativa de violación), o bien, que tales abusos sexuales representaran diversas fases ofensivas del mismo bien jurídico, o se encontraran en una relación de medio a fin.

En síntesis, conforme al elenco de hechos demostrados, para que **B** violentara sexualmente a la ofendida, a efecto de introducir un dedo en su vagina, hecho que no pudo consumar, no requería los tocamientos libidinosos que ejecutó en el cuerpo de la víctima, con el pretexto de “*asegurarse si portaba o no drogas*”, antes de solicitarle que abriera la cremallera de su pantalón para “*indagar también si guardaba drogas en sus partes genitales*”, tocando su zona genital para luego intentar la introducción de uno de sus dedos en la vulva. Este último tocamiento sí se encontraría subsumido dentro de la acción tendente a violar a la agraviada.

Si bien es cierto que la doctrina ha señalado como un hecho previo impune los abusos sexuales, en relación con el delito de violación o tentativa de violación posteriores, **sería**

admisibles siempre y cuando tales actos libidinosos tengan como única finalidad, el acceso carnal o la introducción de dedos u objetos por vía vaginal o anal, porque en ese caso, sí serían del “íter” ejecutivo de estos delitos susceptibles de incriminación autónoma (Castillo González).

No obstante, en el caso de estudio, las conductas delictivas desplegadas por el acusado se dirigieron en forma inicial a abusar sexualmente de su víctima –tocando impudicamente su cuerpo– y con posterioridad, cuando le indicó que abriera su pantalón, su finalidad delictiva se dirigió –o transformó– hacia una acción violatoria a efecto de introducir un dedo en esa área corporal. De tal manera, en el presente caso no resultaba de recibo la posibilidad de un factor final o plan unitario en las acciones naturales o movimientos voluntarios ejecutados por el autor, o no procedía interpretarlas como una sola conducta o unidad de acción (factor normativo).

En el único aspecto en que la Sala sí coincidió con la recurrente, fue que en la especie ciertamente se configura una conducta agravada, ya que el hecho delictivo lo perpetró un miembro de la Fuerza Pública, prevaleciéndose del ejercicio de su cargo. Así su conducta encuadra dentro de las disposiciones normativas contenidas en los numerales 158, relacionado con el 156, inciso 3) y 24, todos del Código Penal, concursando materialmente el delito de tentativa de violación agravada y el de abuso sexual contra persona menor de edad. Este aspecto de la sentencia fue modificado por la Sala, manteniéndose la pena originalmente impuesta³⁸⁶.

Síntesis. La ofendida S. R. A. (menor de edad) tomó la decisión de abandonar su hogar y marcharse a otra provincia con su abuelo, el coimputado T y su amiga K. A. L. (menor de edad). El acusado T llamó a su amigo F, con quien se había puesto de acuerdo previamente para que pasara a recogerlos, marchándose posteriormente los cuatro a la casa de F. Ya en la casa, ambos imputados intentaron abusar de las dos jóvenes, tratando de tocar sus pechos y besarlas, a lo que ellas no accedieron.

Posteriormente, compraron comida y licor que compartieron con las menores. En un momento dado, los imputados les mostraron a las ofendidas, en el dormitorio de F, una película pornográfica de relaciones heterosexuales y homosexuales, y mientras la observaban, los dos imputados se masturbaron delante de las jóvenes mujeres, solicitándoles que mantuvieran relaciones sexuales entre ellas, a lo que también se negaron, por lo que T manifestó que si no querían hacer nada, F no les entregaría el dinero que necesitaban para marcharse a Golfito. Entonces al menos aceptaron bañarse juntas para que ellos las observaran, por lo que su nieta S. R. A., quien para ese momento se encontraba tomada de licor y algo mareada por las pastillas que uno de los imputados le había proporcionado, aceptó bañarse con K. A. L.

386 Sala Tercera, voto [n.º 2005-1274](#) de las 10:10 hrs. del 14 de noviembre de 2005.

Una vez en la ducha, **T** y **F**, quienes habían ingresado al cuarto de baño, volvieron a masturbarse frente a las dos jóvenes, mientras que guiaban sus manos para que se tocaran una a la otra, pidiéndoles que se besaran e incitándolas al lesbianismo. En un momento dado, **F** estiró su brazo hacia las partes íntimas de la menor S. R. A., logrando introducirle un dedo en su vagina, lo que hizo que la adolescente se colocara detrás de su amiga K. A. L. para evitar el ultraje y salir del baño.

El imputado **F** fue condenado en sentencia por un delito de abuso sexual contra persona menor de edad cometido en perjuicio de la ofendida S. R. A., en concurso material con un delito de corrupción agravada y difusión de pornografía, concursados estos dos últimos en forma ideal, en daño de la citada S.R.A. y de la también ofendida K. A. L., imponiéndosele en total la pena de 11 años de prisión.

En defensa de **F**, se alegó que entre los delitos acusados de abuso sexual, corrupción agravada y difusión de pornografía, a lo sumo se dio un concurso ideal, pero nunca un concurso material, pues el marco fáctico por el cual se condenó a **F**, conformaba una unidad delictiva que tuvo lugar en un mismo espacio de tiempo y lugar, con un plan común. Sin embargo, se estimó que en la especie lo que existió fue un concurso aparente de normas, donde los hechos debieron ser recalificados al delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, contemplado en el numeral 160 del Código Penal, en aplicación del principio de especialidad, desplazando los otros delitos acusados.

Asimismo, se alegó que si las ofendidas accedieron a bañarse juntas, besarse y tocarse, fue a cambio de que el imputado **F** les diera el dinero para irse a Golfito, y eso ocurrió porque S. R. A. había tomado la determinación de irse para su casa y no porque el referido justiciable la indujo a hacer tales actos.

Decisión del Tribunal. La Sala rechazó el recurso. Contrario a las pretensiones del impugnante, los hechos descritos no permitían la aplicación de un concurso aparente de normas, donde el delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, contemplado en el artículo 160 del Código Penal, no desplaza por especialidad los ilícitos demostrados al encausado **F**, en tanto no contiene las diversas conductas desplegadas por dicho imputado, ya que el delito de corrupción agravada subsume la actividad delictiva prevista en la norma penal alegada.

A criterio de la Sala, los hechos descritos no solo no resultaban subsumidos en la figura penal descrita en el artículo 160 de repetida cita, sino que tampoco encuadraban dentro de los presupuestos establecidos en la norma de comentario, pues la petición hecha por el coimputado **T** a su propia nieta y su amiga, avalada por el coimputado **F**, se encontraba inmersa dentro de la conducta corruptora desplegada con anterioridad, coaccionándolas para que aceptaran su propuesta, y aprovechando adicionalmente el estado de embriaguez en que se hallaban las víctimas.

No se trató simplemente de la ejecución, por parte de las menores, de actos sexuales o eróticos a cambio de un pago, la promesa de pago o la entrega de una ventaja económica o de otra naturaleza, y que esa fuera la razón fundamental por la cual aceptaron visitar la casa de **F** en compañía del coimputado **T**.

Por otra parte, el abuso sexual contra una persona menor de edad, previsto y sancionado en el numeral 161 del Código Penal, cometido por **F** en daño de S. R. A., al introducirle un dedo en su vagina, concursa materialmente con los dos restantes ilícitos, pues no forma parte de la unidad de acción que se produce entre la actividad corruptora y la difusión de pornografía. Si bien es cierto, antes de la reforma al código sustantivo, mediante Ley N.º 7899 del 3 de agosto de 1999, el delito de corrupción previsto en el numeral 167, contemplaba la comisión de abusos sexuales similares a los aquí atribuidos, por cuanto el tipo penal aludido mostraba mayor amplitud en su determinación, previendo y sancionando la promoción corruptora de una persona menor de 16 años mediante actos sexuales perversos, prematuros o excesivos. Con posterioridad, el actual artículo 167 reformado, se tornó más restrictivo en cuanto a los actos que debían ser entendidos como corrupción:

[...] 1) *Ejecutar actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces.*
2) *Hacer ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces.* 3) *Hacer participar, en actos sexuales o eróticos, a otras personas menores de edad o incapaces en presencia de otros.*

De esta forma, la introducción de un dedo en la vagina de la ofendida S.R.A. por parte del imputado **F**, contra su voluntad, ya que trata de evitar el abuso sexual al que está siendo sometida, no se encuentra prevista dentro de los presupuestos contemplados en el delito de corrupción, sino que concurre materialmente con las restantes conductas delictivas ejecutadas³⁸⁷.

5.- El delito continuado

5.1.-Aspectos generales

El delito continuado se presenta cuando la persona realiza varios actos parciales, conectados entre sí por una relación de dependencia, los cuales infringen la misma disposición jurídica, de manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad, en una unidad de acción final.

Se trata de una forma especial de realizar diversos tipos penales, mediante la reiterada ejecución de la conducta, en condiciones más o menos similares. En apariencia, cada uno de los actos parciales, representa por sí, un delito consumado o tentado, pero todos ellos se valoran de manera conjunta, como una sola conducta ontológica y normativamente entendida (o sea, como un solo delito).

387 Sala Tercera, voto [n.º 2004-1344](#) de las 9:45 hrs. del 26 de noviembre de 2004.

La consideración fundamental para aplicar esta figura, tiene que ver con la aspiración a una pena justa, en aquellos casos en que las distintas acciones de un agente tienen, internamente, entre sí, cierta relación (por ejemplo, el caso de quien fabrica mil entradas para el estadio, mediante actos repetidos, o el cajero del banco que lleva a cabo pequeñas sustracciones durante todo el año, hasta completar una suma alta. Por estos motivos, resultaría ilógico sancionarlos por cada falsificación o sustracción como delitos separados).

En cuanto a su naturaleza, algunos han considerado que lo único que se hace con esta figura, es consagrar una realidad ya existente, cuyo fundamento es la unidad de resolución; mientras que otros pensadores estiman que se trata de una ficción, construida por la doctrina y la jurisprudencia para impedir, en determinados casos, la aplicación de las reglas del concurso real.

En nuestro ordenamiento, para construir la figura, el legislador utilizó un elemento subjetivo que une entre sí, todos los delitos de la continuación: el agente debe perseguir con todos ellos una misma finalidad. Este elemento subjetivo debe diferenciarse del elemento subjetivo de todos los delitos que entran en la continuación. Pero es útil para el propósito del legislador que quiere castigar una pluralidad de hechos, como un solo delito, o sea, con una pena unitaria.

De acuerdo con el profesor Castillo, para la aplicación de las reglas del delito continuado, del artículo 77, es presupuesto indispensable la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones, las cuales deben llenar los presupuestos del delito, y sería impensable cuando el agente solo ha realizado una única acción, aunque lesione con ella varias disposiciones legales.

Por otra parte, de conformidad con la disposición legislativa, solo se reconoce el delito continuado en aquellos hechos que afecten bienes jurídicos patrimoniales.

Los hechos que entran en la continuación, deben ser tratados como pluralidad de acciones, en tanto la finalidad de lograr una pena unitaria no se oponga.

Esta consideración como pluralidad de acciones, permite resolver los problemas de participación criminal, tentativa y consumación en un delito continuado, ya que si alguien participa como cómplice o instigador en un delito que entra en continuación con otros delitos cometidos por el autor principal, la responsabilidad del participante secundario, se restringe al hecho donde él participó y no se extiende a los demás.

Esta respuesta debió buscarse en virtud de que el sistema, centrado en la dicotomía “unidad de acción” “pluralidad de acciones”, no aporta respuestas válidas para la reiteración, en donde la aplicación de las reglas del concurso real, puede resultar inadecuada e injusta.

En realidad el juez, en sentencia, es quien crea la figura del delito continuado, analizando que se cumpla con los presupuestos del artículo 77.

En la consideración de este delito, debe analizarse el hecho de que cada falta que entra en la continuación, debe poseer, en relación con las otras, cierta homogeneidad en el plano de los hechos, del derecho y de lo subjetivo.

La doctrina señala que para la existencia del delito continuado, se requiere una triple unidad: unidad del ilícito objetivo de las acciones (homogeneidad en el modo de comisión); unidad del resultado típico (lesión al mismo bien jurídico) y, por último, unidad del ilícito personal de la acción (unidad del dolo o la misma finalidad).

En cuanto a los requisitos objetivos, el delito continuado exige homogeneidad en el modo de comisión y la lesión al mismo bien jurídico. Esta homogeneidad significa igualdad de la norma material lesionada e igualdad de las características interiores y exteriores del desarrollo del hecho.

Las disposiciones penales infringidas, deben tener la misma base o prohibición jurídica, pero no es necesario que todos los delitos caigan bajo el mismo artículo del Código Penal (algunos de los actos pueden entrar en el tipo calificado y otros en el simple, o bien unos actos pueden ser consumados y otros tentados; unos cometidos en autoría y otros en coautoría).

No puede existir el delito continuado, cuando los diferentes actos de la continuación lesionan bienes jurídicos distintos, caso donde es indiferente que tales actos lesionen la misma ley o distintas leyes penales (lesión a bienes jurídicos personalísimos); o bien cuando, aunque los diferentes actos encuadren solo en una ley penal que tiene distintos incisos, cada uno de estos protege un bien jurídico distinto.

En cuanto al requisito de la igualdad en el modo de comisión, se requiere que haya cierta conexidad temporal y espacial y cierta homogeneidad en el comportamiento delictivo. No es suficiente con que todos los actos realicen el mismo tipo penal. Se requiere además que la ejecución de los actos, no sea tan disímil que se deduzca que el agente no perseguía la misma finalidad al realizar los distintos actos.

Entre cada acto, debe haber una cierta discontinuidad temporal y separación de la acción única. Puede haber continuación, aun cuando sea diferente el lugar de comisión de cada acto.

El juez, en cada caso concreto, deberá utilizar como criterio el modo natural, de conformidad con la forma corriente como suceden las situaciones, para establecer la homogeneidad temporal y espacial de las acciones que integran la continuación.

La lesión al mismo bien jurídico, es otro de los requisitos que debe concurrir en el delito continuado, según la descripción típica de nuestro código.

Resulta importante, para determinar si todos los actos de la continuación se enfocan contra el mismo bien jurídico, examinar si se dirigen contra la misma o distintas personas,

ya que, de acuerdo con la doctrina dominante, hay bienes personalísimos como la vida, la salud, la libertad, el honor, etc., que solamente pueden ser lesionados en la persona de su titular. De esta manera, no habrá delito continuado, si se trata de bienes personalísimos y los actos se dirigen contra distintas personas.

Si, por el contrario, todos los actos se dirigen contra el mismo sujeto, titular del bien personalísimo, y si el bien jurídico atacado no se agota con la primera lesión, sí puede configurarse el delito continuado (es admisible un robo continuado con violencia sobre las personas, cuando este se dirija contra la misma persona, en virtud de que el robo no solamente protege la propiedad, sino también la integridad física). Si se tratara de robos continuados en perjuicio de varias personas, desaparecería la homogeneidad de la conducta.

