

CURSO DE TEORÍA DEL DELITO. ASPECTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

PRIMER MÓDULO

BIEN JURÍDICO, ACCIÓN Y OMISIÓN

PREÁMBULO GENERAL

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

Introducción

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

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

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

En forma complementaria, la parte general del Código Penal contiene definiciones para algunos de estos institutos (v. gr. dolo, art. 31; preterintención, art. 32), disposiciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta forma, el primer cometido de la teoría del delito, consiste en el estudio de las características comunes que debe reunir cualquier acción u omisión, para que pueda ser considerada como susceptible de sanción, tomando como punto de partida un determinado marco legal y constitucional.

Si bien es cierto que la segunda parte de nuestro Código Penal, así como también varias leyes especiales (v. gr. Ley Forestal, Código Electoral, Ley de Psicotrópicos, Ley de

³ Artículos 19 a 33 del proyecto del Código Penal.

Procedimientos de Observancia de la Propiedad Intelectual, etc.), contienen delitos de diversa naturaleza, todos ellos poseen elementos estructurales en común, cuya verificación constituye la esencia de esta teoría. Por tanto, no es misión de la teoría del delito estudiar las particularidades de cada conducta punible, sino los elementos constantes en todas ellas y los caracteres genéricos y específicos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De nosotros depende en buena medida, el camino que pueda seguir el nuestro.

PRIMER MÓDULO

EL BIEN JURÍDICO. HERRAMIENTA INTERPRETATIVA EN LA TEORÍA DEL DELITO

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

1.- El concepto de bien jurídico y su finalidad

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

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

Desde este punto de vista, es también concebido en estrecha relación con la persona, individual o colectivamente considerada, como referente material de protección, y no

una herramienta de conformación social, dirigida a promocionar la confianza en la norma jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

Su definición plantea dos dimensiones ligadas al componente político. Una es su dependencia de la voluntad legislativa y otra es la necesidad de su valoración desde el punto de vista judicial (en su consideración de elemento fundamental para la relación de convivencia).

2- Breve incursión en la evolución histórica del concepto

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

Para comprender su real significación en el desarrollo del derecho penal, es útil presentar una somera incursión en su evolución histórica. El bien jurídico ha estado sujeto a una serie de vicisitudes de carácter ideológico que algunos autores explican dentro del desarrollo y la lucha por un concepto de Estado, desde la transición de un Estado basado en un principio monárquico, hasta la llegada a un Estado basado en la "rule of law", y a los límites de carácter constitucional al ejercicio del poder, pasando por el nacionalsocialismo, el Estado benefactor y, en los últimos tiempos, el Estado ubicado más allá del individuo, involucrado en el simple manejo de los códigos y los

acoples entre los sistemas sociales. Por tanto, comprende un Estado en donde el derecho a vivir con dignidad se logra, cuando se es reconocido por las fuerzas del mercado como un ser útil, en tanto partícipe de la interacción que esas fuerzas generan.

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

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

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

Posteriormente, con el auge del positivismo que extrapola el método de las ciencias naturales a las ciencias sociales, y, desde una perspectiva acrítica, exenta de enfoques valorativos, acepta los fenómenos como realidades y se limita a tratar de explicarlos, sin cuestionarlos, surge la posición de Binding, para quien el delito importa una lesión del derecho subjetivo del Estado que le permite exigir obediencia de sus súbditos y actuar su potestad de imperio.

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

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

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

herramienta poderosa al Segundo Imperio Alemán, para la construcción de una ideología del control penal.

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

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

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

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

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

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

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

El profesor Winfried Hassemer fundamenta una teoría personal del bien jurídico, mediante un análisis de la aplicación de los mecanismos del control social que permiten, que el concepto de bien jurídico emane de las condiciones sociales en donde surge un

determinado concepto de delito, poniendo atención a los procesos comunicativos de la criminalización.

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

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

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

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

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

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

3.- Bienes jurídicos supraindividuales

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

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

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

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

El instrumento más utilizado para proteger estos nuevos bienes jurídicos, es el de los delitos de peligro abstracto, como por ejemplo, los contemplados en la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas. Su validez y legitimidad han sido admitidas por nuestra jurisprudencia, tanto constitucional como penal, al estimarse inaceptable esperar a que se le produzcan efectivas lesiones a la salud pública –o al medio ambiente, según el caso– para castigar este tipo de conductas, cuya trascendencia social se estima insoslayable, dados los efectos que tienen.

Así por ejemplo, en el derecho ambiental, la Sala Constitucional ha considerado que la noción de legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal, que motiva necesariamente abandonar el concepto tradicional, ya que se comprende que cualquier persona es parte y que su derecho no deviene de títulos de propiedad o derechos o acciones concretas que ella podría ejercer por el derecho convencional, sino que el interés podría ser lo que los tratadistas denominan el interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aún del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneren. Sólo que tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que genera y que por sí sólo únicamente permitiría accionar contra dichos actos ilegales cuando lo sean por motivos distintos de la mera vulneración del interés -porque éste no estaría amparado directamente por el ordenamiento-, se transforma al incorporarse al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose así en un verdadero derecho reaccional, que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para "reaccionar" frente a su violación por actos u omisiones ilegítimos; con lo cual aquí sí la mera vulneración de ese derecho fundamental constituye una ilegalidad constitucional, es decir, una causal específica de amparo contra actos concretos o normas autoaplicativas o, en su caso, en la acción de inconstitucionalidad contra todas las normas o contra los actos no susceptibles de amparo, incluso, contra las omisiones, categoría ésta que en el caso del derecho al ambiente se vuelve especialmente importante, porque al tratarse de conservar el medio que la naturaleza nos ha dado, la violación más frecuente se produce por la inercia de las autoridades públicas en realizar los actos necesarios para garantizarlos.

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

de ese mismo Estado de Derecho, de la democracia, de la libertad y derechos fundamentales de la persona humana.

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

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

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

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

4.- El concepto personal de bien jurídico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.- Bien jurídico como límite a la intervención punitiva

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

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

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

Su función de límite al legislador y a la política criminal del Estado, se manifiesta en la imposibilidad de crear o seleccionar determinadas conductas como delito, si con ellas

no se afecta un interés valioso, un bien jurídico relevante para la colectividad y la vida en sociedad, vistos en relación con sujetos concretos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La teoría del bien jurídico es entonces, un criterio cardinal en la construcción de una política criminal correcta, desde el punto de vista de la institucionalidad democrática,

pues en ella se fija la conexión entre la determinación del merecimiento de pena, con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico relativo a personas determinadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como hemos señalado, en esta materia también el principio de protección de bienes jurídicos es un norte orientador de las pautas en ese sentido, para evitar las

metodologías casuísticas de abordaje del fenómeno delictivo, así como el activismo antidelictivo, pero carente de sistemática.

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

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

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

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

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

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

8.-El bien jurídico en la jurisprudencia costarricense

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

a.- Pronunciamientos de la Sala Constitucional

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

En criterio de la Sala, dicha limitación obedece:

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

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

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

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

Ahora bien, en lo referente al bien jurídico tutelado por el entonces artículo 328 del Código Penal, según la Sala no podía partirse de la ubicación de este tipo en el título **XIV**, lo cual sería ilegítimo, por las razones apuntadas. Además si se indagaba el bien

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

jurídico garantizado, a partir del texto del artículo 328, se encontraría que no es, como aparenta, una defensa de la integridad corporal y de la vida. En efecto, uno de los elementos del tipo era que debido al accidente de tránsito se hubieran resultado "lesiones o muerte"; si no, la conducta no sería delictiva.

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

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

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

[...] Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el "para qué" del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos.

Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición. [...] IV. La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1° constitucional, que reza: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente"; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho. [...] V. El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" - Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero. Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia

constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional [...]

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

En la resolución **n.º 1588-98** de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de 1998, analizando la constitucionalidad de la tentativa inidónea o delito imposible, a raíz de una consulta formulada por el Tribunal de Casación Penal, la Sala Constitucional indicó que es comúnmente adoptado por la doctrina mayoritaria, que la teoría del delito solo puede partir del interés de la protección del bien jurídico, de manera que no basta con infringir una norma ética, moral o divina, sino que es necesaria, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad. Si la decisión de cuáles bienes jurídicos deben ser tutelados por el derecho penal, es de carácter político criminal, dentro de un sistema democrático como el que consagra nuestra Constitución, las intromisiones del derecho penal, deben ser las estrictamente necesarias y deben atender al principio de proporcionalidad, cumpliendo el bien jurídico una función limitadora al respecto. De acuerdo con estos y otros considerandos adicionales acerca de la naturaleza de la tentativa, la Sala concluyó que como en el delito imposible o tentativa absolutamente inidónea, no existe ninguna puesta en peligro del bien jurídico tutelado, si se sanciona con una pena o una medida de seguridad, se violenta el principio de ofensividad, por lo que declaró la inconstitucionalidad de la frase "*en tal caso se impondrá una medida de seguridad*" contenida en el artículo 24 párrafo segundo del Código Penal, y los artículos 98 inciso 5) y 102 inciso b) del Código Penal.

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

b.- Pronunciamientos del Tribunal de Casación Penal

Por su parte, el Tribunal de Casación Penal también se ha pronunciado en el sentido de que, de conformidad con los artículos **1, 28 y 39 de nuestra la Constitución Política**, las resoluciones de la Sala Constitucional, vinculantes con carácter *erga omnes*, y otros principios que inspiran el derecho penal, como son los de legalidad, proporcionalidad entre hecho y sanción y lesividad, así como la premisa filosófico-jurídica que otorga al derecho penal un carácter fragmentario, y lo sitúa como *ultima ratio* en la solución de

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

los conflictos sociales, una conducta humana solo será merecedora de sanción penal si lesiona o pone en peligro algún bien jurídico. De esta forma, el Tribunal de Casación coincide con la tesis de que nuestro ordenamiento jurídico, gravita en torno al bien jurídico tutelado en cada figura penal, el que a su vez cumple con la doble finalidad de limitar la reacción estatal solo a hechos dañosos, así como proteger al trasgresor de la prohibición penal, porque no puede ser sometido a pena, si su acción no es lesiva⁸.

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

Otro ejemplo representativo es el siguiente: Una profesional en odontología, debidamente doctorada en una universidad extranjera, con experiencia en el ejercicio de su profesión, se trasladó a vivir a nuestro país (donde su título fue revalidado), y realizó las respectivas gestiones para incorporarse al Colegio de Odontólogos, no obstante, sin haber obtenido la incorporación, la odontóloga empezó a ejercer liberalmente su profesión, atendiendo pacientes a quienes efectuó diversos trabajos dentales, en lo que evidenció su idoneidad profesional. En virtud de lo anterior, se interpuso en su contra una denuncia por ejercicio ilegal de la profesión. El Tribunal de Casación Penal, efectuando un análisis del artículo 315 del Código Penal⁹, indicó que los tipos penales tutelan al mismo tiempo varios bienes jurídicos, unos de ellos más importantes que otros para la figura en concreto, aunque normalmente una acción antijurídica terminaba lesionando varios.

En el caso del ejercicio ilegal de la profesión, el Tribunal de Casación consideró que no se tutela exclusivamente la autoridad de los colegios profesionales (pues ello haría delito hasta el ejercer cuando se está suspendido por razones pueriles, como atraso en las cuotas), sino otros bienes jurídicos adicionales, que varían según la carrera que se trate (v. gr. el ejercicio legal del derecho pone en peligro la libertad, el patrimonio y la personalidad, la economía, etc.). En virtud de que los clientes deben confiar su salud, su patrimonio, su familia y otros bienes a profesionales de distintas ramas, se exige idoneidad y un mínimo de excelencia profesional, cuyo control está a cargo de los colegios profesionales. Los jueces de casación concluyeron que se comete el delito previsto en el artículo de marras, cuando el ejercicio de la carrera no está autorizado y además se ponen en peligro los otros bienes jurídicos, distintos de la autoridad gremial. En el caso de estudio, se había demostrado que la imputada no solamente era una

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

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

odontóloga debidamente titulada, sino que además en su trabajo demostró habilidad y destreza profesional calificada.

De esta manera, si bien su conducta formalmente encuadró en la descripción contenida en el artículo 315 CPP, pues ejercía su trabajo sin licencia colegial, no se demostró que con ello pusiera en peligro la vida o salud de sus pacientes, bienes jurídicos tutelados por el tipo penal para el caso concreto, por lo que al no existir un daño, su conducta no fue constitutiva de delito¹⁰.

Véase además estos otros casos:

-Un hombre y una mujer, después de convivir en unión libre por un tiempo, deciden separarse. Aproximadamente un mes y medio después, el hombre, sin previo aviso, se presenta en horas de la mañana a la casa de habitación en donde convivió con su ex compañera; ingresó por la puerta principal, que se encontraba abierta; penetró un par de metros en su interior; recogió una camisa de su propiedad e, inmediatamente, hizo abandono del inmueble. Su ex compañera, molesta porque el sujeto ingresó sin su consentimiento a la casa, lo denuncia por violación de domicilio, y el sujeto efectivamente resultó condenado por este delito.

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

En criterio del Tribunal, una conducta humana, para que sea merecedora de sanción penal, debe afectar de manera concreta y plena algún bien jurídico, pero no de forma tangencial o mínima, ya que en tal caso se incurriría en una aplicación meramente formal de las normas penales, sin ningún contenido real. (Art 28 y 39 de la Constitución Política). Citando la doctrina de Susana Huerta Tocildo, el Tribunal de Casación señaló que para que una conducta pueda ser calificada de antijurídica, no basta con que haya ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico –*desvalor de resultado*– sino que es preciso que dicha lesión o puesta en peligro se efectúe en el marco de una acción personalmente antijurídica (*desvalor de acción*). No obstante, en el caso de

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

estudio no se daba ni lo uno ni lo otro, pues al examinarse las circunstancias que rodeaban el caso, se concluía que: a).- El ingreso fue en horas de la mañana. b) La puerta de la casa se encontraba abierta. c) El ingreso duró escasos segundos, por cuanto lo que él hizo fue recoger una camisa suya para seguidamente salir. d) El egreso fue por su propia voluntad. e). La ofendida se encontraba viendo televisión. A lo descrito era menester añadir otros aspectos que se extraían de la prueba transcrita en la sentencia: f) La distancia recorrida por el acusado fue de escasos dos metros y g) Ofendida e imputado convivieron en unión libre, que había terminado aproximadamente un mes y medio previo a los hechos.

Todo lo anterior, a criterio del Tribunal de Casación, acreditaba una relación cercana entre imputado y ofendida, aunque en los inicios de un proceso de extinción o modificación que desdibujaba los límites que los separan por cuanto todavía mantenían ciertos lazos comunes, razón de ser de la presencia de la camisa que sacó el acusado del lugar. De tal manera, se hacía necesario valorar los hechos en su forma dinámica y no estática, como lo hizo el *a quo*, pues distinto hubiere sido si se tratara de dos individuos totalmente extraños entre sí y que uno entrara en la casa del otro, en horas de la madrugada, estando la puerta cerrada, y que caminara por toda la vivienda durante largo rato¹¹.

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

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

Dicho alegato efectivamente fue acogido por el Tribunal de Casación Penal. En la resolución que declaró con lugar el recurso, se indica que el caso de estudio debía analizarse a la luz del principio de lesividad, a fin de determinar si este último había sido vulnerado, pues ello constituye un requisito esencial para justificar la aplicación del derecho penal. Tal como lo alegaba la parte impugnante, el documento -pasaporte- aunque formalmente falso por contener un sello alterado, carecía de efectos jurídicos, toda vez que dicho sello en nada afectaba la validez del documento para viajar, pues siendo los imputados costarricenses, no tenían ningún impedimento para ingresar al país. Para el Tribunal resultó importante citar el contenido del artículo 22 de la Constitución Política, que señala que " *Todo costarricense puede trasladarse y*

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

permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuanto le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país", de manera que el ingreso a Costa Rica para los imputados era totalmente libre, y para salir no requería demostrar su ingreso, pues la sentencia no señalaba nada al respecto, sino que se limitaba a tener por cierto que iban a abandonar el país con un sello falso en su pasaporte, pero no se decía qué efecto pudo tener el mismo. En este sentido, para el Tribunal de Casación el fallo condenatorio era claro en cuanto a que, el uso que le estaban dando al pasaporte, era para salir del país, y para ello ninguna incidencia tenía las fechas de ingreso, toda vez que son nacionales y no existía prohibición alguna. Dicho de otra manera, para salir del país sólo es necesario no tener impedimento –estar libre de responsabilidad como indica la Constitución- por lo que los encartados nunca pretendieron con el sello falso alterar en nada la fe pública, porque el uso del documento era para salir del país, y en el fallo no se indicaba ni analizaba la existencia de algún perjuicio real o potencial por el sello falso.

Sobre el mismo tema, el Tribunal de Casación señaló además que la Sala Tercera ha aceptado que, además de la falsedad del documento, para poder lesionarse el bien jurídico tutelado debía existir un daño real o potencial a la fe pública: *"Es cierto que para la interpretación del delito de uso de documento falso debe aplicarse el criterio regulador de que dicho uso debe estar en posibilidad de causar perjuicio, elemento que se extrae de los delitos de falsedad propiamente dichos, cuyas figuras sí lo contemplan en forma expresa. En el perjuicio y su potencialidad está la legitimación para que el derecho penal pueda sancionar esas conductas, atendiendo al principio de lesividad a bienes jurídicos esenciales para el conglomerado social. Hablamos aquí de una exigencia que va más allá de la mera lesión que se supone ínsita en todo tipo penal respetuoso de las exigencias del Estado de Derecho. Sin embargo, esto merece ser precisado pues no significa que a la lesión de la fe pública deba agregársele a su vez la lesión a otro bien jurídico distinto, para acreditar la tipicidad de la conducta, que es lo que parece entender el recurrente. II.- **El bien jurídico fe pública**, construido luego de una larga evolución doctrinal, encierra un significado particular en el que tiene relevancia el poder del Estado de atribuir a ciertos actos suyos o de los particulares, traducidos en documentos, validez general para acreditar determinado tipo de relaciones jurídicas. Para ello se vale de ciertas formalidades que deben rodearlos, como su elaboración o certificación por determinado tipo de funcionario, con el cumplimiento de requisitos establecidos legal o reglamentariamente, o bien el cumplimiento de determinadas formas -sellos, papel especial, timbres, etc.- a partir de los cuales se les asigna valor de verdad, en cuanto prueban lo que en ellos consta. Fe pública es pues, la confianza que, por esa intervención del Estado a través del derecho, se genera en esos documentos y lo que ellos certifican o representan, dándoles fuerza para generar un juicio de certeza, bien de la realización de un acto creador de relaciones jurídicas, o bien que de cuenta de ellas y que por ello les permite generar efectos jurídicos. Por ello se exige además que la falsedad sea idónea para generar ese juicio de certeza, en una persona cualquiera, es decir, no determinada, que le otorgue al documento validez para probar el acto al que se refiere. Y aquí es donde entra en escena el elemento del perjuicio. Si nos conformamos con que el simple hecho de falsificar, deformar o alterar, lesionan sin más la fe pública, estos delitos no cumplirían con el principio de lesividad, exigido constitucionalmente. No basta la simple falsificación -comprendidas todas sus diversas formas-. Es necesario que esta sea idónea para generar el juicio de certeza de que venimos hablando respecto de lo que el*

documento está llamado a acreditar, y por hacerlo falsamente es que se da la posibilidad -no es necesario el daño efectivo- de que haya perjuicio. (Sentencia 1144-1997 de las 09:50 horas del 23 de octubre de 1997). Luego la Sala también ha incurrido en el daño real o potencial para efectos de configuración del tipo penal, cuando indica que: " Debe recordarse que en casos como el presente, la alteración debe efectuarse " de modo que pueda resultar perjuicio", como indica el artículo 357 del Código Penal), sea no se exige que el perjuicio se concrete en daño, pero tampoco que la posibilidad de perjuicio sea abstracta. "Su sola falsificación no alcanza jerarquía penal si no logró, por lo menos, poner en peligro la relación de disponibilidad, representada por el documento, pero que reside en la relación jurídica que opera en distintas esferas de lo jurídico. No es admisible que la posibilidad de perjuicio se determine como entidad abstracta que venga a surgir de la simple pérdida de autenticidad y veracidad del documento". (negrilla no original). (Creus, Carlos. Derecho Penal, página 429). "Pero es necesario que la falsedad sea capaz de producir perjuicio. Si no existe la posibilidad de perjuicio la falsedad no es punible. En este sentido es particularmente ilustrativa la Exposición de Motivos del Proyecto de 1.891, en la que se dice:" La posibilidad del perjuicio y no sólo el perjuicio realmente producido, da lugar en este delito a su consumación; pero es indispensable y esencial que esa posibilidad exista; porque en el caso contrario se trataría de una acción que siendo totalmente inocua, no habría que reprimir". (Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, 8° Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.978, páginas 662-663)" (Sentencia 09:05 hrs del 5 de marzo de 1999 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de justicia).

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

c.- Pronunciamientos de la Sala Tercera

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

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

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

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

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

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

*Suprema de Justicia-Asociación de Ciencias Penales, San José, 1.996, pág.118).*¹⁴

Entre los casos más representativos examinados por la Sala, están los relacionados con delitos previstos en la Ley de Psicotrópicos, como por ejemplo el siguiente: Un sujeto cultiva ocho plantas de marihuana en un área de cinco por tres metros de una finca, y es sorprendido por la policía, mientras regaba las citadas matas que tenía cultivadas, es decir, dándole cuidado al sembradío. La Sala rechazó la tesis de defensa que sostenía que dicha conducta era inocua para el bien jurídico tutelado, dada la escasa cantidad de plantas sembradas, argumentando que, en principio, por la ofensividad genérica que implican las conductas reprimidas en dicha ley, cabe excluir la aplicación generalizada de principios, como el de insignificancia del hecho, el cual debía reservarse a supuestos excepcionales. Por tanto no se debe calificar una conducta como inofensiva para la Salud Pública (bien jurídico tutelado), por la simple constatación de que se posean pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, pues podría suceder que esa sea la forma ideada por el sujeto para lograr sus propósitos delictivos.

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

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

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

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

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

¹⁵ Ver voto n.º 2001-74 de las 10:10 hrs. del 19 de enero del 2001.

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

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

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

En el caso de estudio, lo que tuvo por cierto el tribunal de juicio –pese a que erróneamente mencionó que el delito de vender drogas se encontraba consumado– fue que el encartado se limitó a ofrecer; trató o intentó vender clorhidrato de cocaína a los oficiales del O.I.J., sin que esa acción llegara a consumarse, precisamente porque ante tal ofrecimiento, de inmediato los policías se identificaron y procedieron a detener al encartado. En otras palabras, lo que se tuvo por probado fue entonces una tentativa de venta de droga, un mero inicio de actos de ejecución no consumados por circunstancias ajenas a la voluntad del autor y no una efectiva transacción de compra-venta de esa sustancia.

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

estaría reprimiendo un peligro mucho más impreciso e indefinido, que el propio peligro abstracto para la salud pública, generado por una venta de drogas consumada.

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

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

Por el anterior motivo, los delitos contenidos en esta legislación especial castigan aquellas conductas que, aunque no hayan producido un peligro concreto para la salud pública, suponen –desde una perspectiva *ex ante*- **un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o lesión a la salud pública**. De esta manera, tanto la Sala Tercera como el Tribunal de Casación, han admitido que comete delito quien *posee* clorhidrato de cocaína con fines de tráfico internacional o *intenta introducir* cocaína base crack a un centro penitenciario, aun cuando, en la práctica, dichas sustancias no logren llegar a sus destinatarios finales. Para nuestra jurisprudencia esto es así, por cuanto no se acepta que deban producirse efectivas lesiones a la salud pública para castigar este tipo de conductas, cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen¹⁷.

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

Puede citarse aquí que, en cuanto al tema de la tentativa de introducción de drogas a centros penitenciarios, tanto la Sala Tercera como el Tribunal de Casación, han señalado que si una persona es detenida portando droga para introducirla a un Centro

¹⁶ Ver voto n.º 2004-1309 de las 10:55 hrs. del 12 de noviembre de 2004

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

Penitenciario, ya ha realizado varios delitos consumados de tráfico de drogas en su forma simple, porque la posee y la transporta con fines de suministro o venta, lo que conforme al artículo 61 de la Ley de Psicotrópicos (actualmente artículo 58 *ibídem*) constituye ya un delito consumado, sancionado con pena privativa de libertad.

En consecuencia, no podría estimarse menos lesiva para el bien jurídico el supuesto en donde la persona pretenda realizar el suministro o la venta de la droga en un centro penitenciario o en un centro de enseñanza, solo por el hecho de ser sorprendida, puesto que conforme ya se dijo había consumado el delito en su forma simple (posesión y transporte de droga con fines de suministro o venta). En otros términos, no es congruente considerar **consumado** un delito de posesión de droga o transporte de droga con fines de venta o suministro, cuando no se pretende realizar el trasiego en un centro penitenciario o en un centro de enseñanza. Pero estimar que constituye un delito **en grado de tentativa** –y en consecuencia aplicar una pequeña pena de prisión con condena de ejecución condicional– cuando se posee y se transporta la droga para traficar con ella en un centro penitenciario o en un centro de enseñanza, pero se es sorprendido al momento del registro, antes del ingreso al centro, esta última conducta debería **ser calificada más grave y de mayor sanción que la primera**, primero por tratarse precisamente de una forma agravada conforme lo señaló el legislador, y segundo porque ya se había consumado la figura simple del delito de posesión y transporte de droga con fines de tráfico¹⁸.

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

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

9.- La acción penal

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

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

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

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

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

Es claro que los artículos 28 y 39 de nuestra Constitución Política excluyen la persecución penal por hechos que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, así como también que nadie puede ser penalmente sancionado sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por la autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa, mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

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

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

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

De esta manera, la titularidad de la conducta para el derecho penal, solo recae en la persona humana. Esta última se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(conformada por diferentes actos), lesionaron dos bienes jurídicos independientemente tutelados a favor de la víctima (su vida y su propiedad)²⁶.

En la práctica, pueden presentarse situaciones complejas. Por ejemplo, en una causa por homicidio se logró determinar que una pareja, en forma continua y progresiva, se dedicó a agredir físicamente a su hija de 5 meses de edad, y le causaron lesiones en diferentes partes de su cuerpo, hasta que finalmente fue llevada de emergencia a un hospital, donde falleció a causa de múltiples traumatismos. A pesar de que no fue posible individualizar la conducta específica de cada uno de los imputados, la Sala Tercera confirmó la sentencia que declaró a ambos coautores responsables de homicidio calificado, señalando que, en casos como este (síndrome del niño agredido), además de que la prueba, por lo general, resulta escasa, por tratarse de hechos que ocurren en el seno familiar, el delito no se consuma a partir de un acto preciso y determinado, sino que se consigue a consecuencia de una serie de acciones que se van ejecutando y prolongando en cierto espacio de tiempo, las cuales pueden progresivamente ir dejando lesiones y secuelas que, al final de cuentas, contribuyen (unas en mayor grado que otras) a la producción del resultado mortal.

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

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

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

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

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

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

²⁷ Ver voto n.º 2003-886 de las 9:55 hrs. del 3 de octubre del 2003.

²⁸ Véase el voto de la Sala Tercera n.º 2007-156 de las 8:30 hrs. del 28 de febrero de 2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

9.1.1.-Responsabilidad de las personas jurídicas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo que las leyes sí podrían hacer, es asignar competencia al juez penal, para que, en una misma sentencia o proceso, decida penas y cuestiones civiles y administrativas e imponga medidas sancionatorias, conforme a esos modelos, siempre que se respeten el derecho de defensa y demás garantías procesales.

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

9.1.2- Acción y resultado

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

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

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

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

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

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

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

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

9.1.3.- Teorías para explicar la relación de causalidad

Como no todos los casos de relaciones de causalidad son tan fáciles de resolver, se han elaborado diversas teorías para facilitar la solución de los casos difíciles, entre ellas, la

teoría de la equivalencia de las condiciones, la de la causación adecuada y la teoría de la causal jurídicamente relevante.

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

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

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

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

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

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

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

De esta forma, el Tribunal de Casación declaró ineficaz una sentencia condenatoria, en donde únicamente se tuvo por establecido que, un imputado, quien conducía su vehículo a una velocidad de 75 km/h, en una zona cuya velocidad permitida era de 60 km/h, atropelló a un peatón que se le atravesó en la vía, fuera del cruce peatonal. El Tribunal consideró que la relación de hechos probados era omisa, por cuanto se limitaba a indicar que el exceso de velocidad fue la causa de las lesiones sufridas por el ofendido, sin dar mayores elementos para establecer la relación de causalidad. Además tampoco estaban claros otros aspectos importantes, como ¿qué hubiera sucedido si el imputado hubiera conducido a sesenta kilómetros por hora?, o ¿por qué motivo se descartó que la omisión al deber de cuidado por parte del ofendido, fuera la causa de sus propias lesiones?³⁰

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

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

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

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

³⁰ Tribunal de Casación Penal, voto n.º 2001-303 del 16 de abril del 2001.

9.2- Ausencia de acción (o de conducta)

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

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

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

Hay que tener cuidado de no confundir esta figura con los supuestos de la autoría mediata, en la que el autor utiliza a otra persona como instrumento para cometer un hecho punible. En este último caso, el sujeto instrumentalizado, de manera voluntaria lleva a cabo actos que ocasionan el resultado lesivo. No obstante, no se le reputa responsabilidad penal, por exclusión de otros elementos generales del delito.

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

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

Cuando decimos que la fuerza debe ser irresistible, significa que debe tratarse de una *vis* que doblega y arrastra la voluntad del individuo, que es llevado de manera que no puede oponerse. De lo anterior se desprende que si la fuerza es resistible, habrá conducta, pero

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

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

esta puede ser justificada o inculpable, según el caso. Por lo anterior es preciso distinguir la *vis absoluta* de la *vis compulsiva*:

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

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

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

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

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

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

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

El caso fortuito se refiere a un hecho que, por ser **imprevisible** (aún utilizando una conducta diligente), deviene inevitable (si se hubiera podido prever, sería evitable: la

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

culpa en la previsión excluye el caso fortuito), definición que es adoptada también por nuestra jurisprudencia de casación³⁴. Por lo anterior, la previsibilidad y la evitabilidad del hecho, excluyen la aplicación del caso fortuito.

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

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

Ejemplos de casos conocidos por nuestra jurisprudencia:

1.- En horas de la noche, un sujeto conduce un vehículo a noventa kilómetros por hora sobre una autopista (dentro del margen de velocidad permitida), en un sector donde no había iluminación artificial. Súbitamente, se topa con un “mataburros” colocado en media carretera, por lo que con el fin de esquivarlo viró su vehículo hacia un costado, y perdió el control del mismo, invadiendo el carril contrario, donde colisionó de frente con otro automotor y ocasionó la muerte de sus pasajeros. Luego del examen de estos hechos, la Sala de Casación consideró que los mismos encuadraban dentro de los supuestos del caso fortuito, al estimar que no resultaba *previsible* para un conductor medio, suponer que en una autopista (que admitía una velocidad máxima de 90 km/h, con cuatro carriles y acceso restringido) y en la cual no mediaban otras especiales condiciones (como lluvia, neblina, derrumbes, defectos existentes en las luces reglamentarias o cualquier otro componente del vehículo, etc.), pudiera encontrarse de pronto con un obstáculo de esa naturaleza. Adicionalmente, se consideró que la nocturnidad, por sí misma, no constituía una condición excepcional que obligara al conductor a aminorar la velocidad en ese tramo de la autopista, por lo que la aparición del objeto de marras constituyó un evento fortuito para el acusado, que le eximía de responsabilidad penal por el accidente³⁵.

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

3.- Un conductor circula por una carretera, aproximadamente a setenta y cinco kilómetros por hora (dentro del margen de velocidad permitida), y al acercarse a un sector donde había hundimientos o malformaciones del pavimento asfáltico (los cuales podían ser perfectamente divisados desde cien metros antes de llegar), no disminuyó su velocidad, por lo que al pasar sobre dicho sector, su vehículo se suspendió en el aire y al

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

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

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

caer perdió el control del mismo, se salió de su carril y colisionó a otro vehículo con resultado de lesiones a sus pasajeros. Analizados estos hechos, se consideró que no había caso fortuito, pues si por las especiales condiciones que, en el momento, presenta una carretera (v. gr. lluvia, neblina, o como en este caso defectos en la calzada, etc.), un conductor debe aminorar la marcha y si no lo hace, la velocidad con que circula – aunque no sea superior a la permitida– puede llegar a considerarse como “peligrosa y excesiva”, en la medida en que atente contra la seguridad de las personas o sus bienes, como efectivamente ocurrió en el caso de estudio. Por lo tanto, el resultado lesivo sí era previsible y evitable para el acusado, quien pudo haber disminuido su velocidad y, de esta forma, el accidente no hubiera sucedido³⁷.

10- La omisión

10.1- Estructura de la omisión

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

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

10.2- Aspectos objetivos y subjetivos

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

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

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

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

³⁷ Al respecto pueden consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 433-F-91 de las 10:45 horas del 9 de agosto de 1991, 511-F-93 de las 9:00 horas del 10 de septiembre de 1993 y n.º 608-F-95 de las 9:25 horas del 13 de octubre de 1995, así como del Tribunal de Casación Penal n.º 2003-696 de las once horas cincuenta y cinco minutos del dieciocho de julio del dos mil tres.

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

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

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

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

10.3- Clases de omisión penalmente relevantes

El delito omisivo puede aparecer de diversas formas:

a.- Como delito de omisión pura o propia que equivale a delitos de simple actividad. Se castiga la simple infracción de un deber de actuar. Estos delitos contienen un mandato de acción.

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

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

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

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

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

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

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

10.4- Delitos omisivos propios

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

Cabe observar que nuestra jurisprudencia había incluido dentro de esta categoría, al delito de incumplimiento de deberes, tal como estaba previsto antes de la reforma al artículo 332 del 21 de diciembre de 2000, publicada en la Gaceta n.º10 del 5 de enero de 2001, cuando sancionaba al funcionario público que ilegalmente omitiera, rehusara hacer o retardara algún acto propio de su función, toda vez que los verbos empleados por el legislador para definir el hecho denotaban claramente que se trataba de un delito de pura omisión, el cual no requería la producción de un resultado dañoso alguno para su consumación⁴².

⁴⁰ Artículo 146 del proyecto de Código Penal.

⁴¹ Artículo 225 del proyecto de Código Penal.

⁴² Ver votos del Tribunal de Casación Penal n.º 2002-812 de las 10:50 hrs. del 3 de octubre del 2002 y n.º 2005-337 de las 9:07 hrs. del 28 de abril de 2005. Originalmente, en dichas resoluciones también se

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

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

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

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

Ahora bien, en nuestra jurisprudencia se ha planteado el tema de si este tipo de delitos omisivos –como el citado caso del incumplimiento de deberes– pueden cometerse con dolo eventual. Al respecto, la Sala Tercera se pronunció indicando que debía empezarse por hacer una distinción entre los conceptos de “culpa consciente”, según la cual el agente –a pesar de no querer que se dé el resultado antijurídico– actúa previendo como posible su producción, aunque confía en su habilidad o capacidad para evitarlo; y “dolo eventual” en donde el sujeto activo se representa y acepta la posibilidad del resultado, el cual no procura evitar, pues más bien forma parte de su cálculo de efectos concomitantes (sabe que puede suceder, pero no le importa).

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

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

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

tanto, la forma más grave de lo ilícito, la correspondiente a los delitos de comisión dolosos, en los delitos de omisión será el delito "cuasi-doloso". Esta omisión cuasidolosa se dará cuando el omitente haya tenido: a).- conocimiento de la situación típica generadora del deber de obrar; b).- y haya sido por lo menos indiferente frente a la producción del resultado o la lesión del bien jurídico. El tipo del delito de omisión culposo no se diferencia del de omisión doloso, sino en que la omisión tiene lugar por negligencia del omitente. Esta negligencia, de acuerdo con Bacigalupo, se tendrá por acreditada, cuando el omitente no tuvo conocimiento de la situación (típica) generadora del deber o de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar por falta de diligencia, es decir, por no haber empleado el debido cuidado.

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

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

No obstante, para la Sala la conducta negligente y descuidada del maquinista y del gerente del banco, no podría encasillarse dentro de la figura de la estafa, pues no existió de su parte ninguna acción final, ni se dio ningún vínculo subjetivo con los coencartados que sí realizaron todo un despliegue doloso tendiente a defraudar a la institución ofendida, como tampoco participaron de manera activa y dolosa en la creación del ardid necesario para consumir la defraudación. Asimismo, en el caso de estudio, resultaba del todo impropia la concurrencia de dicha delincuencia, primero porque la conducta que se les demostró a los funcionarios fue omisiva y negligente; y segundo, porque la estafa no puede cometerse mediante un dolo eventual. Para establecer la correcta calificación jurídica, la Sala consideró que el tribunal de juicio estableció como hecho probado que ambos encartados, si bien no tenían un conocimiento claro, preciso y específico del despliegue artificioso que estaban desarrollando los restantes imputados, **de manera voluntaria y consciente no quisieron ejercer los controles administrativos a que estaban obligados con respecto a esas cuentas corrientes.**

Por tanto, de manera dolosa, ambos servidores bancarios voluntaria y conscientemente, decidieron no ejercer los controles administrativos en torno a las cuentas corrientes, estando obligados a ello por ser parte de sus funciones, conducta que sí encuadraba en la delincuencia que define el artículo 330 del Código Penal, como Incumplimiento de

Deberes –recalificando así los hechos probados– dado que ambos acusados dolosamente desatendieron las directrices que en tal sentido emanaban del departamento de auditoría y, sabiendo incluso que su comportamiento era contrario al reglamento interno de trabajo, no ejercieron los controles respectivos al evacuarse las consultas en torno a las cuentas corrientes de los restantes coimputados.⁴³

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

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

10.5- Delitos de omisión impropia o de comisión por omisión

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

Se puede señalar en este caso que la omisión equivale a la acción. Se produce, por un lado, lo que se conoce como cláusula de equivalencia, para los efectos de imputar la omisión a la producción de un determinado resultado, según el sentido del texto de la ley, y, por otro, la existencia de un especial deber jurídico del autor, de evitar el resultado, derivado este deber de la ley, el contrato o el riesgo para el bien jurídico protegido, creado por el omitente.⁴⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁵ Sala Tercera voto n.º 2005-103 de las 10:20 hrs. del 18 de febrero de 2005.

⁴⁶ Sala Constitucional voto n.º 1588-98 de las 16:27 hrs. del 10 de marzo de 1998.

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

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

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

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

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

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

típica su realización a nivel omisivo; pero que se vincula a la realización de una omisión cuando esta produzca el resultado que el tipo activo doloso contempla.

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

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

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

Esta posición de garante del bien jurídico que es, a su vez, un complemento adicional delimitador de la tipicidad omisiva impropia (si no hay posición de garante, la omisión es atípica), puede producirse en tres primeras hipótesis: 1).- En aquellos casos que surgen a partir de una situación anterior entre las partes, de donde puede deducirse que uno de los sujetos asume el deber de protección, y el otro actúa confiado en la expectativa de que aquel cumplirá con el deber de protección. 2).- Cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro. 3).- Un contrato o relación jurídica entre las partes, también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no se produzcan los resultados desaprobados por la norma. La omisión impropia que se genera al encontrarse alguien en posición de garante, obliga, entonces, a que el análisis judicial se concentre en detectar primero si existe un deber de actuar conforme a la norma preceptiva en juego.⁴⁸

⁴⁸ Sala Tercera voto n.º 789-99 de las 10:55 horas del 25 de junio de 1999. Esta posición ha sido reiterada por la misma Sala, mediante el voto n.º 2006-536 de las 10:00 del siete de junio del 2006, en el cual se indica lo siguiente: [...] *Por último, en este mismo reclamo, aduce el recurrente que nos encontramos frente a un solo delito de desobediencia a la autoridad, y no, dos, como lo entendió el Tribunal, por tratarse de la misma orden judicial desobedecida. El reclamo debe rechazarse: Aunque el gestionante se limita a indicar su pretensión, conviene profundizar en el razonamiento a fin de aclarar el punto, considerando que fue ordenado el reenvío de una parte del fallo impugnado, que contenía la condena por uno de los dos delitos de desobediencia a la autoridad acusados. Así, debe decirse que la posición esbozada corresponde a una tesis doctrinaria minoritaria, recogida en algunas ocasiones por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, según la cual, el delito de desobediencia a la autoridad es siempre un delito de omisión, cuya acción típica se limita a no prestar la obediencia*

requerida, que se consuma con la mera negativa abierta, sin requerir además la producción de resultado alguno. Según esta posición, el hecho de que esa voluntad del sujeto, de no obedecer lo mandado, se manifieste o no mediante una acción, no significa que nos encontremos frente a un delito de acción. (Cfr. voto 337-05, del Tribunal de Casación Penal de las 9:07 horas del 28 de abril de 2005). Así, se impone realizar primeramente algunas acotaciones en cuanto al delito de omisión. Siguiendo a MUÑOZ CONDE, se tiene que el derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. La infracción a estas normas imperativas es la que constituye la esencia de los delitos de omisión. Así, lo que el legislador castiga en estos es la no realización de la acción mandada. Podemos decir que, en este tipo de ilícitos, omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Suponen siempre la omisión a un deber jurídico, porque: [...] La comprobación de que alguien ha omitido una acción que podía haber realizado, es todavía insuficiente para generar un juicio de desaprobación sobre la omisión. La omisión penalmente relevante, es la omisión de la acción esperada. De todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, el ordenamiento jurídico penal solo le interesa aquella que espera que el sujeto haga (auxiliar, socorrer, impedir que se comete un delito, etc.) porque le impone el deber de realizarla ... En el fondo de todo delito, existe siempre una infracción de un deber, el deber de respetar el bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión (no matar, no hurtar, etc.). Pero lo esencial en el delito de omisión es que ese deber se incumple al omitir el sujeto una acción mandada y, por tanto, esperada en el ordenamiento jurídico: el cirujano que opera con material no desinfectado, produciendo una infección en el paciente a consecuencia de la cual muere, no comete un delito de acción (operar con instrumental sin desinfectar), sino uno omisivo (omisión de la obligada desinfección). Por eso, la omisión penalmente relevante no puede ser comprendida en un plano exclusivamente ontológico y por eso, también, hay que referirse a las categorías de tipicidad y antijuridicidad...para comprender su esencia [...] Como delitos de omisión pura o impropia, en los que se castiga la simple infracción al deber de actuar, sin más. Equivalen los delitos de mera actividad [...] En estos delitos, el contenido típico está constituido por la simple infracción al deber de actuar. Paradigma de este tipo de delitos es la omisión del deber de socorro... En él, el deber de actuar surge, en el plano objetivo, de la presencia de una situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave) que exige una intervención. La no prestación de una intervención (no socorrer) determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo del injusto de este delito omisivo[...]"(MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría general del delito, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá, pp 24). En ese sentido, se ha entendido: "[...] El comportamiento humano que interesa al derecho penal no se agota en el ejercicio activo de una finalidad, sino también en la omisión de conductas debidas, en la no realización de conductas mandadas por la norma[...]Las normas penales no son sólo aquellas que incluyen prohibiciones[...] sino también aquellas que contienen deberes, es decir, aquellas a las que interesa imponer un especial deber en relación con el bien jurídico tutelado[...] Pertenecen a este rango las normas preceptivas aquellas que imponen el deber de auxilio, el deber de pagar alimentos a los deudores alimentarios. El deber que las normas preceptivas imponen, y que se castigan mediante la omisión impropia o "comisión por omisión"- como también se le conoce en doctrina-, no es un deber que brota del devenir social o de las costumbres de un pueblo o de su moralidad, sino que es el deber legal (deber jurídico de evitar – en el lenguaje utilizado por el legislador penal de 1971), la acción mandada por el Ordenamiento Jurídico. Por ello no estamos hablando aquí de una analogía desfavorable al reo o de la imposición de una condena por una acción no tipificada, sino que la tipicidad omisiva impropia siempre implica el análisis de una tipicidad activa dolosa correlativa o paralela, la relación de antinormatividad de la conducta omitida o distinta a la mandada, y, por supuesto, la producción reprochable [...] de un resultado desaprobado. De acuerdo con ese orden de ideas, es posible distinguir al menos tres tipos de omisión que interesan al Derecho Penal: por un lado la omisión pura o propia que se produce cuando la ley Penal castiga la simple infracción al deber de actuar (verbigracia: omisión de auxilio –artículo 144 del Código Penal, omisión de dar alimentos- artículo 185 ibídem–); otro caso de omisión relevante sería aquella que va ligada a un determinado resultado, como ocurre cuando el legislador castiga la producción de un determinado resultado, producido por omisión, y que representa por sí una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado[...]"(Resolución 789-99 de esta Sala Tercera de las 10:55 horas del 25 de junio de 1999). Por su parte, el artículo 18 de nuestro Código Penal, reza: "El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo." Así las cosas, véase que no resulta del todo correcto, afirmar que el delito de desobediencia a la autoridad es un delito de omisión simplemente porque supone el no obedecer por parte del agente. Ello atendiendo al significado literal de la palabra omisión y no al sentido técnico-jurídico de este tipo

En un caso conocido por la Sala Tercera, los redactores de un medio de comunicación escrito, prepararon una noticia cuyo contenido resultaba injurioso para una persona, por cuanto se ofendían su honor y decoro. El director de ese periódico, teniendo conocimiento de la falta de veracidad con que se presentaría la nota, no impidió su publicación. Valorado el asunto, se consideró que el director de ese medio informativo también había cometido el delito de injurias por la prensa, en la modalidad de *comisión por omisión*, toda vez que si bien era cierto que él no fue quien confeccionó ni suscribió dicha nota, es decir, no formuló de manera personal la ofensa (conducta activa descrita en el tipo penal), como director y, por ende, legalmente responsable del medio informativo, tenía el deber jurídico de vigilar que el contenido de las informaciones publicadas en su periódico, no lesionaran el honor de las personas. Este deber jurídico brota directamente del valor constitucional del derecho a informar, el cual permite a los medios de comunicación informar al ciudadano, en el Estado de derecho, pero mediante informaciones de contenido veraz que hayan sido investigadas de manera diligente, y de las que pueda predicarse que efectivamente cumplen con el requisito de llenar el objetivo democrático de generar opinión pública (lo que lo ubicaba en una posición de garante). De manera que, al permitir la publicación de la nota injuriosa, el director cometió también el delito que cometería quien, de manea directa, afecta el honor de alguien con una acción directa de difamar o calumniar.

La única diferencia es que su “*situación típica*” se generó cuando, teniendo el deber de evitar la publicación de tales informaciones, no las evitó, pudiendo hacerlo, lo que acarreó como consecuencia que la información lesiva llegara a un gran número de lectores, quienes tenderán a participar en el discurso público, con una opinión formada en abierta lesión con el objetivo constitucional contenido en la protección del proteger el derecho de informar (es decir, su omisión provocó el resultado dañoso previsto en el

de delitos omisivos. En realidad, desobedecer una orden emitida por una autoridad judicial es una acción en sí misma, que puede realizarse desplegando una conducta activa o pasiva, sin que por eso podamos decir que se trata de un delito de comisión u omisión respectivamente. Así, según lo expuesto, esto no supone el no despliegue de una acción esperada o mandada por el ordenamiento jurídico o la violación a un deber jurídico, en ningún sentido. Ciertamente es que el delito se consuma cuando se desobedece la orden, lo que podrá ocurrir con una conducta pasiva, de no hacer, – u omisiva en el sentido gramatical y no jurídico–, obviando acatar la orden, o bien, a través de una conducta activa, desplegando acciones concretas. En el primer caso, la acción se consuma hasta que se deje de ignorar pasivamente la orden, en el segundo, cada vez que se ejecute una acción material en contra de la misma, pero, en ambos casos, se trata de un delito de acción. Ello es así, pues la acción típica “desobedecer” no implica el cumplimiento de un deber jurídico desde el punto de vista dogmático, sino que se refiere a una acción pura y simple de no obedecer, que podrá implicar un hacer o un no hacer por parte del sujeto activo. Por esa razón, se entiende que, cuando la conducta no implica el sólo ignorar la orden –no hacer– sino que se materializa en diferentes oportunidades en el tiempo –hacer–, la norma penal se violenta tal cantidad de veces, como conductas se desplieguen, sin que ello resulte absurdo, a pesar de tratarse de una misma orden, dado que el límite en la penalidad lo imponen las reglas del concurso material. En cambio, tratándose de un no hacer, esta evidentemente supone una sola acción. Así, se lo ha entendido también en esta Sala, al afirmar, por ejemplo que: “[...] a juicio de la recurrente, para que se dé el concurso material en esta clase de delitos debe darse una orden de cumplir para cada caso. En el recurso por el fondo sólo se debe analizar si la ley sustantiva ha sido bien o mal aplicada, o dicho de otra forma, si los hechos probados se adecuan típicamente en la ley penal que se aplica. En los mismos en la sentencia se consigna que la encartada [...] ha desobedecido en cinco oportunidades una orden emanada de autoridad judicial. En consecuencia esa adecuación típica se ha cumplido en el caso presente por lo que las violaciones reclamadas no se han producido [...]” (Resolución 343-f-90 de las 10:50 horas del 16 de noviembre de 1990). Por lo expuesto, se declara sin lugar el reclamo [...]”.

tipo penal), precisamente porque, este derecho había sido abusado en detrimento de la honra y bienes jurídicos del ofendido⁴⁹.

De igual forma, nuestra jurisprudencia ha considerado que los jefes, administradores, encargados, miembros de la junta directiva y demás personeros de las empresas que se dedican a captar fondos del público, con el fin de invertirlos en actividades, supuestamente lucrativas, asumen una clara posición de garantes frente a los inversionistas que envían sus fondos a dichas empresas, con la esperanza de capitalizar, según las reglas lícitas de la economía de mercado, misma que se traduce en el deber de vigilar, de manera responsable, que el dinero de sus clientes, de verdad se invierta en la actividad económica prometida, que la misma sea cierta, lícita y que no se les defraude.⁵⁰

En el mismo sentido, la misma Sala conoció el caso de una paciente a la que se le practicó una intervención quirúrgica de esterilización en un hospital público, durante la cual sufrió una perforación en el intestino (lesión que puede ocurrir en ese tipo de operaciones, aún cuando el cirujano hubiera respetado la *lex artis* médica). Fue trasladada posteriormente a la sala de recuperación. En horas de la noche, el especialista en ginecología del nosocomio que se encontraba disponible, fue llamado para atenderla, y este se presentó al centro médico; la atendió, consignando sus apreciaciones y diagnóstico. No obstante, pese a que la paciente presentaba una condición calificada de “emergencia”, el médico disponible no procedió a realizar exámenes diferenciales, sino que le bastó con lo que observó y diagnosticó en ese único momento, dejándola al cuidado del servicio de enfermería, sin esperar la evolución de su estado de salud, para confirmar su diagnóstico, y se retiró a descansar. Dada la gravedad de su condición (por la perforación en su intestino), la paciente desarrolló una peritonitis con shock séptico, por filtración de materia fecal en la cavidad torácica. En las horas siguientes, su condición empeoró, presentando signos y síntomas del avance del shock séptico que estaba sufriendo. Pese a ello, las enfermeras que la atendieron durante ese turno no cumplieron con el deber de cuidado, y en su lugar, cerraron su jornada sin efectuar ningún reporte que alertara sobre el caso. La situación de la ofendida no fue advertida, sino hasta el turno de enfermería del día siguiente, por lo que fue trasladada de emergencia para reintervención quirúrgica, y, pese a los esfuerzos, falleció a causa de la infección generalizada en su cavidad abdominal.

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

La tesis fue rechazada por la Sala, por considerar que, si bien es cierto el médico que presta servicios en las instituciones del Estado ostenta la condición de funcionario

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

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

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

Por otra parte, también le imponía el ordenamiento –y en razón de las mismas circunstancias dichas– una *posición o deber de garante*, relativa a los pacientes que tiene bajo su cuidado, *pues le compete proteger al bien jurídico (vida, salud) frente a los peligros que puedan amenazarlo*. Por lo anterior, el solo hecho de comparecer al nosocomio ante la llamada y cumplir así con el reglamento de disponibilidad, en modo alguno podía justificar la falta al deber de cuidado, puesto que, precisamente, uno de los deberes del justiciable era el de mantener vigilada a la paciente, ya fuera hasta que considerara desaparecido el estado de emergencia, o bien, hasta que lo sustituyera otro profesional; es decir, no se le exigía que se presentase de nuevo al hospital sin ser llamado, sino que ni siquiera se retirara hasta dar cumplimiento a su deber como médico.⁵¹

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

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

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

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

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

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

CEREZO MIR. Problemas fundamentales del derecho penal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal.

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

SILVA SÁNCHEZ. La función negativa del concepto de acción.

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

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

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

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

SEGUNDO MÓDULO

TIPICIDAD

1.- La tipicidad penal

- 1.1.- El tipo penal y la tipicidad penal
- 1.2.- Tipo penal y antijuridicidad
- 1.3.- Funciones del tipo penal
- 1.4.- Configuración de los tipos penales
 - 1.4.1.- Elementos presentes en los distintos tipos penales
 - 1.4.1.1.-Elementos descriptivos
 - 1.4.1.2.-Elementos normativos
 - 1.4.2.- Clasificación según plenitud de la descripción:
 - 1.4.2.1.- Tipos abiertos
 - 1.4.2.2.- Tipos cerrados
 - 1.4.2.3.- Norma penal en blanco

2.- Estructura de los tipos penales

- 2.1. Elementos objetivos del tipo penal
 - 2.1.1.- Sujeto activo
 - 2.1.2.- Acción
 - 2.1.3.- Nexos de causalidad
 - 2.1.4.- Bien jurídico
 - 2.1.5.- Sujeto pasivo
 - 2.1.6.- Otros elementos
- 2.2.- Imputación objetiva
 - 2.2.1 Generalidades
 - 2.2.2.- Criterios tradicionales de imputación objetiva
 - 2.2.3.- La teoría del riesgo de Claus Roxin
 - 2.2.3.1- Creación y realización del riesgo
 - 2.2.3.1.1.- Creación de un riesgo no permitido
 - 2.2.3.1.2.- Realización del riesgo no permitido
 - 2.2.3.2.- El fin de protección del tipo penal
 - 2.2.3.2.1.- La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa
 - 2.2.3.2.2.- Puesta en peligro de un tercero aceptado por este
 - 2.2.3.2.3.- El traslado del riesgo a un ámbito de prohibición ajeno
 - 2.2.3.2.4.- Daños causados por un shock
 - 2.2.3.2.5.- Daños posteriores sobrevivientes
 - 2.2.4.- La teoría de los roles de Günther Jakobs
 - 2.2.4.1.- El riesgo permitido
 - 2.2.4.2.- La prohibición de regreso
 - 2.2.4.3.- El principio de confianza
 - 2.2.4.4.- Actuación a riesgo propio o competencia de la víctima
 - 2.2.5.- Síntesis general de las reglas de imputación objetiva
 - 2.2.6.- Algunas observaciones críticas
 - 2.2.7.- Criterios de imputación objetiva en nuestra jurisprudencia.
- 2.3.- Elementos subjetivos del tipo penal
 - 2.3.1.- El dolo y los elementos subjetivos del tipo penal
 - 2.3.1.1.- Concepto de dolo

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

1.- La tipicidad penal

1.1.- El tipo penal y la tipicidad penal

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

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

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

De una gran cantidad de conductas antijurídicas que se producen en la realidad, el legislador selecciona (o al menos debiera), las que se consideran más lesivas para los bienes jurídicos más importantes y las amenaza con una pena, describiéndolas en el

supuesto de hecho de una norma penal. De esta forma, se habla del **carácter fragmentario** del derecho penal.

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

a.) El principio de reserva legal: En relación con los delitos, cuasidelitos y faltas. Implica que la ley –entendida como norma emanada del órgano legislativo y mediante los procedimientos ordinarios–, es la única fuente creadora de los delitos y las penas, de donde, en materia penal, se excluyen totalmente como fuentes los reglamentos o las fuentes no escritas, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley.⁵³

b.) El principio de legalidad criminal: A modo de complemento del anterior, exige que las conductas delictivas se encuentren acuñadas o definidas previamente en tipos, es decir, en normas en las que se especifique con detalle en qué consiste la conducta delictiva ("*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*"). A la luz de este principio, procesalmente surge la obligación de ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal.⁵⁴

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

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

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

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

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

refiere a la necesaria comprensión de que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecúen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal.⁵⁵

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

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

1.2.- Tipo penal y antijuridicidad

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

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

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

También se reflejan las consecuencias de esta identificación en materia del error, pues si se consideran las causas de justificación como elementos negativos del tipo, habría que tratar de manera unitaria el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Por estas razones, la teoría de los elementos negativos del tipo no es universalmente admitida por la doctrina, así como tampoco por nuestra jurisprudencia.⁵⁶

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

La conducta típica y antijurídica constituye un injusto penal.

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

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

1.3- Funciones del tipo penal

Las tres principales funciones del tipo penal son:

a).- Función seleccionadora: Selecciona los comportamientos humanos penalmente relevantes.

b).- Función de garantía: Solo los comportamientos que se subsumen en un tipo penal, pueden ser sancionados penalmente.

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

1.4.- Configuración de los tipos penales

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

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

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

En múltiples pronunciamientos, la Sala Constitucional ha indicado que los tipos penales, deben estar estructurados básicamente como *una proposición condicional* que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia penal. En la primera se debe indicar de manera necesaria, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc.) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo). Sin estos dos elementos básicos (pues existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho), no existe tipo penal. Por ello, la Sala ha considerado que existe la obligación legislativa de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, al utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva (artículo 39 de la Constitución), solo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra, a su vez, enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador.⁵⁷

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

Antecedente jurisprudencial: Una pareja inicia una relación de convivencia de hecho en el año 1989, durante la que procrearon dos hijos. Aproximadamente a finales del año 1998, la mujer es objeto de agresión por parte de su concubino, por lo que le exige que haga abandono del hogar, a lo que este último accede, trasladándose a vivir otra provincia. A mediados del año 1999, al regresar la ofendida en horas de la tarde a su vivienda, luego de un paseo con sus hijos, se encuentra dentro de ella a su excompañero, a quien le indica que no desea que permanezca ahí y le pide que se marche, desatándose una fuerte discusión entre ambos. Sin embargo, el sujeto se queda en la vivienda, a pesar de la negativa de la mujer. Al día siguiente, la mujer sale a su trabajo, desde donde llama al sujeto, para reiterarle su deseo de que abandone la vivienda, a lo que este último hace caso omiso. Al regresar de su trabajo, la mujer encuentra ahí al sujeto, por lo que vuelven a discutir, hasta que finalmente este último hace abandono de la vivienda. Al día siguiente, el sujeto la intercepta, camino a su casa, y luego de iniciar una discusión, la hiere a la altura del pecho con un arma punzocortante, ocasionándole la muerte.

Decisión del tribunal: En primera instancia, el Tribunal de Juicio, recurriendo a las definiciones previstas en la Ley contra la Violencia Doméstica y la Ley para la Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, consideró que en el caso se cumplieron los presupuestos del inciso primero del artículo 112 del Código Penal⁵⁸, al interpretar como vigente la relación de convivencia entre víctima e imputado, condenando a este último por homicidio calificado. No obstante, la Sala Tercera recalificó los hechos a homicidio simple, por considerar que, si bien es cierto que el legislador, en los últimos años, había reconocido la necesidad de brindar mayor protección a la mujer, esto no implicaba que en materia penal se deban flexibilizar los principios que la informan. Por tanto, tratándose de delitos y sanciones, prevalecen los principios de legalidad y reserva, los cuales buscan que los operadores de la ley penal, al momento de su aplicación, se limiten a lo que en ella está previsto, y no es permitido que el alcance del tipo penal se extienda más allá de lo que objetivamente contempla, prohibiéndose toda interpretación extensiva o analógica del mismo, de manera que se limita el “*poder de disposición del juez*”, quien debe entonces acatar lo que en la ley se pretende regular y sancionar, por más reprochable que estime la conducta.

Para tener por calificado el homicidio, el inciso primero del artículo 112 del Código Penal requiere que el autor y la víctima hayan llevado una vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho, en tanto que en el caso de estudio, para la Sala resultó claro que, al momento del homicidio, dicha relación ya no existía, no siendo posible, mediante una interpretación ampliativa de la normas sobre violencia doméstica o protección a la mujer, sobrepasar los límites objetivos del tipo penal, en detrimento de los principios constitucionales que informan la materia represiva.⁵⁹

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

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

1.4.1.- Elementos presentes en los distintos tipos penales

Normalmente en los tipos penales están presentes dos clases de elementos:

1.4.1.1.- Elementos descriptivos

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

1.4.1.2.- Elementos normativos

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

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

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

La Sala Tercera rechazó estos alegatos, indicando que la diferencia entre los conceptos de *pornografía* y otros como *sensualidad*, *estética*, *arte erótico*, etc., en la mayoría de los casos, no podría buscarse ni establecerse a partir de la sola imagen o material audiovisual de que se trate (salvo supuestos en los que la connotación sexual de la imagen infantil resulte abiertamente explícita), pues en dicha tarea se deberá valorar el contexto dentro del cual éstos se produjeron o fabricaron. Cuando el artículo 173 del Código Penal sanciona a quien fabrique o produzca *material pornográfico*, este último constituye un **elemento normativo** de dicho tipo penal, cuyo contenido debía ser determinado a partir de la interpretación judicial.

⁶⁰ ARTÍCULO 173.- Quien fabrique o produzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad o su imagen, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. Será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años, quien comercie, transporte o ingrese en el país ese tipo de material con fines comerciales (Así reformado por el artículo 1º de la ley n.º7899 del 3 de agosto de 1999). La numeración y redacción de este artículo, no varían en el proyecto del nuevo Código Penal.

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

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

Analizando el caso de estudio, consideró la Sala que las imágenes producidas por el imputado sí constituían material pornográfico, puesto que estas no solo registraban una explícita actividad erótica, sino además, conllevaba una clara satisfacción sexual de quien las tomó (lo que a su vez implica una explotación de dicha menor), sin que pueda establecerse otra justificación para que el imputado las haya fabricado y las mantuviera en su poder.⁶¹

1.4.2.- Clasificación según plenitud de la descripción

De conformidad con la plenitud de la descripción de la conducta, los tipos se pueden caracterizar como:

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

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

En ocasiones, el legislador se veía obligado a utilizar términos no del todo precisos, como lo sería la utilización de conceptos jurídicos indeterminados (v. gr. *persona* en el

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

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

Si bien la Sala Constitucional estima que estas técnicas legislativas entrañan un grave peligro de arbitrariedad, ha señalado que no en todos los casos, el tipo penal abierto –o en blanco– es inconstitucional, pues la sola apertura no significa, por sí misma, una vulneración al principio de legalidad y sus demás derivados, sino que así ocurrirá cuando la imprecisión conceptual y el sinnúmero de variables que pueden ser introducidas genéricamente, resten claridad y determinación a lo que se pretende sancionar. Al contrario, cuando el tipo abierto o en blanco permite, sin mayores dificultades para el juzgador, individualizar la conducta prohibida, acudiendo a pautas o reglas que están fuera del tipo penal (v. gr. como ocurre al establecer el elemento generador de *la falta al deber del cuidado* en el homicidio culposo, artículo 117 Código Penal⁶⁵) o le da facultades a aquel para que en el cerramiento del tipo, siga una pauta legal de menor cuantía o magnitud (v. gr. el *salario base*, en el caso del hurto simple), que sería otra forma de apertura típica, ciertamente no se incurre violación alguna a los principios de legalidad, reserva de ley y tipicidad.⁶⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Acerca de este tema, la Sala Tercera recientemente ha señalado que los tipos penales abiertos, constituyen construcciones legislativas con muchos elementos normativos o valorativos, que dificultan cumplir la función del tipo garantía, en relación con los destinatarios de la norma penal. Indicó la Sala que se considera por parte de la doctrina (v. gr. Roxin) que los tipos deben ser lo más cerrados posible, ya que los tipos penales abiertos afectan el principio de legalidad. Otra modalidad de construcción legislativa que afecta dicho principio, es la promulgación de leyes penales en blanco. Se trata de leyes que crean tipos penales cuyo contenido debe obtenerse o complementarse con lo dispuesto en otras leyes, reglamentos o decretos. Tratadistas como Zaffaroni han establecido que en los casos en que la norma a que se remita sea otra ley emanada del parlamento, no habría violación al principio de legalidad. Distinto es el caso en que las leyes remiten a otra fuentes normativas, como decretos o reglamentos, pues implicaría delegar la función legislativa en el Poder Ejecutivo, violando el principio de separación de poderes. Por su parte, la Sala Constitucional ha establecido que una norma penal puede remitir a un reglamento *siempre que al hacerlo el Poder Ejecutivo se mantenga dentro de su esfera propia de competencia y que la ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad*” (Voto n.º 1876-90 de las 16:00 hrs. del 19 de diciembre de 1990). Lo relevante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, es que la remisión no violente el principio de separación de poderes.

Por todo lo anterior, concluyó la Sala Tercera que si bien resulta evidente que el tipo penal, cuyo *nomen iuris* es el de “robo agravado”, no está completamente descrito en el artículo 213 del Código Penal, lo cierto del caso es que la norma que lo complementa no solo es una ley emanada de la Asamblea Legislativa, sino que forma parte del mismo cuerpo legal. En efecto, el artículo 213 del Código Penal establece: *Se impondrá prisión de cinco a quince años, en los siguientes casos: 1) Si el robo fuere perpetrado con perforación o fractura de una pared, de un cerco, de un techo, de un piso, de una puerta o de una ventana, de un lugar habitado, o de sus dependencias; 2) Si fuere cometido con armas; y 3) Si concurriere alguna de las circunstancias de las incisos 1), 2), 4), 5), 6) y 7) del artículo 209. Los casos de agravación y atenuación para el delito de hurto, serán también agravantes y atenuantes del robo, y la pena será fijada por el juez, de acuerdo con el artículo 71 (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982).*

La norma transcrita hace referencia al robo, sin indicar cuál es el contenido del concepto de “robo”, el cual debe obtenerse de lo dispuesto en el artículo 212 –y no del artículo 209, que indica: *Robo Simple. El que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido con las siguientes penas: 1.- Con*

prisión de seis meses a tres años, cuando la sustracción fuere cometida con fuerza en las cosas y su cuantía no excediere de tres veces el salario base. 2.- Con prisión de uno a seis años, si mediare la circunstancia prevista en el inciso anterior y el monto de lo sustraído excediere de tres veces el salario base. 3.- Con prisión de tres a nueve años, cuando el hecho fuere cometido con violencia sobre las personas.

Para la Sala Tercera, a pesar de que el artículo 213 del Código Penal debe ser complementado con otra norma, ésta forma parte de una ley aprobada por el Poder Legislativo, y más aún, del mismo Código Penal. Desde este punto de vista, no existe violación al principio de legalidad criminal, ya que todos los elementos del tipo están definidos por una ley penal, y se encuentran dentro del mismo cuerpo normativo, respetándose el ámbito de competencia del Poder Legislativo.⁶⁷

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

Sin embargo debe señalarse, que el abuso de este tipo de legislación puede dificultar la labor del penalista, tanto porque puede verse remitido a ámbitos jurídicos que le resulten desconocidos o no tan familiares, como porque el distinto alcance y contenido de la norma penal respecto de las demás normas jurídicas, produce discordancias que pueden afectar la seguridad jurídica.

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

2.- Estructura de los tipos penales

2.1.- Elementos objetivos del tipo penal

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

2.1.1.- Sujeto activo

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

⁶⁷ Sala Tercera voto n.º 2006-137 de las 9:35 hrs. del 22 de febrero de 2006.

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

En relación con el sujeto activo, se presentan a veces algunas variantes, como por ejemplo, los **delitos plurisubjetivos**, en donde el tipo exige la concurrencia de varias personas, ya sea que deban concurrir, de manera uniforme, para la consecución del mismo objeto, que son los llamados **delitos de convergencia** (v. gr. la asociación ilícita⁶⁹); o bien, de manera autónoma, como partes de una misma relación delictiva, los llamados **delitos de encuentro** (v. gr. la relación entre el sujeto que entrega dinero a un funcionario público para que lleve a cabo un acto contrario a sus deberes, quien la acepta, que encuadra en los delitos de ofrecimiento de dádiva y cohecho propio).⁷⁰ Además, hay que tener cuidado de no confundir la convergencia de varias personas con los supuestos de participación (complicidad, instigación, etc.).

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

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

En la actualidad se reconoce que esta categoría ha recibido críticas y viene perdiendo relevancia. Su origen se extrae de la investigación del trabajo realizado por juristas italianos en la edad media quienes negaron la posibilidad de autoría por representación que por su naturaleza, creían que sólo podían cometerse mediante un acto corporal y

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

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

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

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

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

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

que esto debía causar satisfacción en los sentidos del autor, tal es el caso de los “*delicta carnis*” como el “*adulterium*”, delito que parece responder más a una concepción religiosa que a una figura jurídica, tipicidad propia de la edad media, en que se penalizaba en función del desvalor religioso de la conducta, sin tomar en cuenta la protección de otros bienes de relevancia jurídica⁷⁵.

El desarrollo de nuevas propuestas, como la teoría del dominio funcional del hecho, podrían resultarnos más útiles en el análisis de ciertas conductas, tradicionalmente calificadas como delitos de propia mano, en virtud del evidente dominio del hecho por parte de sujetos que, no obstante, no realizan ninguna intervención corporal en el suceso. A manera de ejemplo, ténganse presentes los supuestos en los que una violación puede ser llevada a cabo en virtud de amenaza con arma de fuego, dirigida a la persona que lleva a cabo el acceso carnal.

2.1.2.- Acción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

mínimo, que la víctima haya sufrido una incapacidad para sus ocupaciones habituales de cinco días⁸⁰).

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

En algunos casos, ese resultado es solo un peligro, y ello da lugar a la distinción entre **delitos de lesión** (en donde, la tipicidad requiere la producción de lesión del bien jurídico o el objeto que lo representa, como los casos ya citados de daños y lesiones) y **delitos de peligro**. En estos últimos no se requiere que la acción haya causado un daño sobre un objeto, basta con que el objeto protegido jurídicamente, haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar.

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

En los delitos de peligro, se produce un adelantamiento de la protección del bien jurídico, a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión, y se dividen en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto. Si bien ambos tipos requieren un desvalor de acción, en los delitos de peligro concreto se exige un verdadero desvalor del resultado (el peligro sí constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar consumado el delito, el juez debe comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado de manera causal y objetivamente imputable a este⁸¹, mediante un juicio ex ante, en donde se tomen en cuenta los conocimientos del sujeto). En tanto, los delitos de peligro abstracto, sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido; es decir, se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal, basada en la consideración de que, determinados comportamientos son *generalmente peligrosos* para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico (de ahí que los delitos de peligro abstracto son, en realidad, delitos de mera actividad).