En relación con los bienes jurídicos no personalísimos, es suficiente una igualdad abstracta, es decir, los distintos actos de la continuación no tienen que dirigirse contra la propiedad de una sola persona, sino que puede ocurrir que la propiedad de varias personas, sea lesionada por los actos en continuación.

En cuanto al presupuesto subjetivo del delito continuado, se requiere de un elemento distinto del dolo, de cada uno de los delitos que entran en la continuación. En nuestro caso, según el artículo 77, el elemento subjetivo que une a los distintos hechos es que “el agente persiga una misma finalidad” en todos los hechos, es decir, que tengan el mismo propósito.

Esta misma finalidad requiere que todas las acciones u omisiones, sean los medios para la ejecución de un programa común. Tiene un contenido esencialmente intelectual y radica, normalmente, en la etapa de ideación. Además, implica siempre una representación concreta de un programa y de los medios para realizarlo, de manera que, si el agente persigue una misma finalidad, debe ser consciente de ella.

Para la existencia del delito continuado, se requiere que los delitos cometidos sean de la misma especie; afecten bienes jurídicos patrimoniales y persigan en su ejecución una misma finalidad, mediando entre ellos homogeneidad en la ejecución y proximidad temporal.

También podemos afirmar que el delito continuado, requiere de un dolo global o conjunto (un plan preconcebido), una verdadera finalidad de acción (un designio único), que permita aglutinar los diversos actos en una sola acción o conducta.

Una figura que se liga con el delito continuado es el conocido **delito masa o fraude colectivo** que se ideó para sancionar atentados patrimoniales en los que aparece un amplio número de afectados (no necesariamente de sujetos pasivos del delito).

En estos casos, el sujeto activo, mediante la realización de uno o varios actos que, considerados de manera independiente, constituirían un solo delito, pone en ejecución un plan criminal único, encaminado a defraudar a una masa de personas que pueden ser sujetos pasivos del delito, sujetos pasivos de la acción o perjudicados que no aparecen unidas entre sí por vínculo jurídico alguno (como ejemplos se citan las diversas estafas cometidas en perjuicio de un conjunto de ahorrantes; casos de especulación con los precios de alimentos considerados de primera necesidad; alteraciones en las máquinas expendedoras de combustibles, para ponerlas a marcar una cantidad diferente de la realmente suministrada).

Esta figura surge, entonces, cuando no es posible aplicar el delito continuado, dada la diversidad del sujeto pasivo (personas anónimas, sujetos indiferenciados, público en general) y el agente pretende extraer diversas cantidades de dinero con un propósito unitario de enriquecimiento. De esta forma, se estima que hay un solo delito por el importe global de lo defraudado.

El delito de masa, aunque se trate de una figura próxima al delito continuado, ha surgido a la vida jurídica con un propósito distinto, ya que mientras en el segundo se pretenden evitar penas excesivamente graves que se derivarían de la acumulación de penas, y, en consecuencia es una figura que pretende beneficiar, en el delito de masa se trata de evitar que los límites de la acumulación, beneficien al autor de conductas de especial gravedad, por afectar a una pluralidad de personas. Se debe aclarar que el delito de masa, no está previsto en nuestro ordenamiento.

5.2.- Penalidad del delito continuado

Nuestro Código Penal, en el artículo 77, establece que:

Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto.

Esta figura se introduce, como señalamos, a manera de un correctivo que excepciona la aplicación de las reglas del concurso real, en relación con delitos que afecten bienes jurídicos patrimoniales. No se comprende la razón por la cual el legislador lo restringió al ámbito de este tipo de afectaciones, pues bien puede presentarse la reiteración en otro tipo de hechos. Parece que lo prudente sería excluirlo solo de la afectación de bienes jurídicos personalísimos.

De conformidad con el artículo citado, los delitos en concurso deben ser de la misma especie, es decir, se trata de aquellos que afectan bienes jurídicos patrimoniales, pero que bien pueden encajar en distintas disposiciones legales.

La pena prevista para el delito continuado es la “prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto”, de manera que no tendría sentido afirmar que debe ser la misma norma jurídica la afectada con las distintas acciones. La pena prevista no debe entenderse como la aplicada al caso concreto, como en el concurso real, sino la establecida por la ley.

El concepto de delitos de la misma especie apareja una distinción entre género y especie. Por ejemplo, en el caso del hurto, el simple sería el género, las especies serían el agravado o cualquiera de las modalidades del hurto atenuado. El robo y el hurto también se consideran delitos de la misma especie.

Acerca de la penalidad del delito continuado, la Sala Tercera ha señalado que, de acuerdo con el contenido del artículo 77 del Código Penal, la forma correcta de fijar la sanción, cuando previamente se ha establecido la existencia de un delito continuado, es la siguiente: se toma como parámetro la pena abstracta (en sus límites inferior y superior) y se duplica y una vez realizada esta operación, el Tribunal fija la sanción correspondiente, ubicándola en las nuevas dimensiones. Tal había sido el criterio esbozado en la sentencia n.º 440-F-91 de 8:40 horas del 23 de agosto de 1991, la cual en lo que interesa dispuso:

[...] debe hacerse notar que el artículo 77 del Código Penal fija la penalidad del delito continuado y señala que en tal hipótesis “se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta otro tanto”, haciendo referencia a la pena establecida por la ley y no a la pena aplicada en concreto, como lo pretende el recurrente en su alegato. Tal posición es avalada por la doctrina: “Mientras los artículos 75 y 76 Cód. pen. hablan, respectivamente, de que el juez “aplicará la pena correspondiente al delito más grave” y de que se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos”, el artículo 77 ibid. dice que “se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta otro tanto”. Ahora bien, pena “prevista” para un delito no es aquella aplicada en concreto, como es el caso en el concurso real, sino pena establecida por la ley. La pena prevista para el hurto simple (Art. 208 Cód. pen.) es “prisión de un mes a tres años”. Así, si hay continuación entre un hurto simple y 4 hurtos de necesidad (Art. 210, “prisión de un mes a un año o de 10 a 60 días multa), la pena para la total continuación es de dos meses a seis años de prisión” (Cfr. Francisco Castillo González, El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, Publicaciones de Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981, pág. 104) [...]. En la misma línea argumental se ubica la sentencia número 444-F-96, de 15:00 horas del 21 de agosto de 1.996: “[...] Al indicar el artículo 77 del Código Penal, que “los delitos en concurso”, fueren de una misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se les aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto, no puede entenderse que los hechos que integran el delito continuado constituyen una «unidad jurídica de acción», sino, por el contrario, se trata efectivamente diversas acciones (que aisladamente consideradas constituirían delitos independientes), cuya particularidad es precisamente la de concurrir y poseer ciertos caracteres comunes, que permiten configurarlos como una excepción a las reglas del concurso material únicamente para establecer una modalidad distinta de penalidad, que, según se ha interpretado, debe redundar en beneficio del imputado .

En criterio de la Sala, esto último se explica, porque resultaría ilógico imponer al sentenciado, la misma pena que cabría establecer, si los hechos se hubieran catalogado como integrantes de un concurso material. Por la naturaleza misma de la continuación, al establecer la penalidad concreta en el delito continuado, el juez no puede sobrepasar el monto que hubiera correspondido en caso de que las infracciones estuvieran vinculadas por un concurso real. En el caso concreto sometido a examen (un caso de peculado), la pena prevista era de tres a doce años de prisión, y por darse la continuidad, debía multiplicarse por dos (aumentada hasta en otro tanto, indica la ley), por lo que los extremos menor y mayor pasan a seis (6) y veinticuatro (24) años de prisión, respectivamente y, luego de establecidos, debe determinarse la pena, siguiendo los lineamientos del artículo 71 *ibídem*³⁸⁸.

En el proyecto, se regula el delito continuado, en el capítulo denominado “Determinación de la pena” y se señala que:

Cuando los delitos en concurso material afecten bienes jurídicos patrimoniales y sean realizados conforme a un plan previo del autor, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada en otro tanto.

Como puede apreciarse, en esta propuesta se determina de antemano, la existencia del concurso material y se clarifica la finalidad del sujeto (los delitos deben ser realizados conforme a un plan previo del autor).

Antecedentes jurisprudenciales

Síntesis. A un sujeto se le asignó la tarea de cuidar la casa de un ofendido y, prevaliéndose de esa circunstancia, se apoderó de su tarjeta bancaria de débito y procedió, en el curso de algunos días, a hacer varios retiros de dinero en cajeros automáticos, hasta dejar la cuenta sin contenido económico. Utilizando tal técnica, el sujeto logró sustraer al ofendido un total de setenta mil doscientos diecinueve dólares norteamericanos.

Las sumas de dinero retiradas en cada oportunidad, ascendían a distintos montos (algunos de los cuales no superaban la mitad del salario base), por lo que el Tribunal de Juicio calificó estos hechos como constitutivos de quince contravenciones de hurto menor, y noventa y siete delitos de hurto agravado en su modalidad de delito continuado.

Al examinar el caso, lo primero que observó la Sala Tercera es que el justiciable hizo ciento veintidós retiros de dinero de la cuenta del mismo ofendido, en distintas ocasiones y persiguiendo idéntica finalidad. Por estos motivos, en efecto, se estaba en presencia de un delito continuado.

388 Al respecto pueden consultarse los votos n.º 2003-673 de 10:00 hrs. del 7 de agosto de 2003 y n.º 2004-007 de las 9:15 hrs. del 16 de enero de 2004.

Ahora bien, para la Sala en estas hipótesis el legislador ya se había encargado de catalogar la totalidad de las acciones, como una sola unidad y había definido los límites de la sanción. Así, la referencia a “*noventa y siete delitos de hurto agravado*”, era por completo innecesaria, puesto que el delito continuado se integra, precisamente, por varias conductas reiteradas, pero se le concibe y se le reprime como un solo delito, con prescindencia de que los actos que lo compongan sean diez o cien.

El hurto agravado “menor” se castiga con pena de tres meses a tres años de prisión y, en el presente caso, el *a quo* impuso seis años de pena privativa de libertad. Para la Sala, la fijación pena hecha por el *a quo* de ningún modo contrariaba las reglas de la penalidad del delito continuado, las cuales permiten aumentar “*hasta en otro tanto*” la pena del delito más grave (artículo 77 del Código Penal). En el caso de estudio, el *a quo* decidió imponer el monto de seis años y destacó, con referencia a los extremos que contempla el artículo 71 *ibidem*, que, en aplicación de criterios de justicia y equidad, lo procedente era acordar las penas máximas.

Por lo anterior, para la Sala se infería que los jueces sí aclararon con propiedad que hicieron uso de la facultad prevista en el artículo 77 de cita y, en consecuencia, duplicaron la pena máxima (tres años de prisión) para imponer un total de seis años. Esto era suficiente para satisfacer a cabalidad el requisito de fundamentar la sentencia y los señalamientos que ha hecho la Sala en otras resoluciones, sin que fuera necesario que se especificara una pena por cada uno de los retiros de dinero (que la defensora indica que echa de menos), lo que, además de ilógico (pues se trata de acciones idénticas realizadas por el mismo sujeto), implicaría desconocer el carácter unitario que el legislador ya le asignó a la figura del delito continuado.

No obstante, la Sala consideró que sí había un error en la sentencia impugnada. En virtud de la distinción monetaria entre los distintas sumas de dinero retiradas por el imputado, el *a quo* concluyó que se estaba ante noventa y siete delitos de hurto agravado en su modalidad de delito continuado y quince contravenciones de hurto menor, y fijaron sendas penas por cada una de las dos figuras, atendiendo si las sumas retiradas en cada oportunidad, sobrepasaban o no la cuantía que separa el hurto delictivo del contravencional. Siguiendo este criterio, establecieron una pena de seis años de prisión por el hurto agravado continuado y cuatrocientos cincuenta días multa (a razón de cinco mil colones el día) por las quince contravenciones.

Con todo, para la Sala, este proceder era erróneo, en tanto no significaba otra cosa que castigar dos veces el mismo hecho punible, pues se indicó que el delito continuado constituye una unidad delictiva que no puede ser separada en sus componentes a los fines de asignar la pena (fijando una por cada uno de los actos específicos realizados), y lo que corresponde determinar es cuál es el delito más grave y, a partir de él, establecer si es necesario incrementar la respuesta punitiva, y llegar incluso a duplicarla.

En el caso de estudio, parece que los jueces entendieron que, en vista de que algunos de los retiros –vistos en sí mismos– serían contravenciones de hurto menor, no podrían ser

absorbidos por el delito continuado. Sin embargo, debía apuntarse que las reglas de los concursos se aplican también a las contravenciones (de tal modo que es posible la figura continuada en ese ámbito, por ejemplo, del empleado de limpieza de un supermercado que todos los días, sustrae objetos de escaso valor).

Para la Sala esto es así, porque a pesar de que las normas del Código Penal que regulan las figuras de los concursos, se refieren a “delitos”, lo cierto es que rige en esta materia la analogía “*in bonam partem*”, ya que dichas normas pretenden aminorar la respuesta represiva en las hipótesis de pluralidad de hechos punibles (evitando que cada uno sea castigado independientemente), por lo que benefician al imputado.

En el caso de estudio, era obvio que las acciones del imputado fueron parte del mismo plan; pretendían idéntica finalidad y afectaron a un único patrimonio y a una sola víctima, por lo que debe entenderse que el delito continuado, abarca todos los actos específicos (retiros de dinero) que no fueran más que una contravención, pues la fijación de la penalidad se hace a partir de la conducta que fue más lesiva (el delito de hurto agravado). Para hacer más palpable que el criterio que siguió el *a quo* no fue el correcto, bastaba señalar que si en este caso el acusado hubiera hecho todos los retiros de dinero por un monto suficiente para que cada uno constituyera delito, la pena máxima que se le habría podido imponer, es de seis años de prisión, es decir, la establecida en la sentencia.

Resultaba ilógico, entonces, que en virtud de que algunos de los retiros fueron inferiores a esa suma, pueda también castigársele como contraventor, adicionándole esas penas a la máxima que ya recibió por el delito. Esto, como se dijo, no es sino castigar dos veces el mismo hecho punible, dividiéndolo artificialmente para considerar una parte de él delito y otra “quince contravenciones”. Así debe entenderse que, en supuestos como el que se examinaba, el delito continuado de hurto se conforma con todos los actos concretos en donde se materializó, con prescindencia de que algunos de ellos (por razones de cuantía) sean contravenciones. Desde luego, distinta es la situación cuando las contravenciones no se asociaran con el delito continuado; pero en este asunto, era evidente que sí forman parte de esa unidad. Por lo tanto, la Sala casó parcialmente el fallo y recalificó los hechos a un solo delito continuado de hurto agravado³⁸⁹.

Síntesis. **A** fungió como propietario y gerente de una empresa, misma que en 1990 cesó sus operaciones y se cerró la cuenta bancaria (...) del Banco de Costa Rica, por mal manejo. En dicha cuenta, la única persona autorizada para firmar, era precisamente **A**.