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

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

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

En materia de narcotráfico, nuestro legislador ha seguido las líneas generales de la política criminal de riesgo, de manera que los delitos contenidos en esta ley especial, castigan aquellas conductas que, aunque no hayan producido un peligro concreto para la salud pública, suponen –desde una perspectiva *ex ante*– un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o lesión a la salud pública. De esta forma, se admite que comete delito quien *posee* clorhidrato de cocaína con fines de tráfico internacional o *introduce* cocaína base crack a un centro penitenciario, aun cuando, en la práctica, dichas sustancias, no logren llegar a sus destinatarios finales.

Para nuestra jurisprudencia esto es así, por cuanto no se admite que deban producirse efectivas lesiones a la salud pública para castigar este tipo de conductas, cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen.⁸²

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

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

2.1.3.- Nexos de causalidad (imputación objetiva)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.4.- Bien jurídico

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

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

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

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

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

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

2.1.5.- Sujeto pasivo

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

⁸⁴ Artículo 159 del Código Penal, así reformado mediante ley no. 8590 del 18 de julio de 2007.

es de fácil concreción (v. gr. el conglomerado social, en el caso de los delitos ambientales).

2.1.6.- Otros elementos

En algunos casos, la adecuación de la conducta a un determinado tipo penal depende de que el actor se haya valido de ciertos medios o la instrumentos para la producción del resultado (v. gr. la amenaza agravada requiere utilización de armas de fuego, ser efectuada por dos o más personas reunidas, o formulada en forma anónima o simbólica⁸⁵, o en el caso del hurto agravado, cuando la sustracción se hace mediante gonzúa, llave falsa u otro instrumento semejante⁸⁶). También hay tipos penales que prevén determinadas circunstancias de carácter temporal, durante las cuales debe llevarse a cabo la acción (v. gr. el delito de violación de contratos relativos a la seguridad de la nación, solo puede ser cometido durante un período en que la nación se encuentre en guerra⁸⁷, o bien el caso de homicidio especialmente atenuado, cuando la madre mata a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento).⁸⁸ Hay descripciones típicas que exigen la realización de la conducta en un lugar determinado, trátase o no de ámbitos delimitados (v. gr. la violación de domicilio requiere que el ingreso sea a una morada o casa de negocio ajenos, en sus dependencias, o en un recinto habitado por otro).⁸⁹ Otros componentes del tipo objetivo son las denominadas circunstancias agravantes y atenuantes de los delitos, las cuales se encuentran asociadas al aspecto objetivo —e incluso al subjetivo— y se encuentran tanto en la parte general como especial del código, pudiendo ser de carácter genérico o específico (v. gr. nuestro Código Penal prevé circunstancias agravantes específicas para los delitos de piratería y resistencia a la autoridad, así como circunstancias de calificación para el caso de las lesiones⁹⁰; pero actualmente la parte general no contempla agravantes genéricas. Por otro lado, se prevén atenuantes de carácter específico, como es el caso de la emoción violenta en los delitos de contra la vida⁹¹).

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

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

⁸⁷ Artículo 292 del actual Código Penal.

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

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

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

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

2.2.- Imputación objetiva

2.2.1.- Generalidades

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

Recordemos que la pregunta central de la imputación objetiva reside en determinar cuándo un resultado puede atribuirse a una persona como obra suya. Es decir, la teoría de la imputación objetiva analiza cuándo un resultado que, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, fue producido por una conducta, no puede ser atribuido jurídicamente a esta. Se trata entonces, como bien lo señala el profesor Javier Llobet, de una teoría de causalidad jurídica y no sobre la causalidad física, que resulta aplicable para los delitos de resultado y los delitos de peligro concreto. En el caso de los delitos de mera actividad o inactividad y en los delitos de peligro abstracto, no cabe plantearse la imputación objetiva.

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

Al respecto se ha planteado una serie de respuestas que dan lugar a distintos desarrollos teóricos, algunos confusos o insostenibles. Hay autores para quienes es un tema propio del ámbito de la acción, para otros condiciona y abarca todo el sistema: tipicidad, justificación, individualidad de la pena y el propio derecho procesal penal. Otros lo vinculan a la antijuridicidad. Hay quienes piensan que solo abarca la realización del peligro en el resultado.

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

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

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

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

un resultado típico, que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida.

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

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

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

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

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

2.2.2.- Criterios tradicionales de imputación objetiva

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

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

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

1.- La **creación de un riesgo no permitido** es un criterio que nos permite resolver los casos, en donde no hay creación ni incremento del riesgo, porque el resultado se hubiera producido de igual forma, aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida, como por ejemplo el caso del automovilista que, conduciendo a una velocidad superior a la permitida, atropella al ciclista embriagado que también hubiera sido atropellado, aunque el conductor hubiera conducido a la velocidad permitida. La única forma de imputar el resultado en este caso, sería la demostración clara de que, con su acción indebida, el conductor del automotor, aumentó las posibilidades normales de producir el resultado.

2.- La **realización de ese peligro o riesgo no aceptado en un resultado**, permite excluir la imputación de resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos. Por ejemplo, quien dispara contra otro, crea un riesgo no permitido de producción de muerte. Pero si la víctima muere en un accidente de la ambulancia que le llevaba al hospital, la persona que le disparó no responderá por el resultado muerte, porque este no ha sido consecuencia del riesgo creado con el disparo.

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

2.2.3.- La teoría del riesgo de Claus Roxin

En el marco del funcionalismo esta es la primera de las teorías de la imputación objetiva. Para Roxin, la imputación al tipo objetivo solo es un problema de la parte general del derecho penal, cuando este último requiere un resultado en el mundo exterior, separado de la acción del autor, es decir, cuando conforme a reglas generales, se debe decidir si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al imputado (en los delitos de mera actividad, la imputación se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo en la parte especial del código). Por lo anterior, la imputación objetiva sería, de antemano, imposible en los delitos comisivos, si el autor no ha causado el resultado (v. gr. si no se puede demostrar que un medicamento causó un daño a los pacientes que lo usaron, no se puede aceptar que el fabricante haya lesionado a estas personas). De esta forma, la teoría del nexo causal se constituye en el fundamento de toda imputación al tipo objetivo. No obstante, por sí misma es insuficiente para establecerla. La imputación objetiva tendría, entonces, el cometido de indicar las circunstancias que hacen de una causación de un resultado, una acción típica.

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

a) **Un resultado causado por el agente, solo se puede imputar al tipo objetivo, si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto.** Cuando falta la creación de un peligro prohibido, la acción y su resultado son, impunes. Pero también resultaría impune el resultado, cuando este no es realización del riesgo prohibido. Por ejemplo, un sujeto, con ánimo homicida, dispara contra su víctima y le causa una herida leve. Al ser trasladada al hospital, muere a consecuencia de un

incendio que ahí se desata. Ciertamente el disparo que recibió la víctima, causó un peligro no permitido; pero en el incendio del hospital (causa real de su muerte) no se concretó el peligro parte de la lesión leve producida por ese disparo. En este caso, el autor del disparo sólo responderá por la tentativa de homicidio.

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

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

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

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

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

2.2.3.1.- Creación y realización del riesgo

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

a).- *Disminución de riesgos:* Es absurdo prohibir conductas que mejoren la situación o el estado del bien jurídico protegido. Por tanto, falta la creación de riesgo y la posibilidad de imputación, cuando el sujeto modifica un desarrollo causal, de manera que disminuye un peligro ya existente para la víctima, y mejora la situación del objeto de la acción (v. gr. el médico que amputa un miembro u órgano para salvar la vida del paciente; el sujeto que logra desviar el golpe mortal que un agresor lanzó contra su víctima, así impacta en el hombro y no en la cabeza). En estos casos, se causaron

resultados concretos (amputación y golpe lesivo en hombro), pero se descarta la imputación delictiva, pues las normas penales no prohíben acciones que reduzcan el riesgo de lesiones a bienes jurídicamente tutelados.

Ahora bien, para excluir la tipicidad, no basta el hecho cuantitativo de reducir el peligro para el bien jurídico, sino que además: 1).- Debe tratarse de un mismo bien jurídico, cuya titularidad pertenezca a un solo sujeto. De lo contrario se trataría de una causa de justificación (v. gr. quien daña los bienes de otro para evitarle la muerte). 2.) Debe existir una misma relación de riesgo, pudiéndose afirmar la imputación cuando el sujeto, en vez de disminuir el peligro, lo sustituye por otro, cuya realización en definitiva es menos dañosa para la víctima que el peligro inicial (v. gr. el bombero que para salvar la vida de alguien atrapado en un incendio, lo lanza por la ventana del edificio, causándole lesiones. Para Roxin en este caso, el sujeto sí realiza acciones típicas de un delito, pero puede estar justificado por consentimiento o estado de necesidad). 3.) Que el sujeto no esté obligado a reducir integralmente el peligro (v. gr. cirujano que, si bien le salva la vida del paciente, le ocasiona la innecesaria pérdida de un miembro por mala praxis, a pesar de que tenía la posibilidad de dejar íntegra la salud de este).

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

c).- *Creación de peligro y cursos causales hipotéticos:* Roxin se cuestiona hasta qué punto hay que tomar en consideración los cursos causales hipotéticos en el juicio sobre la creación o aumento de riesgo. Considera que para la causalidad en los delitos comisivos, los cursos causales hipotéticos por regla general son irrelevantes, existiendo unanimidad en el más importante: ¿Tiene valor la afirmación de que, en caso de que

alguien no hubiere ocasionado el resultado, este de todas maneras se hubiera producido por acción de otra cadena causal? (v. gr. el soldado que, ilegalmente, fusila prisioneros de guerra que, en su defensa, afirma que si él no lo hubiera hecho, igualmente otro compañero los hubiera fusilado, o bien el sujeto que hurta un bien ajeno, no puede apelar que otro la hubiera sustraído, por lo que el dueño en cualquier caso la hubiere perdido). Para Roxin, en estos casos la imputación no puede ser excluida solo porque el autor sustituto estaba listo para reemplazar al autor en ausencia de este (principio de asunción). El ordenamiento jurídico no puede revocar sus prohibiciones solo porque, en vez de un sujeto decidido a ejecutar el delito, otros estuvieran dispuestos a cometer la misma agresión. Lo único que debe tenerse en cuenta en estos casos, es que el resultado es la realización del peligro creado exclusivamente por ese autor. Todo ello también es válido para el caso de que el autor sustituto hubiera actuado jurídicamente (v. gr. comete daños quien mata dolosamente a una vaca ajena, aun cuando ese animal tuviera que ser sacrificado por autoridades sanitarias, así como comete homicidio quien, durante una ejecución, empuja al verdugo y hala la palanca que acciona la silla eléctrica, pues por ley solo el verdugo podría llevar a cabo dicha acción típica, y la prohibición permanece incólume para los demás ciudadanos). Estas reglas tienen validez, tanto para delitos dolosos como culposos.

d).- *La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido.* Aun cuando se haya creado un riesgo jurídicamente relevante, se excluye la imputación si se trata de un riesgo permitido, por encontrarse dentro de los límites del ordenamiento jurídico. Roxin define el riesgo permitido como una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante; pero que de modo general (independientemente del caso concreto), está permitida, por lo que a diferencia de las causas de justificación, excluye la tipicidad (v. gr. todas las formas de transporte público, el funcionamiento de plantas industriales peligrosas, ciertos tipos de deportes arriesgados, intervenciones médicas curativas dentro de la *lex artis* etc.). De esta forma, si un sujeto atropella a otro, a pesar de haber observado todas las reglas de cuidado que le impone la conducción, el hecho de que, causalmente ocasionara un resultado dañoso, no le sería penalmente imputable, pues su conducta estaba dentro de un margen de riesgo permitido.

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

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

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

a).- *Exclusión de la acción si falta la realización del riesgo:* La imputación presupone que el riesgo desaprobado se haga realidad en el resultado. Se excluye la imputación, cuando el autor ha creado un peligro contra un bien jurídico, pero el resultado no se puede considerar la realización de ese peligro, sino que ocurre como consecuencia de una cadena imprevisible de eventos causales, (v. gr. cuando la víctima muere, no por el disparo de su agresor, sino porque la ambulancia que lo llevaba al hospital se estrella. Para Roxin, en este caso no se podría afirmar que el disparo a la víctima aumentó el peligro de muerte en un accidente automovilístico, por lo que no se puede imputar dicha muerte, sino solo su tentativa). Por el contrario, en las desviaciones de causalidad insignificantes, el resultado se imputa penalmente, cuando la acción tentada eleva, en forma jurídicamente relevante, el peligro posterior del desarrollo causal, de manera que el resultado sea, de todas maneras, la realización de ese peligro creado (v. gr. cuando alguien que no sabe nadar, es lanzado a un río desde un puente para que se ahogue, pero muere a consecuencia de un golpe con una piedra –mismo resultado que se procuraba con la acción tentada– o bien cuando un sujeto, con intención homicida, intenta matar a su víctima con un hacha, pero esta no muere por los golpes de hacha, sino por la infección de las heridas que le ocasionó su agresor, o bien, estando inconsciente, el herido sufre un vómito y se ahoga con este. Para Roxin, en estos casos, las causas de muerte formaban parte de peligro creado, por lo que los resultados no son casuales, y pese a una leve desviación causal, son imputables a sus autores). Para determinarse si se ha realizado un peligro creado por el autor, deben efectuarse investigaciones sutiles.

b).- *Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido:* En los casos de riesgo permitido, el resultado se imputa cuando la acción sobrepasa la frontera de la permisión, de manera que se crea un peligro no aprobado. Sin embargo, no basta la simple transgresión, sino que además es necesario que el resultado lesivo, haya sido realizado precisamente por el riesgo no permitido creado por el autor; es decir, que efectivamente haya influido en la forma concreta del resultado (v. gr. un fabricante de pinceles le entrega a sus empleados cabellos de cabra china para su elaboración sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Varios trabajadores se contagian con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior determina que el desinfectante prescrito, hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa. Para Roxin el fabricante creó un gran peligro, pero el resultado no fue la realización de ese peligro, pues no se le podría castigar por la infracción a un deber cuyo cumplimiento, en todo caso, hubiera sido inútil, pues aunque hipotéticamente hubiere usado el desinfectante, el resultado sería el mismo). En otros supuestos, la infracción al deber que rebasa el riesgo permitido ciertamente es causal para el resultado, pero el riesgo de producción de resultado no se ha aumentado por la superación o el exceso (v. gr. un conductor rebasa imprudentemente el límite de velocidad; pero poco después vuelve a observar la velocidad prescrita. Entonces, atropella a un niño que había salido repentinamente detrás de un automóvil, siendo el accidente objetivamente inevitable para el conductor). En este caso, si bien el conductor, de haber observado la velocidad adecuada durante todo su trayecto, no hubiera estado en el lugar y la hora que el niño salió a la calle, la muerte de este no es la realización del riesgo que anteriormente había creado –aumento de velocidad– pues con ello no aumentó el riesgo de que produjera el resultado en una conducción nuevamente reglamentaria. Igual ocurre en el caso del conductor que se salta una luz roja y atropella

a un peatón que se le atraviesa, no al momento de infringir la norma de tránsito, sino varias cuadras más adelante. También se descarta en casos en que la trasgresión del riesgo permitido, si bien no es completamente irrelevante para el resultado, el desarrollo del suceso es tan atípico, que no puede considerarse ese resultado como la realización del peligro creado (v. gr. el caso de personas que, al ser rebasadas imprudentemente por otro conductor, o que son colisionadas levemente, a raíz del susto sufren un ataque cardíaco y mueren. Para Roxin, el peligro de que alguien sufra un infarto por un susto se incrementa en todo caso, pero no de manera considerable, en una forma incorrecta de conducir, pero dicho incremento es demasiado escaso como para que el resultado aparezca imputable).

c).- *Exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado*: Las normas de cuidado se han instituido para que el ciudadano se mantenga dentro de los límites del peligro socialmente tolerado, no tratan de evitar cualquier clase de resultados, sino evitar resultados concretos (v. gr. la limitación de velocidad en zonas aledañas a las escuelas o colegios, apuntan a proteger menores de edad que asisten a dichos centros de enseñanza, no a toda clase de peatones que transiten por ahí). Por ejemplo, dos ciclistas marchan uno tras otro sin alumbrado en sus bicicletas. El ciclista que iba adelante, por la falta de iluminación, choca con otro que venía de frente. El accidente se hubiere evitado solo con que el ciclista de atrás hubiere llevado su vehículo con iluminación. Para Roxin, la conducción prohibida del segundo ciclista, sin alumbrado, aumentó considerablemente el riesgo de que el primer ciclista causara un accidente; pero aún así no le es imputable el accidente, pues el fin del precepto legal que ordena dicha iluminación, consiste en evitar accidentes que procedan de la propia bicicleta, pero no en que se iluminen otras bicicletas, para evitar que estas choquen con terceros. Aunque una conducta no cuidadosa tenga repercusiones causales, y estas a su vez han aumentado el riesgo, o si el aumento alcanza una medida relevante, la imputación se excluye si la evitación de tales consecuencias no es el fin de protección de la norma. En ese tanto, el fin de protección de la norma (la cual delimita el peligro tolerado, como lo hacen, por ejemplo, las normas de tránsito) debe diferenciarse del fin de protección del tipo penal.

d).- *Conducta alternativa conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo*: Doctrinalmente, se ha discutido si se debía imputar un resultado, cuando mediante una conducta alternativa conforme a derecho, el mismo no hubiere sido evitado con seguridad, sino solo probablemente. Se trata de casos en que el autor ha sobrepasado el riesgo permitido. Sin embargo, se demuestra que, aunque hubiera observado el cuidado exigido, el resultado con gran probabilidad también se hubiera producido. Por ejemplo, un conductor de un camión quiere sobrepasar a un ciclista, pero no se mantiene dentro de la distancia lateral permitida. Durante el adelantamiento, el ciclista, que se encuentra borracho, cae bajo las llantas del camión, a causa de una maniobra súbita a su izquierda, producto de una acción instintiva. Se comprobó que el resultado *probablemente* se hubiera producido, aun cuando el conductor hubiere mantenido la distancia lateral exigida. Por esta razón, la jurisprudencia alemana absolvió al conductor del camión por la muerte del ciclista. Roxin, por el contrario, considera que el resultado sí era imputable, porque la conducción correcta hubiere salvado la vida del ciclista, si bien no con seguridad, sí con probabilidad, y por tanto, el conductor, al no guardar la distancia, incrementó de un modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal. Para esta autor, no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida, y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el

riesgo permitido, y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido, y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza, si se produce el resultado (Teoría del incremento del riesgo de Roxin).

El legislador tiene que insistir en el cumplimiento de la norma de cuidado precisamente ahí donde su observancia aumenta claramente la posibilidad de salvaguarda del bien jurídico, aunque no lo garantice con absoluta seguridad (v. gr. En una operación riesgosa, pero médicamente indicada, el cirujano que provoca la muerte por burdos errores técnicos, no podría pretender la impunidad alegando que, aunque se hubiere llevado a cabo una operación, observando la *lex artis*, tampoco se podría excluir un desenlace mortal).

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

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

2.2.3.2.1.- La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa. No se imputa la participación del sujeto que induce a otro a realizar o participar en acciones que exceden la medida normal de peligrosidad, a raíz de lo cual se produce un resultado dañoso para este último, si el propio actuante, lo mismo que quien presta la colaboración, hacen caso omiso del riesgo en la misma medida. Un caso paradigmático en Alemania, fue el de un sujeto (A) que le proporcionó a otro (B), heroína para su propio consumo, sabiendo ambos de la peligrosidad de dicha droga; B se inyecta y muere de una sobredosis. Para Roxin, si bien es cierto que A creó un peligro no tolerado socialmente, el resultado no le es imputable, puesto que dicho peligro fue conscientemente enfrentado por decisión propia de B, quien hizo caso omiso del mismo. Para comprender esta posición de Roxin, debe tenerse presente que, en el derecho alemán, la participación en el suicidio es, en principio, impune, es decir, en una acción de matarse dolosamente, o también en una acción de autolesión impune, tampoco puede ser punible la cooperación dolosa (en Costa Rica, solo podría afirmarse con respecto a las autolesiones). Si se puede provocar impunemente “lo más” (autolesión), con mayor razón puede provocarse impunemente “lo menos” (la autopuesta en peligro). El fin de protección de la prohibición del homicidio, no cubre este tipo de casos.

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

decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se auto-pone en peligro.

2.2.3.2.2.- Puesta en peligro de un tercero aceptado por este: Se trata de circunstancias en donde alguien no se arriesga por sí mismo, sino que se hace o se deja poner en peligro por otra persona, teniendo consciencia del riesgo existente (v. gr. mantener relaciones sexuales con una persona portadora de SIDA. La transmisión del virus no podría ser sancionada si ambas partes conocían el peligro y se responsabilizan conjuntamente de su acción. Otro ejemplo sería el del turista que le pide a un barquero que le lleve a pasear por un río, a lo que el barquero le desaconseja, aludiendo los peligros de ese río, el cliente insiste en su deseo, el barco se vuelca y el turista se ahoga. O el caso del pasajero que conscientemente acepta subirse a un vehículo conducido por una persona en estado de ebriedad). Para Roxin, la puesta en peligro de un tercero aceptada por este, no es totalmente equiparable con la autopuesta en peligro, puesto que aquel que se deja poner en peligro está más expuesto a lo que suceda que quien se pone a sí mismo en peligro, que puede intentar dominar este último con sus propias fuerzas. No obstante, se pueden equiparar en dos presupuestos: a).- El daño debe ser la consecuencia del riesgo corrido, y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro debe tener la misma responsabilidad por la actuación común, que quien le pone en peligro. b).- El sujeto que acepta que le pongan en riesgo, debe ser consciente de la existencia y magnitud de este, en la misma medida que quien le pone en riesgo.

2.2.3.2.3.- El traslado del riesgo a un ámbito de prohibición ajeno: Una persona crea un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción de un resultado. No obstante, cuando ese riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que originalmente creó el peligro, se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno. En Alemania se presentó este caso: un sujeto conduce un camión que, en la parte posterior, no tiene luces. Es detenido por una patrulla que lo multa, mientras que uno de los oficiales coloca una linterna roja en la calzada para dar seguridad a otros vehículos que circulan por ese sector. La policía le indica al chofer que se dirija a la estación de servicio más cercana, al tiempo que lo quiere seguir para asegurar la parte posterior no alumbrada. No obstante, antes de la partida, uno de los oficiales retira la lámpara roja del piso y eso provoca que otro camión choque por detrás con el que no tenía luces. Se considera que si bien es cierto que el primer camión generó un riesgo, por la falta de luces traseras, el accidente no le es imputable a su chofer, pues en el momento en que dicho riesgo se realizó (al chocarle por detrás otro camión), este era administrado, no por el chofer del primer camión, sino por la policía, quien pudo haber evitado la producción del resultado. Señala Roxin que la razón de la exclusión de imputación en estos casos, estriba en que determinados profesionales, dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse.

Ahora bien, se pregunta este autor si debería castigarse por homicidio culposo, al sujeto que provoca imprudentemente un incendio en su casa, por la muerte del bombero que trató de apagarlo, o a la guía de una excursión que no vigiló a un niño que se bañaba en un río, por la muerte del socorrista que se ahogó tratando de salvarlo. Por lo anterior, Roxin propone las siguientes consideraciones: a).- Las acciones de salvamento que se mantienen dentro del marco requerido por el deber, apenas se pueden delimitar de las osadías voluntarias y por encima de la obligación, cuyas consecuencias, desde el punto de vista de la autopuesta en peligro, no se pueden imputar al primer causante. b).- Los

riesgos profesionales son voluntarios en un sentido solo un poco ampliado, puesto que al escoger la profesión, son asumidos voluntariamente, e incluso, en ocasiones se reconoce salarialmente ese riesgo. c).- Por razones político-criminales, puesto que si una persona que, accidentalmente, incendió su casa, es posible que no llame a los bomberos si, de morir alguno de estos, dicho resultado le fuera penalmente imputable; y si un excursionista quedara atrapado en una montaña, y sabe que si envía una patrulla de rescate, pero debe responder penalmente si algún socorrista resulta lesionado, y probablemente va a tratar de salvarse solo, situaciones que el ordenamiento jurídico no debe promover.

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

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

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

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

2.2.4.- La teoría de los roles de Günther Jakobs

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

En su planteamiento, la sociedad no puede ser entendida como un sistema que tiende básicamente a la protección de bienes jurídicos, porque la realidad demuestra que estos están expuestos continuamente al peligro, por lo que su estructura más bien apunta a

facilitar la interacción; es decir, el intercambio de bienes y servicios. La complejidad de los grupos, se reduce mediante la creación de roles, sea que, a cada persona se le señala un estatus en la vida de relación que le genera un conjunto de obligaciones y deberes. De esta forma, el hombre no es considerado individualmente, sino como portador de un rol. Según este rol, se establecen pautas de comportamiento para la administración de los riesgos, y si el ciudadano se comporta dentro de esos parámetros, no defrauda las expectativas sociales, aunque lesione o ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados.

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

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

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

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

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

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

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

Para este autor, los criterios de imputación objetiva tienen dos raíces: a) Por una parte, es finalidad propia del derecho penal, garantizar la seguridad de expectativas, conforme a roles, por lo que no puede imputarse el comportamiento socialmente adecuado, a pesar de producir daños. b) Los criterios de imputación objetiva sirven a la forma de regulación predominante en el derecho penal, que son los delitos de resultado.

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

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

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

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

También rechaza este autor la teoría de Roxin de excluir la imputación en los supuestos de conductas alternativas, conforme a derecho o de cursos causales hipotéticos, ya que

en esos casos, aunque el resultado no sea la realización del riesgo creado, se explica con motivo de ese aumento del riesgo. Su tesis es que la violación de deberes inútiles, es relevante, como forma de preservar la protección normativa del bien, afirmando incluso que, esa inutilidad, no tiene relevancia para la determinación de la pena.

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

2.2.4.1.- El riesgo permitido: La conducta tiene que entrañar un riesgo no permitido, o siguiendo la terminología usual, una infracción al deber de cuidado. La principal fuente para establecer la permisión de un riesgo es la configuración social. Las estructuras sociales de cada momento histórico determinado, son las que establecen cuáles peligros son aceptados por la comunidad organizada (v. gr. la actual explotación comercial de ciertas máquinas, hace cien años se hubiera considerado intolerablemente peligrosa). Los límites de lo que está dentro del riesgo permitido, se puede tratar en parte con exactitud. Si la ley prohíbe una conducta, esta deja de ser socialmente adecuada, por lo que tal comportamiento entraña, en condiciones normales, un riesgo no permitido. Por ejemplo, en la normativa de tráfico viario, se prohíbe conducir en estado de ebriedad o ciertos tipos de adelantamiento, precisamente porque incrementan el riesgo de accidentes. Además de los reglamentos de tránsito, existen diversos ámbitos vitales, en los cuales se han señalado expresamente prohibiciones de conductas que ponen en peligro abstracto bienes jurídicos (v. gr. regulación de centrales de electricidad, de la minería, caza o pesca, etc.), cuyo quebranto, en la medida que no se presenten circunstancias excepcionales, crean riesgos jurídicamente desaprobados. Junto a tales determinaciones legales, entran en juego reglas técnicas reconocidas a ciertos sectores profesionales (v. gr. la *lex artis* de los médicos) y demás normas técnicas que también constituyen parámetros para determinar cuándo una conducta contraviene o excede el riesgo permitido.

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

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

empresen algo en común, esta comunidad no es ilimitada. Así por ejemplo, la comunidad entre acreedor y deudor se limita a la transferencia del dinero. Lo que el acreedor se proponga hacer con este importa, en general tan poco al deudor, como lo que debe interesarle al acreedor sobre la forma en que el deudor obtuvo del dinero para pagarle. De esta manera, si el acreedor usa ese dinero para cometer un delito (v. gr. un cohecho, comprar un arma para cometer un homicidio, etc.), esto no es imputable al deudor, aun cuando este último tenga conocimiento de para qué iba a ser utilizado ese dinero, pues tal conocimiento no corresponde a su rol de deudor. Jakobs considera que nadie que se encuentre inserto en una comunidad así de restringida, se le tiene que reprochar cómo continúe actuando otro sujeto por su propio arbitrio, hasta obtener el resultado; por lo que únicamente asunto del otro. Esto significa lo siguiente:

- *Nadie tiene que ser obligado a establecer una comunidad; si otro la quiere producir unilateralmente, tomando, en forma arbitraria como punto de partida de su conducta un comportamiento del primero, éste no resulta afectado por ello.* Por ejemplo, una persona se quiere cambiar de religión y recibe la amenaza de un sujeto de que, en caso de hacerlo, mataría a un tercero. Si dicha persona cambia de religión y el agresor cumple su amenaza mortal, esto no es imputable al primer sujeto, pues su conducta no tiene *per se* el significado de un homicidio, que tampoco puede serle impuesto a la fuerza por las acciones de otro. Ahora bien, si el primero en actuar no se convierte, por la conexión que otra persona arbitrariamente le impone, en garante de la evitación del curso dañoso en que este último transforma el acontecimiento. Esto no descarta que esa primera persona sí pueda llegar a ser competente, por otras razones distintas, para evitar el resultado dañoso. Si en el ejemplo arriba citado, el sujeto amenaza a la persona que desea cambiar su religión, con matar a su propio si realiza tal cambio, en ese caso, la persona amenazada no sería garante de la vida de su hijo por la conexión arbitrariamente impuesta por el sujeto que le amenaza (*prohibición de regreso*), pero sí lo sería por el vínculo que en cualquier caso existe entre padres e hijos (*rol dentro de una institución familiar*). Por lo tanto, debe hacer todo lo que le corresponda para evitar la muerte si, con total independencia de cuál sea su comportamiento, su hijo estuviera en peligro.

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

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

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

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

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

2.2.4.3.- El principio de confianza: De acuerdo con la doctrina alemana, este principio implica una limitación a la obligación de cuidado, y vale principalmente para los resultados culposos. Implica que el autor de un hecho puede confiar en el correcto comportamiento de los demás, y esta confianza implica un riesgo permitido, si se produce un resultado por una acción culposa de otro. Si bien es cierto que su campo de aplicación se realiza, predominantemente, en el ámbito de la circulación vehicular, dicho principio también puede ser aplicado para limitar las exigencias de cuidado en cualquier caso en que acciones peligrosas, se realicen mediante la división del trabajo. Jakobs señala que, por regla general, se responde penalmente por las conductas que se encuentran dentro del ámbito de competencia, porque no forma parte del rol del ciudadano, controlar todos los posibles peligros que pueden originar las conductas de terceros. Asimismo, señala que no es necesario que la conducta potencialmente defectuosa sea posterior al comportamiento del sujeto que actúa primero, pues también puede precederlo. Por ejemplo, cuando el cirujano utiliza un bisturí con la confianza de que habrá sido adecuadamente esterilizado, o bien la confianza de la persona que retira su vehículo del taller, de que los frenos fueron reparados y funcionan bien.

El mencionado principio es útil, cada vez que este tipo de divisiones de trabajo, serían imposibles si cada uno tuviera que controlar absolutamente a todos los que cooperan con él. De tanto controlar a los demás, nadie podría cumplir con sus propias obligaciones. Por tanto, este principio otorga libertad de acción a pesar del peligro del desenlace negativo, pues de este peligro debe responder otra persona (la que traiciona la confianza de los demás), y esto permite la división del trabajo, mediante un reparto de responsabilidad.

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

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

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

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

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

- *Acuerdo:* Numerosos bienes jurídicos penalmente tutelados, están sujetos a disposición por parte de su titular, en cuyo caso el consentimiento por parte de este último excluye la realización del tipo (v. gr. No hay daños típicos si alguien destruye una puerta con el consentimiento de su propietario). Si dicho consentimiento de quien tiene la atribución de darlo, se presta en una situación de necesidad (tiene que huir de un incendio por la puerta que debe romperse), o existe error sobre las circunstancias (el propietario manda a romper la puerta, porque erróneamente cree que la ley urbanística le impedía construirla), esto no excluye su eficacia. Para que haya imputación en el caso de bienes jurídicos disponibles, el autor debe destruir el bien sin la voluntad de su titular, o bien

de modo imputable (mediante coerción o engaño), conduce al titular del bien a que renuncie a este.

Para el acuerdo basta la concurrencia fáctica de la voluntad, en tanto que el acuerdo no se oponga al derecho o a las buenas costumbres. De esta forma, una persona carente de capacidad plena de obrar, no puede prestar su acuerdo con eficacia. Asimismo, un acuerdo obtenido coercitivamente, mediante amenaza calificada, no impide la consumación de una violación o una extorsión. Tampoco es válido el acuerdo obtenido mediante engaño (v. gr. El error sobre la contraprestación económica que se espera no impide la consumación de la estafa). El acuerdo es algo más que un soportar consciente (quien contempla incapaz de intervenir cómo le sustraen algo, no por ello está consintiendo el desapoderamiento). En un primer grupo de supuestos (acuerdo final), es necesario que la persona de cuyo acuerdo se trata, “pretenda” las consecuencias del comportamiento. A su lado, se presenta un acuerdo (acuerdo no final), en el que no se quieren ningunas consecuencias del comportamiento, pero sí el comportamiento previsiblemente con consecuencias, o al menos un contacto social que no puede tener lugar evidentemente sin comportamiento con consecuencias (v. gr. Quien participa en un combate de boxeo, no quiere los ataques de su adversario. Sin embargo, el ataque reglamentario que este le hace no constituye que fuerza a esquivarlo como coerción, merced al acuerdo en el contacto social de esta clase). El acuerdo solo puede valer para un autor determinado. En la medida que el acuerdo debe ser jurídicamente válido, regirán a favor del autor las reglas generales de manifestación de la voluntad. Si el autor desconoce el acuerdo, podría haber la tentativa; la suposición errónea de un acuerdo puede constituir error de tipo, y si el error era vencible, podría estarse ante un delito culposo. Finalmente, el acuerdo es revocable en cualquier momento, en tanto que no vincule al mismo tiempo como declaración jurídicamente eficaz con arreglo a principios generales.

- *El consentimiento excluyente del tipo*: Al igual que el acuerdo, se excluye la imputación con el consentimiento en la lesión de bienes de los que su titular tiene derecho a disponer (el que rapar el pelo constituya lesiones o cavar un hoyo constituya daños, se rige por la voluntad del titular del bien). Jakobs sitúa entre los bienes de lo que se puede disponer libremente, cuya lesión consentida excluye la tipicidad de la conducta, la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, el honor, libertad ambulatoria, intimidad, e incluso la integridad física. Esta última se presenta al igual que la libertad y el honor, solo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente (v. gr. las lesiones leves sufridas en el deporte o durante una relación sexual consentida), pero no base de ese libre desarrollo (bienes intercambiables, aunque en el caso concreto se entreguen sin un equivalente reconocido en general). En estos supuestos, de la voluntad del titular depende qué trato constituye pérdida, ganancia o ninguna de las dos. Por el contrario, el consentimiento de lo que en sí es injusto, excluye la antijuridicidad, no la tipicidad. Debe tenerse presente que solo el titular del bien con derecho a disponer puede consentir válidamente en la injerencia (v. gr. El dueño de un animal que permite que lo torturen, surte efecto en la medida que se trate de un delito contra la propiedad, pero no en cuanto se vulnera la legislación de protección de animales). Si varias personas tienen derecho a disponer de un bien en forma conjunta, solo el consentimiento conjunto de todas ellas, es válido. A falta de reglas especiales, importa la capacidad de discreción y juicio natural (debe ser capacidad concreta), sobre todo en las lesiones leves y actividades deportivas. Si dicha capacidad existe, la decisión del que no tiene capacidad negociadora completa, prevalece sobre la de su representante

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

El obrar a riesgo propio: En los casos de consentimiento no final, el afectado crea una situación en donde su voluntad ya no es relevante: se trata de la responsabilidad por los costes no deseados de un contacto social, cuando la persona no facultada para disponer no quiere el comportamiento del autor (en sí) lesivo, pero si pretende determinada clase de contacto social que no se puede obtener sin ese comportamiento preñado de consecuencias (v. gr. El futbolista no quiere que lo lesionen, pero sabe que no puede participar en un partido sin aceptar sus inconvenientes). Por supuesto, no es admisible que, absolutamente cualquier consecuencia prevista por el contacto social, queda cubierta por el consentimiento, pues ello se prestaría que cualquier participante abuse del contacto social (v. gr. En el caso del futbolista, no se consideran consentidas las patadas arteras, o bien, porque una persona voluntariamente ingrese a una “zona roja”, no significa que esté consintiendo que lo asalten y le despojen de sus bienes). Más bien importa en qué medida el contenido jurídicamente relevante del contacto social, puede ser establecido unilateralmente por el afectado (entonces es decisiva su voluntad, y no se habrá consentido con el comportamiento no deseado), y en qué medida ese contenido se determina por los intereses de varios participantes (también se puede introducir como contenido un comportamiento que no es deseado por otros participantes).

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

Diferente es el caso de la persona que, en una legítima defensa, desvía el primer ataque de su agresor, que el atacante defina esta situación como agresiva es irrelevante, jurídicamente solo cuenta el interés en defenderse, y este interés es el único que se incluye en la definición del contacto, de manera que el que se defiende no consciente otros ataques, aunque al defenderse provoque que el agresor los lleve a cabo. Para Jakobs esta distinción es esencial en el caso de la persona que acepta viajar en un vehículo conducido por una persona ebria, puesto que mientras en el derecho al transporte reglamentario (líneas de transporte público), en caso de daños, falta el consentimiento a causa de la sujeción a lo reglamentario, en los viajes particulares existe para ambas partes un poder de definición, de modo que el contacto social se puede definir como transporte por una persona en estado de ebriedad. En el consentimiento final es posible el consentimiento de un riesgo, aun cuando el resultado no sea seguro. La eficacia de consentimiento queda intacta en la misma medida en que pudo prever el resultado como posible, y aún así lo aceptó (similar a la formación de un dolo de autor).

En ese tanto, para Jakobs no existe el consentimiento imprudente. Con respecto a si los bienes del afectado se deben de tratar según su libre voluntad o si este ha “perdido en el juego”, el derecho al respecto no se rige (únicamente) por lo que él piense, sino por su le incumbía su autoprotección. Por eso es posible que un afectado que se introduce en una situación de riesgo o no se desmarque de ella sea responsable, él mismo, de las consecuencias previstas e, incluso, de las no previstas. El manejo inconscientemente descuidado de los propios bienes puede motivar la actuación al propio riesgo, eximiendo de responsabilidad al dañador; es decir, se trata de casos, en donde el titular del bien puede abarcar el riesgo relevante al menos tan bien como el dañador y además da lugar, sin motivo jurídicamente relevante, al comportamiento que acarrea el daño: Los terceros no tienen que ajustar su organización a riesgos que el titular del bien ha propiciado, con más cuidado que él mismo. Por ejemplo, Un sujeto (A), le entrega una jeringa con heroína a otro (B), quien voluntariamente se inyecta y muere por una sobredosis. Jakobs considera que la vida en sociedad no se regula con base en la determinación de relaciones de causalidad, sino mediante la delimitación de ámbitos de responsabilidad.

Según este autor, la teoría de la imputación debe precisar a qué ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta, pues un hecho puede ser explicado como una obra de su autor, de la víctima, o incluso, de un caso fortuito. Por tanto, la propia víctima también puede ser imputable. El ilícito, entonces, consistiría en arrogarse un ámbito de organización ajeno, pero ello no existiría cuando, con división de trabajo, la víctima ha configurado y moldeado su propia lesión. En el ejemplo descrito, el drogadicto que recibió la heroína es quien tenía la obligación de evitar el resultado, pues la administración del suceso estaba en sus manos. Con su conducta de inyectarse, esa víctima defraudó las expectativas que nacen de su propio rol, es decir, los deberes de autoprotección que a ella le son exigibles, como principal garante de la protección de sus propios bienes. Por lo anterior, al sujeto que le entregó la jeringa con heroína, no le es imputable su muerte.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el medio costarricense, autores como Javier Llobet Rodríguez, Alfredo Chirino Sánchez y Francisco Dall`Anese Ruiz, entre otros, también han criticado la posición funcionalista radical de Jakobs, por cuanto no tiene en cuenta los límites que imponen los principios como el de protección de bienes jurídicos y el de culpabilidad, fundamentales en un Estado de derecho, como limitación al ius puniendi, y que han constituido conquistas de la humanidad. Por tanto, su concepción del derecho penal como confirmador de la identidad normativa de una sociedad, en donde lo único

decisivo es la “autoconservación del sistema” (sin tomar en cuenta la dignidad del ser humano), a juicio de estos autores constituye un retroceso.

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

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

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

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

Tercera regla: *“las conductas que no implican disminución ni aumento significativo del riesgo para el bien jurídico no dan lugar a la imputación objetiva del resultado”*. En efecto, en primer lugar, para aludir a los casos de no disminución del riesgo de lesión de un bien jurídico, si “A” –sabedor de que se inicia un tormenta– envía a “B” al bosque con la esperanza fundada de que una rayo le dé muerte, hecho que efectivamente

sucede, realiza un comportamiento que no puede ser tomado en cuenta por el derecho, pues el resultado no le es imputable objetivamente al autor sino al azar. En segundo lugar, haciendo alusión a la hipótesis de aumento significativo del riesgo, si “A” levemente chuzca con un alfiler a “B” –que previamente había sufrido graves lesiones físicas– no realiza una conducta que aumente de manera significativa el riesgo para el bien jurídico, por lo cual el resultado no le es imputable objetivamente.

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

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

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

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

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

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

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

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

Duodécima regla: *“no son imputables objetivamente los resultados que sean producto de la conducta de la víctima, cuando esta sea jurídicamente responsable”*. Así, por ejemplo, el lesionado que se lava las heridas con agua contaminada que produce una septicemia generalizada, ha realizado una actividad desencadenadora del resultado de muerte, no imputable objetivamente a quien le causó la herida inicial.

Decimotercera regla: *“si el autor genera una conducta que crea un riesgo para el bien jurídico, pero el resultado se produce a raíz de la irrupción de otra cadena causal fruto de un riesgo general normal, ese resultado no le es imputable”*

objetivamente al agente". Por ejemplo así sucede, *verbi gratia*, en la hipótesis tantas veces mencionada del herido lesionado en un intento de homicidio que muere víctima de un incendio en el hospital, donde ha sido recluido, o en un accidente de tránsito (cursos causales imprevisibles). En este caso, el agente debe responder de tentativa de homicidio. Hay quienes entienden que esta regla se explica, por cuanto se trata de un resultado causado por fuera del ámbito de protección de la norma. Desde luego, si el autor *aumenta el riesgo* del curso causal subsiguiente de manera revelante desde el punto de vista jurídico (nexos causales desviados), el resultado le puede ser imputado. Así acontece, por ejemplo, cuando "A" lanza a "B", que no sabe nadar, a un río caudaloso para que se ahogue, pero este perece al golpearse contra la baranda del puente y se realiza, de esta manera, el homicidio consumado; este caso, recuérdese, es normalmente tratado como un error irrelevante sobre el nexo de causalidad.

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

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

Decimosexta regla: *"si el autor estaba en capacidad de realizar una conducta alternativa conforme a derecho que, de manera probable, hubiera podido evitar el resultado, se discute si este se le imputa o no objetivamente"*. Por ejemplo, el conductor de un camión que no guarda la distancia permitida y con la pretensión de adelantar a un ciclista –que conduce totalmente ebrio y al hacer un viraje brusco es arrollado por las llantas del camión– ha debido realizar la conducta alternativa consistente en guardar la distancia que, posiblemente, hubiera salvado la vida del ciclista. Algunos autores creen que debe imputarse objetivamente el resultado, mientras otros opinan que el resultado solo se puede imputar, cuando es seguro que la conducta alternativa habría evitado el resultado. Desde luego, parece ser más consecuente la segunda postura.

Decimoséptima regla: *"si el agente coopera en la realización de una conducta que supone la propia puesta en peligro dolosa por otra persona, o la induce a hacerlo, no le es imputable el resultado producido"*. Verbigracia: si "A" incita al temeroso "B" que se tire a nadar en un charco muy profundo de un río caudaloso, y este –se da cuenta del peligro y asume los riesgos– encuentra la muerte, ese resultado no le es imputable objetivamente al primero. Esta regla, que parece clara en la doctrina y en el derecho

positivo alemanes, encuentra –sin embargo– tropiezos en el derecho positivo que castiga la inducción o ayuda al suicidio cuando alguien actúa dolosamente en la producción del resultado (Código Penal, artículo 107).

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

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

Vigésima regla: *“hay conductas que pese a superar el riesgo permitido, al aumentar el peligro para el bien jurídico, no permiten, sin embargo, la imputación objetiva del resultado por no ser uno de los que trata de evitar la norma infringida”*. Así sucede, por ejemplo, en el siguiente caso: los motociclistas “A” y “B” marchan de noche por una vía, uno detrás de otro, sin luces; de repente, un tercer motociclista “C”, que venía de frente, por la falta de iluminación, choca contra “A” y le da muerte. Desde luego, en este caso bastaba que “B” tuviera la luz encendida para haber evitado el resultado, cosa que no sucedió, por lo que aumentó el peligro. Sin embargo, el resultado no le es imputable objetivamente, porque la norma de tránsito que obliga a transitar con las luces encendidas durante la noche, pretende evitar accidentes con el propio, no con terceros. Se trata, pues, de un caso en el que el resultado se produce por fuera del ámbito de protección de la norma.

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

Exponemos de seguido otras observaciones críticas que se han formulado:

- Indeterminación de los conceptos utilizados, tales como: peligro desaprobado y realización del peligro, lo que atenta contra la determinación de los tipos penales.
- Superficialidad e inadecuación dogmática de los correctivos que han sido propuestos, pues muchos de ellos dependen del alcance que se les dé a los elementos de creación y realización objetiva de un peligro jurídicamente desaprobado.
- Excesiva significación al desvalor del resultado, ignorando la comprensión personal del injusto.
- En los casos de riesgos generales de la vida social, estos ya habían sido resueltos, antes de que apareciera la teoría de la imputación objetiva, pues eran excluidos del tipo penal de los delitos de resultado, por falta de dolo, (caso típico del sobrino que le sugiere al tío rico un viaje en avión, con la esperanza de que muera en un accidente, o el del autor que le dispara a la víctima, con la intención de matar, pero ésta muere a causa del choque del accidente de la ambulancia que lo llevaba al hospital). De manera que no era necesario desplazar ese problema al ámbito de los tipos penales objetivos.
- En materia de lesión al deber de cuidado, no era necesario crear una teoría de imputación objetiva, en la medida en que, la lesión al deber de cuidado que, en esencia es determinada objetivamente, pertenece al tipo de los delitos culposos de resultado. De manera que la acción del autor puede llevar al resultado, en forma objetivamente previsible, es decir, que origine un peligro para los bienes jurídicos. Esa puesta en peligro, debe sobrepasar la medida del riesgo permitido, así esta proximidad e, incluso, exigencia específica del desvalor de acción en un delito culposo de resultado, se corresponde con el concepto de peligro desaprobado.
- En materia de resultados materiales, existe acuerdo; tampoco hay discrepancia en el uso de los criterios e instrumentos para eliminar ciertas conductas, aplicando determinados filtros, ya que anteriormente se hablaba de riesgos, síndrome de riesgos y riesgos de la vida social. Los puntos en discusión son básicamente que para los defensores de la teoría objetiva son elementos fundamentales la exigencia de la creación de un peligro desaprobado y la realización de ese peligro en el resultado, bien en delitos culposos o dolosos, y para los críticos de la teoría estos dos elementos son la esencia del tipo culposo.
- Un juicio razonable sobre la creación de un peligro desaprobado, no sería posible en el marco de una teoría del tipo objetivo, porque la pregunta sobre la valoración de ciertas acciones, bajo los aspectos del peligro, no podría ser respondida sin un estado de información, es decir, sin el saber del autor.

2.2.7.- Criterios de imputación objetiva en nuestra jurisprudencia

En el medio costarricense, son escasos los pronunciamientos de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación Penal, en donde se ha hecho referencia a la teoría de la imputación objetiva. En la mayoría de estas resoluciones, como veremos a continuación, los jueces se han limitado a hacer uso de algunos criterios particulares de imputación objetiva –o

bien descartar su aplicación— para la resolución de casos específicos⁹², predominantemente en delitos culposos. Por tanto no podría afirmarse que, en la actualidad, dicha teoría haya sido plenamente adoptada por la jurisprudencia nacional, ni que exista, a nivel de jueces de casación, un criterio uniforme acerca de su alcance y aplicación práctica⁹³.

- Creación de un riesgo no permitido

-Síntesis del caso: En fecha 3 de junio, una paciente es internada en un hospital, y ese mismo día se la practica una intervención quirúrgica, a eso de las 16:00 horas. Antes de terminar con la operación, el cirujano dispone que a la paciente se le aplique suero glucosado de 5%, acción que realiza la enfermera anestesióloga. No obstante, al poner el suero, dicha enfermera no verificó primero la etiqueta de la bolsa que debía aplicar (al tener la misma presentación el suero glucosado de 5% y el de 50%), colocando un suero de dextrosa de 50%, situación que pasó desapercibida por el personal paramédico de la sala de recuperación. Producto de la alta concentración de glucosa en su sangre, la paciente sufrió dos convulsiones (a las 17:25 horas y 18:30 horas de ese mismo día), las que a su vez le ocasionaron una hemorragia sub-aragnoidea (un hemorragia cerebral por rompimiento de un vaso sanguíneo), que le producía fuertes dolores de cabeza. Lo anterior, motivó que a esta paciente se le diera tratamiento para bajar el azúcar en sangre, siendo trasladada a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde permaneció por tres días, al cabo de los cuales se logró estabilizar su metabolismo, sus niveles de azúcar retornaron a la normalidad y sus dolores de cabeza disminuyeron, por lo que en fecha 6 de junio fue trasladada a recuperación, en donde sus dolores de cabeza desaparecieron por completo el 9 de junio. No obstante, al practicársele varios exámenes, entre ellos un TAC, se determinó que presentaba la hemorragia sub-aragnoidea (ocasionada por la inyección intravenosa del suero equivocado), recomendando entonces el cuerpo médico que se le practicara una arteriografía (método de diagnóstico de lesiones en vasos y arterias, indicado en este tipo de casos, y que según la literatura médica tiene un riesgo de complicaciones de entre un 0.1% a 0.8%). En fecha 10 de junio, se le practica la arteriografía, como parte de la cual se le inyecta una solución más hiperosmolar que la dexatrosa, como medio de contraste, siendo que durante este procedimiento la paciente experimenta complicaciones, al punto de que sufre un edema cerebral, que finalmente le produce la muerte en fecha 10 de junio.

Solución jurisprudencial: El error de la anestesista es irrelevante a efectos de imputar el resultado, pues si bien se determinó que su equivocación tuvo por corolario directo las convulsiones, los cuidados intensivos y los dolores de cabeza de la occisa, no fue la causante de su muerte. Esta obedeció a la realización de la arteriografía que ulteriormente se ordenó para elucidar la causa de tales dolores, y no a la puesta equívoca del citado suero. Aun concediendo hipotéticamente que la ofendida sólo se hubiera regularizado en su estado, lo cierto es que la causa de muerte es ajena al error acusado a

⁹² Como se verá, dichos criterios han sido utilizados principalmente para restringir los alcances de la causalidad, y en consecuencia, para reducir el ámbito de responsabilidad penal de los encausados.

⁹³ Sobre este tema puede consultarse: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Teoría del delito en la dogmática penal costarricense, San José, Editorial Jurídica Continental, 1.ª edición, 2002; RENAULD CASTRO, Andrea, Imputación objetiva y delito culposo, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1.ª edición, 2004; GARCÍA MARTÍNEZ, Miguel Ángel, Algunas reflexiones sobre el dolo, San José, Editorial Jurídica Continental, 1.ª edición, 2003.

la anestésista. El Derecho Penal de acciones requiere la concurrencia, no sólo de un sustrato fenoménico, sino también del elemento subjetivo del tipo como requisito mínimo indispensable de perseguibilidad del resultado lesivo. De no concurrir ese elemento, en su régimen doloso (por intención) o culposo (de previsibilidad), la acción no es sancionable. Por ello es que cabalmente se hable hoy de la “*imputación objetiva*” como método de examen de la causalidad, entendiéndose por la misma no sólo la constatación del nexo causal, sino también de la existencia de tal citada intención o previsibilidad, en tanto las normas sólo prohíben resultados evitables. En el caso de estudio, en el que la misma literatura médica señala como bajamente probable el advenimiento de un deceso en la práctica de una arteriografía (menos de un 0.1 % -folio 440-), el resultado difícilmente era previsible incluso para el profesional que ordenó la arteriografía. Con menor razón aun habría sido previsible para la enfermera anestésista, quien incluso esforzándose y empleando sus conocimientos calificados, no habría podido prever el final desafortunado; máxime si este se dio por acciones médicas ajenas a su intervención, de manera que el deceso no fue *la concreción de su error*. Así las cosas, ni siquiera siguiendo tesis causalistas como la “*ley de la causalidad natural*” o bien la “*teoría de la causalidad adecuada*”, el efecto le sería achacable, pues aquella exige la existencia de una ley causal natural *general* de la cual el caso concreto sea expresión, mientras esta requiere un resultado acorde a la experiencia general, situaciones que no surgieron en estos hechos⁹⁴.

- Creación de un riesgo no permitido

Síntesis del caso: Un conductor no detuvo la marcha de su vehículo al llegar a una intersección en donde tenía la obligación de detenerse, ya que estaba ingresando de un camino secundario a uno principal, y colisionó con otro vehículo que circulaba con derecho de vía, ocasionando lesiones a sus ocupantes.

Tesis de la defensa: Si el ofendido hubiese conducido “*a la defensiva*”, la colisión no se habría producido, argumentando además que el hecho de que el ofendido hubiera o no conducido a la defensiva, resultaba irrelevante para establecer la responsabilidad del imputado, puesto que la relación de causalidad física y la imputación objetiva del resultado (en este caso, las lesiones de los pasajeros del segundo vehículo), debían ser analizadas con respecto de cada uno de los sujetos que intervinieron en dicha colisión, determinándose la responsabilidad penal de cada uno, puesto que en el caso hipotético de que un conductor (A) haya actuado con falta al deber de cuidado en la producción de un accidente, no implica que el otro conductor (B), que también actuó con falta al deber de cuidado, deba ser eximido, afirmándose que si A hubiera actuado con cuidado, el hecho no se hubiera producido.

Decisión del Tribunal: Por el contrario –sostuvo el Tribunal de Casación– debe analizarse por separado la falta al deber de cuidado por parte de A y B, para determinar si hay relación causal física entre la misma y el resultado producido, ya que en el caso de estudio, al irrespetar el imputado la prioridad de paso del otro vehículo, violentó el deber de cuidado, existiendo una relación causal entre dicha acción y el resultado lesivo,

⁹⁴ Sala Tercera, voto n.º 273-98 del 13 de marzo de 1998.

que a su vez, fue la materialización del riesgo de colisión creado por el sentenciado, por lo que le resultaba penalmente imputable.⁹⁵

- Creación de riesgo no permitido

Síntesis del caso: Un motociclista realizó una maniobra de adelantamiento, por la derecha, a un autobús que se encontraba estacionado; se salió de la calzada e ingresó al espaldón, donde atropelló a un peatón que se dirigía hacia el citado autobús con la intención de abordarlo.

Decisión del Tribunal: El Tribunal de Casación señaló que, en vista de que la vida en sociedad implica riesgos que pueden afectar diversos bienes jurídicos, para tener por infringido el deber de cuidado, se requiere que el autor exceda ese riesgo más allá de los límites aceptables, de modo tal que no se produciría dicha infracción si el sujeto activo actúa dentro del límite de los riesgos permitidos, como hubiera sido en el caso de estudio circular sobre la calzada y no adelantar por la derecha, rechazando la tesis de defensa, en donde se pretendía responsabilizar del percance a la víctima, por considerar el Tribunal que el resultado lesivo fue la materialización del riesgo creado por el imputado (adelantamiento por la derecha y abandono de la calzada) y no por la conducta de la víctima de cruzar la autopista para abordar el autobús.⁹⁶

- Creación de un riesgo no permitido

Síntesis del caso: Un sujeto propinó a otro una herida en el abdomen con un cuchillo, ocasionándole laceración de estómago e intestino. La víctima fue trasladada al hospital, donde fue médicamente bien atendido. No obstante, el ofendido, debido a su baja condición socioeconómica y su adicción a las drogas, presentaba estado de desnutrición, por lo que no pudo recuperarse satisfactoriamente, pese al tratamiento médico, y sufrió una infección generalizada en el abdomen que le ocasionó la muerte

Tesis de la defensa: La defensa del imputado sostuvo que él no era responsable del deceso, argumentando que la “simple herida” que sufrió el ofendido, fue curada en el hospital, por lo que el resultado muerte se produjo debido a “*factores socio-culturales*” (mala alimentación, consumo de drogas, etc.) ajenos a la actuación del indiciado (concausas).

Decisión del tribunal: Dicho argumento fue rechazado por la Sala Tercera, al considerar que la conducta del sujeto activo, supuso la creación de un peligro no permitido para el bien jurídico tutelado (vida), sin que pudiese interpretarse que dicha muerte no fue la realización de ese peligro, aunque otras circunstancias propias del modo de vida que llevaba la víctima favorecieran que esta no pudiera recuperarse de las heridas, además de que la agresión con el cuchillo fue ejecutada aceptándose, al menos como posible, el fallecimiento de la víctima. Adicionalmente, en el fallo se citan los argumentos de Roxin en cuanto a que las desviaciones causales son despreciables, y por tanto, hay que imputar el resultado si la acción de la tentativa ha aumentado el peligro

⁹⁵Al respecto consultar los votos n.º 958-F-97 de las catorce horas cuarenta minutos del veintiocho de noviembre de 1997 y n.º 2000-913 del veinticuatro de noviembre del 2000.

⁹⁶ Voto n.º 2000-841 del treinta de octubre del 2000.

del curso causal subsiguiente, de modo jurídicamente relevante, de manera que el resultado viene a ser la realización del peligro creado por esa tentativa.⁹⁷

Fallo en sentido contrario sobre el tema del incremento del riesgo: Sin embargo, en un fallo posterior, la misma Sala efectuó un examen crítico de la teoría del aumento de riesgo, desarrollada por Roxin, y su aplicación en el caso de los delitos culposos, señalando que esta conlleva un aumento exagerado del ámbito punitivo del Estado, ya que no solo se consideran prohibidas normativamente las conductas que afecten o lesionen el bien jurídico, sino también aquellas que lo pongan en peligro, obligando a admitir una consecuencia contraria a un derecho penal democrático, como lo es que el autor debería responder por cualquier consecuencia que sobrevenga por la realización del riesgo creado ex-ante por su conducta, por lo que, en virtud del control que debe ejercer la Sala sobre la legalidad de los argumentos que cimentan el dictado de una sentencia, en dicho voto se concluyó que la *teoría del incremento del riesgo*, por lo menos en su formulación original por parte de Roxin, no podría admitirse en el marco referencial constitucional costarricense.⁹⁸

-Principio de confianza

Síntesis del caso: Conductor que irrespetó una señal de alto; colisionó con otro vehículo y les ocasionó lesiones a sus ocupantes.

Tesis de la defensa: Pretendía responsabilizar por el percance al propio ofendido, por no “estimar” que el imputado iba a irrespetar el alto, pudiendo así evitar el accidente.

Decisión del tribunal: El Tribunal de Casación señaló que el principio de confianza, invocado por el recurrente, hace que un conductor, en principio, no tenga que ser especialmente precavido ante la posibilidad de que otro no detenga su vehículo, respetando la prioridad de paso, pero que de todas maneras, dicho criterio no era

⁹⁷ Voto n.º 702-99 de las 9:30 horas del 4 de junio de 1999. No obstante, como muy bien lo apuntala Andrea Renauld Castro en su libro (op. cit., págs. 227 a 229), en este fallo se asimila erróneamente la imputación objetiva a una teoría de la causalidad, cuando la imputación objetiva más bien pretende ser un correctivo de la causalidad, al sostener que la simple constatación entre acción y resultado, no basta para imputarlo penalmente a su autor. Tampoco resulta satisfactoria el resto de la definición que se hace en dicha sentencia, pues el requerimiento de un nexo causal y de intención para que un acto sea penalmente relevante, es algo que la doctrina tradicional ha afirmado desde tiempo atrás. En el caso de estudio, para sostener que el imputado actuó con dolo eventual, aceptando como posible la muerte de su víctima a la hora de introducirle el cuchillo en su abdomen, no hacía falta recurrir a la imputación objetiva. Lo anterior, confirma que no en todos los casos, la aplicación de criterios de imputación objetiva por parte de nuestra jurisprudencia ha resultado acertada, ni que los criterios invocados verdaderamente guarden relación con los hechos juzgados, aspecto que debe considerarse con sumo cuidado por parte del fiscal que desee hacer uso de este recurso dogmático.

⁹⁸ Voto n.º 2004-1291 de las 9:05 horas del 12 de noviembre del 2004. En esta última resolución se aclara que si bien en votos precedentes de la Sala se ha hablado de la producción de “*un riesgo no permitido*” como elemento integrante del deber de cuidado, la tipicidad culposa (estructurada en elementos objetivos y subjetivos) no se cumple con solo el incremento de un riesgo, sino que además es necesario averiguar la finalidad concreta del autor (la cual sí existe en los delitos culposos) ante el hecho concreto, para saber de qué acción se trataba y, conforme a ello, se podrá determinar el cuidado debido que había de tenerse presente en ese tipo de acciones, y la falta al deber de cuidado es la razón para su desaprobación normativa, y no solamente la creación de un riesgo que si bien tiene importancia, no es el único criterio de imputación.

aplicable al caso concreto, precisamente porque no se demostró que el encartado condujera su vehículo conforme a las reglas del tránsito automotor, sino que por el contrario, el accidente ocurrió precisamente porque irrespetó una señal de alto.⁹⁹

-Principio de confianza

Síntesis del caso: Un conductor arriba a una intersección, donde no había una señal fija de alto para los vehículos que circulaban en ese mismo sentido, por lo que continúa adelante con su marcha y, al atravesar la calle, colisiona con otro vehículo, por lo que se producen lesiones. En primera instancia, el imputado fue declarado responsable de lesiones culposas, por considerarse que, si bien en la intersección de la cual salió, no había una señal de alto para él, varios testigos afirmaron que los conductores tenían la “costumbre” de detener sus vehículos en dicha salida, aunque en la intersección que se encontraba en frente, en sentido contrario, sí había una señal de alto, por lo que el imputado debió asumir que también existía un alto para él.

Decisión del tribunal: El Tribunal de Casación Penal revocó el fallo, argumentando que para los hechos de tránsito rige el principio de confianza, en virtud del cual, quien conduzca con respeto al deber de cuidado, tiene derecho a confiar en que los demás actúan de igual forma, por lo que no había razón para presumir que, al llegar conduciendo normalmente a un cruce de vías, debía detenerse para respetar una señal de alto que no existe materialmente, y por el contrario, quien conduzca dentro de la normatividad y normalidad no debe suponer que los demás incumplan los deberes de cuidado, como el Estado en su función de mantener el señalamiento vial. Asimismo, el Tribunal discrepó con el *a quo*, cuando supuso que el conductor que observa el dorso de una señal dispuesta para los vehículos que circulan en sentido opuesto, debe asumir que también hay un alto para él, aunque materialmente no exista, pues de observarse señalamiento para los vehículos que transitan en otras direcciones, es suficiente para asumir que hay señalamiento vial. Por tanto, si no se observan dispositivos con ordenanzas que le sean destinados a quienes circulen en el sentido que llevaba, el imputado podía confiar que no existían y podía continuar su marcha con entera libertad, como efectivamente ocurrió. Finalmente, si bien el Tribunal de Casación reconoció que la Ley de Tránsito contiene reglas subsidiarias para regular el tránsito en ausencia de señales fijas (de acuerdo con las cuales quienes circulen por vías principales tiene prioridad de paso con respecto a los que circulen sobre vías secundarias), en la sentencia impugnada no había fundamentación alguna acerca del tipo de vía en donde circulaba el ofendido, así como tampoco se explicó, para el caso concreto, cuál vía tenía la prioridad de paso y cuál no, ante la inexistencia de la señal de alto.¹⁰⁰

- Principio de confianza. Trabajo en equipo

-Síntesis del caso: Una paciente a la que se le practica una intervención quirúrgica de esterilización en un hospital público, durante la cual sufrió una perforación en el intestino (lesión que puede ocurrir en ese tipo de operaciones, aun cuando el cirujano hubiera respetado la *lex artis* médica). Fue trasladada posteriormente a la sala de recuperación. En horas de la noche, el especialista en ginecobstetricia del nosocomio

⁹⁹ Voto n.º 2001-843 de las 10:10 horas del 26 de octubre del 2001. En similar sentido, voto n.º 2002-396 de las 10:40 hrs. del 24 de mayo del 2002.

¹⁰⁰ Ver voto n.º 2001-787 de las 10:55 horas del 5 de octubre del 2001.

que se encontraba disponible, fue llamado para atenderla, y este se presentó al centro médico, la atendió, y consignó sus apreciaciones y diagnóstico. No obstante, pese a que la paciente presentaba una condición calificada de “emergencia”, el médico disponible no procedió a realizar exámenes diferenciales, sino que le bastó con lo que observó y diagnosticó en ese único momento, dejándola al cuidado del servicio de enfermería, sin esperar la evolución de su estado de salud, para confirmar su diagnóstico, y se retiró a descansar. Dada la gravedad, la paciente desarrolló una peritonitis con shock séptico. En las horas siguientes, su condición empeoró, presentando signos y síntomas del avance del shock séptico que estaba sufriendo. Pese a ello, las enfermeras que la atendieron durante ese turno, no cumplieron con el deber de cuidado, y en su lugar, cerraron su jornada sin efectuar ningún reporte que alertara sobre el caso. La situación de la ofendida no fue advertida sino hasta el turno de enfermería del día siguiente, por lo que fue trasladada de emergencia para reintervención quirúrgica, y, pese a los esfuerzos, falleció a causa de la infección generalizada en su cavidad abdominal.

Alegato de la defensa: El especialista acusado realizó un acto colectivo, regido por el principio de confianza, en virtud de que responde a la necesaria intervención de distintas personas. Requiere, además, confiar en que los restantes partícipes cumplirán con las obligaciones propias de su competencia. La relación de causalidad entre la falta al deber y el resultado –muerte– supone que el sujeto activo posea dominio del hecho, mientras que en el caso de estudio, no puede sostenerse la imputación objetiva, habida cuenta de que la laceración del intestino grueso que sufrió la paciente y dio inicio a la cadena causal, ocurrió durante la cirugía, en donde no participó el acusado, ni tampoco tuvo dominio ni conocimiento de la concausa, a saber: que las enfermeras responsables del cuidado de la ofendida, con posterioridad a que este médico la valorara, la desatendieron y no hicieron llamada alguna al médico disponible.

Decisión del tribunal: La Sala Tercera resolvió que el principio de confianza, aplicable en casos de trabajo de equipo (con responsabilidades divididas entre varias personas), no puede ser invocado a favor del sujeto que, en el plano individual, efectuó la acción u omisión violatoria al deber de cuidado, producto de la cual se suscita el resultado lesivo, sin la intervención de los restantes miembros del grupo. Así, en el caso de estudio, las acciones y omisiones en que incurrió el médico, ocurrieron en el plano individual, pues era a él –y no a otro– a quien le correspondía atender a la paciente, ordenar las pruebas médicas adecuadas, mantenerla bajo su estricta vigilancia y realizar el diagnóstico, sin que en tales operaciones, interviniera un equipo que se dividiera el trabajo, lo hubiese incumplido. En lo relativo a las actuaciones posteriores del personal de enfermería –que omitió dar nuevo aviso al médico disponible–, ningún principio de confianza justifica que se descuiden las obligaciones propias que incumben al médico tratante.¹⁰¹

- Realización del riesgo creado de acuerdo con el fin de la norma:

Síntesis del caso: Un ciclista circula contra vía en una carretera, en sentido este a oeste, rumbo a su lugar de trabajo. Un conductor circula sobre esa misma carretera, en sentido oeste a este. Al momento de que dicho automotor llegó a una intersección, donde había una señal de alto, el conductor aminoró la marcha, sin detener totalmente el vehículo, y realizó un viraje hacia su izquierda, a una velocidad aproximada de 10 km/h, para tomar una vía en dirección al norte, sin observar si en sentido este a oeste circulaba otro

¹⁰¹ Voto n.º 2000-127 de las 9:40 horas del 4 de febrero del 2000.

vehículo, lo que hizo que dicho automotor se interpusiera en el carril por el cual transitaba contra vía el ciclista, quien entonces colisionó su bicicleta a la altura del “stop” del guardabarro derecho del vehículo del imputado por lo que sufrió lesiones. En primera instancia, el conductor del automotor fue responsabilizado penalmente de dichas lesiones, por considerarse que faltó al deber de cuidado al no conducir “a la defensiva”, por no detener completamente su marcha y cerciorarse de que, en sentido contrario, no viniera otro vehículo, aun cuando viniera contra vía.

Decisión del Tribunal: Dicha condenatoria fue revocada por el Tribunal de Casación Penal, pues consideró que la responsabilidad penal por un hecho culposo, no puede fundamentarse en la mera infracción a la reglamentación de tránsito, sino que debía establecerse la relación entre dicho quebranto y el resultado producido, de modo que el mismo fuera consecuencia de un riesgo no permitido, tomando en cuenta el fin de la norma. De esta forma, para afirmar la responsabilidad penal, no bastaba una relación de causalidad física (de acuerdo con la teoría de la equivalencia), ni que se haya creado un riesgo no permitido, sino además es necesario que el resultado dañoso producido, se encuentre dentro de aquellos que pretende evitar la norma infringida. En el caso de estudio, efectuado un análisis de los artículos 78 inciso c), 89 inciso ch), 131 inciso j) y 132 de la Ley de Tránsito, el Tribunal de Casación concluyó que, con respecto a las señales de alto, lo que estas procuran es que los conductores respeten la prioridad de paso de otros vehículos, así como que también deben cederle el paso a peatones que se encuentren en la calzada, siendo este el sentido de dichas señales. Por tanto resulta ajeno a las señales de alto, que un conductor se cerciore de que no circulen vehículos contra vía, puesto que a ello no se hace referencia con la prioridad de paso. En el caso concreto, si bien el conductor aminoró su marcha y procedió a virar, luego de cerciorarse que no circularan vehículos con prioridad de paso, no detuvo completamente su vehículo, como correspondía de acuerdo con la Ley de Tránsito. Sin embargo, el resultado producido (colisión con el ciclista) se encontraba fuera del resultado que se persigue evitar a través de una señal de alto, la cual es respetar la prioridad de paso de vehículos que circulen con vía, para así evitar accidentes (ámbito de protección de la norma), y no tratar de evitar accidentes con vehículos que circulen contra vía, por lo cual dicho resultado no le era imputable objetivamente al sentenciado.¹⁰²

- Autopuesta en peligro

Síntesis del caso: Un conductor de autobús de servicio público, cinco metros antes de arribar a una parada, abre la puerta lateral, lo que aprovecha un pasajero para lanzarse apresuradamente del autobús, sin que este se hubiera detenido totalmente, perdió el equilibrio y cayó a la calzada, por lo que se produjo lesiones.