En fecha indeterminada, **A** entró en posesión de varias fórmulas de cheques pertenecientes a la cuenta mencionada, por lo que en 1995 llenó de su puño y letra, los datos de un cheque a nombre de una tercera persona, por un monto de (...) colones, para posteriormente falsificar la firma giradora de **B**, anterior propietario del negocio.

389 Voto n.º 2007-592 de las 15:52 hrs. del 31 de mayo de 2007.

Al día siguiente, **A** se presentó al Banco Crédito Agrícola, y utilizando aquel documento falso, indujo a engaño a los funcionarios del banco y logró hacer efectivo el título valor, con lo que obtuvo un beneficio patrimonial antijurídico en detrimento del patrimonio del citado banco. Con posterioridad, en cuatro oportunidades diferentes, a cuatro fórmulas de cheques se les insertó información falsa por persona desconocida, y a sabiendas de ello, **A** se presentó al Banco de Costa Rica, y logró cambiar esos títulos valores, obteniendo, respectivamente, varias sumas de dinero adicionales.

En defensa de **A**, se argumentó que resultaba erróneo sostener que los hechos constituyeron un delito continuado de estafa en concurso material con una falsificación de documento equiparado a público y cinco usos de documento falso, cuando en realidad se estaba ante “*un resultado pluriofensivo que configura un concurso ideal de ilícitos*”. A criterio de la defensa el Tribunal, erróneamente impuso una pena por cada delito en forma separada, olvidando que se trataba de la comisión de delitos en concurso ideal, así como también olvidó aplicar lo referente a las reglas que rigen para el concurso material.

Decisión del Tribunal. Al revisar el caso concreto, la Sala Tercera señaló, en primer lugar, que anteriormente ya había tenido oportunidad de pronunciarse en casos similares a este, difiriendo de la solución que ofreció el Tribunal de instancia. Así, desde el voto n.º 769-F-96 de las 10:30 horas del 6 de diciembre de 1996, se señaló que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 75 del Código Penal para el concurso ideal, el juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aun podrá aumentarla.

Así hay concurso ideal, cuando con una sola acción u omisión, se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí (artículo 21), como sucede en el caso de cada una de las oportunidades en que un imputado, usa un documento falso para estafar. Por su parte, el artículo 77 *ibídem* dispone que:

Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto.

Esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas, pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad). No obstante, impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados, concursen materialmente.

Para la Sala, el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos, **debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación con los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material.** De otra manera, se llegaría al absurdo de que el autor habitual de robos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su “finalidad” (la decidida

habitualidad en el robo) hechos sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso real o material de delitos y no la de un solo delito continuado. Por tanto, sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta, de hecho, hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, ya que la figura del delito continuado es una excepción *sui géneris* a las reglas del concurso material, por lo que la ley dispone que solo es aplicable si se afectan bienes jurídicos patrimoniales.

Por tanto, la doctrina señala que:

[...] la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos: Inicialmente se parte de un criterio subjetivo: la unidad de designios del autor (v. gr. el cajero del banco que, decidido a reunir una determinada cantidad de dinero, lo procura sustrayendo sumas menores de la caja en distintas oportunidades). Pero, si nos conformásemos con ese criterio para determinar la dependencia, otorgaríamos al autor la injusta oportunidad de unir con su designio los hechos más dispares, merecedores de la pena del concurso, y no de la de un solo delito, por lo cual tenemos que completarlo con criterios objetivos; precisamente, en torno –como resultado– del requisito de homogeneidad desde el punto de vista de la acción, se habla de la vinculación de los distintos hechos a una misma “empresa delictiva”, lo cual no depende exclusivamente del designio del autor, sino también de circunstancias objetivas que condicionan la adecuación de los distintos hechos dentro de aquel concepto, como es la unidad de bien jurídico atacado, para lo cual no bastará la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular (no puede haber continuación entre el hurto perpetrado hoy contra Juan y el perpetrado mañana contra Pedro, por más que su autor los haya unido con su designio común) y, por lo menos, que los objetos materiales de los distintos hechos pueden considerarse componentes de una “universalidad natural” (el hurto por el empleado de la máquina de la oficina no se puede continuar con el hurto de la cartera que un compañero de trabajo ha dejado en su escritorio). Pero ambos criterios de dependencia tienen que presentarse reunidos para que se pueda hablar de continuación (la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de equipar un taller, no hace dependientes el hurto de llaves a Juan, de una fresadora a Pedro y de una morza a Esteban, aunque todos esos objetos vayan a parar a la “universalidad del taller”; la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de formar un plantel de cincuenta vacas de cría no hace dependientes los hurtos de diez cabezas a Simón, veinte a Timoteo y veinte a Facundo. Pero todos esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades, en la fábrica donde trabaja, o en el plantel de cría lo forma con hacienda que va sacando poco a poco de un mismo sujeto pasivo (Creus).

Asimismo, debía agregarse que, objetivamente, la penalidad del delito continuado solo resulta aplicable, cuando los delitos en concurso sean de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales. Por esta razón, se afirma que no puede haber continuación en los delitos que afecten bienes jurídicos distintos de estos, aunque el agente persiga, en todos los delitos, una misma finalidad (Castillo), así también la persecución “de una misma

finalidad” debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si faltan en ellos un mismo “para qué” y un total programa del cual los actos sean la ejecución (Ibídem). Lo anterior resulta claro, si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, los cuales afecten bienes jurídicos patrimoniales y persigan una misma finalidad, de tal manera que los actos individuales se expliquen solo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (Bacigalupo).

Aplicando los conceptos anteriores al caso de estudio, la Sala concluyó que debía declararse con lugar, la revisión gestionada, pues la calificación correcta debía ser la de cinco delitos independientes (en concurso material) de estafa en concurso ideal con falsificación y uso de documento falso en el primer caso, y únicamente con uso de documento falso en los cuatro restantes³⁹⁰.

Síntesis. Una mujer, utilizando un mismo *modus operandi*, sucesivamente consigue inducir a engaño a cinco personas distintas, y logra que estas tomaran disposiciones patrimoniales en perjuicio de sí mismas (en algunos casos la víctima, en un mismo momento entregó a la mujer, la totalidad del dinero acordado y los ofendidos le entregaron dinero en diferentes tractos). Algunas de estas estafas fueron por montos inferiores y otras por montos superiores a la sumatoria de diez salarios base.

Decisión del Tribunal. Analizado el caso por parte de la Sala Tercera, se señaló, en primer lugar, que para la correcta fundamentación de la pena, en los casos de concurso material, el Tribunal sentenciador está obligado a realizar una ponderación de la pena para cada caso, sobre todo en los que existían varias partes ofendidas, y luego debe aplicar la normativa correspondiente para definir el monto total.

Si se trata de un concurso material puro y simple, lo que corresponde es aplicar lo que más le conviene al reo: una sumatoria de las penas o el triple de la mayor impuesta (art. 76 del C.P), y en los casos de delito continuado, se debe aplicar la pena prevista para el delito más grave aumentándola hasta en otro tanto (art. 77 del C.P).

Esta última figura responde a fines de política criminal que permite atemperar la gravedad de la pena de prisión si se aplicaran las reglas del concurso material; pero esto no faculta al juzgador a obviar su obligación de hacer un análisis individual del reproche que merece cada hecho sometido a su conocimiento.

En el caso de estudio, al efectuar el análisis sobre la pena por imponer, el *a quo* se conformó al afirmar que por tratarse de varias estafas a diferentes personas, la pena debía

390 Sala Tercera, voto n.º 2001-721 de las 9:20 hrs. del 20 de julio de 2001.

ser la prevista para el más grave que, en el caso de estudio, era el de estafa mayor, cuya cuantía es de diez años, aumentado en otro tanto, para luego estimar que la pena mayor de diez años, debía ser aumentada en cinco más para un total de quince años de prisión.

Para la Sala, lo anterior no constituía una individualización correcta de la pena. Si bien no se desconocía que, tratándose de un delito continuado, la Sala anteriormente había indicado que la pena en abstracto, en su extremo menor y mayor, se debe duplicar y que dentro de esos parámetros, se individualiza el monto de la sanción para el caso concreto (v. gr. voto Nº 2003-673 de las diez horas del siete de agosto de dos mil tres). Pero esto no fue lo que se hizo en el caso de estudio, sino que de forma automática, se tomó la pena máxima del delito más grave para fundamentar la condena, sin analizar las condiciones específicas, sin explicar de qué forma fueron considerados los elementos personales de la imputada, ni la gravedad o no de cada hecho considerado individualmente, menos el monto del perjuicio que no se podía valorar en forma global, como se hizo en la sentencia.

Adicional a este problema, la Sala también consideró que en la sentencia existía otro error que atañe a la aplicación de la ley sustantiva, y que se refería a si, en el caso de las estafas que se juzgaron, existía o no delito continuado.

En cuanto a esta última figura, en la jurisprudencia el tema de mayor conflicto había sido el requisito de “factor final” o como lo señala el artículo 77 del Código Penal “que el agente persiga una misma finalidad”, porque no puede atribuirse tan solo a la voluntad del agente la posibilidad de reunir hechos diversos, aunque todos sean de la misma especie. Así lo consideró la Sala de Casación en el voto Nº 769-F-96 (citado antes).

En igual sentido, también afirmó la Sala, en el voto Nº 787-F-96 de las nueve horas cincuenta minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que el delito continuado: *[...] supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente, siendo que el criterio para diferenciarlo del concurso material debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación a los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material. De otra manera, se llegaría al absurdo de que el autor habitual de robos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su “finalidad” (la decidida habitualidad en el robo) hechos sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso real o material de delitos y no la de un solo delito continuado: sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta de hecho hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, siendo que la figura del delito continuado es una excepción sui generis a las reglas del concurso material. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos.*

En el caso de estudio, a criterio de la Sala, en cinco de las estafas descritas **no podía existir delito continuado, tan solo porque la ambición de la imputada la llevó a realizar diferentes estafas a diferentes ofendidos y ofendidas, aunque utilizara un mismo modo de actuar**, porque una acción realizada sobre un ofendido, no tuvo ninguna consecuencia o implicación respecto a la realizada a otro, **sino que cada una de estas, se agotaba en su ideación y ejecución, sin que existiera enlace entre los diferentes hechos**. Es decir, con cada ofendido, se agotaban los elementos típicos del delito de estafa, de modo que no existía ninguna relación de fin que las una para considerar aplicable la figura del delito continuado, excepto lo que se ha indicado sobre la ambición de conseguir un mayor beneficio económico antijurídico. Incluso en el tiempo, son acciones totalmente separadas, puesto que todos los hechos abarcaron más de un año en su realización.

Sin embargo, era necesario precisar que en el caso de los ofendidos que entregaron diferentes sumas de dinero durante distintos períodos, sí existió una relación de finalidad que hacía un monto total de perjuicio para cada uno de estos casos, lo que sí permitía hablar de estafa continuada en los casos del mismo sujeto ofendido; pero no entre los distintos ofendidos y ofendidas.

En esta resolución, la Sala no desconocía una sentencia anterior, concretamente el voto N° 440-F-91 de las 8:40 hrs. del 23 de agosto de 1991, en el cual se había aceptado la figura del delito continuado, a pesar de la pluralidad de ofendidos. En esa oportunidad indicó la Sala:

*[...] Según consta en la relación de hechos probados del fallo impugnado, el imputado O. P., valiéndose del cargo y funciones que ejercía en el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados como controlar y dispensador del trámite en los casos morosos, cobró recibos ficticios a trece ofendidos abonados de tal servicio público y recibió de ellos el dinero que estos le daban bajo la errónea creencia de que hacían buen pago para la cancelación de sus recibos. Estima esta Sala que tales hechos no constituyen trece delitos de estafa en concurso material sino un **delito continuado**, toda vez que los mismos guardan entre sí una triple unidad, a saber, la unidad del ilícito objetivo de las acciones (homogeneidad del modo de comisión); unidad del resultado típico (pues los trece delitos lesionan el mismo bien jurídico patrimonial y son incluso de idéntica especie) y, por último, unidad del ilícito personal de la acción (pues el imputado persiguió una misma finalidad con las trece estafas que se le atribuyen).*

No obstante, en esa oportunidad se consideró que la unidad del ilícito personal de la acción, no puede descansar tan solo en la voluntad del imputado, como expresión de su plan delictivo donde realiza varias veces la misma acción tan solo para lograr un mayor beneficio patrimonial antijurídico. Por tanto, la posición que se mantiene para la Sala de Casación, es la expresada en los dos votos anteriores. De conformidad con todo lo

expuesto, no resultaban aplicables al presente caso, las reglas del delito continuado y, en consecuencia, se dispuso anular en dicho aspecto la sentencia recurrida³⁹¹.

Síntesis. Un ofendido que padecía de cáncer, se trasladó a vivir a una localidad, donde conoció a la imputada **K**, quien sabiendo que el ofendido se encontraba enfermo, le llevaba bocaditos y empezó a brindarles su amistad, tanto a este como a su familia, y llegó a ganarse su confianza. Pero de un momento a otro, un sujeto desconocido empezó a llamar al teléfono de la residencia del ofendido enfermo, y exigió la entrega de dinero o de lo contrario le secuestraría a sus hijos.

Ante tal amenaza, el ofendido accedió a hacer una disposición patrimonial en su contra, y le entregó ciertas cantidades de dinero que oscilaban entre los doscientos mil y trescientos mil colones, montos que, en la mayoría de veces, debía entregar a la encartada **K** para que esta realizara la supuesta entrega a los extorsionadores, cuyas amenazas continuaron en diferentes oportunidades, desde el 2001 hasta el 2003.

Por el gran temor que sufría el agraviado a raíz de las constantes amenazas, decidió desconectar el teléfono de su vivienda, por lo que la imputada **K**, en pleno co-dominio del hecho con el sujeto desconocido, procedió a indicarle al ofendido que el extorsionador había continuado llamando al número perteneciente a la endilgada, a quien le dejaba el mensaje para el ofendido, con el fin de que le entregara determinadas sumas de dinero o de lo contrario secuestraría o mataría a sus hijos.

Mediante la conducta descrita en distribución de funciones y plan preconcebido con un sujeto desconocido, la imputada obligó al ofendido hacer una serie de disposiciones patrimoniales en su contra, haciendo entrega injustamente de dinero, y el total de lucro injusto obtenido mediante tales amenazas graves, ascendió a más ocho millones de colones. **K** fue sentenciada por el delito de extorsión simple en la modalidad de delito continuado.

Tesis de la defensa. En la especie, no se debió aplicar la modalidad de delito continuado, en razón de que para ello, se requiere una pluralidad de acciones temporales discontinuas, pero dependientes entre sí, una misma finalidad, un mismo ofendido y la consumación de todos los delitos.

Decisión del Tribunal. Citando al profesor Fernando Velásquez, la Sala Tercera consideró que la calificación jurídica otorgada por los jueces a la conducta de la encartada, fue correcta, puesto que el delito continuado se presenta cuando el agente realiza diversos actos parciales, conectados entre sí por una relación de dependencia. De tal manera, el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción, y son requisitos de este instituto que se realice el mismo tipo penal o uno similar que contenga los mismos

391 Sala Tercera, voto [n.º 2004-454](#) de las 12:40 hrs. del 7 de mayo de 2004.

elementos; que se afecte el mismo bien jurídico; que haya unidad de fin, elemento subjetivo de la figura, es decir, que el agente actúe con un dolo conjunto, siguiendo un plan que comprenda, en líneas generales, los diferentes actos particulares. En otras palabras, es indispensable que la actuación del agente esté guiada por un dolo común de carácter unitario y de la misma naturaleza.

En el caso de estudio, la conducta de la imputada encuadraba en los presupuestos del numeral 77 del Código Penal, ya que los hechos en continuación fueron de la misma especie, afectaron bienes jurídicos patrimoniales y la agente persiguió una misma finalidad. La imputada **K** obligó al ofendido, mediante amenaza e intimidación, a entregarle su patrimonio, ya que si no corría peligro la vida de sus hijos. Si bien es cierto, ella llamaba indiscriminadamente a la casa del ofendido, y si el mismo no se encontraba, le dejaba el recado con cualquiera de su familia. Lo cierto es que al que amenazó con hacerles daño a sus hijos, el que dispuso de sus propiedades y contrajo deudas para entregar lo requerido por la imputada **K**, fue el propio ofendido, por lo que tampoco resultaba de recibo, la tesis de defensa, en el sentido de que hubo más de un ofendido³⁹².

Síntesis. Una imputada sustrajo la tarjeta de débito del Banco Popular a una ofendida, y mediante engaño, consiguió además que esta última le proporcionara la clave o pin de dicha tarjeta. Con ese dato en su poder, la imputada usó la tarjeta y la clave para lograr que el cajero automático le suministrara el dinero que la perjudicada tenía en su cuenta, y logró obtener la suma de trescientos ochenta y cuatro mil colones, mediante tres transacciones, cada una de estas con un valor superior a la mitad del salario base. Dicha imputada fue condenada por el delito de fraude informático.

Decisión del Tribunal. Al realizar el análisis del caso, la Sala Tercera consideró que los hechos probados de la sentencia – sustracción de la tarjeta de débito, obtención de la clave de ingreso, y uso de la tarjeta para conseguir en el cajero automático dinero de la cuenta de la ofendida– no eran propios del fraude informático, en vista de que la imputada no manipuló los datos del sistema, ni influyó en su procesamiento. Por el contrario, la conducta tenida por acreditada, en el caso en estudio, fue el apoderamiento ilegítimo de dinero ajeno, utilizando la tarjeta original, por medio de un ordenador, pero sin modificación ni alteración de la información que este contenía, de modo que indujera a error en el procesamiento o el resultado de los datos del sistema. La acción realizada por la imputada, fue la misma que hubiera hecho la titular de la tarjeta de débito, para obtener el dinero.

En vez de ello, la Sala consideró que la conducta descrita encuadraba más bien en los presupuestos de los artículos 208 y 209 del Código Penal, ya que en el caso de estudio, la encartada se apoderó ilegítimamente, de cierta suma de dinero propiedad de la quejosa, usando para ello la tarjeta de débito sustraída, así como la clave que la víctima le había

392 Voto n°. [2005-00415](#) de las 8:30 hrs. del 20 de mayo de 2005.

suministrado mediante engaño. La tarjeta fue el instrumento que permitió el acceso al dinero de la ofendida, la llave que liberó las defensas que la protegían. Es por ello que la figura del hurto se agrava, de conformidad con el inciso 3º del artículo 209 del Código Penal, el cual precisamente sanciona con mayor rigor a quien vulnera las barreras que el dueño o poseedor del bien ha establecido en su resguardo.

Según la vigésima segunda edición del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, entre las acepciones del término **llave**, se contempla: *instrumento, comúnmente metálico, que, introducido en una cerradura, permite activar el mecanismo que la abre y la cierra. Define cerradura como: “mecanismo de metal que se fija en puertas, tapas de cofres, arcas, cajones, etc., y sirve para cerrarlos por medio de uno o más pestillos que se hacen jugar con la llave; cierre”.* Como definición de **cierre**, contempla: *“Aquello que sirve para cerrar.*

En el caso de los cajeros automáticos, el dinero se encuentra guardado dentro del aparato, y la entrega del dinero se produce tras la introducción de la tarjeta en la máquina, y el ingreso de la clave. Es decir, **la tarjeta constituye la llave que, introducida en la máquina, permite activar el mecanismo que dispensa el dinero.**

En criterio de la Sala Tercera, resultaba claro que la tarjeta cumple la misma función que una llave metálica; con ella se accionan tanto la puerta de ingreso, como el cierre del cajero que, una vez abierto, entrega la cantidad de dinero solicitada. Por esta razón, en el caso de estudio, se estaba entonces en presencia del **delito de hurto agravado.**

En esta misma resolución se descartó, la existencia del delito de estafa, pues si bien la clave de la tarjeta fue suministrada, gracias a una maniobra de la acusada, no hubo disposición patrimonial de parte de la víctima, sino que fue la acción de la acusada, sin conocimiento de la agraviada -sustraer el dinero del cajero- la que despojó a la perjudicada de su patrimonio.

Para que se constituya la estafa, debe haber un nexo entre el ardid, el error y la disposición patrimonial, nexo que en este caso no se daba. Tampoco podía pensarse en una estafa al cajero automático, pues el artículo 216 del Código Penal, referido a la estafa, sanciona a quien *“induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él”,* es decir, el sujeto pasivo debe ser una persona, y no una máquina, como en este caso.

Finalmente, indicó la Sala que, tomando en consideración que la sustracción se dio en tres oportunidades: las dos primeras, el día dos de octubre de 2002, con una diferencia de alrededor de cincuenta minutos una de la otra, y la tercera, al día siguiente, 3 de octubre, se trataba de tres acciones independientes, separadas en el tiempo una de la otra. Dada la cercanía temporal entre las acciones, la proximidad espacial, la misma forma de operar, que las conductas fueron en daño de la misma persona, a quien se causó una lesión en su patrimonio, aspectos que revelaban una misma finalidad por parte del sujeto activo, se estaba ante un delito continuado de hurto agravado.

Con ocasión de un caso similar al presente, en el voto n.º 2006-148 la Sala había manifestado que:

[...] Es claro que tanto en el concurso material, como en el caso del delito continuado, se produce una pluralidad de acciones típicas. Es por ello que algunos se refieren al delito continuado como “concurso continuado”, o “concurso material aparente”. Puede decirse, que se trata de un concurso material de delitos, en el que concurren aspectos que lo diferencian de éste. Francisco Castillo, en su obra “El concurso de delitos en el derecho penal costarricense”, afirma que el delito continuado es una excepción a las reglas del concurso real en el ámbito de los delitos que afecten bienes jurídicos patrimoniales. En efecto, lo que establece la diferencia entre uno y otro, es que los ilícitos en el delito continuado, han de ser de la misma especie, afectar bienes jurídicos patrimoniales, y que el sujeto activo persiga una misma finalidad, tal como establece el artículo 77 del Código Penal. Es decir, la conducta debe ser homogénea y con un fin unitario, que engloba todos los ilícitos, lo que lleva a valorarla como un solo delito, para efectos de sanción: “Para construir la figura del delito continuado, el legislador utiliza un elemento subjetivo, que une entre sí todos los delitos de la continuación: el agente debe perseguir con todos ellos “una misma finalidad”...En la hipótesis se trata, pues, de una ficción: el legislador traslada los efectos de un hecho (delito único) a otro hecho (pluralidad de delitos, en los que el agente persigue una misma finalidad). Pero tampoco la ley considera éstos unidos por la misma finalidad como una total unidad; por el contrario, restringe los efectos de los hechos así unidos, solamente a la consecuencia jurídica, que es la pena. Desde este punto de vista, podemos definir el delito continuado en nuestro derecho como una ficción restringida “quod poenam” (Francisco Castillo, obra citada, página 89). La figura surgió para atemperar la sanción en aquellos casos de reiteración delictiva en corto espacio de tiempo, y de forma semejante, pues se consideró que esas conductas repetidas son más reprochables que una sola, pero tienen menor contenido injusto que la suma de todas” (misma sentencia referida).

En el caso de estudio, en ninguno de los retiros de dinero, la suma sustraída superó cinco salarios base, por lo que la pena prevista era de tres meses a tres años de prisión (artículo 209 del Código Penal)³⁹³.

6.- Concurso aparente de delitos

6.1.- Aspectos generales

Este tipo de concurso se presenta, cuando una misma acción parece calzar en varios tipos penales que protegen un mismo bien jurídico, o cuando varias acciones penales entran en diversos tipos penales que protegen distintos bienes jurídicos, pero relacionados entre sí.

393 Voto n.º 2006-00763 de las 9:20 hrs. del 18 de agosto de 2006.

En principio se tiene la impresión de estar frente a un concurso ideal, pero un estudio detenido de los correspondientes juicios de tipicidad, lleva a una conclusión distinta. La figura requiere unidad de acción, ya que el tema se plantea solo cuando hay una única acción que parece encajar en dos o más tipos penales.

Se debe presentar también una pluralidad de tipos penales que de manera aparente concurren para gobernar la acción; pero la aplicación de un tipo necesariamente excluye la posibilidad de encajar la conducta analizada en otro.

El sujeto activo debe ser unitario, pues si es plural, estaríamos frente a un supuesto de concurso de personas en la conducta punible. Un ejemplo clásico de concurso aparente, es el que se presenta, cuando una persona es amenazada con un arma para que entregue sus pertenencias. En este caso, la conducta presenta coincidencia parcial entre las figuras de robo agravado y extorsión. Sin embargo, estos tipos penales se excluyen entre sí, pues el delito de robo cometido con armas, contiene íntegramente los elementos de la extorsión, pero asignándoles un perfil concreto o específico, por lo que se aplicaría la figura contenida en el inciso segundo del artículo 213 del Código Penal.

De igual forma, en el caso de un guardia civil, atacado por un hombre que está haciendo escándalo en un establecimiento comercial, quien le provocó una herida superficial con el pico de una botella, se presenta un concurso aparente entre los delitos de agresión con arma y resistencia agravada. Lo cierto es que en este caso, la conducta es unitaria, y la forma en que el justiciable se resiste es precisamente agrediendo a la autoridad, de tal forma que las acciones propias de la agresión con arma, resultan subsumidas en la figura de la resistencia agravada.

Asimismo, la Sala Tercera ha señalado que en el caso del robo agravado y la tenencia de arma prohibida, evidentemente no se está ante una misma conducta. Aunque un robo puede resultar agravado, cuando sea cometido con armas, esto no implica que necesariamente, para agravar la figura básica, el ilícito de comentario deba ser cometido con armas prohibidas. Lo anterior revela que los delitos en mención, no contemplan la misma conducta punible, sino que se refieren a dos acciones distintas. Además, tampoco se trata de figuras típicas incompatibles entre sí, pues perfectamente pueden realizarse ambas³⁹⁴.

Para ir descartando los tipos aplicables, en virtud de que en la vida real, no es tan fácil solucionar las variedades que el tema plantea, se han elaborado distintos criterios que facilitan una solución más precisa.

En primer lugar, rige el **principio de especialidad**, según el cual, cuando un supuesto de hecho reproduce los elementos típicos de otro más general y caracteriza de manera más precisa al hecho o al autor, añadiendo elementos adicionales, es este el que se aplica (la

394 Voto N° 2006-976 de las 14:20 hrs. del 27 de setiembre de 2006.

ley especial prevalece sobre la general). Es decir, significa que la acción debe subsumirse en aquel tipo penal que más exactamente se adapta a ella.

La relación de especialidad debe determinarse conforme a criterios valorativos que permitan desentrañar los alcances del tipo penal, y no únicamente en relación con criterios puramente lógicos.

Está claro que la especialidad únicamente puede darse, cuando hay una sola acción, no cuando hay pluralidad de acciones.

El principio de especialidad no se puede limitar a los casos en donde hay relación de género a especie entre dos normas que protegen un bien jurídico de igual manera contra distintos ataques. Puede haber esta relación entre dos descripciones de una conducta, en relación género a especie, cuando estas protejan el mismo bien jurídico de distinta manera, contra diversos ataques (caso del artículo 307, desobediencia y la contravención del artículo 389, inciso 3), no comparencia como testigo. Este último desplaza por especialidad al 307; hay una relación de género a especie entre ambas normas, las cuales protegen el mismo bien jurídico contra distintos ataques; pero de desigual manera, porque los ataques previstos en el 307 son sin duda, más graves que los previstos en el artículo 389, inciso 3). Y como este, varios tipos penales constitutivos de delitos son desplazados por contravenciones, en virtud de la relación de especialidad, en concreto.

Lo cierto es que la relación de especialidad, debe ser analizada en concreto, mediante la comparación de las conductas descritas en los tipos penales y los bienes jurídicos protegidos prioritaria y subsidiariamente.

A manera de ejemplo, véase el siguiente caso: como consecuencia del juicio que se venía desarrollando en un tribunal penal contra **B**, por cultivo de marihuana, este último y el coimputado **E** se contactaron con el oficial de la policía **C** para que, dado que era uno de los testigos principales, modificara su relato y no contara la verdad de lo que conocía sobre los hechos, todo a cambio del dinero que se le entregaría en diferentes tractos.

De esta forma, se demostró que a pedido de **E**, el oficial **C** se presentó a la casa de este, y allí **E** le entregó una suma de dinero, como primer pago, por el cambio de su testimonio en juicio. Asimismo, se estableció que en fecha posterior, se dio el segundo encuentro de **C** con uno de los coimputados, esta vez con **B**, quien luego de conversar sobre el acuerdo que se suponía existía entre ellos, en cuanto a lo que **C** iba a declarar en juicio, le hizo entrega de otra suma de dinero, circunstancia por la cual se procedió a su detención. **E** y **B** fueron condenados por el delito de soborno, en daño de la administración pública.

No obstante, el Ministerio Público interpuso un recurso, alegando que la conducta de los imputados encuadraba en el artículo 63 de la Ley de Psicotrópicos, puesto que resultaba obvio que los acusados, con su conducta, pretendieron mediante el pago de dinero,

disuadir al entonces oficial de la Fuerza Pública **C**, para que cambiara su versión sobre los hechos y creara duda en el ánimo de los jueces sobre la participación de **B**, en un cultivo de marihuana por el que se le juzgó y condenó.

Decisión del Tribunal. La Sala Tercera declaró con lugar el recurso por considerar que en la especie, según el cuadro fáctico que se acreditó, se presentaba la concurrencia de dos tipos penales que podrían aplicarse a los hechos, los cuales son el artículo 317 del Código Penal y el 63 de la Ley de Psicotrópicos mencionada. Conforme lo dispone cada uno de ellos, quedaba claro que lo que pretendió el legislador en ambas disposiciones, fue tutelar como bien jurídico, la administración de justicia y, consecuentemente, evitar que esta se viera afectada por cualquier conducta o acción que incidiera de alguna forma en la averiguación de los hechos o esclarecimiento de la verdad real de lo sucedido.