Decisión del tribunal: El Tribunal de Casación consideró que, si bien la Ley de Tránsito indica que las puertas de los vehículos de transporte público, deben permanecer cerradas durante el recorrido, y se abrirán únicamente en las paradas autorizadas, la mera infracción de esta regla, no depara responsabilidad penal para el conductor del autobús en el caso concreto, puesto que las lesiones sufridas por la víctima, no fueron resultado de la conducta del imputado (abrir la puerta), sino por la suya propia, pues de acuerdo con el principio de autorresponsabilidad, las puestas en peligro queridas y realizadas por la propia responsabilidad de la víctima, no son subsumibles en el delito

¹⁰² Voto n.º 2004-317 de las 11:42 horas del 1 de abril del 2004.

de lesiones culposas, si se realiza el riesgo conscientemente corrido por la persona responsable. Lo anterior se basa en que el derecho no puede extender su protección a los que voluntariamente renuncian a ella (salvo casos de suicidio y eutanasia). En el caso de estudio, el resultado fue la concreción del peligro generado por la propia actuación consciente y voluntaria de la víctima, al lanzarse el autobús, sin que este se hubiera detenido por completo, de modo que debía correr con las consecuencias de su acción.¹⁰³

- Puesta en peligro aceptada

Síntesis del caso: Un grupo de jóvenes que se encuentran festejando en un local donde se expenden bebidas alcohólicas, decide trasladarse a otro lugar para continuar en lo que estaban. Uno de ellos se dispone a conducir su vehículo automotor, pese a ser menor de edad (por lo que no contaba con permiso para la conducción), y además, se encuentra en estado de ebriedad, por lo cual uno de sus acompañantes decide no viajar más con él, en vista de su estado étlico, e incluso sus amigos le insistían en que no manejara. No obstante, uno de los jóvenes (también menor de edad), por solidaridad y amistad decide acompañarlo. Debido al estado de embriaguez en que se encuentra el mencionado conductor menor de edad, viaja a exceso de velocidad, por lo que pierde el control de vehículo y se vuelca y su compañero resulta seriamente lesionado.

Decisión del tribunal: El Tribunal de Casación absolvió de responsabilidad al conductor ebrio por las lesiones sufridas por el ofendido, aplicando la figura de la puesta en peligro de un tercero aceptada por este, con la cual, cuando un sujeto no se pone en peligro dolosamente a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro, con consciencia del riesgo, si dicho riesgo se materializa en un resultado lesivo, este resulta impune. El Tribunal explicó que, en el caso de estudio, se cumplió con todos los requisitos de dicha figura, puesto que al abordar el vehículo: a).- La víctima conocía en forma amplia el riesgo, en la misma medida de quien realizaba la puesta en peligro, es decir, conocía el peligro que generaba el imputado al conducir en estado de ebriedad. b).- Las lesiones sufridas por el ofendido fueron la realización del riesgo asumido al subir al automotor guiado por el encartado, y no de otro riesgo distinto, pues el estado étlico del imputado precisamente lo guió para realizar una maniobra violenta que culminó con el accidente. c).- El ofendido puesto en peligro, fue igualmente responsable del acontecer que quien generó el riesgo, pues tenía la posibilidad de no participar en el hecho, con la simple negativa de subir al vehículo, porque no fue presionado para hacerlo, así como también tenía la oportunidad de no ofrecerse a subir al automotor del imputado, por razones de amistad y lealtad a un amigo que se encontraba en manifiesto estado de ebriedad.¹⁰⁴

¹⁰³ Voto n.º 122-F-99 del 9 de abril de 1999.

¹⁰⁴ Voto n.º 2005-531 de las once horas del nueve de junio del 2005. No obstante, consideramos importante que también se tome en cuenta el criterio vertido, en sentido contrario, por el Juez Guillermo Sojo Picado, desarrollado en un voto salvado dentro de esta misma resolución, quien señalaba que el caso de estudio, no era posible resolverlo con fundamento en la teoría de la imputación objetiva, específicamente por la figura de la autopuesta en peligro o de un riesgo que ha sido aceptado por un tercero, con lo cual se consideró atípica la conducta. Sostiene el juez Sojo Picado en dicho voto salvado que modernamente, debido al proceso de industrialización, con la consiguiente manipulación de máquinas, y la aparición de una sociedad de considerable aumento en los riesgos, el delito imprudente, especialmente aquel asociado con el tráfico vehicular, ha pasado a un primer plano. El tráfico automovilístico representa actualmente una de las fuentes principales de peligro para la vida, la salud, la integridad física y el patrimonio de las personas. Desde esa perspectiva, no era posible resolver el caso concreto considerando únicamente la contribución que pudiera haber dado la víctima, especialmente

A pesar de lo anterior, recientemente el Tribunal de Casación confirmó una sentencia condenatoria por lesiones culposas, en una hipótesis similar a la descrita anteriormente, con motivo del caso de una ofendida mayor de edad que subió al automóvil de un sujeto –que en ese momento se encontraba sobrio– quien le ofreció darle un aventón, después de quedar en el acuerdo de que este le confeccionaría una carta de recomendación. En el camino, el sujeto le propuso a la mujer ir a un bar. En dicho sitio, el conductor se dedicó a beber licor y tomó en buena cantidad, y en horas tempranas de la noche, este ya se encontraba ebrio, y le ofreció a la ofendida ir a la playa. Posteriormente, ambos salen del lugar y suben al vehículo del sujeto, ya que la ofendida no tenía más opción que introducirse al vehículo, porque se encontraba en un lugar distante de su destino y no llevaba dinero. El imputado conducía el automóvil en "zig-zag" a mucha velocidad, luego de adelantar un camión, la ofendida le indicó que manejara más despacio y, momentos después, el automotor colisionó con la baranda del puente en el lado que la ofendida iba sentada y con su cinturón puesto. Esta colisión le provocó a dicha víctima serias lesiones.

En defensa del imputado se argumentó violación al *in dubio pro reo*, pues no se demostró que la ingesta de licor fuera la causa directa, manifiesta y determinante de la colisión. Se debió realizar una relación de causalidad entre la ingesta de licor y el accidente ocurrido; pero no entre el accidente y las lesiones sufridas por la ofendida.

El motivo fue declarado sin lugar por el Tribunal de Casación Penal, por cuanto en la sentencia impugnada, existía una completa y adecuada fundamentación intelectual,

tratándose de un menor de edad en que la comprensión de las consecuencias de un hecho no es la misma que pudiere tener una persona adulta. Por otro lado, el menor, precisamente por esa condición, nunca pudo representarse de modo completo que pudiera haber sucedido el accidente de la circulación, así que no era posible interpretar que renunciara a la protección que el ordenamiento jurídico le brindaba. De ahí que aceptar que el menor, con la acción de subirse al vehículo conociendo que el sentenciado estaba en estado de ebriedad, estuviera renunciando a la protección del ordenamiento, era prácticamente hacer desaparecer la idea de bien jurídico, y establecer de modo irrestricto que cualquiera puede disponer de los medios de protección que el ordenamiento brinda. En ese tanto, el juez Sojo Picado coincide con la opinión de algunos autores que afirman que el principio de autorresponsabilidad –entendido como que quien no toma las precauciones correspondientes a su responsabilidad respecto de sus bienes, no queda protegido– lo que hace es desnaturalizar las bases mismas del derecho penal, pues este dejaría de ser protección de bienes jurídicos para tutelar básicamente al imputado y no a la víctima, asumiendo el Estado un papel pasivo y ausente en la protección que el ordenamiento debe brindar. En este sentido, la idea de la autorresponsabilidad lo que vendría a hacer, es partir de la falsa idea de que el bien jurídico no merece protección alguna por el comportamiento del sujeto titular de ese bien, lo que no es posible considerar especialmente, cuando se trata de un menor de edad, pues llevaría a estigmatizar a la víctima para tutela únicamente al que causó de modo directo el daño, por su acción imprudente, y se le despoja de los bienes que el Estado debe proteger. En otros términos, de aceptarse que en el caso de estudio, el responsable de los hechos –y que por ende debía asumir el riesgo de su conducta– era única y exclusivamente el menor ofendido, crea una distorsión en el sistema penal, pues se deja de analizar la responsabilidad del autor y de los hechos, para someter a juicio a la víctima. Si bien es cierto que existe una tendencia a analizar en el derecho penal, la actuación de la víctima y la contribución que pudo tener en el hecho delictivo, a criterio del juez Sojo Picado, esto no implica dejarla desprotegida, sin un análisis crítico de los hechos y de la responsabilidad del autor. En el caso concreto, el menor ofendido si bien pudo apreciar que el acusado estaba en estado de ebriedad, y aún así aceptó acompañarlo en el vehículo, “por solidaridad”, esto hace evidenciar que el menor perjudicado no pudo nunca pensar que pudiera suceder un percance con las consecuencias físicas que se derivan del proceso, y en todo caso, el estado de ebriedad y el exceso e velocidad –según se acreditó– hacen que el justiciable pierda el control del automotor y se vuelca, hechos que son producto de la acción en violación al deber de cuidado atribuible al imputado y no propiamente al ofendido.

donde se analizaron en forma detallada, las pruebas incorporadas al debate, a saber la declaraciones de la ofendida y la del inspector de tránsito que atendió el accidente, mismas que fueron valoradas en perfecta armonía con la demás prueba introducida al debate (parte de tránsito, croquis de la escena del accidente, prueba pericial sobre alcoholemia y los dictámenes médico-legales, acerca de la lesiones sufridas por la ofendida).

El Tribunal de Casación consideró que el *a quo* fue claro y determinante en admitir la versión que rindiera la ofendida, pues la misma logró amalgamarse con las demás pruebas incorporadas, válidamente al debate y dando sustento a la actuación imprudente del imputado y su consecuente infracción al deber de cuidado que provocó, sin lugar a dudas, las lesiones que recibió esta última, así como también que se logró establecer que el imputado conducía el vehículo bajo los efectos del licor, gracias al dictamen criminalístico, lo que resulta coherente con la declaración de la ofendida en cuanto a la conducción en "zig-zag" y el exceso de velocidad, así como las maniobras imprudentes que terminaron con el choque contra la baranda del puente.

El croquis que levantara el inspector de tránsito, mostraba la existencia de señales de tránsito que advertían de la existencia del puente, desde los doscientos metros previos y, también, a pocos metros antes de ingresar al puente. El mismo inspector fue enfático al declarar que la señalización en la carretera, respecto a la existencia e ingreso al puente, era sumamente clara. Por la certeza con que resolvió en el fallo (tanto en su fundamentación fáctica como intelectual), a criterio del Tribunal de Casación en el caso de estudio no, era posible pensar en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, debido a que la condenatoria contaba con una fuerte base de certeza positiva, acerca de la intervención imprudente del imputado en los hechos acusados en su contra¹⁰⁵.

No obstante, estimamos que en los casos citados, ambos votos dejan de lado temas muy importantes, como la “**capacidad**” de la persona menor de edad de ponerse en peligro, así como la **situación de necesidad de la víctima**. De esta forma, se traslada todo el juicio de reproche a esta última. Por ello, consideramos recomendable analizar estas situaciones con los precedentes de culpa concurrente, dado que los criterios expuestos por el Tribunal de Casación, acerca de “consentimiento” por parte de la víctima para ser puesta en situaciones de riesgo, podrían generar problemas serios en la práctica, sobre todo en casos de violencia doméstica (síndrome de dependencia adquirida) y situaciones que se presentan dentro de relaciones de poder, donde la víctima se encuentra en una clara situación de desventaja.

2.3.- Elementos subjetivos del tipo penal

2.3.1.- El dolo y los elementos subjetivos del tipo penal doloso

El tipo penal doloso presenta una vertiente subjetiva, en donde se incluye el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, elementos concomitantes y selección de los medios). Esta última fase es más difusa y difícil de probar, en tanto refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar. No obstante,

¹⁰⁵ Tribunal de Casación voto n.º 2006-611 de las 8:45 hrs. del 23 de junio del 2006.

la misma puede llegar a ser inferida, a través del estudio del comportamiento externo del agente.

2.3.1.1.- El concepto de dolo: El dolo constituye el ámbito subjetivo del tipo de injusto en los delitos dolosos. Se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, ya sean los elementos que caracterizan a la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado, que afecta un determinado objeto protegido. Por ello, señala la doctrina que en los delitos dolosos, existe coincidencia entre el elemento objetivo y el subjetivo.

El concepto del dolo desempeña una función reductora, al impedir la responsabilidad meramente objetiva o por el resultado, exigiendo ciertas finalidades como condición para su relevancia típica.

El elemento volitivo del dolo ha sido puesto en duda por un sector de la dogmática moderna (funcionalismo), sobre todo en relación con los delitos de omisión, en donde, se señala que no se puede hablar de una inexistente voluntad de realización, sino la disconformidad de querer realizar algo. Por tanto, es dejar que los hechos sigan su curso sin su intervención. Sin embargo, la fórmula tradicional, aplicada por la doctrina mayoritaria y nuestra jurisprudencia, incluye ambos elementos.

En efecto, ha sido criterio de la Sala Tercera¹⁰⁶ que, para el análisis judicial de cualquier conducta encuadrable en un tipo penal, resulta fundamental el estudio del aspecto volitivo y cognitivo de la intención del sujeto activo, por cuanto el artículo 30 del Código Penal¹⁰⁷, establece una relación inseparable entre el hecho tipificado (tipo objetivo) y el aspecto intencional del mismo (dolo, culpa o preterintención). Lo anterior queda reafirmado por la existencia del artículo 31 del código¹⁰⁸ que, a criterio de la Sala, define el dolo como una *voluntad realizadora del hecho tipificado*. De esta manera, si dolo es *querer* la realización del hecho típico, el conocimiento que el dolo requiere es, precisamente, el de los elementos del tipo objetivo (de ahí su denominación como “dolo de tipo” o “*dolus naturalis*”, a diferencia del “dolo de culpabilidad” o

¹⁰⁶ Ver votos n.º 446-F-92 de las 15:40 hrs. del 15 de septiembre de 1992, n.º 344-F-94 de las 9:20 hrs. del 9 de septiembre de 1994, n.º 2000-732 de las 9:45 hrs. del 30 de junio del 2000, n.º 2002-777 de las 11:20 hrs. del 9 de agosto del 2002, n.º 2004-725 de las 9:06 hrs. del 25 de junio del 2004, n.º 2004-1422 de las 10:10 hrs. del 17 de diciembre del 2004, n.º 2005-582 de las 10:05 hrs. del 10 de junio del 2005, n.º 2005-877 de las 9:55 hrs. del 12 de agosto del 2005. En sentido similar, votos del **Tribunal de Casación Penal** n.º 064-F-99 del 1 de marzo de 1999, n.º 2000-86 del 4 de febrero del 2000, n.º 2001-011 del 5 de enero del 2001 y n.º 2002-226 de las 9:55 hrs. del 15 de marzo del 2002.

¹⁰⁷ El artículo 30 del Código Penal dispone que nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención. En contraposición, el artículo 19 del proyecto de nuevo código establece que nadie puede ser sancionado por una conducta expresamente tipificada en la ley, si no la ha realizado con dolo o culpa, eliminándose la preterintención. En vez de ello, este artículo 19 dispone que la realización por culpa solo es punible, cuando la ley expresamente lo conmine con pena, y en caso de que la ley señale pena más grave por una consecuencia especial de la conducta, se aplicará solo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos con culpa respecto de ella.

¹⁰⁸ Conforme con el actual artículo 31, obra con dolo quien *quiere* la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible. En el proyecto de nuevo código, la redacción del artículo 20 enfatiza aún más el contenido volitivo y cognitivo de este, al establecer que obra con dolo quien *conoce* y *quiere* la realización de la conducta tipificada, así como quien la *acepta* previéndola al menos como posible.

“*dolus malus*”, propio de la vieja y superada teoría del tipo simple). Este conocimiento no puede ser potencial (es decir, una posibilidad de conocimiento), sino que debe ser efectivo, aún de la probabilidad de que el resultado se produzca y no se evite el mismo.

Para la Sala, de la lectura apegada al texto del artículo 31 del Código Penal, no se podría observar en el dolo el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, aspecto que debe ser tratado en el análisis de la culpabilidad. Asimismo, si el dolo requiere el conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo (las exigencias para que el delito exista, según su descripción), ese conocimiento también presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico, pues sin esa previsión no se puede hablar de dolo.

Dolo: conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.

2.3.1.2.- Elementos intelectual y volitivo

a.)- **Elemento intelectual o cognitivo:** Saber qué es lo que se hace y conocer los elementos que caracterizan esa acción como típica. Este conocimiento se refiere a los elementos objetivos del tipo: sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc. Así por ejemplo, en el tipo subjetivo del homicidio, el dolo requiere conocer el hecho de que se mata, que la acción realizada es adecuada para producir la muerte de otra persona y que la víctima es una persona.

No tiene relevancia, para los efectos de la tipicidad, que la persona que mata conozca o no la ilicitud de su hacer, o su capacidad o incapacidad de culpabilidad.

Coincide la doctrina en que el conocimiento exigido por el dolo, debe ser un **conocimiento efectivo actual** (un conocimiento realmente poseído por el sujeto al momento de cometer el hecho) **o actualizable** (a pesar de poseerlo y tenerlo disponible, no lo considere al momento de actuar. Así por ejemplo, una persona puede saber qué almorzó un día, lo que constituye un conocimiento efectivo, pero solo lo actualiza cuando piensa en ello, es decir, cuando lo rescata de su memoria y lo tiene presente al momento de actuar). Por lo anterior, para que exista dolo, **no basta el conocimiento potencial**, pues la persona debe saber lo que hace; no basta con que hubiera debido o podido saberlo.

Ese conocimiento debe abarcar tanto los elementos descriptivos como normativos del tipo. El conocimiento de los primeros, requiere que hayan sido percibidos por el sujeto. Con respecto a los elementos normativos, estos se comprenden por su significación. La doctrina también ha señalado que el dolo no requiere de conocimientos técnico-jurídicos (especialmente en el caso de los elementos normativos de contenido jurídico, como “*documento*”, “*cosa ajena*”, “*fondos públicos*”, etc.), pues de lo contrario, solo los abogados podrían cometer delitos. Basta con que el sujeto posea lo que algunos autores denominan “*conocimientos paralelos en la esfera del lego*”. Así por ejemplo, el concepto de “*documento*” no se puede identificar por la simple percepción sensorial del papel en que se hace constar un contrato. No obstante, para el dolo basta con que el autor tenga consciencia que se trata de un instrumento destinado a probar una relación jurídica determinada (el contrato). En el caso de elementos normativos de contenido no

jurídico (v. gr. “*mujer honesta*”), basta con el agente realice una valoración de carácter “*empírico-cultural*” para poder precisarlos.

El conocimiento requerido por el dolo debe abarcar también las circunstancias agravantes (específicas o genéricas) que por formar parte de los tipos objetivos, deben ser calificadas como “*típicas*”.

En cuanto a la relación entre la previsión del curso causal y el dolo, se ha señalado que no existe capacidad humana de previsión de un curso causal en todos sus detalles; pero que el plan concreto abarca más o menos precisiones, según los casos y las circunstancias que dependen de la voluntad particular del autor. De manera que la esencialidad o inessentialidad de la discordia de lo sucedido respecto de lo planeado, siempre debe establecerse conforme al plan concreto del hecho, o sea, según el grado de concreción del dolo en el plan.

De manera que en relación con el **resultado y el nexo de causalidad** (o la imputación objetiva) en los tipos que lo exigen, un conocimiento efectivo es imposible, por lo que para la doctrina basta con que el sujeto tenga **una previsión de ellos en líneas generales**, pues si la ciencia no está en posibilidades de anticipar todos los resultados o cursos causales, con mayor razón se trata de un conocimiento solo adquirible con posterioridad al hecho. En este mismo sentido, nuestra jurisprudencia reciente señala que, en los delitos de resultado material, la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que **debe ser comprendido por el dolo del autor**, por lo que si la producción de un resultado es parte del tipo, el dolo debe extenderse a su acaecimiento y además debe abarcar, **en sus rasgos esenciales**, el curso causal que conduce a la realización del resultado.¹⁰⁹

A manera de ejemplo véase el siguiente caso: El día 15 de agosto de 1997, el ofendido **B** tuvo una discusión con los acusados **A** y **C**. Mientras **A** lanzaba piedras en contra del ofendido, **C** sigilosamente se le acercó a este último armado con una piedra en cada una de sus manos, y de forma sorpresiva se abalanzó sobre **B** y le propinó varios golpes a la altura de los oídos con las piedras, logrando derribarlo. Ya en el suelo, **C** se colocó sobre la víctima y le propinó varios golpes por la cabeza sin soltar las piedras, lo que fue aprovechado por **A** para acercarse y patear al ofendido también por la cabeza, despliegue con el cual le ocasionaron cuatro fracturas lineales en la base del cráneo. Posteriormente, el agraviado fue trasladado al Hospital, donde se le diagnosticó una fractura en la base del cráneo y se decidió trasladarlo al Hospital México. No obstante lo anterior, el día 16 de agosto de ese mismo año el agraviado fue dado de alta de ese centro hospitalario y fue trasladado a las celdas del Organismo de Investigación Judicial del II Circuito Judicial de San José y luego al Centro de Atención Institucional San José. Por último, la fractura de la base del cráneo con fístula de líquido cefalorraquídeo que tenía el agraviado, se complicó al adquirir éste la bacteria que provoca el proceso infeccioso de la meningitis. A raíz de esa meningitis bacteriana, el agraviado falleció el 26 de agosto de 1997. **A** y **C** fueron condenados entonces por el delito de Homicidio en perjuicio de **B**.

Tesis de defensa: No es clara la existencia de una cadena causal entre la agresión perpetrada por **A** y **C** y la muerte del ofendido, en especial porque no se establece cuál

¹⁰⁹ Sala Tercera voto n.º 2006-580 de las 15:15 hrs. del 19 de junio de 2006.

fue la responsabilidad del acusado en la meningitis bacteriana que causó la muerte a la víctima, la que constituyó una concausa que, en última instancia, fue lo que provocó la muerte de B.

Solución jurisprudencial: La Sala Tercera acogió dicho reclamo. En los delitos de resultado material la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que debe ser comprendido por el dolo del autor. Si la producción de un resultado es parte del tipo, el dolo debe extenderse a su acaecimiento, y además, debe abarcar en sus rasgos esenciales el curso causal que conduce a la realización del resultado. Citando la opinión del profesor Francisco Castillo González, la Sala indicó que: *“El artículo 34 del Código Penal habla de “exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción”, que tienen que ser conocidos por el agente para que él actúe dolosamente. Estas exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción, pueden ser cosas, acontecimientos o situaciones fácticas perceptibles por los sentidos y en tal caso hablamos de elementos descriptivos del tipo penal. Pero esas exigencias necesarias, para que el delito exista, según su descripción, no son solamente circunstancias fácticas en el sentido de las ciencias naturales sino también circunstancias fácticas en sentido social o normativo. En tal caso hablamos de elementos normativos del tipo penal. La relación causal es, en los delitos dolosos de resultado, un elemento normativo no escrito en el tipo. La relación de causalidad concreta -ella indica que una ley causal general se aplica a un caso concreto, de modo que la unión de una concreta acción del autor y un resultado típico concreto obedece a la existencia de esta ley causal general-, es objeto de dolo, en los delitos dolosos de resultado. De acuerdo con el citado artículo 34, la representación del autor en el momento de la acción debe referirse a aquellas circunstancias que establecen la causalidad entre acción y resultado”*.

En virtud de lo anterior, concluyó la Sala que el autor debe conocer la relación causal, es decir, debe conocer que con su acción producirá un determinado resultado. La pregunta que surgía entonces era la siguiente: ¿Qué sucede en aquellos casos en donde el resultado típico se produce fuera del modo usual en que ocurren las cosas, y de lo que conforme a las reglas de experiencia el sujeto activo podía prever, o en donde el resultado sobreviene por una circunstancia con relación a la cual el sujeto activo no tenía dominio alguno? Este análisis es el que, precisamente, se echaba de menos en la sentencia impugnada, toda vez que el a quo se limitó a considerar que los acusados golpearon al ofendido de manera reiterada con la intención de darle muerte, que producto de esos golpes la víctima sufrió una fractura en la base del cráneo, y que en este caso no existió la acción de un tercero que incrementara el riesgo que sufrió la vida del perjudicado, pues los médicos que trataron al occiso no cometieron errores, razón por la cual: *“...el resultado muerte se produjo única y exclusivamente con la proyección natural en el tiempo, de la agresión y la lesión sufrida con la misma. El resultado muerte se produjo como una realización del peligro creado por los autores, es decir, con dolo directo de producir ese resultado, creando dolosamente un riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado”*. Más adelante, el fallo de mérito sostenía que el agraviado, no obstante haber sido atendido debidamente en el Hospital México: *“...resultó con una bacteria que le produjo una meningitis purulenta que le produjo la muerte, siendo que el nexo de causalidad entre la agresión y el resultado muerte nunca se desvinculó, por lo que el hecho punible atribuido a los acusados se tuvo por bien demostrado.”*

Como se extraía de lo antes expuesto, aunque el órgano sentenciador concluyó que la muerte del ofendido se produjo por una meningitis bacteriana post-traumática en la base del cráneo, no señaló si los acusados tenían conocimiento de la relación de causalidad que se tuvo por demostrada (a saber, que al golpear al agraviado en su cabeza le producirían una lesión que posteriormente se infectaría, causándole la muerte de esta manera), o si conociendo esa circunstancia, tenían el control de la misma. Como se vino indicando, al sujeto que ha causado un hecho no se le pueden imputar jurídicamente aquellos resultados que, en virtud de la extrañeza del proceso causal, conforme a las reglas de la experiencia, no podía prever, como tampoco los resultados que -previstos o no-, no tenía la posibilidad de dirigir, de controlar, hacia la producción de una mutación más o menos determinada del mundo físico. Por ello, en criterio de la Sala era esencial que el órgano de mérito examinara ese tema, a efectos de definir si los imputados conocían los rasgos generales de la relación causal y la controlaban (caso en el cual podría hablarse de un homicidio consumado), o si por el contrario, solamente tenían el dolo de matar al agraviado con sus golpes, por ejemplo, sin prever que al herirlo, la lesión podía infectarse y provocar la muerte (caso en el cual solamente nos encontraríamos ante una tentativa de homicidio). A mayor abundamiento, tampoco se podía olvidar que no basta con que una persona coloque a otra en una situación en la que el resultado efectivamente ocurrió, para que se le pueda imputar jurídicamente ese resultado, sino que se requiere que el sujeto conozca en sus trazos esenciales la relación de causalidad y que la controle, pues de lo contrario se estaría desconociendo que en el sistema penal vigente nadie puede ser sancionado por un hecho que no le es cognoscible y gobernable. Este aspecto del dolo es el que, en el caso de concreto, el órgano sentenciador no abordó y por esa razón la resolución cuestionada resultaba ilegítima¹¹⁰.

Finalmente, el agente debe conocer también los elementos subjetivos del tipo, pues son componentes del dolo.

Por el contrario, el dolo no abarca la comprensión de si la conducta es contraria al derecho. En la actualidad nuestra jurisprudencia se inclina por la *teoría estricta de la culpabilidad*, con la cual el conocimiento de la antijuridicidad forma parte de la culpabilidad, en donde debe ser analizado. Este tema será retomado más adelante, a la hora de explicar la diferencia entre el error de tipo y el de prohibición.

b.)- **Elemento volitivo:** Voluntad incondicionada de realizar algo (típico), que el autor cree que puede realizar. Además de conocer los elementos objetivos del tipo, es necesario **querer realizarlo**, es decir, que el agente se **decida a realizar la conducta tipificada**. En otras palabras, el elemento volitivo del dolo implica querer el resultado típico, ya sea que se alcance ese resultado con la consumación del delito, o bien que no se alcance (por razones ajenas a la voluntad del agente), poniendo en peligro el bien jurídico, como ocurre en la tentativa.

Este querer **no se debe confundir con el deseo o los móviles del sujeto**. Si bien todas las acciones conscientes y voluntarias tienen una finalidad, no todos los fines son relevantes para el derecho penal. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha señalado que el móvil o la causa por la que una persona decide cometer un delito, no siempre es necesaria para que se configure el tipo penal establecido en la ley (salvo que esté contenida expresamente en el tipo objetivo). Lo que realmente importa es que, en el

¹¹⁰ Voto n.º 2006-580 de las 15:15 hrs. del 19 de junio de 2006

caso concreto, se acredite que el sujeto haya actuado con conocimiento y voluntad de comisión del hecho tipificado, es decir, con dolo.¹¹¹

Debe tenerse también presente que el momento del dolo debe coincidir con el de la realización de la acción.

Actúa con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro que genera su acción

Hay que tener presente que para la doctrina y para nuestra jurisprudencia, en materia penal, **el dolo no se presume**, y no basta con sentar una probabilidad, sino que debe demostrarse **más allá de toda duda razonable**, que se cumple con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Así por ejemplo, en el caso de la estafa (art. 216 Código Penal), son elementos objetivos del tipo la lesión al patrimonio ajeno, la inducción de una persona a error (ocultando hechos verdaderos o simulando hechos falsos) con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial antijurídico. Los elementos subjetivos estarían integrados por el dolo y los elementos subjetivos distintos de este (intención de obtener el beneficio patrimonial), por lo que para dictarse una sentencia condenatoria, debe probarse –con razonable certeza– que el imputado tenía conocimiento de que estaba lesionando el patrimonio ajeno, que estaba induciendo a error a una persona, conocimiento de que estaba simulando hechos falsos u ocultando los verdaderos, todo ello con la intención de obtener un lucro injusto, pues de lo contrario, la conducta no podría tenerse por típica. Otro ejemplo sería el del uso de

¹¹¹ Sala Tercera, votos n.º 2000-732 de las 9:45 hrs. del 30 de junio del 2000 y n.º 2003-338 de las 10:25 hrs. del 16 de mayo del 2003. En la primera resolución, la Sala indicó lo siguiente: “[...] *Por todo lo anterior, no repercute sobre el tipo el que la imputada se haya casado o no con el señor O. por dinero; tampoco incide sobre ese elemento el que el ofendido le tuviese confianza o no a F.C. para efectuar transacciones sobre sus cuentas bancarias; en ninguno de esos casos se estaría confirmando o desvirtuando el dolo, sino que se acreditaría o descartaría un móvil, el cual, como ya se dijo, no hace falta para tener por cumplida la tipicidad de la conducta de la justiciable. Lo que realmente importa es que para el a-quo, en el caso concreto se evidencia el dolo (que define el Tribunal como la voluntad de acabar con la vida del ofendido; folio 933 vuelto) porque los coimputados causaron la muerte de W.O. en co-dominio funcional del hecho; agrega que lograron su cometido al cortarle la respiración tras comprimirle el tórax y poner en su cabeza una bolsa plástica, a sabiendas de que él era el esposo de D. (véase la exposición del órgano de mérito entre los folios 933 y 934). Así planteadas las cosas, debe advertirse que el Tribunal no fundamenta la existencia del dolo en la constatación o no de un motivo para que la imputada decidiese matar a su marido, sino que lo basa en las acciones que se demostró desplegaron los coimputados. Cabe advertir que aún suprimiendo del elenco de hechos probados -concretamente del segundo de ellos; folio 781 vuelto- que el ánimo de la imputada era hacer valer su condición de heredera universal de los bienes de W.O., ello en nada desacredita la existencia de una conducta homicida dolosa. Por ello, carece de interés discutir si en la presente causa se vulneraron las reglas de la sana crítica en cuanto a la determinación de la existencia de un motivo para que D.F.C. tomase la decisión de dar muerte a su esposo. De nuevo, se reitera que lo realmente decisivo es que se tiene por demostrado que ella participó en la elaboración y ejecución de un plan para matar a su cónyuge y que logró su fin. En ese sentido, no aprecia la Sala que se produzca agravio alguno en relación con la concurrencia de un móvil para cometer el homicidio, ya que independientemente de que éste se constate o no, ello en nada incide sobre la tipicidad de la conducta atribuida a D.F.C., la cual, como ya se indicó, es dolosa y se califica por su condición de cónyuge de la víctima, no porque se acredite la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo.”*

documento falso (art. 365 Código Penal), cuya tipicidad subjetiva requiere el conocimiento de la falsedad del documento que se utiliza.¹¹²

Por supuesto que, en términos generales, el contenido cognitivo y volitivo de la acción no tiene prueba directa, salvo los casos de resolución manifestada, por lo que a nivel jurisprudencial se acepta que el dolo pueda ser inferido, inductivamente, del análisis de las circunstancias de modo tiempo y lugar del hecho, conforme a las reglas de la sana crítica.¹¹³

Esto debe ser tomado muy en cuenta por los fiscales, desde el planteamiento inicial del caso, de manera que la investigación en los delitos dolosos se oriente, no solo a la acreditación del hecho típico (elementos objetivos), sino también a la demostración de que el imputado actuó con conocimiento y voluntad (elementos subjetivos).

2.3.1.3.- Clases de dolo

2.3.1.3.1.- El dolo directo (de primer y de segundo grado): El dolo se distingue según la mayor o menor intensidad del elemento intelectual o del volitivo, entre dolo directo y dolo eventual.

En el llamado **dolo directo de primer grado**, el autor quiere directamente realizar el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad). El componente volitivo predomina sobre el cognitivo.

En el **dolo directo de segundo grado** (modalidad complementaria del primero), se incluyen los casos en donde el autor no quiere directamente la consecuencia que se va a producir; pero la admite como unida, de manera necesaria, al resultado principal que pretende, y la incluye dentro de su voluntad.

A manera de ejemplo véase el siguiente caso: Un sujeto ingresa intempestivamente a una casa de habitación, llevando consigo un objeto contundente con el que golpea al ocupante de la vivienda. En primera instancia, el imputado es condenado por los delitos de agresión con arma y violación de domicilio en concurso ideal.

La defensa del sentenciado sostuvo que dicha calificación era incorrecta, por considerar que la violación de domicilio constituyó, en el caso concreto, un acto previo impune, es decir, una acción de paso hacia el acto principal del sujeto activo: la agresión contra el ofendido.

Este alegato fue rechazado por el Tribunal de Casación, confirmando la calificación legal de los hechos con base en lo siguiente: a).- No existe ninguna coincidencia entre el

¹¹² Sala Tercera, votos n.º 38-F-94 de las 9:05 hrs. del 28 de enero de 1994 y n.º 2004-1422 de las 10:10 hrs. del 17 de diciembre del 2004. En sentido similar, Tribunal de Casación Penal en el voto n.º 2003-288 de las 10:28 hrs. del 3 de abril del 2003.