No obstante, a pesar de que las dos disposiciones mencionadas, contemplan la misma conducta y el mismo bien jurídico por tutelar, para la Sala era importante señalar que, si se presenta un caso como el que se analizaba en esa oportunidad, se debía proceder a ponderar cuál es la norma o tipo penal que prevalece o corresponde aplicar a los hechos.

Al respecto, se debía recordar que el Código Penal fue aprobado por Ley N° 4573 del 4 de marzo de 1970, y entró en vigencia un año después (“Disposiciones Finales”, artículo 406). Cuando dicha normativa se aprobó, se partió del supuesto de que el legislador consideró que toda conducta que afectara la administración de justicia, en algunas de las formas por él previstas, se tendría que sancionar conforme a lo que se dispuso en ese momento.

Sin embargo, con la normativa que venía a sancionar el tráfico de drogas, el legislador decidió modificar muchas de las disposiciones que se contenían en el Código Penal relacionadas con la administración de justicia y las recogió en dicho cuerpo legal.

Así, en lo que interesaba, se incluyó dentro de la legislación en materia de psicotrópicos, una tipificación específica que vino a sancionar todas aquellas conductas que, vinculadas de alguna forma con la actividad sancionada en esta normativa, también afectaban la administración de justicia. Este hecho generaba, en principio, una contradicción de normas, ya que permanecían vigentes tipos penales que preveían como delito, un mismo comportamiento, con una diferencia en cuanto a las penas que estaban contempladas en el Código Penal, pues al menos con la Ley N° 7786, se aumentó la sanción hasta ocho años de prisión.

Surgía así, como se dijo, un problema respecto de cuál era la normativa que correspondía aplicar en un caso donde se intente afectar o afecte la administración de justicia y que se relacione con las actividades previstas como delito en la Ley de Psicotrópicos. El problema, en tesis de principio, era de fácil resolución para la Sala. En este sentido, si bien las dos disposiciones desvaloraron la conducta que pretende afectar o afecta la administración de justicia, quedaba claro que, en materia de drogas o narcotráfico, el legislador estableció

una normativa específica que viniera a sancionar de manera más severa la lesión al bien jurídico por tutelar.

Lo anterior surge por cuanto se estimó que el tráfico de psicotrópicos o estupefacientes, lo mismo que cualquier actividad relacionada con esta problemática, en tanto constituye un grave problema social, requerían ser penalizados en una normativa especial, aun cuando algunos de los comportamientos que en ella se recogen, ya estaban previstos en otras leyes o en el propio Código Penal (criterio de especialidad en la aplicación de la norma penal o "***lex specialis derogat lex generalis***").

Ahora, dada la especialidad de esta ley, los tipos penales que en dicha legislación se contemplan, prevalecen sobre cualquier otra normativa que haya previsto y sancionado un comportamiento similar con anterioridad. Unido a ello, se tiene que el cuerpo legal referido, no solo prevalece por tratarse de una ley especial, sino también por cuanto es más reciente, ya que la ley posterior deroga la anterior.

Aclaró la Sala que no es que la Ley de Psicotrópicos deroga todo lo dispuesto por el legislador, en cuanto a los delitos que afectan la administración de justicia, sino que, en el punto que interesa, dichos tipos penales ceden y, por ende, no se aplican cuando esta última (la administración de justicia) se ve lesionada en un proceso, donde se investiga una conducta o actividad relacionada con el narcotráfico, en cualquiera de sus formas.

Por tanto, en virtud de lo expuesto, el artículo 63 que se cita prevalece sobre lo que dispuso el Código Penal en el Título XIV del Libro Segundo ("***Delitos contra la administración de justicia***"), específicamente sobre el artículo 317 que contempla el soborno.

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala era importante también señalar que, en cualquiera de las dos acciones que conforman el núcleo fundamental del artículo 63, no se requiere, como lo estimó el *a quo*, que se produzca un resultado o se alcance la consumación del hecho, es decir, que en efecto se omita la denuncia; se brinde un testimonio distorsionado; se oculte prueba, o bien, se favorezca de alguna manera a los sujetos que se investigan o se podrían investigar, ya que en estas situaciones, el ilícito puede quedar en estado de tentativa (art. 24 del Código Penal, en relación con el art. 60 de la Ley de Psicotrópicos).

Por todo lo anterior, al considerar que era posible que los hechos que se le endilgaron a **B y E** encuadraran en el artículo 63 de la Ley N.º 7786 y no en el artículo 317 del Código Penal, se dispuso anular la sentencia y ordenar el reenvío³⁹⁵.

Retomando el tema de los criterios que se han elaborado para confirmar o descartar la existencia de un concurso aparente, se presenta, en segundo lugar el **principio de consunción** que implica que cuando la realización de un supuesto de hecho más grave, incluye la de otro de menos entidad, se aplica el primero y no el último, pues se considera prácticamente incluido en la regulación más severa.

Luego aparece el **principio de subsidiariedad** que supone la aplicación auxiliar de un tipo penal, cuando no intervenga otro que, de manera principal cubra la conducta, de modo

395 Sala Tercera, voto n.º 2003-212 de las 11:26 hrs. del 28 de marzo de 2003. Recientemente, acerca del tema del tipo de concurso existente entre los delitos de administración fraudulenta (art. 222 del Código Penal) e intermediación financiera ilegal (Art. 157 de la Ley Orgánica del Banco Central), la Sala se pronunció en los siguientes términos: [...] *Efectivamente, el Tribunal sentenciador entendió que los ilícitos de administración fraudulenta e intermediación financiera ilegal concurren de forma ideal, limitándose a indicar que ello es así al protegerse bienes jurídicos distintos en cada uno de los tipos penales estudiados, y tratarse de una única acción desplegada por los agentes, así se entendió: “[...] con una misma acción jurídica se violentan dos normas que no se excluyen entre sí, una que tiende a la protección del patrimonio ajeno y otra referida a la transparencia del mercado financiero y a la regulación del orden establecido para operaciones financieras...”* (folio 2435, Tomo XI). Posición que esta Sala comparte. Al respecto, desde el punto de vista de la naturaleza de los bienes jurídicos, conviene recordar que: “[...]La necesidad de la convivencia –condensada en la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo necesidades humanas individuales– supone la protección de esa convivencia, pues sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse y desarrollarse. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan ‘bienes’ y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el Derecho, ‘bienes jurídicos’. Así pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. Entre otros presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud –negados por la muerte y el sufrimiento–. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc. A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llama ‘bienes jurídicos individuales’, en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideración los llamados ‘bienes jurídicos colectivos’, que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye una agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se encuentran la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc [...]” (MUÑOZ CONDE, Francisco y otro. *Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998*). Así las cosas, si bien, eventualmente, todo tipo de regulaciones sobre el mercado, finalmente, brinda una protección al patrimonio del particular, del inversionista, esa no es, en sí, la finalidad de la norma, sino que, por el contrario, se trata de un bien jurídico colectivo, donde lo pretendido por el legislador es el mantenimiento del orden financiero en el que convergen pluralidad de intereses, aquellos particulares, y los estatales descritos, de vigilancia y supervisión sobre la actividad económica, de ahí que no podrá existir nunca una relación de especialidad entre el artículo 222 del Código Penal que prevé y sanciona el ilícito de administración fraudulenta y el artículo 157 de la Ley Orgánica del Banco Central, Ley número 7558 de 3 de noviembre de 1995. Resulta obvio que la posición de los señores defensores del acusado, tiende a una interpretación subjetiva de las normas de comentario, de acuerdo a lo que más conviene a su representado, en este momento procesal, toda vez que el ilícito de intermediación financiera ilegal se encuentra prescrito, según se había enunciado con anterioridad”. (Ver voto n.º 2007-135 de las 9:20 hrs. del 27 de febrero de 2007).

que el tipo subsidiario retrocede ante el principal. La subsidiariedad puede ser expresa, cuando el legislador mismo se encarga de señalarla (como por ejemplo, cuando se indica: “siempre que el hecho no esté sancionado con pena mayor”), o puede ser tácita, si debe deducirse de la ley.

Se ha señalado que dos tipos penales se encuentran en relación de subsidiariedad material, cuando uno de ellos, el aplicable, protege el mismo bien jurídico de un ataque mayor que el otro, o protege un bien jurídico diferente que comprende el bien jurídico resguardado por el tipo penal desplazado.

El principio de subsidiariedad es, a su vez, subsidiario del principio de especialidad. Así en la labor de definición del tipo aplicable, es mejor analizar primero lo relacionado con la especialidad.

Podemos señalar que es subsidiario el hecho culposo, en relación con el hecho doloso realizado por la misma persona, referido al mismo objeto material. Por ejemplo, si un individuo causa un incendio con culpa, pero pudiendo hacerlo sin riesgo personal, no lo extingue dolosamente, la forma dolosa desplaza a la culposa.

En los **delitos de pasaje**, o sea, aquellos que son etapas previas en la realización de un delito, por el cual pierden su significación independiente, en la medida en que ocurra en una etapa posterior, una lesión mayor al bien jurídico tutelado, estos delitos de pasaje son desplazados por el hecho posterior (ejemplos: hecho anterior impune y los delitos de peligro concreto, en relación con los delitos de resultado).

Se pueden mencionar como parte de esta categoría, el hecho previo impune y los delitos de peligro concreto, en relación con los de resultado.

En cuanto al **hecho previo impune**, el supuesto se presenta cuando existen dos hechos con relevancia penal y el segundo absorbe el contenido injusto del primero, por lo cual solo el último se sanciona. Para ello se requieren tres condiciones:

- 1.- Dos acciones punibles que se cometen en orden cronológico.
- 2.- Ambas acciones deben ofender en diferente grado al bien jurídico.
- 3.- Debe existir relación de medio a fin entre ambas acciones. Un ejemplo sería la contravención de tránsito, en relación con el homicidio o lesiones culposas.

Existe un hecho previo impune en relación con un segundo hecho punible, en los casos donde, para cometer un delito, se deben abarcar varios tipos penales. Dentro de esta hipótesis, se enmarcan la tentativa y la consumación de acuerdo con un mismo tipo penal.

Otro ejemplo lo constituye el caso del delito de lesiones, cuando se encuentre en relación con el delito de homicidio, cuando el primero fue el tránsito para llegar al segundo.

Asimismo, el delito progresivo que existe “cuando un tipo penal, considerado en abstracto, y según su contenido, contiene otro, de modo que el delito más grave no puede ser realizado sin realizar el menos grave”. Ejemplo de este tipo de delito, sería la rebelión (art. 292 del Código Penal) que implica el delito de conspiración (art. 298).

En cuanto al delito de peligro concreto, en relación con el de resultado, se puede señalar que el primero es subsidiario de acuerdo con el delito de resultado, siempre que el peligro no sobrepase la lesión realmente ocurrida.

Existe concurso ideal y no concurso aparente de delitos, cuando hay un delito doloso de peligro (abstracto o concreto) y un delito culposo resultante del primero. El delito culposo de resultado no absorbe al delito doloso de peligro.

Cuando el delito de peligro, ya sea abstracto, concreto, doloso o culposo, tenga por finalidad proteger a la comunidad de un peligro común, o cumplir un papel preventivo, el posterior delito culposo resultante no lo absorbe, existiendo en estos casos un concurso ideal.

De igual forma, siguiendo la propuesta del profesor Francisco Castillo sobre este tema, en cuanto al **hecho simultáneo impune**, se trata de casos donde la realización de un tipo penal está unida, no de manera necesaria, pero si por regla general a la realización de otro tipo penal, debido a lo cual la pena para el delito secundario, está contenida en la pena para el delito principal, como sería el caso del delito de daños (art. 228) que constituye un hecho impune, en relación con el robo con fuerza en las cosas (art. 212 inciso 1). Se puede presentar el caso de que el hecho simultáneo impune, tenga una pena más severa que el hecho principal.

En cuanto al **hecho posterior impune**, se trata de aquel supuesto donde la conducta tiene como fin, disfrutar, valorar o asegurar una posición obtenida a través de la comisión de un delito. Ambos comportamientos conforman una unidad, porque el hecho principal absorbe el desvalor del hecho posterior impune.

Para que exista hecho posterior impune, deben darse algunas condiciones esenciales:

- 1.- En ambos hechos el objeto material de la acción y el bien jurídico tutelado, deben ser los mismos o, por lo menos, deben estar en la misma línea. Así, si el hecho posterior amplía el daño del hecho anterior, se descarta la figura. De esta manera, por ejemplo, existiría concurso material entre extorsión hurto, si el ladrón exige una suma de dinero para devolver lo sustraído.
- 2.- El sujeto pasivo debe ser el mismo en ambos hechos.

- 3.- Cuando el hecho principal es impune, el posterior debe serlo si su punición implicaría burlar una disposición que favorece al imputado (v. gr. prescripción o ausencia de la instancia de parte o querella requeridas). Si el hecho principal no se pudo probar, o si faltaron presupuestos del delito, el hecho posterior es punible. Si participan terceros en el hecho posterior, este es punible en relación con ellos.

El **principio de alternatividad**, según el cual, cuando dos tipos penales se presentan como paralelos o excluyentes por contener elementos incompatibles entre sí, se repelen mutuamente, y se debe aplicar el tipo que comprenda plenamente el hecho.

Los criterios aplicables para decidir la ley o figura aplicable pueden también resumirse de la siguiente forma:

- 1.- **El precepto especial se aplica frente al general.**
- 2.- **El subsidiario se aplica solo en defecto del principal.**
- 3.- **El precepto principal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones contenidas en aquel.**
- 4.- **En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor.**

En realidad en estos casos lo que se presenta, no es un concurso de leyes, sino un problema de interpretación para determinar la ley aplicable, cuando, ante un mismo supuesto de hecho, aparentemente, son varios los preceptos que aparecen como considerables. Pero objetivamente, solo uno de ellos resulta aplicable, debiendo excluirse la aplicación de los demás.

6.2.- Efectos del concurso aparente

Cuando en un caso determinado se concreta que no existen varias lesiones jurídicas, sino solo una, se producen varios efectos. Desde el punto de vista del derecho penal de fondo, un tipo penal absorbe al otro.

Desde el punto de vista procesal, se producen las siguientes consecuencias:

- 1.- La competencia territorial y la material se fijan, de acuerdo con el tipo penal aplicable.
- 2.- En las diversas etapas procesales, tanto el fiscal como el juez de etapa previa y etapa intermedia, deben mencionar las leyes que se encuentran en concurso aparente. Sin embargo, el juez o Tribunal de juicio, en última instancia, determina el tipo penal que prevalece.
- 3.- La tercera consecuencia está relacionada con el principio non bis in ídem. Si existe sentencia condenatoria o de sobreseimiento, con base en la ley que subsume o en la otra, no se puede perseguir por los mismos hechos.

Si hubo absolutoria por el hecho principal, o por el hecho previo simultáneo o posterior impune, no se aplica el principio non bis in idem, pues no existe la identidad del hecho histórico en que se fundamenta tal principio. Si hubo condenatoria por el hecho previo, anterior o posterior impune, puede también haber condenatoria por el hecho principal. Si el autor fue condenado por el hecho principal, no se le puede perseguir por el hecho previo, simultáneo o posterior impune.

4.- Constituye error in indicando, el hecho de que el Tribunal declare la existencia de concurso de delitos (ideal o real), en lugar de un concurso aparente de delitos, o que declare lo contrario, lo cual tiene interés para efectos de alegarlo en casación como vicio por el fondo.

6.3.- Penalidad del concurso aparente

En el artículo 23 del Código Penal se señala que:

Cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, sólo se aplicará una de ellas, así: la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta y aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria.

Para el profesor Castillo, este artículo es inconveniente, porque introduce una incorrecta denominación del problema como concurso aparente de normas, cuando lo correcto es un concurso aparente de delitos. No es conveniente una fórmula así en la parte general del código, porque siempre será incompleta, dada la inmensa gama de posibilidades y de problemas que presenta el tema. Además, porque la fórmula del artículo 23 pretende establecer tres principios, cuando en realidad consagra solamente dos (la norma general prevalece sobre la principal; la que contiene íntegramente a otra, se prefiere a esta. En realidad representan el mismo principio de especialidad).

Sin embargo, no consideró los casos en que varias conductas entren en varias disposiciones legales que se excluyen entre sí.

Considera como supuesto de concurso, la llamada subsidiariedad expresa o formal. Pero en ese supuesto no hay concurso aparente, porque queda claro que determinada norma vale únicamente, cuando no se presenten los supuestos de aplicación de la otra.

En el proyecto del Código Penal, en el artículo 42, se regula como concurso aparente de tipos, al establecer que:

Cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, solo se aplica una de ellas, conforme a las siguientes reglas:

1.- *La norma especial prevalece sobre la general.*

2.- *Aquella que la ley no haya subordinado a otra, se aplica en vez de la accesoria.*

Antecedente jurisprudenciales

Síntesis. Un grupo de tres sujetos, mediante la utilización de armas, despojan a una ofendida de un vehículo de su propiedad. Luego de haber desapoderado a la víctima del automotor, los imputados huyen en él y realizan actos de disposición sobre el citado vehículo, ocasionándole una serie de daños estructurales, cuya cuantía supera la mitad del salario base. Los hechos son calificados como robo agravado y daños agravados en concurso material.

Decisión del Tribunal. No obstante, la Sala Tercera consideró errónea dicha calificación. De acuerdo con los hechos probados, el vehículo le fue sustraído a la ofendida y luego se retiraron del sitio en el propio vehículo sustraído. Una vez desapoderado el bien y, al haber entrado en posesión de los encartados, ya estos disponían de él como dueños. Por tanto, el uso o abuso de ese bien no constituye un injusto adicional. Se está ante un concurso aparente de normas, es decir, en apariencia concurren dos tipos penales donde se adecuaría la conducta típica.

Sin embargo, en este caso, el desvalor de uno de los tipos penales (hecho principal) incluye el del otro (hecho posterior), por lo que se está ante el principio de consunción. Citando el criterio de la autora Estrella Escuchuri Aisa, indicó la Sala que el llamado hecho posterior impune o “copenado”, es un hecho independiente que realiza un nuevo tipo penal, a través del cual, el autor intenta aprovechar, asegurar o utilizar la posición alcanzada con la realización del tipo principal. Si se admite que se trata de un hecho distinto que realiza un nuevo tipo penal, habría que apreciar un concurso real de delitos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia optan por aplicar el principio de consunción, y el delito principal es la ley preferente. Es decir, estos hechos posteriores por sí solos realizan un tipo delictivo. No obstante, resultan impunes cuando siguen a un hecho anterior o principal con el que tienen conexión, y sirven para su mantenimiento, aseguramiento o aprovechamiento.

La preferencia de un tipo respecto del otro, no se basa en que el contenido del injusto de uno, quede abarcado por el otro (no se habla de hecho posterior típico), sino que se considera –con fórmulas más o menos diversas– que el hecho posterior queda impune cuando de la valoración del concreto supuesto de hecho, resulta que a la acción posterior (en sí punible), a causa de su conexión interna (funcional) con el hecho principal, no le corresponde un contenido de desvalor propio. De esta manera, no hay necesidad de castigarla de forma independiente junto al hecho principal. A través del castigo del hecho principal, queda “copenado”.

En relación con lo anterior, se sostiene que el hecho principal y el hecho posterior, forman una unidad de valoración que determina que la injerencia en el ámbito jurídico, solo se

valore desde el punto de vista del hecho precedente, ya que con la aplicación de este, el suceso global queda valorado definitivamente).

En el caso de estudio, la disposición posterior sobre el auto, del que ya la ofendida había sido desapoderada, y del que los encartados se apoderaron, constituye un hecho posterior impune, o si se quiere, "copenado"³⁹⁶.

Síntesis. Un sujeto invita a un menor de edad a su dormitorio, donde le da de beber licor y, posteriormente, le muestra videos de contenido pornográfico, y lo deja solo en la habitación. Poco después, el sujeto ingresa de nuevo a la habitación; desnuda al menor y le practica sexo oral, introduciendo el pene del niño en su boca.

Estos hechos fueron calificados por el Tribunal sentenciador, como un solo delito de violación.

Decisión del Tribunal. Ante un recurso del Ministerio Público, la Sala revocó la citada calificación por considerar que resultaba incorrecto afirmar que la conducta de mostrar materiales pornográficos al menor, formaba parte de la unidad de acción tendiente a la seducción de este, y no era independiente del delito de violación.

Por el contrario, siguiendo la doctrina nacional, la Sala explicó que para que un delito forme parte de la trama conducente a otro, y se entienda desvalorado por este delito **final (concurso aparente)**, debe tratarse de una lesión progresiva al mismo bien jurídico. Esto podría acontecer, por ejemplo, en las lesiones que son un paso intermedio hacia el homicidio, o los abusos sexuales que son un paso intermedio a la violación, o bien, los daños con respecto al robo.

Sin embargo, para que lo anterior suceda, es preciso, en primer lugar, **que exista una vinculación funcional o conducente entre una acción/resultados y la final**, por lo que no todo hecho estaría inserto en esa dinámica (piénsese por ejemplo en los actos innecesarios o de pura mala voluntad). Pero no basta para que así sea. Esa situación podría dar lugar a un concurso aparente de normas, ideal o material, según sea el caso. En otras palabras, la sola concurrencia de preordenación no basta.

De esta forma, si el desvalor del delito de pasaje se subsume en el del delito final, se estará frente a un concurso de normas. No obstante, se requiere que se trate de una lesión al mismo bien jurídico, pues de lo contrario, no sería posible la absorción del desvalor. Por otro lado, si esta no se da (la absorción del desvalor), pero existe aquella vinculación funcional, como identidad fenoménica (espacio-temporal), se estaría ante una sola acción, o lo que es lo mismo, un concurso ideal (homogéneo o no). Finalmente, si la vinculación funcional

396 Sala Tercera, voto [n.º 2006-148](#) de las 9:00 hrs. del 24 de febrero de 2006.

no se presenta (elemento subjetivo), o no existe la identidad fenoménica (componente objetivo), necesariamente se estaría ante un concurso material.

En el caso de estudio, para la Sala la exhibición de pornografía al menor, si bien obedecía a un plan delictivo conducente a la violación, no se vería absorbida por la violación, porque ambos tipos penales protegían bienes jurídicos distintos: el de la violación protege la integridad física y la libertad de escogencia sexual de las personas (de cualquier edad). En tanto que la exhibición de pornografía, lo mismo que el delito de corrupción, tutelan el espontáneo desarrollo psicosexual de los menores. Aunable a lo anterior, para la Sala todo hacía indicar que, además, los hechos tuvieron lugar en momentos diversos. Estas reflexiones fueron pasadas por alto al resolver el asunto, por lo que se anuló el fallo en su calificación jurídica, y se ordenó el reenvío³⁹⁷.

Síntesis. Un grupo de sujetos idearon un ardid para obtener de manera fraudulenta, certificados de abono tributario. Para cumplir con dicho propósito, la labor de uno de ellos consistía en hacerse pasar por abogado y notario, condición de la que carecía. Como parte del ardid del grupo, dicho sujeto, en su falsa condición de abogado, confeccionó contratos simulados de proveeduría para hacer “aparecer” proveedores de una empresa ficticia, así como también certificó facturas espurias de otras para que fueran presentadas ante PROCOMER, junto con sus informes anuales de actividades.

También suscribió, como presidente de una sociedad anónima, junto con el presidente de otra, un contrato de servicios profesionales por el cual la primera empresa supuestamente brindaría a la segunda el servicio de asesoramiento y administración de sus oficinas centrales. Este contrato fue autenticado por el propio imputado como abogado, condición profesional de la que carecía, y el documento es aportado al informe anual de actividades. También el sujeto, actuando como abogado, emitía certificaciones notariales de personería jurídica de la compañía que presuntamente representaba.

Los imputados fueron declarados coautores de cuarenta y un delitos de estafa en la modalidad de delito continuado, así recalificado, en perjuicio del Estado, y un delito de asociación ilícita en perjuicio de la tranquilidad pública. Además, al encartado que se hizo pasar por abogado, se le declaró autor responsable de un delito de ejercicio ilegal de la profesión en perjuicio de la autoridad pública, y en tal carácter, se le impuso una pena adicional.

Decisión del Tribunal. Al examinar el caso, la Sala Tercera consideró que el delito de ejercicio ilegal de una profesión que llevó a cabo el imputado, quien se hizo pasar por abogado sin tener la debida autorización, con el fin de construir la plataforma jurídica que respaldaría los trámites por realizar para la obtención fraudulenta de certificados de abono tributario (es decir, que el ejercicio ilegal de la profesión fue parte del ardid para

397 Sala Tercera, voto [n.º 2005-154](#) de las 8:35 hrs. del 11 de marzo de 2005.

la comisión del delito de estafa), no se encontraba en relación de concurso ideal con la estafa, sino que se estaba ante un concurso aparente de normas. En este caso, hay una relación de medio a fin entre el ejercicio ilegal de la profesión de abogado y cada una de las estafas, en razón de que el hecho medio es menos importante (por motivo de la pena, de tres meses a dos años de prisión, según el artículo 315 del Código Penal) que los hechos finales (prisión de seis meses a diez años, según el artículo 216 ibídem). Por esta razón, el delito de ejercicio ilegal de la profesión (*lex consumptae*) fue consumido por cada una de las estafas (*lex consumens*), de acuerdo con la regla de consunción contenida en el artículo 23 del Código Penal.

En conclusión, en el caso de estudio, el delito de estafa incluyó el del ejercicio ilegal de la profesión, por haber sido este parte del ardid, es decir, por estar en relación de medio a fin y ser el hecho final más grave que el hecho medio. Se presentaba, entonces, una sola acción típica: hay unidad de acción típica. Si se ignora esta regla y se observa cada una de las conductas en forma aislada, está claro que es típica de ambos delitos, pero considerada la relación de una con la otra, la estafa incluyó, en el caso de examen, al ejercicio ilegal de la profesión. Por tanto, para la Sala no era dable sancionar en forma independiente ambos delitos, por lo cual modificó la sentencia, al considerar los hechos acreditados como constitutivos únicamente de 41 delitos de estafa en la modalidad de delito continuado³⁹⁸.

Síntesis. Un sujeto ingresa a una casa de habitación a pesar de que había recibido una orden del Juzgado de Violencia Doméstica para que no perturbara a los ocupantes de esa vivienda. Pero mediante el uso de un arma de fuego, amenaza de muerte a dos personas que ahí se encuentran, una de ellas su mujer, a la que el sujeto obliga a salir de la casa y acompañarlo hasta un lote cercano, donde bajo amenaza, la obliga a desvestirse y, acto seguido, la accede carnalmente contra su voluntad.

Horas después, el imputado irrumpe nuevamente en la casa, y otra vez amenazando a la ofendida con la misma arma, la despoja parcialmente de sus ropas y la toca en sus partes íntimas.

El agresor fue condenado como autor de cuatro delitos de desobediencia a la autoridad en perjuicio de La Autoridad Pública y la mujer ofendida; un delito de violación y un delito de abuso sexual contra una persona mayor de edad, y dos delitos de amenazas agravadas, todos en perjuicio de la mujer, y un delito de amenazas agravadas en perjuicio del acompañante de la mujer que se encontraba en la vivienda.

Revisado el caso, la Sala Tercera consideró que había un concurso aparente y no material, entre uno de los delitos de amenazas agravadas y la violación. Efectivamente,

398 Sala Tercera, voto n.º 2003-820 de las 11:25 hrs. del 18 de noviembre de 2003.

la violencia utilizada por el convicto resultaba consustancial con la ejecución del ilícito de violación. Lo anterior no solo surge debido a que se desarrolló en la propia unidad espacio-temporal, sino porque además, las amenazas forman parte del *íter criminis* de esa delincuencia, tratándose, en concreto, de la fuerza corporal e intimidación inherentes a su configuración.

Pero por las mismas razones, debía concluirse que el segundo delito de amenazas graves por el que se condenó al sujeto, y que según el Tribunal de instancia, concursó materialmente con los abusos sexuales cometidos en perjuicio de la afectada, respondía a una errónea interpretación de las normas sustantivas. El *a quo* fundó este segundo ilícito de amenazas agravadas, en que *horas después, el imputado irrumpió nuevamente en la casa de la ofendida y otra vez amenazándola con la misma arma, la despojó parcialmente de sus ropas y la tocó en sus partes íntimas.*

Para la Sala, en el caso de estudio, el uso de violencia corporal o intimidación (en este caso, mediando uso de arma) formaba parte de la descripción del ilícito contenido en el numeral 162 de la normativa penal de fondo. Además, como en el caso de la violación, el uso de intimidación por medio de arma se encontraba directamente encaminado al propósito de instrumentalizar el cuerpo de la ofendida, a fin de satisfacer su libido.

Por lo anterior, debía estimarse que resultaba errónea la condena decretada, por los dos ilícitos de amenazas agravadas en perjuicio de la ofendida, en virtud de que los eventos que los sustentan, resultan inherentes a la ejecución de los delitos de violación y abusos sexuales respectivamente. De esta manera, lo que existió fue un concurso aparente de ambas normas³⁹⁹.

Síntesis. Dos sujetos, quienes tenían un negocio de Café Internet, ofrecían ilícitamente la reproducción de discos compactos de música de cualquier autor, cantante y compañía productora por la suma de ochocientos colones cada reproducción. De igual forma, se tuvo por cierto que en varias oportunidades, procedieron a reproducir discos compactos de música de diversos autores y cantantes. Estos hechos fueron calificados como un concurso material y, por ello, se les impuso la pena de un año de prisión por cada delito para un total de dos años de prisión.