¹¹³ Sala Tercera, votos n.º 657-98 de las 9:20 hrs. del 10 de julio del 1998, n.º 2002-152 del 22 de febrero del 2002, n.º 2003-0004 de las 8:40 hrs. del 17 de enero del 2003, n.º 2003-68 del 13 de febrero del 2003, n.º 2004-1196 del 14 de octubre del 2004, entre muchos otros. Por parte del Tribunal de Casación, votos n.º 2001-481 del 29 de junio del 2001 y n.º 2004-1088 del 21 de octubre del 2004, entre otros.

bien jurídico que tutela la violación de domicilio y la agresión con arma, supuesto que debe cumplirse, si se pretende establecer una sinonimia entre dos figuras delictivas que provoca la exclusión de la figura residual frente a la principal. Si el bien jurídico tutelado en ambas figuras fuera el mismo, y la acción cuya impunidad previa se pretende, no es más que parte de la acción que contiene la acción previa, como ocurre entre los abusos deshonestos y la violación, entonces sí podría admitirse, lógicamente, la impunidad de la acción de paso. No obstante, dichas condiciones no se cumplen entre los delitos delito de agresión con arma y de violación de domicilio, por cuanto el primero no contiene de ninguna manera al segundo, ya que la relación de medio a fin de dos figuras delictivas y la impunidad de la acción previa, se determinan conforme al contenido abstracto de cada tipo penal y no de las circunstancias particulares del caso).- Si bien en el caso de estudio resultaba claro que la intención principal del sujeto era agredir al ofendido, por lo que se puede afirmar que actuó con dolo directo de primer grado con respecto a este delito, el imputado sabía que alcanzar dicha meta importaba necesariamente (con seguridad) la producción de otro resultado, que fue irrespetar el espacio privado de la víctima, lo que también llevó a cabo consciente y voluntariamente, cumpliendo así con los elementos subjetivos de la violación de domicilio, pudiéndose afirmar que actuó con dolo directo de segundo grado con respecto a este delito. Pues aunque el fin último del imputado era golpear al ofendido, sabía que estaba ingresando en una vivienda ajena sin autorización y así lo quiso, como una consecuencia necesaria de la agresión que pretendía ejecutar.¹¹⁴

2.3.1.3.2.- El dolo eventual: El sujeto se presenta el resultado como de probable producción, y aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización. No quiere ese resultado, pero cuenta con él; acepta su producción (a diferencia del dolo directo de segundo grado, en donde el resultado no se representa como posible, sino como necesario).

Nuestra jurisprudencia ha definido el dolo eventual como una clase de dolo en donde el elemento volitivo y cognitivo se encuentran disminuidos pero no ausentes.¹¹⁵ Si en el dolo directo, el autor quiere la realización del tipo objetivo (sea el resultado o la acción, según el delito de que se trate), en el dolo eventual el sujeto activo, quien dirige su conducta a un fin (que podría ser lícito o ilícito), de forma seria y cierta se representa o visualiza que, para alcanzar ese fin, resulta probable que se produzca un resultado típico que en realidad no quiere (ese no es su propósito directo). No obstante, continúa adelante sin importar las consecuencias ilícitas que se deparen, las que entonces acepta.¹¹⁶

Acerca de la justificación para reprochar penalmente a quien actúa en estas circunstancias, la Sala Tercera explica que, sin embargo, en el dolo eventual, el resultado solo se contempla como de posible realización, y la conducta del sujeto sigue siendo reprochable, **dada la aceptación de esa posibilidad**. A criterio de la Sala, esta es la tesis que siguió nuestro legislador, al equiparar en el artículo 31 del Código Penal el dolo directo y el dolo eventual. Por lo anterior, el hecho de que el individuo que obra

¹¹⁴ Tribunal de Casación, voto n.º 2004-289 de las 11:00 hrs. del 26 de marzo del 2004

¹¹⁵ Sala Tercera, voto n.º 1334-97 de las 10:40 hrs. del 28 de noviembre de 1997

¹¹⁶ Sala Tercera, voto n.º 2002-777 de las 11:20 hrs. del 9 de agosto del 2002.

con dolo eventual **solo acepte seriamente la posibilidad de producción del resultado** (pues esta queda abandonado al curso de los acontecimientos), no excluye la ilicitud de su conducta, si el resultado se da.¹¹⁷

En cuanto al elemento volitivo, la diferencia entre el dolo directo y el eventual estriba en que, mientras en el primero el sujeto quiere y aspira a la realización del resultado, en el segundo el sujeto no aspira a él, pero lo acepta si se produce.

De acuerdo con el artículo 31 del Código Penal, obra con dolo eventual quien prevé la realización del hecho tipificado, al menos como posible, y la acepta. Ello permite entender que, en el dolo eventual, también existe un elemento cognitivo (previsión) y un elemento volitivo (aceptación). A nivel jurisprudencial se ha establecido que ese elemento cognitivo, requiere la representación real –por parte del sujeto agente– de la posibilidad que acontezca el resultado, no bastando la simple posibilidad de representación de este. Para el dolo eventual no es suficiente la comprobación de que el autor, que no ha pensado en la posibilidad, “*hubiera*” debido pensar en ella o “*hubiera*” actuado, aún con ese conocimiento (se diferencia el dolo eventual con la culpa). En otras palabras, la prevención debe ser suficiente, real y no un simple *deber* de prevención.

Para nuestra jurisprudencia, esta “*aceptación del hecho*” no puede tenerse como una fórmula vacía, sino que **su existencia debe demostrarse en el caso concreto**, lo cual requiere probar todas las circunstancias del caso; en especial, aquellas que indican esa aceptación del hecho, tales como el carácter del autor, las relaciones entre autor y ofendido, la actitud antes, durante y después del hecho, etc.

Con fundamento en estas consideraciones, la Sala Tercera anuló, por defectos formales, una sentencia condenatoria por homicidio, en el caso de un joven que, estando con un amigo en la casa de la novia de este, se encuentra un arma; sin motivo evidente la colocó contra la cabeza de su amigo, haló el gatillo, y causó su muerte, por cuanto a criterio de la Sala el *a quo* erróneamente trató los dos elementos requeridos por el dolo eventual, como si fuera uno solo, al afirmar que el acusado *tuvo* que prever el resultado y *en consecuencia* debió admitirlo, sin realizar un adecuado análisis intelectual del comportamiento anterior y posterior del sujeto (a fin de determinar, si efectivamente previó el resultado y actuó aceptándolo como posible), omitiendo el análisis de algunos elementos probatorios que dejaban entrever la posibilidad de que el imputado actuó confiando en que el resultado no se produciría, es decir, de forma culposa.¹¹⁸

El dolo eventual es el límite entre el dolo y la imprudencia, sobre todo la llamada imprudencia consciente o con representación. Ambas figuras comparten dos características que se dan en el sujeto activo: a).- En ninguno de estos conceptos se persigue el resultado. b).- En ambos el autor reconoce la posibilidad de que su conducta produce el resultado.

Para distinguir cuando un sujeto actúa con dolo eventual, y cuando con imprudencia consciente, nuestra jurisprudencia sigue la posición ecléctica asumida por la doctrina

¹¹⁷ Sala Tercera voto n.º 2006-312 de las 9:40 hrs. del 6 de abril del 2006

¹¹⁸ Ver voto de la Sala Tercera n.º 2005-582 de las 10:05 hrs. del 10 de junio del 2005.

alemana (entre la teoría de la probabilidad y la teoría del consentimiento), en donde se combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con la voluntad del sujeto de actuar, pese a ese conocimiento. De acuerdo con esta posición, para que exista dolo eventual el autor debe *tomar en serio* la posibilidad de realizar el delito y, pese a ello, actúa, conformándose –aún a disgusto– con que dicha posibilidad se concrete. Esto significa que el sujeto no descarta la probabilidad de que, en el caso concreto, se dé el delito, independientemente de que pueda preferir o desear que no se dé, pues lo cierto es que aún con ese conocimiento, actúa. Por el contrario, cuando el sujeto, aunque sea temerariamente, actúa y a pesar de la representación de la probabilidad, piensa que el resultado no se va a producir, y por ende, no lo acepta, obra con culpa consciente.

Ahora bien, debe tenerse presente que si no existen **razones fundadas** y **objetivas** para justificar la probabilidad de que un resultado lesivo no se producirá, a pesar de su rechazo por parte del agente, si al final dicho resultado se produce, el agente no podría alegar después que nunca aceptó esa posibilidad (v. gr. un sujeto no podría argumentar que no aceptó la posibilidad de ocasionar un resultado lesivo, simplemente por “*confiar en su buena suerte*”. Este argumento es manifiestamente insuficiente para descartar la probabilidad de que un resultado se produzca, pues la “buena suerte” no constituye una razón fundada).

En el mismo orden de ideas, a fin de estimar que concurre el dolo eventual en un comportamiento, y no una actuación meramente culposa, la jurisprudencia también ha recurrido a lo que Jakobs llama “*el límite inferior de la probabilidad*”, que debe existir mediante un juicio concienzudo. A este límite se llega atendiendo a la relevancia del riesgo percibido para la decisión: debe ser tan importante para que conduzca, dado un motivo de evitar la realización del tipo, a la evitación real. En otras palabras, ese límite inferior en cuanto a la entidad del riesgo, según un juicio concienzudo, llevaría a evitar la conducta que realiza el tipo, límite que es sobrepasado en el dolo eventual, cuando el autor, pese a reconocer el riesgo y su entidad, decide actuar. A su vez, la relevancia para la decisión debe verse en atención a la importancia del bien afectado y a la intensidad del riesgo. Ambos elementos se evalúan objetivamente, en el sentido de que, en cuanto al bien afectado, decide la estimación jurídica y no la del autor. En cuanto a la magnitud del riesgo suficiente, se valora en principio con arreglo a un juicio jurídico y no individual: el riesgo no permitido tiene que ser relevante para la decisión, aún cuando el autor lo siga considerando incidental.

Esto es lo que otros autores llaman “*indicadores objetivos*” de los que puede deducirse la decisión contra el bien jurídico, entre los que se señalan el riesgo o peligro para el bien jurídico implícito en la acción y la capacidad de evitación del resultado que el sujeto puede tener cuando actúa.¹¹⁹ **Tal como se indicó anteriormente, la prueba de que el sujeto actuó con dolo eventual (o bien con culpa consciente) debe obtenerse del examen objetivo y minucioso de las circunstancias en que se desarrollaron los hechos investigados.**

¹¹⁹ Ver votos de la Sala Tercera n.º 1334-97 de las 10:40 hrs. del 28 de noviembre de 1997, n.º 2000-589 de las 10:55 hrs. del 2 de junio del 2000 y n.º 2002-242 de las 9.00 hrs. del 15 de marzo del 2002. En sentido similar se pronunció el **Tribunal de Casación** en el voto n.º 2002-815 de las 16:15 hrs. del 4 de octubre del 2002.

En caso de duda, en cuanto a si el agente actuó con dolo eventual o culpa con representación, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado, en observancia del principio *in dubio pro reo*, por aplicar la interpretación más favorable para el imputado.

Finalmente, debe tenerse presente que existen delitos, como por ejemplo, el uso de documento falso y la falsedad ideológica, en los cuales el dolo requiere un conocimiento cierto sobre los elementos descriptivos y normativos del hecho tipificado (v. gr. sobre lo que es un “documento”, que este es “falso” y su utilización puede provocar perjuicio a terceros). Por lo que esta clase de tipos penales, por su naturaleza, no admite el dolo eventual, únicamente dolo directo¹²⁰.

En el análisis de los supuestos de tentativa con dolo eventual, queremos dejar establecido que algunos pensadores rechazan esta posibilidad, a partir de la consideración del carácter de dispositivo amplificador del tipo penal, que corresponde a la tentativa, cuya interpretación en forma ampliada podría ser arbitraria.

Antecedentes jurisprudenciales

-Síntesis: Un sujeto conduce un taxi, en cuyo asiento trasero viajan dos pasajeras; una de ellas está sentada justo detrás del asiento del chofer. Al llegar a su destino, el taxista intenta estacionarse detrás del vehículo color blanco, aparcado en la vía pública, el cual súbitamente da marcha en reversa, y el taxista presiona el pito de su vehículo para evitar la colisión, lo que enfada al segundo conductor. A petición de una de las pasajeras, el taxista intenta estacionarse entonces delante de ese vehículo blanco, y al pasar al lado de este, su conductor comienza a insultar al taxista, saca un arma de fuego que le muestra y, en el acto, realiza un disparo contra el taxi, lo cual no produce consecuencias. El taxista continúa con su marcha hacia el frente, por lo que el conductor del vehículo blanco se baja; nuevamente saca un arma de fuego y, dirigiendo la misma hacia la parte posterior del taxi, propiamente hacia su parabrisas trasero, realiza dos disparos seguidos. Antes de iniciar los disparos, la pasajera que se había sentado detrás del conductor del taxi se voltea, y al observar que el sujeto apunta su arma en dirección al vehículo en que viaja, le indica a su acompañante que se agache, maniobra defensiva que ambas pasajeras ejecutan e, instantes después, el imputado efectúa los disparos, con el resultado de que uno de los proyectiles efectivamente ingresa por el parabrisas trasero, y se incrusta en la parte posterior de la cabeza del taxista, causándole la muerte. En primera instancia, el imputado es sentenciado por homicidio simple en perjuicio del taxista, así como homicidio simple en grado de tentativa en perjuicio de la pasajera que iba sentada detrás de éste, absolviéndolo por el homicidio simple en grado de tentativa en perjuicio de la segunda pasajera, por considerar que la vida de esta última, no corrió peligro.

-Tesis de la defensa: Se alegó la errónea aplicación de artículos 24 y 111 del Código Penal, pues se tuvo por demostrado que el *ánimus necandi* del agresor, siempre estuvo enfocado en contra del occiso, lo que excluye dicha intención con respecto a la pasajera que iba sentada detrás de este, haciendo imposible sostener la calificación jurídica de tentativa de homicidio.

¹²⁰ Sala Tercera, votos n.º 2000-434 de las 10:30 hrs. del 28 de abril del 2000 y n.º 2005-438 de las 10:18 hrs. del 20 de mayo del 2005, así como del **Tribunal de Casación Penal** n.005-1328 de las 15:55 hrs del 19 de diciembre del 2005.

-Decisión del Tribunal: Al estudiar la sentencia, la Sala Tercera detectó defectos formales en la fijación del hecho probado, propiamente inconsistencias relativas –sobre todo– a cuál fue la *intención* concreta del sujeto activo al perpetrar su conducta ilícita, lo que genera cierta confusión a la hora de establecer cuáles fueron los alcances subjetivos (motivación) de su comportamiento. Asimismo, en los considerandos de fondo, en un primer momento, decía el fallo que cuando el imputado disparó contra el taxi tenía la intención de acabar con la vida *de sus ocupantes*. Pero posteriormente se indicó que con ello tenía la intención de acabar con la vida de *cualquiera* de sus ocupantes, y finalmente, se afirma que disparó *dirigiendo su atención hacia el chofer del taxi*.

No obstante, a criterio de la Sala estos defectos no atentaban contra la legitimidad del pronunciamiento impugnado, y para ello procedió a analizar de manera hipotética cuál sería la *eventual* solución de fondo que debería adoptarse, dependiendo de la estructura o plataforma fáctica (cierta y precisa) de la cual se parta en cada supuesto, en los siguientes términos:

a). *El imputado quería acabar con la vida de todos los ocupantes del taxi:* Si se acepta que la acción de efectuar dos disparos contra el taxi estuvo motivada en su conocimiento y voluntad de matar a *todos* sus ocupantes, hay que concluir que el sujeto actuó con *dolo directo* con respecto a estas tres personas por igual (pues con pleno *conocimiento y voluntad*, dirigió su conducta a la producción del resultado previsto por el tipo penal), solo que –en lo referente a las pasajeros– el ilícito quedó en grado de tentativa. En efecto, el numeral 31 del Código Penal, establece que obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, disposición que resultaría aplicable a esta hipótesis, pues si en el caso de estudio, la motivación del agente, al disparar en dos ocasiones con dirección al taxi, sabiendo de manera cierta que en el mismo se encontraban los tres ofendidos, se sustentaba en su conociendo y voluntad (intención) de acabar con la vida de estos por igual. Necesariamente se concluye que se está ante un delito de homicidio simple consumado (por la muerte del taxista), así como dos tentativas de homicidio simple en perjuicio de las pasajeras, todo en concurso ideal (no un solo delito, como erróneamente calificó el tribunal de instancia), puesto que si la muerte de las pasajeras no se produjo, fue precisamente por la acción defensiva de ambas, por lo que la decisión del *a quo*, salvo el error cometido en cuanto a la segunda tentativa, resultó acertada;

b). *El imputado quería acabar con la vida de cualquiera de los ocupantes del taxi:* Si se acepta que la conducta de disparar en dos oportunidades al vehículo, estuvo motivada en su conocimiento y voluntad de matar a *cualquiera* de los ocupantes del mismo, y si además de ello también se aceptara que, de no haber realizado la maniobra de agacharse, quien hubiere fallecido es la pasajera que viajaba detrás del taxista, habría de concluirse que el imputado actuó con lo que en doctrina se conoce como *dolo alternativo*, cuya solución tampoco difiere con la adoptada por el *a quo*. De acuerdo con la doctrina, las dos formas de dolo –directo y eventual–, incluyendo ambas variantes del primero –de primer grado o inmediato, y de segundo grado o mediato– pueden combinarse en la voluntad realizadora de una conducta que abarque dos resultados queridos; pero excluyentes entre sí; este es el denominado dolo alternativo. Este no hace referencia a una forma de dolo, sino al modo como una de las formas de dolo, puede acontecer. Aplicando estas reglas al supuesto fáctico objeto de análisis, el comportamiento del imputado, al disparar en dos ocasiones con dirección al taxi en

procura de darle muerte a cualquiera de sus ocupantes (incluso aceptando que dichos resultados sean excluyentes entre sí), cumple con todos los elementos requeridos para predicar en su contra un dolo alternativo, pues no podría siquiera pensarse que la afectación a los bienes jurídicos involucrados, haya sido buscada en forma subsidiaria, sino alternativa, por cuanto (según la descripción del fallo) el mismo abrió fuego con el propósito manifiesto de darle muerte a cualquiera de esas personas. Siendo así, necesariamente se debe optar por la misma solución antes analizada: un delito de homicidio consumado y dos en estado de tentativa, todos en concurso ideal.

c). *La intención del imputado se dirigió y centró en el conductor del taxi:* Si se acepta que la actuación del encartado estuvo motivada en su conocimiento y voluntad directos de matar al conductor, necesariamente tendría que concluirse que actuó con *dolo directo* con respecto a este; pero con dolo eventual en lo que a las dos pasajeras del asiento trasero se refiere, sólo que –en lo que a estas atañe– igualmente tendría que concluirse que el ilícito quedó en grado de tentativa. Según el criterio de la Sala, a partir de la redacción del numeral 31 del Código Penal, en su segunda parte, se está en presencia de un dolo eventual en todos aquellos casos, en donde el sujeto activo, dirige su conducta a un fin (que incluso hasta podría ser lícito). De forma seria y cierta se representa o visualiza que, para alcanzarlo, resulta probable que se produzca un resultado típico que en realidad no quiere (ese no es su propósito directo). No obstante, continúa adelante sin importar las consecuencias ilícitas que se deparen, las que –entonces– acepta. En el caso de estudio, si el acusado, con plena certeza de la presencia y ubicación de las pasajeras dentro del taxi – que viajaban en el asiento posterior– decidió disparar en contra del conductor, centrando en este su atención, a sabiendas de que con dichos disparos tendría que poner en riesgo la vida de aquellas (al encontrarse en medio del trayecto que necesariamente, tendrían que recorrer, los proyectiles podrían ser alcanzadas). Obviamente se estaba representando la posibilidad de dicho resultado, el cual aceptó como posible, por cuanto no detuvo su accionar.

En esta misma resolución, la Sala se cuestiona si resulta factible una tentativa con dolo eventual, a lo que responde afirmativamente por las siguientes razones: Si bien de acuerdo con la redacción del artículo 24 del Código Penal, parece que la tentativa, en principio, fue prevista por el legislador, solo para aquellos supuestos en donde se dé un dolo directo, pues se utiliza la frase “*actos directamente encaminados a la consumación del delito*”, de donde habría que entender que se trata de un comportamiento objetivo, subjetivo y directamente dirigido a la producción del resultado ilícito, también habría que determinar si, en el caso del dolo eventual, podrían estimarse los resultados como *queridos* por el agente.

Al respecto, la Sala consideró que, cuando la actitud objetiva evidenciada por el agente permite establecer que, no obstante la certera representación del probable resultado típico que se derivaría de su conducta, el mismo no desistió de su plan, sino que decidió seguir adelante, aceptando lo que pudiera suceder, habrá que concluir que dicho resultado ilícito también forma parte de sus cálculos, y como tal, le es reprochable a título de dolo.

La determinación de la esencia del dolo eventual deriva básicamente de la actitud real del autor ante la probabilidad del evento, pues él mismo –a pesar de dicha representación– decide de manera consciente seguir adelante con su plan, aceptando los resultados que pudieran producirse con su actuación. Siendo así, y a pesar de esa “debilitación” del elemento volitivo (no es lo mismo “*querer*” que “*aceptar*”), desde un punto de vista normativo no desaparece esa manifiesta decisión por la posible lesión de bienes jurídicos,

lo que –entonces– determina la configuración del hecho ilícito a título de dolo, aunque en su modalidad de “*eventual*”. Por lo anterior, a criterio de la Sala Tercera el dolo eventual entra perfectamente dentro de la previsión del artículo 24, pues si bien en este tipo de casos no se podría afirmar que el elemento volitivo (“querer”), tenga la misma definición y nitidez que sí tiene el dolo directo, sí debe admitirse que no está excluido del todo, pues de lo contrario se estaría ante una culpa consciente. Partiendo de lo anterior, concluyó la Sala que cuando el artículo 24 utiliza la frase “*actos directamente encaminados*”, no solo se está refiriendo y englobando al dolo directo, sino también incluye al eventual, pues en este último supuesto, la actuación del sujeto (que se representa de manera efectiva la probabilidad del resultado, como consecuencia de su accionar), voluntariamente se ha manifestado en contra del bien jurídico, pues tal representación no lo disuade sino que, no obstante, sigue adelante con su plan, con lo que normativamente conduce su comportamiento a dicho resultado.

En el caso de examen, aún asumiendo que el imputado, al disparar su arma en dos ocasiones, centró su atención en el occiso, se tendría que, concluir que con respecto a las pasajeras, lo hizo con dolo eventual, pues a pesar de que las mismas estaban dentro del rango de acción de los proyectiles, en cuyo caso su vida corrió un peligro real, decidió seguir adelante con su propósito. Por lo cual se dan todos los elementos requeridos para estimar que, con respecto a estas, medió un delito de homicidio con dolo eventual en estado de tentativa, el cual concursa idealmente con el primero, misma solución de fondo que adoptó el tribunal de juicio.¹²¹

-Síntesis: Un grupo de sujetos armados con fusiles AK-47, se presentan a una sucursal bancaria, con la intención de llevar a cabo un asalto. Desde las afueras del local ubican al único guarda de seguridad, contra quien realizan varios disparos, y le ocasionan múltiples lesiones que ponen en peligro su vida, imposibilitándole intervenir. A pesar ello, los imputados, en forma indiscriminada y voluntaria, continúan disparando ráfagas de ametralladora hacia la sucursal –a sabiendas de que en su interior, había clientes en espera de ser atendidos–, rompen las puertas de vidrio e hirieron a cuatro personas más que se encuentran dentro local, de los cuales tres sufren lesiones que ponen en peligro sus vidas. En primera instancia, estos son condenados por cinco delitos de homicidio calificado en grado de tentativa.

-Tesis de la defensa: Se alegó errónea calificación legal de la conducta, por considerar que no se constató en la especie, un conocimiento previo de los agentes del objetivo de causar la muerte a los afectados (clientes), y haciendo uso de una cita doctrinaria, se indicó que quien ignora lo que producirá, no tiene voluntad de realizarlo, y su acto no es voluntario respecto del resultado, descartándose así el dolo. Además, no es dable combinar el dolo directo con el dolo eventual, pues ambas figuras resultan incompatibles.

-Decisión del Tribunal: La Sala Tercera confirmó la calificación legal de los hechos, por considerar que no existe incompatibilidad doctrinaria o legal de que, en un caso concreto, coincidan el dolo directo y el dolo eventual. En sentencia se tuvo por demostrado que se utilizaron armas de grueso calibre, y el elemento subjetivo del tipo

¹²¹ Voto n.º 2002-777 de las 11:20 hrs. del 9 de agosto del 2002. Sobre el tema de la tentativa cometida con dolo eventual, el voto más reciente de la Sala corresponde al n.º 2006-580 de las 15:15 hrs. del 19 de junio de 2006.

penal de homicidio, se evidenció de manera ostensible, no solo porque se estableció pericialmente que cuatro de los cinco afectados, sufrieron heridas que hicieron peligrar sus vidas, sino más bien por el *modus operandi* desplegado por los asaltantes. En el caso del guarda de seguridad, este sufrió heridas múltiples en su cuerpo, lo que denotaba el ánimo homicida directo para acabar con la posible única fuente de resistencia al asalto; sin embargo, los disparos continuaron y, en la mente de los perpetradores, existía conocimiento de que dentro de las instalaciones, había clientes. Aún así, conociendo esta circunstancia, voluntariamente dispararon ráfagas de metralla, asumiendo como posible el resultado de que alguna o algunas de esas personas dentro de la sucursal, sufrieran heridas graves o incluso la muerte. A pesar de ese conocimiento insistieron en seguir ese procedimiento para irrumpir dentro de las instalaciones, teniendo la opción de hacer –por ejemplo– un único disparo calculado al llavín de la puerta, por lo que no cabía duda de que, aun cuando en cuatro de cinco heridos, se puso en peligro la vida de los ofendidos, en los cuatro casos (exceptuando al guarda), se actuó con dolo eventual, en donde si bien el resultado muerte no es querido en principio, si es representado y aceptado como posible por los agentes que realizan la acción.¹²²

Cabe señalar que nuestra jurisprudencia acepta que la concurrencia entre dolo directo y dolo eventual, también puede presentarse en otros casos, como aquellos en donde un grupo de sujetos acuerdan efectuar un asalto a mano armada, y durante su ejecución, el sujeto que porta el arma dispara contra la víctima del robo, y le ocasiona la muerte. De acuerdo con el criterio de la Sala Tercera, dando por descontado que en estos casos, claramente existe dolo directo de cometer el robo agravado, de la interpretación integrada de los artículos 31 y 48 del Código Penal, se determina que esos mismos sujetos, también cometen el delito de homicidio doloso, aunque solo uno de ellos haya disparado el arma, ya que aceptaron como probable la producción del resultado de muerte. Desde el momento en que los integrantes del grupo deciden, en forma conjunta, utilizar armas para realizar el robo, están aceptando la posibilidad de que estas sean accionadas, lo que permite afirmar la existencia de dolo eventual de todos ellos con respecto al homicidio.¹²³

-Síntesis: En horas de la madrugada, dos ofendidos contactan a una pareja de hombres que vestían y lucían como mujeres, con quienes acuerdan trasladarse a un hotel. Una vez en la habitación, los sujetos vestidos de mujer suministraron a cada uno de sus acompañantes, una botella de cerveza, la cual contenía una dosis no determinada de un fármaco Rohypnol (el cual es utilizado para inducir al sueño), insistiéndole a los ofendidos que bebieran, con la aparente intención de drogarlos y, de esta forma despojarlos de sus pertenencias. No obstante, uno de los ofendidos, al ingerir la cerveza, sufrió la muerte inmediata producto de la acción del fármaco, en tanto que el otro quedó gravemente intoxicado.

-Decisión del Tribunal: El Tribunal de Casación Penal, partiendo de la definición adoptada por la teoría ecléctica, consideró que en el caso de estudio se actuó con dolo eventual de homicidio, pues la insistencia por parte de uno de los acusados para que los

¹²² Sala Tercera, voto n.º 2002-242 de las 9:00 del 15 de marzo del 2002. El mismo sentido, voto n.º 2004-1435 de las 11:00 hrs. del 17 de diciembre del 2004.

¹²³ Votos n.º 2001-1170 de las 8:55 hrs. del 30 de noviembre del 2001 y n.º 2003-471 de las 15:22 hrs. del 9 de junio del 2003.

ofendidos tomaran las cervezas, previamente manipuladas por el otro imputado, evidenciaba el conocimiento que estos tenían de los efectos que iba a producir la droga en ambas víctimas, y aún así aceptaron ese resultado, con lo que tácitamente aceptaron todas las consecuencias posibles que pudieren derivarse de su acción; entre ellas que la reacción que producía la droga en el metabolismo de las víctimas, ocasionaría su muerte. Diferente es el caso del homicidio preterintencional, donde el agresor únicamente desea lastimar a su víctima, pero nunca prevé ni acepta la posibilidad de que su víctima muera a consecuencia de su acción. A juicio del Tribunal, los hechos probados del fallo permitían fundamentar la concurrencia del dolo eventual, en la medida que, por la previsibilidad del resultado merced a la idoneidad del procedimiento y medios empleados (utilización de un potente fármaco, que solo se puede conseguir con receta médica, mezclado con bebidas alcohólicas), los acusados representaron, con un alto grado de probabilidad, la muerte de los ofendidos y, en tal virtud, la aceptaron como resultado de su acción.¹²⁴

Con ocasión de este mismo caso, la Sala Tercera también emitió un pronunciamiento, en donde señaló que, efectivamente, quien emplea de forma clandestina una sustancia psicotrópica para adormecer a un sujeto, con la intención de robarle, acepta la posibilidad de que el ofendido pueda fallecer. Tratándose del dolo eventual, el elemento cognitivo consiste en un conocimiento efectivo de la probabilidad de que el resultado se produzca y que, pese a ello, no se evite el mismo. En el caso de estudio, el sentido común permitía sostener que el imputado, al utilizar una droga con las particularidades del Rohypnol, que era de uso restringido, conocía que combinado con alcohol el resultado muerte puede producirse y, en lugar de evitar el mismo, procedió con su actuar ilícito de tal suerte el dolo eventual quedaba acreditado.

A propósito del dolo eventual, indicó la Sala que la doctrina penal reconoce esta figura como una clase de dolo en donde los elementos volitivo y cognitivo, se encuentran “disminuidos”, aunque no ausentes. En el dolo eventual, el autor realiza la conducta aunque reconozca como posible que, con ella, se produce o realice el tipo penal, y si bien no lo desea, actúa a sabiendas de esa posibilidad y esto significa que acepta o cuenta con que suceda. Esta figura comparte con la culpa consciente, las características de que en ninguno de ambos conceptos, se desea el resultado y, en ambos, el autor reconoce la posibilidad de que su conducta produzca el resultado.

Precisamente para distinguir ambas figuras, surgen diferentes teorías que tratan de darle una explicación al dolo eventual, inclinándose la Sala de Casación por la posición ecléctica adoptada por la doctrina alemana, de acuerdo con la que, el autor debe tomar en serio la posibilidad de realizar el delito y, pese a ello, actúa, conformándose –aún a disgusto– con que dicha posibilidad se concrete. De esta forma, tomar en serio la posibilidad del delito equivaldría a “no descartar” que se pueda producir, esto es, “contar con” la posibilidad del delito. Conformarse con la posible producción del delito significa, por lo menos, “resignarse” a ella, siquiera como consecuencia eventual desagradable, cuya posibilidad no consigue hacer desistir al sujeto de su acción: significa el grado mínimo exigible para que pueda hablarse de “aceptar” y, por tanto, de “querer” (Min Puig).

¹²⁴ Tribunal de Casación Penal, voto n° 2002-815 de las 16:15 hrs. del 4 de octubre del 2002. En el mismo sentido, se había pronunciado anteriormente la Sala Tercera en el voto n° 2000-589 de las 10:55 hrs. del 2 de junio del 2000.

Así, lo básico para esta posición es que el sujeto no descarta la probabilidad de que, en el caso concreto, se dé el delito, independientemente de que pueda preferir o desear que no se dé, pues lo cierto es que aún con ese conocimiento, actúa. Como ejemplo de esta corriente de pensamiento, la Sala citó la posición de Jakobs, para quien: “[...] *Importa el conocimiento de que no es improbable la realización del tipo. En este conocimiento se debe tratar de un juicio válido para el autor; no basta el mero pensar en la posibilidad del resultado, pues sólo con un conocimiento que presente al autor como causante del resultado según la experiencia válida, y no especulativamente o por una excesiva escrupulosidad imaginativa, podría surtir efecto el motivo de evitación directamente, es decir, sin ulterior reflexión.*

De acuerdo con lo anterior, concurrirá dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción. Ahora bien, se cuestionó en el voto lo siguiente: ¿Por qué resulta relevante definir y conceptualizar el dolo eventual? Para algunos, bastaría con remitirse al artículo 31 del Código Penal que señala: “*Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien lo acepta, previéndola a lo menos como posible*”. Sin embargo, a criterio de la Sala Tercera a esta definición debe dársele contenido interpretativo a la luz del principio constitucional de legalidad y de culpabilidad, receptados por el artículo 39 de la Constitución Política. Respetando el marco constitucional, para la Sala resulta acertada la posición ecléctica reseñada, pues con ello no se pierde de vista el principio de culpabilidad que exige, como mínimo, una relación de imputación subjetiva del hecho a su autor, un mínimo de conocimiento y voluntad en el sujeto activo respecto de su actuar, así como de libertad para hacerlo, siendo estas las bases generales de cualquier juicio de reproche que pueda corresponderle: “la culpabilidad es, además, un concepto graduable: existen distintas formas de infringir un deber, con plena conciencia y voluntad de hacerlo, sin voluntad de resultado, pero infringiendo el cuidado exigible, con conciencia y voluntad de realización de una conducta peligrosa, pero con la esperanza de que no se produciría un resultado tan grave con el que finalmente se produce, con conciencia y voluntad de realización del hecho y manifiesto desprecio a la lesión del bien jurídico que con ella pueda producirse.

Todas estas son distintas formas de infracción del deber que comportan diversos grados de imputación subjetiva. El respeto al principio de culpabilidad, exige no sólo que no se imponga pena alguna sin un mínimo grado de libertad y voluntad en el sujeto, sino también una adecuación entre el grado de infracción del deber y la consecuencia jurídica que comporta (Carbonell Mateu).

En el caso de la imputación por dolo eventual, el reproche se hace a la acción del sujeto que, mediante un juicio válido, conoce la probabilidad de que el tipo penal se realice con su conducta y, aunque no lo desea, aún así la materializa, conformándose con este. Hay aquí conocimiento de la posible lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados con la conducta que se piensa realizar y, pese a ello, el sujeto decide actuar. Para la Sala, este es el marco que posibilita, en un Estado democrático, la sanción de una conducta por dolo eventual. Para estimar que concurre dolo eventual –y no culpa consciente o atipicidad– debe determinarse lo que Jakobs denomina “*el límite inferior de la probabilidad*” que debe existir, según el juicio concienzudo. A ello se llega atendiendo a la relevancia del riesgo percibido para la decisión: debe ser tan importante para que conduzca, dado un motivo supuesto dominante de evitar la realización del tipo, a la evitación real. Es decir, que ese límite inferior en cuanto a la entidad del riesgo,

según un juicio concienzudo, llevaría a evitar la conducta que realiza el tipo, límite que es sobrepasado en el dolo eventual, cuando el autor, aunque reconoce el riesgo y su entidad, decide actuar.

A su vez, la relevancia para la decisión, debe verse en atención a la importancia del bien afectado y a la intensidad del riesgo. Ambos elementos se evalúan objetivamente, en el sentido de que, en cuanto al bien afectado, decide la estimación jurídica y no la del autor. En cuanto a la magnitud del riesgo suficiente se valora en principio con arreglo a un juicio jurídico y no individual: el riesgo no permitido tiene que ser relevante para la decisión, aun cuando el autor lo siga considerando incidental. (Jakobs) Esto es lo que otros autores llaman “indicadores objetivos” de los que puede deducirse la decisión contra el bien jurídico, entre los que se señalan el riesgo o peligro para el bien jurídico implícito en la acción y la capacidad de evitación del resultado que el sujeto puede tener cuando actúa (Muñoz Conde).

Tal como se había indicado, una característica del dolo eventual es, precisamente, que el resultado no se desea, sino que se acepta como posible y ello no impide al sujeto actuar. Por eso se afirma que su contenido de injusto es menor, pues en él “ni se persigue el resultado ni es segura su producción, sino que se abandona al curso de las cosas (Jescheck).