Revisado el caso, el Tribunal de Casación consideró que no se estaba ante un concurso material. Por el contrario, ese tipo de situación, denominada normalmente “concurso aparente”, en realidad constituía un problema de interpretación de la ley, el cual debía resolverse conforme al origen de la controversia.

En términos generales, las clases de situaciones donde se presenta el fenómeno, son dos: a) Cuando sin indicarlo así, más de una norma regula una misma acción, pero la

399 Sala Tercera, voto [n.º 2005-546](#) de las 8:40 hrs. del 3 de junio de 2005.

descripción de alguna se adapta mejor o en mayor particularidad a aquella (es decir, se trata de una forma específica de infracción de la ley), lo que implicará que será esta la norma por aplicar en detrimento de otras (criterio de especialidad). b) Cuando el desvalor de una norma contiene o absorbe el de la lesión a otra, debiendo por ende aplicarse aquella.

Precisamente esta es la hipótesis que correspondía al caso de estudio, por cuanto la reproducción y venta ilícita de fonogramas, componen un hecho que abarca todo el contenido injusto del simple ofrecimiento o almacenamiento. Por tanto, se trata de una sola figura delictiva. Con base en lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (número 8039 de 12 de octubre de 2000), debían recalificarse los hechos probados de la sentencia, declarándose que constituían un solo delito de Infracción a los Derechos de Propiedad Intelectual y, como consecuencia, la pena impuesta a los imputados, se debe reducir a un año de prisión con fundamento en las mismas razones que se exponen en el fallo recurrido⁴⁰⁰.

Síntesis. Un sujeto somete constantemente a agresiones y maltratos –tanto físicos, como psicológicos– a su esposa, afectando seriamente la voluntad y libertad que dicha mujer tenía, hasta llegar al punto de anularlas totalmente (**síndrome de desesperanza aprendida**). Además, el sujeto se entera de que su mujer está embarazada; se enfurece y decide por su cuenta que su esposa no tendría el bebé, y así se lo hace saber a esta última, lo que genera un conflicto entre ambos, producto del cual, el sujeto golpea varias veces a su esposa, incluso en su vientre, indicándole que ella debía buscar un médico para practicarse el aborto, pues de lo contrario la golpearía nuevamente.

Luego, el sujeto contacta directamente a un médico con el que acuerda practicarle un aborto a su esposa, y la lleva a una cita con este. Al ser examinada, la mujer se queja de dolor en su vagina, por lo que el médico le indica al sujeto que su esposa no resistiría el aborto sin dolor, ante lo cual le recomienda a otro médico que practica esa operación, con un costo económico más alto.

Al llegar a su casa, el sujeto insulta a su esposa porque no soportó el dolor, diciéndole que por su culpa, le iba a salir más caro el aborto, y procede a golpearla nuevamente en varias partes del cuerpo.

Al día siguiente, el sujeto de nuevo lleva a su esposa al consultorio del mismo médico con el que previamente había acordado que, en forma clandestina, le realizara un aborto. En dicho consultorio, el sujeto conversa con el médico sin la presencia de su mujer, diciéndole que esta sí se realizaría el aborto ahí. Acto seguido, el sujeto le ordena a su esposa que

400 Tribunal de Casación, voto [n.º 2005-659](#) de las 10:00 hrs. del 17 de julio de 2005.

ingrese al consultorio, y el médico, conociendo la ilicitud de su proceder y sin consultar a la ofendida, si estaba o no de acuerdo, procede a realizar el aborto. Para hacerlo, el médico le pide que se acueste en la camilla ginecológica, y le indica que abra las piernas; de seguido le coloca una crema para dilatar el útero, acción que le provoca un fuerte dolor a la ofendida, la cual en ese momento grita, pero es callada en el acto por su esposo, pues podría ser escuchada por la secretaria. Luego el médico continúa con su labor y le introduce las tijeras en el útero a la ofendida, y le extrae prematuramente el embrión, de seguido coloca dichos restos en una bandeja y después se dirige al baño, donde los elimina al tirarlos al inodoro y halar la cadena.

Tiempo después, el sujeto le indica a su esposa que iría a visitar a un amigo, y esta última le manifiesta que deseaba acompañarlo, lo que enfurece a su esposo, quien en ese momento toma el cable del cargador de un teléfono celular, y golpea a su esposa en varias partes de su cuerpo.

El esposo de la ofendida fue sentenciado como coautor del delito de aborto sin consentimiento de la mujer, en concurso material con los delitos de coacción y agresión con arma (estos dos serán examinados en el capítulo dedicado al concurso de delitos).

Los hechos fueron calificados, para el caso del esposo de la mujer ofendida, como coacción, agresión con arma y aborto sin consentimiento de la mujer, en concurso material.

En su defensa, se argumentó: a) Si se tuvo por demostrado que el esposo ejerció intimidación y violencia contra la ofendida con el propósito de obligarla a que se le practicara el aborto, no es posible que se le condene también por el delito de coacción, pues las acciones que lo comprenden constituyen precisamente el medio a través del cual se logra cometer el aborto sin consentimiento. b) No era posible que se considere como un hecho independiente el delito de agresión con arma por el que se condenó, ya que si se admite como cierto que su conducta se enmarca dentro de un ciclo de violencia doméstica vivida por la ofendida, dicha acción no podría separarse de este contexto y estaría comprendida en la misma coacción que ejerció para cometer el aborto sin consentimiento.

Para la Sala Tercera, efectivamente existió una errónea aplicación de las reglas de los concursos con respecto al ilícito de coacción, pues, en efecto, el aborto sin consentimiento implica obligar a una mujer a que soporte algo que no tiene que soportar o tolerar.

En este sentido, tal y como se encuentra previsto en el artículo 118 del Código Penal, la muerte del feto sin el consentimiento de la mujer, puede presentarse: **(1)** Aun cuando quien acepta practicarlo, no ha alcanzado los quince años de edad. **(2)** Cuando no tiene la capacidad para decidir en virtud de alguna disminución de sus facultades o porque está impedida para hacerlo. **(3)** Cuando se le obliga mediante la intimidación o la fuerza a que lo soporte o tolere, como precisamente ocurre en este caso.

De acuerdo con los hechos descritos, el ciclo de violencia vivido por la afectada en el momento que quedó embarazada, estuvo dirigido esencialmente a que se dejara o soportara realizar el aborto, es decir, a que tolerara algo que no estaba obligada a tolerar, como lo era la interrupción de su embarazo y la consecuente muerte del feto.

Por tanto, bajo esta tesis, no era acertado el criterio del Tribunal al considerar que en la causa, además del delito de aborto sin consentimiento, se cometió en forma independiente el delito de coacción, pues la conducta que este ilícito prevé, está comprendida integralmente en el primero. En otras palabras, existió un concurso aparente de normas, en donde parecía que concurren varios tipos penales, pero un examen más cuidadoso permitía determinar que el fenómeno era aparente, porque en la interpretación adecuada de los tipos, la concurrencia resulta descartada, dado que uno de los tipos excluye a otro o a los otros (ZAFFARONI).

Además una de sus posibilidades, junto con el de la especialidad o la subsidiariedad, la denominada consunción, resulta cuando un tipo penal descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir, porque hay un encerramiento material. (Ibídem). Nuestra normativa prevé esta situación en el artículo 23 del Código Penal, pues al regular el concurso aparente de normas indica que **cuando una misma conducta está descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, solo se aplicará una de ellas, así: [...] la (norma) que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta [...]**.

Consecuentemente, la coacción a la que se refería el fallo condenatorio, no constituyó, en el caso de estudio, un delito independiente al de aborto sin consentimiento, sino que es parte de esta ilicitud, ya que la violencia física o psíquica utilizada, sería una de las formas a través de las cuales, se puede anular o neutralizar la voluntad de la mujer embarazada. No sucedía lo mismo con respecto al delito de agresión con arma por el cual también se condenó al esposo. En este sentido, el acometimiento con un arma u objeto contundente que caracterizó esta ilicitud, no fue parte de la violencia utilizada en el delito de aborto sin consentimiento que se investigaba en la causa.

De acuerdo con los hechos descritos, la agresión con arma, específicamente el acometimiento con los cables que sufrió la afectada, no estaba dirigida a anular su voluntad o libertad para que permitiera la interrupción del embarazo o tolerara al aborto, sino que se produjo tiempo después de que este sucedió.

El hecho de que esta agresión se produjo dentro del cuadro de violencia doméstica que la ofendida sufrió, no significa que constituye una misma acción con respecto al aborto, sino que era independiente de esta ilicitud, en tanto no solo no estaba en una relación de medio a fin, sino que además no se encuentra subsumida integralmente en ella. Por el contrario, en el caso de estudio concurrían materialmente ambas figuras y, como tales, debe tenerse responsable al esposo de la ofendida⁴⁰¹.

401 Sala Tercera, voto [n.º 2005-1493](#) de las 15:25 hrs. del 22 de diciembre de 2005.

Síntesis. Un ofendido llega a su casa de habitación, a bordo de su vehículo, acompañado de su esposa y una amiga. Al ingresar a la cochera de su vivienda, de forma intempestiva otro vehículo se atraviesa al paso del portón eléctrico. Se bajan varios sujetos que portan cada uno, un arma de fuego; encañonan al ofendido y proceden a bajar del vehículo de este a su esposa y a su amiga, amenazando al ofendido de muerte y exigiéndole que les diga si su vehículo cuenta con alarma anti-secuestro, a lo que les contesta que sí.

Los sujetos arrancan el vehículo con la intención de robarlo y le solicitan al ofendido que se baje del auto, lo que la víctima no acata por la velocidad a que el auto es conducido. Entonces lo montan en la parte trasera del mismo y huyen llevándolo consigo, siempre bajo amenaza de muerte y se dirigen hasta las inmediaciones de un puente.

Ante la noticia del robo de ese vehículo, se inicia un retén policial y logran interceptar el vehículo con los asaltantes y la víctima, pocos minutos después.

Estos hechos fueron calificados como tentativa de robo agravado y privación de libertad agravada en concurso ideal.

En defensa de los imputados, se argumentó que se estaba ante un delito ideal, pues la privación momentánea de la libertad de la víctima, constituyó el acto final de la violencia típica del robo agravado, manifestada a través de la amenaza con arma de fuego.

La Sala declaró con lugar el recurso, porque consideró que, efectivamente, se estaba únicamente ante el delito de robo agravado en estado de tentativa. Tal como en la sentencia se acreditó, el perjudicado es llevado momentáneamente con los justiciables para que desconectara la alarma, y una vez que lo hace, le solicitan que se baje del auto, lo que la víctima no acata por la velocidad a que el auto era conducido, y porque casi de inmediato son perseguidos por la policía, y son detenidos. Desde el momento en que los encartados tomaron el auto del perjudicado, hasta que son detenidos, transcurren pocos minutos.

Como el mismo fallo lo reconocía, la privación de libertad fue el medio necesario para lograr el desapoderamiento ilegítimo del automotor, por lo que habría un concurso aparente de delitos que excluiría la aplicación autónoma del ilícito de privación de libertad, pues el desvalor que representa esta conducta, formaría parte del contenido injusto del robo agravado.

La violencia ejercida para lograr la disposición del bien: empleo de armas y retención momentánea del perjudicado para que desactivara la alarma del auto, no desbordaba la contemplada en el robo agravado, por lo cual no se estaba ante dos ilícitos penales, sino únicamente ante un robo agravado (c. fr. votos n.º 340-98; n.º 238-99; n.º 516-02; n.º 656-02 y n.º 911-04)⁴⁰².

402 Sala Tercera, voto n.º 2005-83 de las 10:10 hrs. del 11 de febrero de 2005.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. El concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense. San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1981.

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

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

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2.^a edición, 2004

OCTAVO MÓDULO

EL MÉTODO DEL CASO

1.- El método de la resolución de casos

Estudiar el derecho a partir de casos y problemas concretos de la vida real, es una herramienta metodológica de una gran utilidad.

Se trata de ofrecer una guía para la resolución del caso, a partir del supuesto de conocimientos sólidos y precisos en el ámbito del derecho penal general.

Este conocimiento teórico y doctrinario implica conocer los instrumentos conceptuales y los métodos científicos de interpretación, las teorías jurídicas y las técnicas de argumentación jurídica, así como las diversas teorías jurídicas que se han elaborado sobre la ley (comentarios, manuales, tratados, jurisprudencia).

La solución de un caso es siempre creativa, ya que resolver un caso es más importante que repetir de memoria una definición o un texto. Este aprendizaje es una técnica, una herramienta que, por su solo uso, no podrá garantizar la corrección del resultado que se obtenga; pero sí facilitará indiscutiblemente el planteamiento y la solución de los mismos.

El analista del caso debe acercarse a él para leerlo con detenimiento, comprender la hipótesis planteada, sin suponer situaciones que no aparezcan consignadas en ella. Se supone que los datos suministrados se han establecido de acuerdo con los medios de prueba correspondientes, o con la realidad del caso ya resuelto (cuando se trata de ejemplos tomados de la jurisprudencia). De esta forma, no se deben llenar espacios vacíos con hipótesis arbitrarias o caprichosas.

Cuando los supuestos ofrecidos presentan cierto nivel de complejidad, en el tanto involucran diversos comportamientos de una o varias personas y distintas circunstancias de modo, tiempo y lugar, es recomendable preparar un inventario cronológico de los hechos y de los aportes de cada uno de los participantes.

El caso debe ser visto no solo desde la perspectiva del derecho positivo, sino también desde el ángulo de la teoría, tratando de precisar los problemas jurídicos que envuelve.

Es recomendable observar si la hipótesis suministrada, presenta problemas relacionados con la validez de la norma penal; si la conducta que se describe tiene trascendencia penal; si encuadra en alguna descripción típica. En caso afirmativo, se debe corroborar si dicha conducta es antijurídica, tanto formal como materialmente, por lo que si se configura un injusto, deberá analizarse si le es o no exigible al agente.

Si se suministra una hipótesis de trabajo con referencias legales para el análisis, se deberá tener presente que las citas son apenas una guía para el estudio y no obligan al analista a su aplicación. Sin embargo, se debe recordar que la solución debe encontrar siempre un referente normativo.

Se debe tener presente que no existe una única solución posible y normalmente se presentan discrepancias y posiciones encontradas. Además de lo que se trata es de optar por una de ellas y fundamentar la respuesta.

No debemos olvidar que lo definitivo es la manera como se lleva a cabo el análisis y se plasman los razonamientos. Este análisis debe ser rigurosamente técnico, es decir, acorde con los principios generales y el método de trabajo utilizado por la dogmática jurídico penal.

“La mejor teoría es siempre fruto de una buena práctica y el verdadero conocimiento es aquel que se nutre con la experiencia”.

En cuanto a los docentes que utilicen este método, además de su formación académica en el campo jurídico penal, requieren el conocimiento y el uso adecuado de las técnicas de enseñanza, en especial, el manejo de los grupos de trabajo

2.- ¿Qué es un caso?

Siguiendo el desarrollo dogmático del profesor Enrique Bacigalupo, podemos establecer que un caso para un jurista, es un conflicto social, un enfrentamiento de intereses que el jurista debe dirimir, mediante la aplicación de normas positivas. La resolución del caso debe tener una explicación última en la ley.

El caso es también parte de una realidad social que permite diversas posibilidades de enfoque (sociológico, psicológico, etc.), que no remiten a normas jurídicas, pero en el análisis jurídico, no puede faltar la referencia normativa.

La práctica de resolución de casos aporta algunas ideas para estructurar el asunto, en al menos tres campos diversos que tienen mayor complejidad:

- 1.- Los problemas probatorios (de la demostración de los hechos al tribunal).
- 2.- Los problemas estrictamente jurídicos (del derecho aplicable).
- 3.- Los problemas estratégicos (de la presentación de los hechos y del derecho más adecuado para convencer al Tribunal).

El aprendizaje de la práctica de resolución de casos, no se debe realizar tratando de informarse solo sobre lo que hacen los abogados, fiscales o jueces, sino procurando saber “qué deben hacer” estos profesionales.

3.- Utilidad de la teoría del delito

Recordemos que la teoría del delito es un instrumento conceptual que nos permite una aplicación racional de la ley penal a un caso concreto. A pesar de la complejidad de su elaboración dogmática, su uso práctico no es demasiado complejo y, por el contrario, nos permite ahorrar esfuerzos y trabajar con un alto grado de seguridad en la resolución de los casos.

En este sentido, la teoría del delito nos proporciona un orden para el tratamiento de los problemas que presenta la aplicación de la ley a un caso concreto, y nos ofrece una propuesta de solución de estos problemas.

Para ahorrarnos discusiones en cuanto a la teoría por elegir, sugerimos trabajar con el desarrollo teórico propuesto en el texto base, que se acerca a las propuestas del llamado sistema de lo ilícito o de lo injusto personal.

Este punto de partida nos permite resolver, en el primer nivel de análisis, problemas relacionados con el dolo, error de tipo, negligencia, y nos ahorra trabajo, en la medida en que no obliga a pasar al segundo nivel (la antijuridicidad), cuando ya es posible desde el primero, descartar la existencia de un hecho punible.

4.- Pasos para la resolución de un caso

En el desarrollo de este acápite, utilizamos la propuesta desarrollada por el profesor Fernando Velásquez Velásquez, la cual también ha nutrido muchos de los conceptos expresados en el análisis de las distintas categorías de la teoría del delito.

1. VALIDEZ DE LA LEY PENAL

- a. Problemas de validez temporal.** Se debe establecer el tiempo de comisión de la conducta punible (tempus commissi delicti), así como la ley vigente al momento en que se cometió. Debe comprobarse además, si con posterioridad al momento de la comisión de la conducta entró en vigencia una nueva legislación, lo cual es de importancia para verificar la posible aplicación “extractiva” de la ley (retroactividad o ultratividad) en casos de favorabilidad.
- b. Problemas de validez espacial.** Se debe establecer el lugar de la comisión de la conducta punible (locus commissi delicti), teniendo en cuenta las reglas de extraterritorialidad vigentes. Si la conducta punible se cometió en el extranjero, es necesario precisar si sus efectos se produjeron en territorio nacional; y al contrario, si el hecho se empezó a gestar en suelo nacional, debe determinarse si el resultado o efectos se produjeron fuera de aquel.

c. **Problemas de validez personal.** Debe verificarse si en la hipótesis existe algún evento que excepcione la aplicación igualitaria de la ley penal, para que alguna persona goce de un tratamiento preferencial: indemnidad, inmunidad o fueros. Desde luego, también es factible que en la hipótesis se requiera el estudio de algún fenómeno propio de la asistencia y cooperación internacionales entre los diversos países, como la extradición.

2. LA CONDUCTA HUMANA (COMISIVA U OMISIVA)

El análisis del delito o hecho punible debe comenzar por la emisión del respectivo *juicio de conducta*.

a. **Clases de conducta.** Dado que el comportamiento humano, desde la perspectiva penal, puede asumir dos formas, como paso inicial, es indispensable precisar, si en comisito (de acción) o omisivo (de omisión).

b. **Causas de exclusión.** Si determinamos que la conducta es relevante para jurídicamente, se debe examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la conducta. Por supuesto, debe tenerse en cuenta que tales eventos presentan manifestaciones distintas, según se trate de una acción o de una omisión.

Una vez establecida la existencia de una conducta concreta, se debe individualizar claramente la relevancia penal de dicha conducta, es decir, la causal, finalidad y trascendencia social.

3. TIPLICIDAD

En esta etapa debe estudiarse el primero de los elementos específicos del hecho punible dogmáticamente entendido, es decir, la tipicidad. Desde luego, no puede confundirse los siguientes conceptos:

- Tipo. La descripción o supuesto hecho plasmado por el legislador en el ley penal.
- Juicio de tipicidad. El proceso mental llevado a cabo por el analista, encaminado a precisar si la conducta encaja o no en una de las descripciones contenidas en la ley penal.
- Tipicidad. La resultante afirmativa de ese juicio
- Atipicidad. Es decir, la imposibilidad de adecuar la conducta examinada a la descripción típica elegida.

La tipicidad puede ser *plural* en aquellos sucesos en que una misma conducta ha sido valorada negativamente por la ley penal en más de una oportunidad (concurso ideal); o

cuando se presentan diversas conductas que también dan lugar a un fenómeno de tipicidad plural, pero con repercusiones de tipo procesal (concurso material o delito continuado).

a. El tipo en las conductas de comisión dolosa

a.1. Aspecto objetivo. Se debe verificar si existen todos los elementos que constituyen la figura típica, sean de índole descriptiva o normativa (sujeto activo y pasivo, la acción, el nexo de causalidad (o imputación objetivo), el resultado, el bien jurídico tutelado, los medios, el momento de la acción, el lugar de la acción, etc.) Por supuesto, debe tener en cuenta que no todos los caracteres concurren en los diversos supuestos de hecho.

b.1. Aspecto subjetivo. Se debe precisar, si hay dolo directo, indirecto, o eventual, es decir, si la conducta del autor satisface las exigencias del aspecto cognoscitivo del hecho, así como los elementos del aspecto volitivo, de acuerdo con el tipo de dolo.

c.1. Causas de atipicidad. La tipicidad dolosa también tiene una cara negativa, la cual atiende los casos donde no se alcanza a configurar, sea de manera absoluta –si la conducta examinada no encaja en ningún tipo penal–, o sea de manera relativa –cuando, pese a no coincidir con el supuesto de hecho examinado, se adecúa a otro tipo penal distinto. Por esto, el analista debe cuestionarse si falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos de la figura legal, o si hay ausencia del dolo por falta de algunos de los elementos que configuran el aspecto cognoscitivo; si hay algún tipo de error de tipo (error sobre el objeto, error en el golpe o un error sobre el nexo de causalidad); si existen o no atenuantes y agravantes, o ausencia de dañosidad social de la conducta, etc.

b. El tipo en las conductas de comisión culposa

b.1. Aspecto objetivo. Es indispensable establecer si se configuran los elementos de la estructura típica objetiva, es decir se deben examinar los componentes de la descripción: el sujeto activo y pasivo, la acción dirigida a una finalidad extra-típica, el objeto de la acción, los medios, el resultado, el nexo de causalidad, la violación del deber de cuidado (o imputación objetiva), el bien jurídico afectado, etc.

b.2. Aspecto subjetivo: Hay que establecer, si el agente actuó con la voluntad de realizar la conducta final-social que se trata con los medios elegidos, si tenía la posibilidad de conocer la amenaza que la conducta representaba para los bienes jurídicos, o bien prever el resultado, así como establecer si actuó con culpa consciente o inconsciente.

b.3. Causas de atipicidad. La culpa también tiene un lado negativo, el cual se refiere a los casos donde hay ausencia de los elementos objetivos y subjetivos; por ejemplo, si el resultado no podía ser previsible o se encuentra en una situación de error de tipo invencible, o si no hay dañosidad social, por ser una conducta adecuada, o por actuar con el consentimiento del sujeto pasivo o en una situación de obediencia debida.

c. El tipo en las conductas preterintencionales

El tipo ultraintencional resulta de fusionar las circunstancias correspondientes al tipo doloso (acción, nexo de causalidad, resultado, sujeto, objeto idéntico, dolo inicial... e incluso elementos subjetivos del tipo) con los correspondientes a la figura culposa (violación del deber de cuidado al producir un resultado excedido; relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y el resultado; previsión del resultado, etc.). Asimismo, en torno a las causas de atipicidad, debe aplicarse lo dicho sobre los tipos penales dolosos y culposos.

d. El tipo en las conductas de omisión dolosa

d.1. Aspecto objetivo. Se deben examinar las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal (elementos descriptivos y normativos). Sin embargo, es necesario aclarar que la configuración del aspecto objetivo de estos tipos, puede variar según se trate de una omisión propia. Estos tipos son de pura omisión, donde no se analizan si el resultado ni la causalidad hipotética o nexo de evitación (imputabilidad objetiva) o tipos de omisión impropia donde sucede todo lo contrario. Por esto, el analista debe cuestionarse; si falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos de la figura legal; la no realización del mandato; la posibilidad de realizar la acción ordenada; la causalidad hipotética; el resultado, etc.

d.2. Aspecto Subjetivo. Se deben determinar si el agente actuó con dolo, si conocía su posición de garante; si conoce la situación típica y el curso causal; si tenía posibilidad de representarse la conducta debida y la vía para evitarlo –en los tipos de resultado-, así como si el agente quería o tenía la voluntad de realizar la omisión.

d.3. Causas de atipicidad. Hay que verificar, si falta alguno de los elementos que configuran el aspecto objetivo y subjetivo del tipo penal; si hay ausencia de dañosidad (riesgo irrelevante o insignificante); si se actuó con el consentimiento del sujeto pasivo o si se trata de un evento de obediencia debida.

e. El tipo en las conductas de omisión culposa.

En la estructura de estos tipos, es necesario que los elementos del tipo coincidan con los de la comisión culposa, pues es necesario precisar la violación del deber de cuidado que puede surgir de:

- La falta de diligencia al juzgar la situación típica.
- La falta de atención al ejecutar el mandato.
- La indebida apreciación de la posibilidad física de ejecución.
- La carencia de celo en la apreciación de las circunstancias que fundan la posición de garante del autor.

Sobre los aspectos objetivos y subjetivos del tipo y sobre las causas de atipicidad, se aplica lo mismo que en los tipos de comisión culposa.

4. ANTIJURIDICIDAD

Afirmada la existencia de una conducta típica comisiva u omisiva (dolosa o culposa) o preterintencional, se debe realizar el *juicio de antijuridicidad*, es decir, se debe examinar si dicha conducta es antijurídica, es decir, si se conforma el injusto penal. No debe olvidarse que los aspectos positivo y negativo de la antijuridicidad, son en esencia similares en las diversas clases de conducta típica, aunque se discute si en los hechos de comisión culposa, existen o no elementos subjetivos en las justificantes, por lo que se analiza si la conducta es formalmente antijurídica y, si no lo es, se determina cuál figura justifica al agente. Si se reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por la causa de justificación respectiva, y si afirmada la antijuridicidad, se debe comprobar, si en la hipótesis se configura un posible exceso en el ejercicio de las causales de justificación.

5. CULPABILIDAD

Los presupuestos sobre los que descansa el *juicio de culpabilidad* son:

- La capacidad de comprender la ilicitud del acto.
- La capacidad de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión.

Si falta alguna de esas exigencias o ambas al mismo tiempo, no se puede emitir contra el agente, ningún juicio de responsabilidad penal.

Por supuesto, el analista debe tener en cuenta que el examen de la culpabilidad en las conductas de comisión culposa y en las de omisión, no presenta diferencias sustanciales con las de comisión dolosa, por lo que proceden las mismas causales de inculpabilidad o de exclusión de la responsabilidad, aunque con ligeros matices. Por ejemplo, en los hechos culposos (de comisión y de omisión), es de particular trascendencia la inculpabilidad por incapacidad del agente de autodeterminarse, pues figuras como el estado de necesidad, tienen mayor cabida.

Así mismo, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, se torna aquí en el potencial conocimientos del deber de cuidado, cuya ausencia puede generar un error de prohibición (directo o indirecto, vencible o invencible) y, a su vez, en los hechos omisivos, se torna en error de mandato que recae sobre el potencial conocimiento de este.

En tales condiciones, una vez comprobada la existencia de un injusto, el analista debe emitir el correspondiente juicio de culpabilidad o de responsabilidad

6. TENTATIVA

En estos casos, se debe examinar una conducta debidamente programada y puesta en marcha por el sujeto activo, que no llega al resultado esperado por la presencia de circunstancias ajenas a su voluntad, ya sea por decisión del mismo sujeto en los casos de desistimiento, incluida la modalidad malograda.

Se debe tomar en cuenta en la tentativa de realización de la conducta típica, que es una tentativa íntimamente ligada con la tipicidad, aunque está circunscrita a los hechos dolosos, no así a los culposos. Por tanto, el analista debe verificar, si en el caso concreto, se presentan los elementos que configuran la tentativa.

7. CONCURSO DE PERSONAS EN LA CONDUCTA PUNIBLE

Cuando en el caso intervienen dos o más personas que, de manera mancomunada, realizan el comportamiento criminal y pueden contar con la ayuda o determinación de otro u otros, se debe determinar cuál es el papel representado por cada uno de ellos, deslindando claramente sus aportes, estableciendo si existen coautoría, autoría mediata, complicidad, etc.

8. UNIDAD Y PLURALIDAD DE CONDUCTAS TÍPICAS

Si se presentan casos donde una misma persona realiza una conducta penalmente relevante, susceptible a agruparse en dos o más tipos penales o un número plural de conductas que encajen en idéntico supuesto de hecho en varios, el analista debe precisar si quizá se trata de una situación constitutiva de verdadera concurrencia de tipos penales para tutelar una conducta. Por lo que será necesario establecer; si hay unidad de acción; si concurren los elementos necesarios para la configuración del delito continuado; o si la situación constituye un concurso material, ideal o aparente de acciones independientes, según se presenten o no los elementos constitutivos de cada uno de ellos.

9. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA CONDUCTA PUNIBLE

Comprobada la existencia de un delito o hecho punible, entendido como conducta típica, antijurídica y culpable, la tarea siguiente es la atinente a la imposición de las consecuencias jurídicas derivadas de este, ya sean de naturaleza penal (penas o medidas de seguridad), o civil (responsabilidad civil derivada de la conducta punible). De esta manera, es necesario establecer si el autor de la conducta típica, antijurídica y culpable (responsable), es imputable o inimputable, así como la posibilidad es la sanción que dispone la ley, incluso si el autor puede o no ser acreedor de un mecanismo sustituto de la pena.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BACIGALUPO, Enrique. Técnica de resolución de casos penales. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, segunda edición actualizada y revisada, 2004.

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

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2.^a edición, 2004



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 33350