Aplicando todas las anteriores consideraciones al caso de examen, a criterio de la Sala Tercera se traducía un claro riesgo que, para la integridad y la vida de las personas, representaba la conducta del agente de mezclar Rohypnol con la cerveza que beberían los agraviados, aun cuando desconociera las condiciones particulares de los ofendidos. Aunque el medicamento fuere un inductor de sueño y la dosis suministrada haya sido baja, aun cuando los imputados ya habían usado esta droga para robar los bienes a otros sujetos, cierto es que atendiendo a la naturaleza de la droga empleada la que como se indicó, no se encuentra en el mercado dada su peligrosidad, es claro que el riesgo que se genera con su uso es tal que resulta probable para cualquier persona que realice una utilización clandestina de la sustancia, la posibilidad de que la víctima muera, especialmente por la forma como fue suministrada a los ofendidos.¹²⁵

-Síntesis: Una menor de ocho meses de edad es sometida por su progenitor a un proceso de agresión, el cual consistió, tanto en golpes como en privarla de muestras de afecto de otros miembros del grupo familiar y de alimentos, lo que llevó a la víctima a un severo estado de desnutrición. Un día en que la niña se despertó llorando, su progenitor la tomó por el cuello, la golpeó con los puños en la cara, le presionó el cuello y la sacudió violentamente para hacerla callar. A raíz de dichos golpes y sacudidas, la menor sufrió una hemorragia cerebral, y falleció en un hospital al que fue llevada a instancias de su madre (con el auxilio de la Fuerza Pública), varios días después.

-Tesis de defensa: En el caso de estudio, no es dable aplicar el artículo 112 inciso 1) del Código Penal, por cuanto la muerte de la víctima no fue ocasionada con intención homicida. Por el contrario, del marco histórico que se tuvo por demostrado, se infiere que lo único perseguido por el justiciable, era que su hija dejara de llorar, nunca ocasionarle la muerte, de ahí que los hechos debían calificarse como homicidio culposo, o bien preterintencional. Asimismo, según se estableció, no era la primera vez que el

¹²⁵ Sala Tercera voto n.º 2000-589 de las 10:55 hrs. del 2 de junio del 2000.

acusado había agredido a la menor, ya que en las oportunidades anteriores no sobrevino la muerte, por lo que no existía prueba de que en esta última ocasión, el imputado sí debió preverla como posible.

-Decisión del Tribunal: La Sala Tercera mantuvo la calificación jurídica de los hechos. El anterior alegato de defensa no resultaba de recibo, desde que el tribunal de juicio estableció que el imputado actuó con dolo eventual, al considerar que, si bien la conducta de este no se encaminó subjetiva y directamente a la muerte de la niña, si aceptó ese resultado en caso de producirse. Por lo anterior, el propósito originario del imputado, a la hora de sacudir a la niña, pudo ser de la más distinta naturaleza (v. gr. asustarla, hacerla callar, etc.), sin que ello enerve la existencia del dolo eventual, pues lo característico de este último es que el fin, inicialmente perseguido por el sujeto, es distinto del resultado antijurídico que, a fin de cuentas, se obtiene, pues de otro modo se estaría en presencia de un dolo directo.

Por otro lado, se estableció que la conducta específica que ocasionó el deceso, fue la de sujetar y presionar el cuello de la niña; propinarle golpes en la cara y, por último, la de sacudirla con tal violencia que le causó una hemorragia cerebral, al impactar el cerebro con las paredes internas del cráneo. Desde esta perspectiva, la Sala no encontró reproche que plantear a las conclusiones de los juzgadores, en el sentido de que el imputado no solo representó como posible el acaecimiento de la muerte, sino que aceptó su producción, y esto es así cuando se atiende, por un lado, a las condiciones particulares de la menor –desnutrición severa– que disminuían aún más sus, de por sí, ínfimas posibilidades naturales de defensa y, por otro, a lo violento del ataque. Para cualquier observador imparcial, agredir a un infante de ocho meses de edad, del modo en que lo hizo el encartado, constituye un acto evidentemente más que idóneo para provocar la muerte, sin que abone a favor de la tesis de defensa el argumento de que no todas las sacudidas a un infante generan de modo ineludible la muerte, así como que el justiciable acostumbraba agredir a su hija sin haberla matado antes, pues la circunstancia de que la muerte pueda o no ocurrir, es un factor que posee interés en ciertos casos límite, de cita usual en la doctrina, pero no en el caso de estudio, en donde los actos realizados, eran en sí mismos aptos y suficientes para producir el fallecimiento. Por lo anterior, se descarta el homicidio preterintencional o culposo, dado que no solo existió una obvia previsibilidad del resultado muerte, sino que el imputado la aceptó si sobrevenía y no fue simplemente que se confió que no ocurriría (como sucede en la culpa con representación).¹²⁶

-Síntesis: Un menor de edad, de escasos dos años, es entregado por su madre a la custodia de una mujer y su compañero sentimental. Durante varios meses, este último llevó a cabo, en forma sistemática, una serie de agresiones físicas y psicológicas contra el menor (golpes con mecates, lanzamientos al suelo, privación de alimentos, etc.), ante la inercia de su compañera (quien en ocasiones, en forma personal, coadyuvó a los actos de violencia padecidos por el ofendido). Lo anterior deterioró paulatinamente la salud física y mental del niño. Finalmente, un día el sujeto sacude violentamente al menor y lo arroja a un patio, lo cual es observado por su compañera sentimental, quien no interviene en absoluto. Dada la quebrantada salud del ofendido, las sacudidas y el lanzamiento descritos, provocan en el niño lesiones internas que, poco después, le

¹²⁶ Voto n.º 2005-102 de las 10:10 hrs. del 18 de febrero del 2002.

ocasionan la muerte. Tanto el agresor como su compañera sentimental fueron declarados coautores responsables de homicidio simple.

-Tesis de defensa: No se acredita que la mujer previera la posibilidad de que las lesiones propinadas al menor por su compañero sentimental, podían producirle la muerte. De los hechos descritos no se desprende, para el caso de la imputada, el elemento cognitivo ni el elemento volitivo del dolo de homicidio, por lo que resultan atípicos con respecto a su participación. Del marco histórico tampoco se desprende que, para la imputada, fuera fácil advertir que los golpes que, en ocasiones ella le propinó al menor, le causarían la muerte, o que este resultado se produciría por las sacudidas efectuadas contra el niño por su compañero, o bien que ella quisiera ese resultado o lo aceptara como probable, razones por las cuales no se le podía imputar penalmente el fallecimiento de la víctima.

-Decisión del Tribunal: La Sala Tercera confirmó la calificación legal. La imputada no solo participó en forma directa y sistemática en el ciclo de agresión física y psicológica a que fue sometida la víctima, sino que también se constató su participación por omisión durante las agresiones violentas ejecutadas por su compañero de vida, con quien compartía el cuidado y la protección del menor ofendido, ante solicitud expresa de la madre de este último. Estas agresiones, que desembocaron en la muerte del niño, pudieron ser evitadas por la imputada, quien no reaccionó, y más bien coadyuvó a la actividad violenta a la que el menor era sometido, permitiendo a la vez que se le agrediera, sin prestarle ayuda pudiendo hacerlo. Propiamente al momento en que el menor murió, la imputada observó pasivamente cuando el coimputado lo sacudía violentamente y lo arrojaba al patio, sin ejecutar acción alguna en su defensa. De acuerdo con este marco fáctico, la imputada cometió el delito de homicidio simple por omisión, cada vez que, por su posición de garante –guardadora– con respecto al menor, estaba obligada a cuidarlo frente a los peligros que pudieran amenazarlo. Asimismo, esa conducta fue ejecutada con dolo eventual, en el tanto que la imputada, según se fueron desarrollando los hechos (espiral de violencia en que se vio inmerso el menor ofendido), pudo prever como posible el resultado “muerte”, y aunque no lo quisiera, lo aceptó si ocurría.¹²⁷

2.3.1.4.- La ausencia de dolo: el error de tipo: Implica un desconocimiento de los elementos integrantes del tipo objetivo de injusto, sean de naturaleza descriptiva, o normativa. El error es una falsa representación de la realidad (una discordia entre la consciencia del agente y la realidad). El que ignora que detrás de una mata sobre la que dispara para probar el funcionamiento del arma, hay una persona durmiendo y lo mata, no actúa con dolo de homicidio. Eventualmente, solo podría ser responsabilizado por homicidio imprudente.

El dolo resulta excluido entonces por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado. Si el error es vencible (cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, hubiera podido salir de este y no realizar el tipo objetivo), subsiste la tipicidad culposa, en el caso de los delitos que admiten su comisión por culpa. Si el error es invencible (cuando el agente, a pesar de aplicar el cuidado debido, no podía salir de este), se excluye por completo la tipicidad.

¹²⁷ Voto n.º 2005-103 de las 10:20 hrs. del 18 de febrero del 2005.

Error de tipo puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo, abarcados por el conocimiento del dolo, sean descriptivos (el autor percibe equivocadamente con sus sentidos), o bien normativos (el autor ha carecido de una valoración que no le permite comprender el significado del elemento normativo).

Acerca de este tema, el criterio reiterado de la Sala Tercera ha sido que, para los efectos de plantear claramente la estructura de la teoría del error en el Código Penal, resulta necesario efectuar una lectura armónica de los artículos 30 y 31, en relación con el 34 y 35 del Código Penal. La tendencia seguida por nuestro código en lo que se refiere al conocimiento requerido en la voluntad realizadora del hecho tipificado (art. 31 del CP), es que si el dolo requiere el conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo, esto presupone que el autor **haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico**.

Los artículos 34 y 35 utilizan la vieja nomenclatura de “*error de hecho*” y “*error de derecho*”, vigente en España y Latinoamérica en los años setenta (recogida en el Código Penal Tipo), cuya razón de ser era tratar de separar el error de derecho con el error de hecho, que según la vieja discusión, no excusaba a la gente de su conducta.¹²⁸ Sin embargo, para la Sala el legislador costarricense consignó una tesis de distinción que supera los problemas iniciales, y esta es la de definir el error de derecho (artículo 35 del Código Penal) como el “[...] *error invencible de lo que se realiza no está sujeto a pena [...]*”, es decir, que es el falso conocimiento o ignorancia de que lo que se realiza no está prohibido, sea esto provocado por error sobre el hecho.

A efectos de esta distinción, se presenta un problema, cuando en la segunda parte del artículo 34, el legislador costarricense ubicó el error sobre las causas de justificación o de los permisos, al consignar que “[...] *Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado*”, problema tiene interés en el tanto la doctrina moderna prefiere hablar del problema de las justificantes como de un error sobre la prohibición (el denominado *error de prohibición indirecto*). La génesis de esta discusión se dio con el advenimiento de la denominada “*teoría rígida de la culpabilidad*”, según la cual los errores sobre las justificantes significan una exclusión del reproche y no del dolo. La importancia de esta discusión se inicia cuando se comprueba que el error sobre las justificantes no elimina el dolo de la conducta del autor, ni siquiera elimina la antijuridicidad (porque la relación de contradicción con el ordenamiento jurídico permanece vigente), sino que hace que el reproche, es decir, el análisis de la culpabilidad, deba hacerse sobre la capacidad de comprensión de la antijuridicidad, problema que es distinto y con consecuencias de no punibilidad del injusto en el caso de error invencible.

Por lo anterior, a pesar del aparente problema ocasionado por la ubicación del segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal, para la Sala Tercera, la falsa suposición de

¹²⁸ La redacción de estos artículos se modifica sustancialmente en el proyecto del nuevo código, cuyos numerales 23 y 30 delimitan, en forma expresa, los presupuestos del error de tipo y del error de prohibición, tal como actualmente son interpretados por la Sala Tercera. Así el artículo 23 del proyecto dispone que: “*No es típica la conducta de quien al actuar desconoce alguna exigencia necesaria para que el delito exista, según su descripción, y cuando el error provenga de culpa, la conducta se sancionará sólo cuando la ley señale penal para su realización a tal título*”. Por su parte, el artículo 30 establece que “*No es culpable quien por error invencible cree que la conducta que realiza no está sujeta a pena o que está amparado en una causa de justificación. Si el error es vencible la pena a imponer puede ser disminuida incluso por debajo del extremo menor previsto para el delito que se trate*”.

atenuantes no elimina el aspecto volitivo y de conocimiento de la acción del autor, ya que este desea y conoce que realiza el hecho típico. Su falso conocimiento e ignorancia consiste en suponer que tiene una causa de justificación que en realidad no existe. No se podría hablar en ese caso de un error de hecho, con las consecuencias que tiene en el Código Penal, porque sería desaplicar para el caso concreto, lo dicho sobre la definición del dolo que establece con claridad el artículo 31. Sin embargo, el problema de la falsa suposición de permisos o justificantes no queda sin solución en nuestro ordenamiento jurídico, ya que al estar redactado el artículo 35 del Código Penal de manera tan amplia (ubicando el problema sobre el desconocimiento de la punibilidad de lo que se realiza), hace que los problemas de error sobre justificantes, se resuelvan amparados a un problema de error de prohibición.

En todo lo demás, el artículo 34 del Código Penal consigna, solamente, problemas de tipicidad, de manera que quien se encuentre en un supuesto de error de tipo, en realidad actúa sin dolo, por lo que si su error es vencible, se le castigaría por la conducta culposa si esta se encuentra descrita paralelamente a la tipicidad dolosa (párrafo primero del artículo 34 C.P.). De todo lo dicho anteriormente, el criterio de la Sala Tercera es que se puede colegir que el error sobre las circunstancias previstas en el tipo objetivo (y que tienen que conocerse a nivel de tipo subjetivo) es un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva no existe o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Como lo dice el artículo 34: el error (falso conocimiento o ignorancia) de hecho debe recaer sobre "[...] *algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción* [...]". En los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo y al no haber ese querer no hay dolo y, por ende, la conducta es atípica. Lo anterior sucede porque si el dolo es querer la realización del tipo objetivo, si el sujeto no sabe que lo está realizando, no puede existir ese querer.

Los efectos del error de tipo dependen de si este es evitable (o vencible) o inevitable (o invencible). El **error vencible** es aquel que, **de haberse prestado la debida atención**, el resultado pudo haberse evitado, o al menos, la persona se hubiera dado cuenta de que estaba en un error. El **error invencible** es aquel que **bajo ninguna circunstancia es posible superar**, pues aunque la persona puso el mayor cuidado al accionar, aún no se hubiere podido dar cuenta de que estaba en un error. De acuerdo con la Sala Tercera, en nuestro ordenamiento jurídico, el error invencible, además de la tipicidad dolosa, elimina también la posibilidad de la tipicidad culposa. El error vencible, si bien no da lugar a una tipicidad dolosa, sí puede dar lugar a una tipicidad culposa (artículo 34 del Código Penal).

Ahora bien, el artículo 35 del Código Penal establece que: "*No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena*". A criterio de la Sala Tercera hay dos elementos de esta definición legal que interesan: En primer lugar, el epígrafe del artículo: "*Error de derecho*", y en segundo lugar, el factor de la "*creencia*" de que el "*hecho*" no está sujeto a pena. El epígrafe del artículo responde a una vieja distinción doctrinaria, la cual es evidentemente inútil, ya que hoy día es posible demostrar con claridad que el error de tipo (aquel que recae sobre los elementos del tipo objetivo), puede ser de hecho o de derecho, lo mismo, un error de prohibición puede provenir de un falso conocimiento o ignorancia del hecho que genera una situación que creemos justificada o sobre la norma que prohíbe la conducta. Por ello, señala la Sala, la doctrina

prefiere referirse al error de tipo (ubicado su análisis en la tipicidad), y el error de prohibición (ubicado su análisis en la culpabilidad).¹²⁹

¹²⁹ Ver voto de la Sala Tercera n.º 446-F-92 de las 15:40 hrs. del 25 de septiembre de 1992 y más recientemente los votos n.º 2005-758 de las 10:00 hrs. del 8 de julio del 2005 y n.º 2006-457 de las 8:55 hrs. del 23 de mayo del 2006. Puede citarse aquí que el Tribunal de Casación, en el voto n.º 2001-713 de las 9:30 hrs. del 14 de septiembre del 2001, se apartó parcialmente del criterio sostenido por la Sala Tercera y, aplicando la teoría de la doble posición del dolo desarrollada por Wilhem Gallas (según la cual el dolo es un elemento del tipo de injusto, pero también de la culpabilidad), afirmó que nuestro ordenamiento penal contempla tres tipos de errores: error de tipo (art. 34 párrafo 1º), error de tipo permisivo (art. 34 párrafo 2º) y error de prohibición (art. 35). De acuerdo con esta resolución, como el art. 31 CP dispone que el dolo no requiere el conocimiento de la antijuridicidad, sino únicamente de los elementos del hecho típico (aspecto en el que coincide con la Sala Tercera), descartándose la aplicación de la teoría de los *elementos negativos del tipo* en nuestro ordenamiento, en los supuestos del error de tipo permisivo lo que se eliminaría es el *dolo de culpabilidad*, no el dolo de tipo, de modo que la conducta cumpliría con los requisitos del tipo objetivo y subjetivo, siendo además antijurídica, pudiendo subsistir la culpa, no así la culpabilidad. No obstante, en sentido contrario a esta tesis, pueden consultarse los votos de este mismo Tribunal n.º 2000-703 del 14 de setiembre del 2000, n.º 2005-1045 de las 9:35 hrs. del 13 de octubre del 2005 y más recientemente el n.º 2007-331 de las 7:45 hrs. del 22 de marzo de 2007, en el que se indica lo siguiente: “[...] *Interesa para dilucidar esta última cuestión jurídica plantear varios aspectos de este problema: i) en primer lugar, habría que observar si el falso conocimiento o ignorancia del sujeto actuante recae sobre las circunstancias objetivas que originan una causa de justificación que en realidad no existe; ii) en segundo lugar, y desde la perspectiva del propio sujeto actuante, habría que determinar si la persona se creyó justificada, esto es, que su acto carecía de antijuridicidad y, en tal caso, se trataría más bien de un error de prohibición indirecto y, de ahí derivar en una tercera cuestión: iii) si es posible constatar un error, debe determinarse si este es vencible o invencible. En cuanto a este último punto, resulta que la estructura de la Parte General de nuestro Código Penal Vigente (arts. 34 y 35) resuelve el problema de una manera aparentemente distinta. Al respecto ha habido un debate bastante álgido en la jurisprudencia de este Tribunal de Casación (cfr. Voto 2001-713 del TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, de las nueve horas con treinta minutos del catorce de setiembre de dos mil uno, con integración de los jueces Rosario Fernández Vindas, Carlos Luis Redondo Gutiérrez y Javier Llobet Rodríguez) y de la propia Sala de Casación (cfr. V-446-F de la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA a las quince horas cuarenta minutos del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos) acerca de cuál es el sistema que subyace a la construcción legislativa de la teoría del error. El debate se origina, principalmente, a partir de la separación de ambos errores en dos figuras independientes: el error sobre las circunstancias objetivas de las causas de justificación en el segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal y el error de prohibición en el artículo 35 de ese mismo cuerpo legal. En un fallo importante de este Tribunal (Voto 2001-713) se procedió a hacer un balance de las teorías estricta y limitada de la culpabilidad, así como también de la así denominada teoría de los elementos negativos del tipo para efectos de resolver la cuestión planteada en una hipótesis donde el imputado creía actuar justificado por una legítima defensa de la propiedad. Aun cuando no se tomó claramente posición, la respuesta jurídica dada al caso pareció orientarse por una aplicación bastante cercana a la teoría limitada de la culpabilidad, donde los casos de error sobre las justificantes (justificantes putativas) habrían de resolverse como error de tipo, y si el error sobre ellas es invencible desaparecería el dolo con el que se realizó el hecho. Por el contrario, si el error es vencible, desaparece el dolo pero subsiste la culpa, la cual se imputaría solamente si el delito tiene una descripción imprudente paralela. Es decir, se aplica la misma solución que está prevista en el primer párrafo del artículo 34 del CP para los casos de error sobre los elementos que harían que el delito exista según su descripción, lo que ubica la solución dada en aquél fallo muy cercana a las propuestas que últimamente se escuchan en los autores que promueven el resurgimiento de la teoría de los elementos negativos del tipo. Esta última teoría, que ha ido ganando algunos seguidores en la doctrina nacional, postula que la constatación de la tipicidad implica la comprobación de que no hay una justificante específica para el hecho. De la misma forma, las vicisitudes de la tipicidad (causales de atipicidad) afectan a la antijuridicidad, provocando que una ausencia de tipicidad termine haciendo desaparecer la antijuridicidad del hecho. Para la teoría de los elementos negativos del tipo resulta claro que el dolo pertenece al tipo penal y, por ende, si existe un error sobre una causal de justificación (las cuales afectan por igual a la tipicidad) debe tratarse como si fuera un error de tipo, que elimina el dolo si es invencible. A esta teoría se pueden hacer varias objeciones, pero lo más importante es que dejaría impunes aquellos delitos graves, donde ha habido una justificante putativa, y el error es de carácter vencible, por la sencilla razón de que no todos los delitos tienen una tipicidad culposa correlativa a la*

En sentido similar, el Tribunal de Casación ha señalado que el error de hecho y el error de tipo no son equivalentes, como tampoco son idénticos el error de derecho y el error de prohibición. Por esta razón, no pueden concurrir –en un mismo hecho– un error de tipo con un error de prohibición, o un error de hecho con un error de derecho, pues la falta de identidad entre lo que se piensa y lo que materialmente se hace, es la característica del error de tipo (también del error de hecho), pues se trata de una actuación bajo la ignorancia de realizar los elementos objetivos del tipo penal, en tanto que la actuación con conocimiento de lo que se hace, pero sin saber de su carácter delictivo, es la característica del error de prohibición (como también del error de derecho). Si bien estas figuras no pueden ser alegadas conjuntamente, dada la dinámica analítica de la estructura del delito, sí pueden ser examinadas en forma subsidiaria, de manera que, en un caso concreto, una vez descartado el error de tipo durante el examen de tipicidad, posteriormente puede estudiarse el error de prohibición, durante el examen de la culpabilidad.¹³⁰

No debe confundirse el error con las emociones del agente, pues estas últimas –sea dicho en forma general– no excluyen el dolo (conocimiento y voluntad) con que actúa y, por ello, no tornan atípica la acción. La emoción es solamente una atenuante de la pena en tipos específicos, cuando su causa u origen la hacen excusable (v. gr. el homicidio y lesiones en estado de emoción violenta), y funciona como condición de punibilidad, cuando implica el exceso en el ejercicio de una causa de justificación. No obstante, la ofuscación o las emociones del agente no excluyen el dolo y no significan atipicidad, aunque pueden ser atenuantes o condiciones de punibilidad, cuando la ley así lo indique.¹³¹

Debe tenerse muy presente que el error de tipo, para que pueda excluir la tipicidad subjetiva, **debe ser esencial, y no meramente accidental**. De esta forma, el cazador que dispara contra un bulto, creyendo que era un venado, cuando en realidad era un hombre, incurre en un error esencial sobre uno de los elementos del tipo objetivo del homicidio. Por el contrario, quien dispara queriendo matar a su enemigo, pero mata a otra persona a quien confundió con su enemigo por su parecido físico, incurre en un

dolosa. La segunda objeción sería que ante quien actúa en una justificación putativa no podría ejercerse, por ejemplo, una legítima defensa, ya que el actuar desplegado carece de dolo, no es una agresión ilegítima. En el caso examinado por esta Cámara en el año 2001 resultaría entonces que el ciudadano no puede defenderse legítimamente de quien lo ha privado de su libertad injustamente, simplemente porque el actuar de ese sujeto carecería de dolo. Es en virtud de estas objeciones que corresponde aplicar una tesis que se conforme de una manera mucho más racional a la estructura del dolo que sigue el Código Penal vigente y, por ello, esta Cámara, en su configuración actual, respeta el criterio expresado en dicho antecedente del año 2001 pero prefiere apartarse de la tesis del error que fuera expuesta allí y brindar sustento a la solución que se le da a este problema jurídico con la ayuda de una tesis diversa. La teoría estricta de la culpabilidad, que los suscritos jueces acogemos y que armoniza con la estructura vigente del Código Penal, hace una diferenciación más clara entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad. El error de prohibición viviría entonces de su conexión con el conocimiento de la antijuridicidad, mientras que el error de tipo estaría conectado al dolo y al conocimiento (-y a la voluntad realizadora-) de los elementos del tipo penal (artículo 31 del Código Penal). Por lo tanto, los casos de error sobre una justificante no son errores de tipo sino errores de prohibición, ergo, errores sobre el conocimiento de la antijuridicidad y deben ser resueltos como tales, esto es disminuyendo o eliminando el monto del reproche que se puede hacer al autor del hecho [...]”

¹³⁰ Tribunal de Casación, voto n.º 2002-751 de las 10:45 hrs. del 19 de septiembre del 2002.

¹³¹ Tribunal de Casación, voto n.º 2000-471 del 23 de junio del 2000.

error accidental que no excluye la tipicidad subjetiva del homicidio. Este tipo de errores serán examinados a continuación.

2.3.1.5.- Clases de error de tipo (los denominados errores secundarios o accidentales)

a).- Error sobre el objeto de la acción: En principio es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción: que A mate a B en lugar de C; o que detenga de manera ilegal a F porque lo confundió. Pero cuando los objetos son heterogéneos, el error sí dará lugar a un concurso entre el delito que se quería realizar y el realizado, como ocurre cuando se quiere matar al perro del vecino, pero se mata al vecino, aquí habría un concurso entre el delito de daños (tentado o consumando, si el perro también muere) y el homicidio culposo. **En estos casos, el dolo no se excluye.**

b).- Error sobre la relación de causalidad: Como se indicó anteriormente, el agente debe prever (aunque no a nivel de conocimiento efectivo), el resultado que producirá su conducta y el nexo de causalidad entre ambos. Las desviaciones que no son esenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor, son irrelevantes, como sería el caso en el que Mario dispara contra Pablo, con ánimo de matarlo, pero solo lo hiere, y Pablo muere a los días, por la gravedad de la herida ocasionada por el disparo. No hay duda de que Mario será autor de homicidio. Distinto sería el caso de que Pablo muera, a consecuencia del incendio en el hospital donde está internado, pues en este caso, no podría hablarse de la imputación objetiva del resultado a la acción.

c).- Error en el golpe (*aberratio ictus*): Se presenta fundamentalmente en los delitos contra la vida y la integridad física. Juan quiere matar a Fernando, pero por su mala puntería, mata a Pedro. La solución podría ser la misma que la del error *in persona* y establecer la existencia de un delito de homicidio doloso (en tanto este resultado haya sido incorporado como posible en su voluntad realizadora, conforme a las reglas del dolo eventual, pues en caso contrario sería homicidio culposo), en concurso ideal con la tentativa de homicidio de Fernando.

d).- Error in persona: En realidad no constituye un verdadero caso de error sobre el desarrollo del suceso, pues no hay desviación alguna, solo se trata de un error en la identidad del sujeto pasivo y este no es un elemento del tipo, por regla general.

e).- *Dolus generalis*: Se procura emplear para resolver los supuestos en que el resultado se atrasa o adelanta con respecto a lo planeado por el agente. El autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad la consumación se produce por un hecho anterior o posterior. Por ejemplo, A golpea fuertemente a B en la cabeza y cree haberlo matado, luego trata de simular un suicidio, anudándole un cable en el cuello; la autopsia determina que la muerte fue causada por el estrangulamiento y no por los golpes. Otro ejemplo es el del sujeto que cree haber matado a golpes a su víctima, y luego lo arroja al mar para evitar que lo descubran. En la autopsia se determinó que la causa de muerte fue el ahogamiento. La solución preferible en estos casos, es la de existencia de tentativa de homicidio y homicidio imprudente en concurso material, ya que en el momento de producir el resultado, el autor no dirige a él su acción y no sabe de la realización del tipo. Un caso de adelantamiento sería el del sujeto que droga a una víctima para que se duerma, y después la arroja a las líneas del tren a fin de simular un suicidio, pero la persona ya había muerto por intoxicación con la droga suministrada. Un sector de la

doctrina señala que, en los casos de adelantamiento, en que el resultado se produce antes del comienzo de ejecución, no es posible imputar más que por culpa.

f).- Error sobre elementos agravantes o calificantes: No eliminan la tipicidad, pero determinan la no configuración del tipo agravado o calificado, por lo que debe jugar el tipo básico, al ser la definición genérica de la acción, y que se cumple tanto objetiva como subjetivamente. Esta regla juega de diferente manera, según la hipótesis: a).- Falsa suposición de agravantes: el que cree matar a su padre, pero mata a una persona que en realidad no lo era (homicidio simple). b).- Ignorancia de atenuantes existentes en la tipicidad objetiva. c).- Ignorancia de las circunstancias calificantes de la tipicidad objetiva (v. gr. quien mata a su padre, sin saber su identidad: homicidio simple, pues falta el dolo de parricidio).

El error sobre los elementos del tipo excluye el dolo. Si es vencible puede subsistir la responsabilidad por culpa. Si es invencible, se excluye por completo la tipicidad.

A diferencia del error de tipo, el error de prohibición recae sobre la antijuridicidad de la conducta, de manera que la tipicidad de esta subsiste, aunque pueda excluirse o atenuarse la culpabilidad.

Antecedentes jurisprudenciales

-Síntesis: Con ocasión de un proceso interdictal, un tribunal acoge la pretensión del actor, dictando una sentencia en donde se ordena expresamente el derribo de una construcción sita en una playa, el cual fue debidamente notificado a los demandados, quienes, de acuerdo con la ley vigente, estaban obligados a acatar en forma inmediata dicha orden, pues el ordenamiento jurídico vigente, en ese momento, no contemplaba mecanismo alguno para la suspensión de su ejecución. No obstante, por consejo de su abogado, los demandados interponen un proceso ordinario con la intención de que se declarara la ilegalidad de dicha orden de derribo. Creyendo que la interposición de ese proceso ordinario sí les concedía un plazo para el cumplimiento del derribo, los demandados desacataron la orden emanada por el tribunal, por lo que fueron acusados y condenados por el delito de Desobediencia a la Autoridad.

-Decisión del Tribunal: La Sala Tercera anuló el fallo condenatorio, por considerar que los imputados actuaron bajo los presupuestos del error de tipo. Si bien es cierto que de conformidad con el ordenamiento jurídico-procesal, vigente a la fecha de los hechos, la orden de derribo emitida por el tribunal debió obedecerse, los acusados actuaron creyendo en un plazo de cumplimiento que su propio abogado (conocedor de la Legislación Civil y Procesal Civil) creyó que existía. Así los imputados supusieron, falsamente, que contaban con un plazo para cumplir con el derribo, dentro del cual se tramitaría el juicio ordinario, donde se discutiría el fondo del asunto, y no se les podría obligar a ejecutar la orden del Tribunal. El dolo del tipo previsto en el artículo 307 del Código Penal requiere una voluntad de desobedecer, conociendo que la orden es de inmediato cumplimiento y, además, conociendo que la orden emana de "funcionario público" competente. En el caso de estudio, el error de tipo en donde incurrieron los acusados, lo fue sobre el "*inmediato*" cumplimiento de la orden, creyendo falsamente que tenían un plazo para cumplir, cuando este en realidad no existía. En virtud de este error sobre una de las circunstancias que debían conocerse a nivel de tipo subjetivo, en el caso se cumplió con los requisitos de un error de tipo. Además se consideraba que el error en que incurrieron los imputados, era de

carácter invencible, pues tuvieron el cuidado de tomar consejo de un profesional en derecho, a fin de que les indicara sobre los pasos por seguir, en relación con las consecuencias jurídicas de la orden emanada del tribunal, por lo que no se les podía exigir que superaran un falso conocimiento o ignorancia que el mismo profesional en derecho estaba propiciando al creer, de modo erróneo, que el ordenamiento jurídico establece una posibilidad de suspensión de la orden que en realidad no existía.

-Síntesis: A un sujeto se le encomienda la labor de aserrar árboles en una propiedad privada. En virtud de la información que le suministra la persona que encargó realizar el trabajo, el sujeto asume que esta persona, quien además era su amigo, tenía en su poder el respectivo permiso de la administración forestal del Estado para efectuar el derribo, por lo que procedió a talar los árboles que se le indicaron. Dicha actividad de aprovechamiento forestal, fue detectada por las autoridades, quienes a su vez, constataron que la persona que encargó los trabajos no contaba con permiso alguno extendido por la administración, por lo que se interpuso la denuncia por infracción a la Ley Forestal contra el sujeto que aserró los árboles. No obstante; este imputado fue absuelto por considerar que actuó bajo los supuestos del error de tipo.

-Tesis del recurrente: En el caso de examen, no era posible aplicar el error de tipo, por cuanto la conducta del imputado se enmarcaba en el error vencible de prohibición, toda vez que este conocía la necesidad de contar con un permiso forestal para aprovechar la madera, el cual no solicitó a su amigo, pudiendo haberlo hecho. Por lo anterior, con la falsa representación de la existencia del permiso, taló los árboles, por lo que al tratarse de un error de prohibición, no se excluía la tipicidad de la conducta, debiendo aplicársele una sanción, aunque atenuada.

-Decisión del tribunal: Aun cuando el Tribunal de Casación reconoció que el planteamiento del recurrente estaba bien fundado y resultaba interesante, consideró que el imputado actuó bajo los presupuestos del error de tipo. El primer apartado del artículo 61 de la Ley Forestal (Número 7575), contiene un elemento normativo como es el permiso de la Administración Forestal, el cual se requiere para que el sujeto activo cometa el delito. Si bien no se discute que al infractor pueda reprochársele el esfuerzo o actividades que pudo realizar para conocer que se requería el permiso, en el caso de estudio, la situación es diferente, pues se trata de una hipótesis en la que el imputado no tuvo que realizar ningún esfuerzo para ponerse en una situación en donde se mantiene el juicio de reproche que caracteriza la culpabilidad, pues conforme se estableció en sentencia, el imputado supuso, por una información errónea de su compañero, que este poseía el permiso para realizar la actividad forestal. Por tanto, el tema no es la vencibilidad o invencibilidad del error. En el caso de un error de tipo, la evaluación conceptual requiere establecer que en verdad existió el error, sin que pueda admitirse algún tipo de gradación, excepto la distinción entre acción dolosa y culposa. Por el contrario, en el error de prohibición, es posible evaluar diversos grados de reprochabilidad (art. 79 Código Penal). Si en sentencia se determinó que el sujeto activo no estaba, de hecho, en capacidad de establecer si el permiso o autorización existía, frente a esta conclusión, no es posible aplicar una mayor o menor vencibilidad. Simplemente se asume, razonablemente, que el sujeto activo actuó bajo la idea de que el permiso jurídicamente exigible, lo poseía la persona que le encomendó una determinada labor. Bajo este supuesto, no se podía modificar la decisión del *aquo*, pues conforme se define la figura delictiva, el permiso constituye un elemento normativo del tipo penal, de manera que un error sobre su existencia, sí constituye un error de tipo (art. 34 del

Código Penal); y se trata de un error de tipo de derecho. Si bien existe una proximidad conceptual entre este y el error de prohibición, pues los elementos normativos del tipo, cuando se refieren a requisitos o conceptos jurídicos, tienen una estrecha cercanía con las categorías que integran el juicio de reproche por la culpabilidad, tal proximidad no justifica la confusión entre uno y otro concepto. Si el imputado no actuó bajo la idea de que el permiso se había expedido, tal situación, conforme al texto penal aplicado, no admite una evaluación circunstanciada, como el juicio de culpabilidad, sino que solo requiere la credibilidad de la prueba que sustente tal extremo y, si tal parámetro se supera, debe admitirse que se trata de un error de tipo de derecho, cuya existencia excluye la tipicidad.¹³²

-Síntesis: Un sujeto mantiene una relación sexual consentida con una menor de 13 años, circunstancia que era desconocida por el sujeto, dado que la apariencia física de la menor, era la de persona mayor de 15 años.

-Decisión del Tribunal: El Tribunal de Casación consideró que en el sujeto actuó bajo un error de tipo que excluía la tipicidad de su conducta. El artículo 159 del Código Penal sanciona a quien, aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aun con su consentimiento. Al creer que estaba manteniendo relaciones sexuales con una persona mayor de quince años, dado que la ofendida no aparentaba su edad cronológica, el imputado actuó con falso conocimiento (un error de tipo de hecho) acerca de una de las exigencias necesarias para que el delito exista, cual es que la ofendida sea mayor de 12 y menor de 15 años, por lo que al excluirse el elemento subjetivo del tipo penal, correspondía la absolutoria del imputado.¹³³

-Síntesis: Un sujeto recoge una piedra, y la lanza contra un hombre que se encuentra en un portón con intención de lesionarlo. No obstante, la piedra no impacta al hombre contra el que fue originalmente lanzada, sino a la hija de este, quien se encontraba a su lado en el portón, por lo que le causó lesiones graves.

¹³² Voto n.º 2003-1113 de las 9:50 hrs. del 31 de octubre del 2003.

¹³³ Voto n.º 2005-097 de las 8:45 hrs. del 17 de febrero del 2005. En forma distinta se pronunció la Sala en el voto n.º 2006-457 de las 8:55 hrs. del 23 de mayo del 2006, con ocasión de un caso en que un sujeto lleva a su novia a un sitio oscuro y apartado, donde le exige que le dé un beso, a lo que esta se niega, por lo que el sujeto la amenaza, forcejea con ella, la arroja al sujeto sujetándola por la fuerza, donde comienza a manosearle e insistirle que le diera el beso. Ante esta situación, la muchacha, atemorizada, acepta darle el beso, lo que aprovecha también el sujeto para manosearla impudicamente. La Sala rechazó la tesis de defensa, la cual consistía en sostener que las palabras de “aceptación” por parte de de la víctima, hicieron incurrir en error de tipo al imputado sobre el consentimiento de la ofendida, pues a criterio de la Sala para que en el caso de estudio, se hubiera podido aplicar la figura del error de tipo, se requería como presupuesto fáctico que el agente activo hubiera apreciado incorrectamente las circunstancias que lo rodeaban, creyendo erróneamente que la conducta por él desplegada no se adecuaba a las exigencias de un tipo penal, nada de lo cual se cumplía en el caso de estudio, donde más bien se descartó esa “falsa o errónea representación” aducida por la defensa (en el sentido de que el encartado, creía que la ofendida aceptó que ambos tuvieran un “acercamiento sexual”). Toda vez que las circunstancias que rodearon el hecho específico, esto es, las amenazas y violencia previas, necesariamente harían entender a cualquier persona que la voluntad del sujeto pasivo, estaba viciada, e incluso, aún partiendo de la base de que el acusado, pudo haberse representado erróneamente que la ofendida estuvo de acuerdo con darle el beso, para la Sala era claro que todo lo que se diera más allá del mismo, iría contra su voluntad, de tal modo que al extralimitarse, pues de seguido procedió a tocarle el cuerpo mediante el ejercicio de violencia, el imputado cometió el delito de abusos sexuales.

-Decisión del Tribunal: El Tribunal de Casación concluyó que el resultado debía reputarse como doloso. El *aberratio ictus*, denominado también error en el golpe, no excluye el dolo de la conducta. En el caso de estudio, la ofendida estaba muy cerca de su padre, entonces el imputado podía inferir el grado de probabilidad necesario, que de no atinarle al padre, le podía pegar a la hija como efectivamente ocurrió, lo cual le es atribuible a título de dolo.¹³⁴

¹³⁴ Tribunal de Casación Penal voto n.º 2002-838 de las 11:40 hrs. del 11 de octubre del 2002. En el mismo sentido voto de este mismo Tribunal n.º 2005-1000 de las 10:10 hrs. del 6 de octubre del 2005. Sobre el tema de la *aberratio ictus*, la Sala Tercera, en el voto No. 2006-252 de las 16:05 hrs. del 27 de marzo de 2006, se pronunció en los siguientes términos: “...III.- **Análisis del presente caso según las dos alternativas que plantea el Tribunal.** Para esta Sala, la decisión que adoptó el Tribunal en cuanto al delito de lesiones graves se mantiene igual sea que se considere que el acusado actuó con dolo directo, o bien con dolo eventual. **A) EL IMPUTADO QUERÍA LESIONAR AL OFENDIDO Y ESE DOLO DIRECTO SE CONCRETÓ EN EL RESULTADO.** Como se ha venido señalando, el Tribunal tuvo por demostrado que J. R., con pleno conocimiento y voluntad, le lanzó un envase de cerveza al ofendido J. H. R. (con quien tenía problemas previos, a quien había lesionado en el pasado y con el que peleó luego de tirarle la botella, así folios 37 a 39 frente), siendo que éste logró esquivar dicho objeto, debido a lo cual quien al final de cuentas resultó impactada fue la señora O. M. Esta relación fáctica, así descrita, es constitutiva únicamente del delito de lesiones graves, pues estamos en presencia del ABERRATIO ICTUS (o error en el golpe), donde la equivalencia de los sujetos pasivos de la acción ilícita no haría ninguna diferencia en la norma sustantiva a aplicar, ello por cuanto el agente activo quiso lesionar a una persona, lo que al final de cuentas consiguió. Al respecto, ha dicho esta Sala: “ [...] en lo que a la cuestión de fondo se refiere, del contenido del fallo se colige como hecho probado el siguiente: “... Los aquí ofendidos JFRR y MTM, se encontraban departiendo en el negocio ... también se encontraba presente el aquí acusado JQG, quien sin precisarse motivo, tuvo una discusión con el ofendido JFRR, el cual desencadenó que el aquí encartado JQG, y dicho agraviado iniciaran una riña entre ellos y aquel, con pleno menosprecio de la integridad física de los ofendidos mencionados, lanzó con fuerza un envase de cerveza impactando la botella de cerveza, lanzada por el encartado JQG, en pleno rostro de la ofendida MTM, provocándole un desprendimiento del canino inferior izquierdo ... tales lesiones le produjeron una incapacidad temporal de ocho días a partir de la fecha de los hechos y le queda un debilitamiento del órgano de la masticación ...” (cfr. folio 75, línea 178 en adelante). Asimismo, en los considerandos de fondo se explicó lo siguiente: “... concluimos entonces que el imputado participó dolosamente en los hechos investigados, y que estos constituyen infracción a la norma contenida en el artículo 124 del Código Penal, pues el imputado JQG, al impactar, concientemente y queriendo el resultado, la botella de cerveza referida, en la humanidad de la agraviada MTM, le provocó serias lesiones que la incapacitaron para realizar sus labores cotidianas por ocho días ... El imputado dirigió su botellazo contra la humanidad de don JFRR, pero, como este lo esquivó, impactó a la señora MTM ...” (cfr. folio 83, línea 2 en adelante). Como se logra comprender de lo transcrito, el hecho que se tuvo por demostrado consistió en que con pleno conocimiento y voluntad, el imputado le lanzó un envase de cerveza al ofendido JFRR, quien esquivó dicho objeto, debido a lo cual quien al final de cuentas resultó impactada fue la señora MTM. Esta relación fáctica fue calificada por el Tribunal de mérito como constitutiva de un delito de lesiones graves, pues con acierto, y apoyándose en la solución propuesta por BACIGALUPO (la que prohija esta Sala), se estimó que se estaba en presencia del ABERRATIO ICTUS (o error en el acto), donde la equivalencia de los sujetos pasivos de la acción ilícita no haría ninguna diferencia en la norma sustantiva a aplicar, ello por cuanto el agente activo quiso lesionar a una persona, lo que al final de cuentas consiguió: “... ambos ofendidos resultan ser sujetos pasivos diferentes, pero esa diferencia, en relación al bien jurídico tutelado -la vida y la integridad física- no resulta esencial, de manera que no se eliminan la tipicidad, la antijuridicidad ni la culpabilidad. Esto por cuanto estamos en presencia de lo que se conoce como *aberratio ictus*. Sobre él, Enrique Bacigalupo afirma: “Mayor complicación (respecto al error in persona) presenta el caso del *aberratio ictus*. Ejemplo: A quiere matar a B, que está sentado junto a C; apunta mal y en lugar de dar a B, mata a C, a quien no quería matar. Para este caso se ofrecen en la teoría dos soluciones. Un grupo de autores piensa que no se diferencia del error in persona y estiman que debe tratarse como un homicidio doloso consumado. Otros en cambio piensan que el autor no logró consumir el hecho que quería (matar a B) y que a este respecto sólo puede haber tentativa de homicidio, ya que además mató a C, sin quererlo, pero por falta de cuidado, lo que constituye un homicidio culposo, y que ambos hechos concurren idealmente. La primer solución es la correcta...” (cfr. folio 83, línea 24 en adelante). Ya esta Sala ha tenido

oportunidad de pronunciarse en cuanto a la figura penal de comentario, donde se ha indicado lo siguiente: "... es factible comprender que conociendo la presencia del menor en el sitio (sentado en la parte trasera del caballo que jineteaba su padre JPP), el imputado accionó el revólver, disparó y ocasionó la muerte del menor E.G. (ver al efecto los hechos tercero y cuarto de la acusación, folio 66 vuelto). Sobre este mismo tópico, conviene apuntar que tampoco es cierto que el fallo de instancia resulte contradictorio en cuanto a determinar la naturaleza jurídica o la especie de dolo de la conducta desplegada por el justiciable. Es evidente, que con argumentos sólidos enlazados en un razonamiento pormenorizado y conforme reglas del correcto entendimiento humano, el sentenciador arribó a la conclusión de que el convicto había disparado con dolo directo y expreso, estableciendo además que en la especie se había presentado un "... error en el golpe..." ("aberratio ictus"), que como tal no elimina la intención dolosa con que se actuó, porque si dadas las condiciones específicas del medio empleado (arma de fuego) y por el modo en que se usó (disparando a corta distancia) y contra el padre del menor, si el tiro no impactó a éste, sino que por el contrario impactó en el cuerpo del joven, es evidente que de acuerdo con las circunstancias específicas del suceso, hubo un error en la causalidad que no anula la intención inicial de ocasionar la muerte a una persona ..." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 1189-99, de las 9:20 horas del 17 de setiembre de 1999. De igual modo, se ha señalado lo siguiente: "... Esta Sala debe advertir que se está en presencia de un caso muy cercano a lo que doctrinariamente se denomina "error en la ejecución" o "error en el golpe" (**aberratio ictus**) en el cual: "...el resultado de la lesión se produce en un objeto que no es el que constituye el objetivo verdadero del ataque. Aquí no se produce la lesión que el autor ha querido (en el objetivo), en tanto que el resultado de la lesión que efectivamente se ha producido (en el objeto alcanzado por equivocación) no ha sido querido." (Ver Wessels Johannes, Derecho Penal. Parte General. página 76). Debe recordarse también que este tipo de problema ha conocido doctrinariamente al menos dos distintas soluciones: (a) la posición que estima que en el caso se da un **concurso ideal** entre la tentativa de la lesión querida y la consumación (culposa) de la lesión no querida; y (b) la consumación de un único delito a través de un **dolo general**, que los tratadistas ejemplifican diciendo que: "se quiso matar a otro" y "se mató a otro", aunque, ese "otro" no fuera el inicialmente propuesto por el plan de autor ..." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 864-99 de las 9:40 horas del 09 de julio de 1999. Por último, también se estimó lo siguiente: "... aún y cuando aceptáramos que los hechos se produjeron conforme a la mecánica que describe el defensor, esto es, que el occiso recibió el impacto cuando se interpuso en la trayectoria del disparo que en realidad iba dirigido contra la humanidad de MC, ello tampoco excluiría el juicio de culpabilidad por homicidio. De dicho relato hipotético se desprendería supuestamente que estaríamos en presencia de lo que en doctrina se conoce como la aberratio ictus, que a efecto de establecer el dolo del sujeto activo resulta irrelevante: "... No ha existido mayor discusión en cuanto a que el error en la persona es irrelevante ... ya que la acción es dirigida a darle muerte a una persona determinada y se mata a esa persona, existiendo equivocación sólo en cuanto a la identidad de esa persona ... debe distinguirse entre error en la persona y el error en el golpe (aberratio ictus) ... Este último existe cuando la equivocación no es en la identidad del objeto material, sino lo que sucede es que la acción del sujeto activo da en un objeto diferente al que quería alcanzar. Por ejemplo A dispara contra B y por mala puntería o porque C se interpuso al momento del disparo, mata a este último, mientras B sale ileso. La doctrina se encuentra dividida. Algunos estiman que se está ante una tentativa de homicidio doloso de B, en concurso ideal con un homicidio culposo de C, siempre que la muerte de éste se haya debido a una falta del debido cuidado de A ... ya que la acción querida por A era matar a B, no logrando su resultado ... Otros dicen que al problema debe dársele la misma solución que al error en la persona, ya que se quiso matar a un sujeto y se mató a un sujeto, por lo que se comete sólo un delito doloso consumado ..." Llobet Rodríguez Javier y Rivera Sánchez Juan Marcos, "COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL", editorial Juriscentro, San José. 1.ª edición, octubre de 1989. Págs. 7 y 8. En el mismo sentido véase Bacigalupo (Enrique), "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)", Ediciones Akal, S.A., Madrid. 2.ª edición, 1990. Pág. 133. De acuerdo con la doctrina citada, es criterio de esta Sala que -ante esa forma hipotética de ocurrir los hechos- en la especie la conducta del agente, dirigida a terminar con la vida de una persona pero que, por un desviación del nexos causal, afecta a otra, debe enmarcarse en el tipo penal del homicidio simple tal y como acertadamente lo hizo el órgano de instancia ...", Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 1276-99, de las 16:24 horas del 08 de octubre de 1999. De acuerdo con lo anterior, no advierte esta Sala ningún yerro sustantivo en la calificación jurídica por la que optó el Tribunal, de donde el reclamo se declara sin lugar en todos sus extremos." Resolución No. 733 de las 10:00 horas del 1 de julio de 2005. Como se extrae del precedente transcrito, esta Sala es del criterio que en aquellos casos donde el sujeto activo tenía la intención de lesionar a una persona específica, pero por un error en el golpe impacta a otra, su conducta encuadra en un único delito de lesiones (leves, graves o gravísimas según sea la magnitud de la lesión causada), toda

2.3.2.- Otros elementos subjetivos del tipo doloso

Hay tipos penales que tienen una estructura más o menos simétrica, es decir, en los que basta que la voluntad del dolo produzca el resultado descrito en el tipo. No obstante, hay otros, los denominados por la doctrina **tipos asimétricos**, en donde la tipicidad subjetiva requiere, además del dolo, algunos elementos especiales de carácter subjetivo que no coinciden con este último (son objetivos específicos que el autor quiere alcanzar, mediante la realización del tipo). Los elementos subjetivos distintos del dolo, son de dos clases: a).- Unos son las ultrafinalidades, es decir, se exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo (son los tipos que exigen un “*para*”, “*con el fin de*”, “*con el propósito de*”). Dan lugar a los denominados **delitos de intención** (v. gr. la estafa requiere que la inducción a error, ya sea con el propósito de obtener un beneficio patrimonial¹³⁵; la estafa de seguros requiere que el daño o destrucción de la cosa asegurada sea *con el propósito* de lograr un cobro indebido¹³⁶. El tráfico de personas menores sanciona a quien facilite esta actividad *con el fin* de comerciar sus órganos.¹³⁷ La simulación de delito requiere que se afirme falsamente la existencia de un delito, *con el fin* de inducir a su investigación.¹³⁸ El secuestro extorsivo requiere que la privación de libertad sea *con fines de lucro*.¹³⁹ El homicidio *criminos causa* requiere que la muerte sea *para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito*¹⁴⁰, etc.). b).- Cuando los elementos subjetivos distintos del dolo, asumen la forma de elementos de ánimo, dan lugar a los **delitos de tendencia**, caracterizados porque la

vez que la acción iba dirigida a lesionar a un ser humano y ese es el resultado que se produjo, siendo irrelevante el error mencionado. A la luz de esta tesis, en el presente asunto solamente se configuraría el delito de lesiones graves en perjuicio de Obregón Milanés. B) EL IMPUTADO PREVIÓ QUE AL LANZAR LA BOTELLA AL OFENDIDO ÉSTE PODÍA ESQUIVARLA Y EN CONSECUENCIA, PODÍA IMPACTAR A UNA PERSONA DIFERENTE, Y ACEPTÓ ESE RESULTADO: Como se indicó en el primer considerando, el Tribunal también tuvo por demostrado que JR al lanzar la botella contra JHR actuó con dolo eventual, es decir, aceptó como probable que éste la esquivaría y en consecuencia, que podía impactar y lesionar a cualquier otra persona. Ahora bien, partiendo de esta posición la solución no diferiría de la antes analizada, pues también nos encontraríamos ante un único delito de lesiones graves con dolo eventual. Recapitulando, si el acusado al lanzar la botella a JHR previó que podía impactar a cualquier otra persona -y no necesariamente a JHR- y aceptó ese resultado, cosa que efectivamente sucedió, hay que concluir que él cometió un único delito de lesiones graves con dolo eventual, en perjuicio de la agraviada antes mencionada”

¹³⁵ Artículo 216 del Código Penal, 245 en el proyecto.

¹³⁶ Artículo 220 del Código Penal, 248 en el proyecto.

¹³⁷ Artículo 377 del Código Penal, 188 del proyecto. En este último, a diferencia del actual, se incluye la protección a las personas mayores de edad.

¹³⁸ Artículo 320 del Código Penal, 352 en el proyecto.

¹³⁹ Artículo 215 del Código Penal. En el proyecto, el fin de lucro se constituye en un agravante del secuestro de personas, según el cual, se sanciona a quien secuestre una persona, exigiendo una condición para ponerla en libertad (arts. 178 y 179).

¹⁴⁰ Artículo 112 inciso 7º del Código Penal, 119 de proyecto (en que se denomina “*Homicidio conexo a otro delito*”).

voluntad de la acción asume una modalidad particular que no se exterioriza en forma completa (v. gr. dar muerte con *alevosía*¹⁴¹).

La importancia de estos elementos estriba en que, si no concurren, no se configura el delito, aunque se actúe con dolo.

Antecedente jurisprudencial:

-Síntesis: Dos sujetos suministran marihuana a un grupo de mujeres, durante reuniones que efectuaban en una casa de habitación. Luego de consumir la droga, llevaban a cabo actividades sexuales, y durante estas, las mujeres, que se encontraban bajo los efectos de las drogas, eran fotografiadas desnudas. Los sujetos fueron condenados por infracción a la Ley de Psicotrópicos, por que consideró el tribunal que el suministro de marihuana era con la intención de estimular a las ofendidas al consumo de drogas.

-Tesis de defensa: No se acredita que los imputados suministraron marihuana con el ánimo de estimular a las ofendidas en el consumo de drogas, y más bien era muy probable que el fin del mismo fuere “*aderezar las actividades sexuales*”, lo cual es reprochable desde el punto de vista moral, pero no desde el punto de vista penal. En el artículo 61 de la Ley de Psicotrópicos, *está latente o intrínseco un tipo subjetivo que puede ser fin de lucro, o ánimo de incitar a las personas a la adicción*, por lo que el suministro debe tener una intención especial: la finalidad de tráfico, en tanto que, en el caso de estudio, está demostrado que el fin del suministro, era procurar actividades sexuales, de modo que las acciones son atípicas por ausencia del tipo subjetivo.

-Decisión del Tribunal: La Sala Tercera confirmó la condenatoria. Desde la aceptación unánime en la doctrina de la teoría del tipo complejo, se reconoce la existencia de algunos elementos subjetivos del tipo, distintos del dolo. Una de las sistematizaciones de los tipos con elementos subjetivos es la formulada por Mezger, quien los clasifica en delitos intencionados, delitos de tendencia y delitos de expresión. Si bien es cierto, los delitos pertenecientes al primer grupo contienen una intención subjetiva dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo, también lo es el hecho de que en virtud del principio de tipicidad o legalidad, *strictu sensu*, dicha intención especial solo puede ser definida por el legislador. En el caso bajo examen, se discute la aplicación del artículo 61 de la Ley n.º 7786 del 30 de abril de 1998. Dicha norma contiene en realidad dos tipos penales. En el párrafo primero, regula lo que se suele llamar *tráfico de drogas*. Esa denominación –que no proviene de la ley– no resulta muy afortunada, pues incluye conductas que no necesariamente pertenecen al sentido comercial del término traficar, tales como: el suministro o el simple cultivo, pero que, sin embargo, indudablemente se encuentran contenidas en la descripción típica de las conductas prohibidas. Este tipo penal contiene un núcleo verbal que incluye catorce modos, mediante los cuales se puede cometer el delito. El mismo no establece ningún elemento subjetivo distinto del dolo. Por otro lado, tenemos el párrafo segundo que sanciona lo que comúnmente se denomina *tenencia de drogas para el tráfico*, terminología que tampoco es lo suficientemente precisa. Este segundo tipo penal tiene como componente objetivo la tenencia de: **a)** drogas no autorizadas y, **b)** productos naturales para producir drogas no autorizadas o semillas de esas drogas con capacidad germinadora, así como la comercialización de los segundos. Aparte de estos elementos

¹⁴¹ Artículo 112 inciso 4º del Código Penal, 118 inciso 5º del proyecto.

objetivos del tipo, hay un elemento subjetivo distinto del conocimiento y voluntad respecto del tipo objetivo: que dicha posesión debe tener la finalidad de distribuir, suministrar, comerciar, fabricar, elaborar, refinar, transformar, extraer, preparar, cultivar, producir, transportar, almacenar o vender las referidas drogas, semillas o productos. En el caso sometido a examen, se está aplicando el tipo penal contenido en el párrafo primero, el cual no constituye un delito intencionado, según se analizó, de manera que por definición legal resulta irrelevante la finalidad que tuviera el suministro. En todo caso, tampoco el párrafo segundo, contiene como fines especiales el lucro, la generación de adicción, ni el tráfico –término que ni siquiera figura dentro del artículo citado–. Al no tratarse de un delito intencionado, para los efectos del párrafo primero del artículo 61, es irrelevante si el fin del suministro de drogas, fue “aderezar actividades sexuales” o estimular el consumo de drogas o cualquier otro fin. El legislador no definió una intención especial para el suministro, de manera que para la configuración del ilícito, basta el simple suministro de algún estupefaciente o psicotrópico.¹⁴²

2.3.3.- La imprudencia

El que llamamos tipo imprudente, se ha denominado también tipo culposo y, algunos autores como Zaffaroni, mantienen esta misma denominación. En realidad el cambio no tiene ninguna significación particular y su uso resulta indiferente. Algunas personas prefieren hablar de delito imprudente, para evitar las confusiones que, inicialmente, se formulan sobre todo los estudiantes, entre la culpa como categoría dogmática que pertenece a la tipicidad y los hechos culposos que tienen que ver con una actuación no dolosa, en donde interviene una infracción al deber de cuidado, y la culpabilidad como estadio de la teoría del delito. Sin embargo, tampoco debe confundirse el concepto de imprudencia, con el que corresponde al derecho civil, junto a los de impericia y negligencia.

2.3.3.1.- Consideraciones: Lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente, no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. La observancia del deber de cuidado y la diligencia debida, constituyen el punto de referencia obligado. En los delitos culposos, a diferencia de los dolosos, la conducta no está dirigida a lesionar bienes jurídicos. No obstante, al faltarse al deber de cuidado, se evidencia menosprecio hacia estos.

Cabe destacar que no toda realización de los elementos objetivos de un tipo de delito, se castiga en todo caso, ya que, por el principio de intervención mínima, se deben seleccionar solo aquellos comportamientos imprudentes que afectan bienes jurídicos fundamentales como: la vida, integridad física, salud, y castigar, entre todos estos comportamientos, que llegan a producir realmente un resultado lesivo para esos bienes jurídicos. Por lo anterior, los tipos culposos deben estar expresamente descritos como tales en la ley. En esta clase de delitos, no se criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben, en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realizar la acción, de ahí que un sector de la doctrina señale que en los delitos culposos, a diferencia de los dolosos, la finalidad del autor persigue una meta distinta a la contemplada en la figura típica.

¹⁴² Voto n.º 2002-882 de las 15:25 hrs. del 12 de septiembre del 2002. Como antecedente de la misma Sala, puede revisarse el voto n.º 540-99 de las 10:15 hrs. del 7 de mayo del 1999.

Dicha finalidad no cuenta por sí misma, pues la prohibición se funda en que, **al seleccionarse los medios, se infringió el cuidado debido**, y se causó un resultado lesivo. Por tanto, esta si es indispensable para averiguar cuál era el deber de cuidado que le incumbía al agente (si no sabemos qué acción realizaba el agente, no podemos preguntarnos por el deber de cuidado que debió observar). Esto obedece a que los tipos culposos son abiertos, es decir, necesitan de una norma de cuidado que los complete o cierre, lo cual tiene explicación, porque es muy difícil prever las innumerables formas en que la realización de una acción penal, puede violar un deber de cuidado y crear un peligro.

Los componentes del tipo objetivo del delito imprudente son: la acción típica imprudente y el resultado que ella ha causado.

2.3.3.2.- La acción típica: la infracción al deber de cuidado: El contenido de la acción típica no está determinado con precisión en la ley, por ello debe ser el juez o el intérprete quien debe establecer el contenido de la acción imprudente. Lo que debe hacerse es buscar un punto de referencia para comparar la acción realizada, y ese punto lo da el **deber objetivo de cuidado**.

El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente, consiste en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debió haber sido realizada, en virtud del deber de cuidado, que, objetivamente, era necesario observar, y que, cualquier persona colocada en la posición del autor, podía haber observado.

La desaprobación jurídica recae en estos delitos, sobre la forma de realización de la acción o sobre la selección de los medios para realizarla.

En estos supuestos el juzgador debe partir de la infracción al deber de cuidado, que es una aspecto objetivo del hecho, para derivar a partir de él la conexión con el resultado dañoso, y ponderar en virtud de ese ejercicio lo que el sujeto exteriorizó. Esta exteriorización es lo que permite deducir lo que pudo prever y evitar el sujeto activo de un hecho culposo.

Como se expuso líneas atrás, el artículo 30 del Código Penal establece que nadie puede ser sancionado por un hecho tipificado, si no lo ha cometido con dolo, culpa o preterintención. No obstante, el código no contiene una definición de “culpa”.¹⁴³ Para nuestra jurisprudencia, esta apertura tiene una gran ventaja, ya que permite enfocar el análisis judicial, hacia la forma en que el agente, en cada caso concreto, condujo la causalidad hacia un fin intrascendente para el derecho, puesto que dicha causalidad es la que establece la relación entre la infracción al deber de cuidado (manifestada en esa conducción) y el resultado antijurídico que sí es trascendente para el derecho. El tipo culposo tiene entonces un examen de dos resultados: uno intrascendente para el derecho, hacia el cual se conduce el sujeto por medio de su finalidad y el escogimiento de medios requeridos; el otro que sí interesa al derecho, ocurre cuando, por la forma en que condujo la causalidad, el agente produce una lesión a un bien jurídico, manifestado en un resultado no querido por este.

¹⁴³ Situación que varía en el proyecto del nuevo código, en cuyo artículo 21 se define la culpa de la siguiente forma: “Actúa con culpa quien cause un resultado no querido, previsible y evitable, como consecuencia directa de la infracción a un deber de cuidado.”

Modernamente, nuestra jurisprudencia ha sustituido los antiguos conceptos civiles de *negligencia*, *imprudencia* e *impericia* para la definición legal de la conducta culposa, pues estos suelen llevar a serios problemas lógicos de definición. En vez de ello, establece que el análisis judicial del hecho se debe hacer *ex-post facto* con las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho investigado; pero, en este nuevo suceso, se pone al sujeto a actuar conforme a todo el deber de cuidado que le correspondía, acorde con sus condiciones personales, oficio, profesión o arte que hayan concurrido a caracterizar su comportamiento dirigido al fin intrascendente para el derecho. Si después de semejante examen, el resultado lesivo siempre se produce, la conducta analizada resulta atípica del delito culposo. En el caso contrario, la conclusión que se deduce, es que la conducta que infringió el deber de cuidado, fue idónea para producir el resultado antijurídico y, por ende, resulta típica del delito culposo que se esté investigando.

Aunado a lo anterior, resulta además indispensable establecer la **relación de determinación** entre el resultado y el grado de culpa con el que actuó el agente (la infracción al deber de cuidado **debe incidir directamente** en el resultado lesivo), el cual solo puede medirse en cada caso concreto, pues como se analizó anteriormente, el Código no contiene una definición de “culpa” ni le fija límites, salvo los que puedan derivarse de los principios de legalidad y culpabilidad. Igualmente, para el examen de la culpa, es necesaria la detección del resultado y del deber de cuidado que debió tomarse para evitarlo, porque el tipo culposo, como veremos más adelante, también tiene aspectos de voluntad y conocimiento, aunque son diferentes a los del tipo doloso.

Por todo lo anterior, tanto para la Sala Tercera como para el Tribunal de Casación, el analista debe examinar los elementos objetivos y subjetivos del delito culposo, no partiendo de la licitud inicial de la acción, sino de la anticipación de un fin intrascendente para el derecho, la realización de una causalidad necesaria para obtener ese fin y la infracción al deber de cuidado que genera un segundo resultado que interesa al ordenamiento jurídico, pues este último es el que determina el alcance de la tipicidad culposa.

Con miras a la realización de ese examen, para nuestra jurisprudencia resulta fundamental lo siguiente: a).- El analista debe observar el tipo objetivo del delito culposo, es decir, que la conducta del agente cause el resultado típico y que la causalidad haya sido defectuosamente programada. Esto significa que la selección de medios para producir el resultado querido, haya sido defectuosa, de manera que constituya una violación al deber de cuidado, así como también que, en el resultado, medie una relación de determinación, en donde la infracción al deber de cuidado haya sido esencial para la producción de este (análisis judicial *ex post* con la conducta adecuada al deber de cuidado). b).- Se debe poner especial cuidado al tipo subjetivo, en donde basta que el sujeto no haya deseado producir el resultado que lesiona el bien jurídico penalmente tutelado, y que si el resultado típico es aceptado como posible por ese sujeto, este haya sobrevenido con una causalidad diferente de la programada, y, por supuesto, diferente de la voluntad final realizadora de la conducta intrascendente al derecho (pues de lo contrario no habría culpa, sino dolo eventual). c).- Se debe valorar también que el resultado típico y la causalidad sean previsible para el sujeto activo, poniéndose especial interés en dilucidar, si el sujeto activo pudo conocer la peligrosidad de la conducta desplegada, en relación con el bien jurídico en cuestión y si pudo evitar el resultado.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Ver votos de la Sala Tercera n.º 2003-386 de las 15:00 hrs. del 20 de mayo del 2003, n.º 2004-446 de las 11:20 hrs. del 7 de mayo del 2004 y n.º 2005-398 de las 10:05 hrs. del 13 de mayo del 2005. En

Estas consideraciones fueron utilizadas por la Sala Tercera para resolver el siguiente caso: Dos sujetos que son buscados por las autoridades, detectan que se aproxima una unidad policial, por lo que uno de estos se introduce rápidamente dentro de la cajuela de un vehículo, cuya compuerta permanece abierta, mientras el otro lo maniobra para darse a la fuga. La unidad policial se le atraviesa para impedirle la salida, y se bajan dos agentes armados (**A** y **B**). El conductor del vehículo en fuga maniobra, tratan de abrirse paso, con lo cual estuvo a punto de embestir al agente **A**, quien dispara su arma contra las llantas de dicho automotor, por lo que el prófugo realiza entonces un viraje en U, con lo cual casi atropella al agente **B**, quien dispara contra sus neumáticos, también con dirección al suelo. Como última maniobra, el conductor del vehículo en fuga consigue abrirse paso, por lo que acelera para huir, llevando a su compañero en la joroba del carro, con la compuerta abierta, de manera que este último era visible para los agentes policiales. En el momento en que el automotor se marchaba, el agente A apunta su arma contra el vehículo en fuga, y efectúa un disparo, el cual ingresa libremente a la joroba e impacta al sujeto que se encontraba dentro, causándole la muerte. En su defensa, el agente **A** afirmó que su intención nunca fue impactar al sujeto que viajaba en la joroba, sino al vehículo para intentar detenerlo, y disparó confiando en su buena puntería.

Si bien, en un principio, el agente fue sentenciado por homicidio simple con dolo eventual, la Sala Tercera, recalificó los hechos a homicidio culposo, por considerar que, en el caso de estudio el problema del conocimiento y de la voluntad de acción, resultaba trascendental, al punto de que distanciaba la solución de un mero problema de infracción, al deber de cuidado. De acuerdo con los hechos, resultaba evidente que el agente no podía alegar una posibilidad de conocimiento sobre la posibilidad de que el suceso se verifique, ya que, dado el medio empleado para tratar de detener el vehículo, este permitía hacer un cálculo de efectos concomitantes que permitía prever el resultado de lesiones o muerte, resultado que el sujeto no aceptó como posible, pues piensa que por su habilidad y destreza en el manejo de su arma reglamentaria, podrá evitarlo y así percute su arma e impacta al ofendido. Como el mero examen de tipicidad culposa resulta insuficiente, con apoyo de citas doctrinales, la Sala señaló que el mero “*pensar en*” u “*ocurrirse*”, sin cualidad de juicio, podía constituir una culpa consciente, pero que la consciencia en este tipo de imprudencia, ya en su contenido, no se correspondía con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo. En el caso de estudio, a criterio de la Sala, de la relación de hechos probados podía derivarse válidamente la tesis de que el agente, movido por un excesivo celo en el ejercicio profesional y, con el afán de lograr la detención de los sospechosos, disparó de manera temeraria contra el vehículo, en donde aquellos pretendían huir, pero no lo hizo de forma dolosa sino que, aunque se representó el resultado de lesiones o muerte como posible, no lo quiso ni lo aceptó, ya que en un ejercicio mental apresurado, se figuró que dicho efecto no se produciría gracias a su destreza o su buen hacer como tirador entrenado, por lo que en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, se optó por descartar el dolo eventual y recalificar los hechos a homicidio

sentido similar, **Tribunal de Casación Penal** en los votos n.º 2000-841 del 30 de octubre del 2000, n.º 2001-843 de las 10:10 hrs. del 26 de octubre del 2001, n.º 2001-889 de las 10:10 hrs. del 9 de noviembre del 2001, n.º 2002-14 de las 11: 05 hrs. del 18 de enero del 2002, n.º 2002-396 de las 10:40 hrs. del 24 de mayo del 2002, n.º 2003-285 de las 9:38 hrs. del 3 de abril del 2003 y n.º 2003-696 de las 11:55 hrs. del 18 de julio del 2003, entre otros.

culposo.¹⁴⁵

2.3.3.3.- El concepto de cuidado objetivo: Se trata de un concepto objetivo y normativo. Objetivo, porque no interesa para establecerlo, cuál es el cuidado que, en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, sino el requerido en la vida de relación social. Supone además un juicio normativo que surge al comparar la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente, y la observada por el autor.

Este criterio de previsibilidad objetiva es, sin embargo, insuficiente, porque no toda acción que pueda producir resultados lesivos, es de por sí imprudente. Se necesita además de la previsibilidad que la persona no atienda las reglas de cuidado debido.

Las reglas de cuidado debido no son siempre fáciles de precisar. En términos generales, la doctrina señala que el deber de cuidado, se puede definir acudiendo a un criterio mixto, según el cual debe partirse no solamente del cuidado que hubiera puesto un hombre prudente y consciente, del mismo tráfico jurídico y en similar situación a la vivida por el agente, sino además a las capacidades y conocimientos del autor en concreto (v. gr. no puede juzgarse igual a un piloto de fórmula uno que a un conductor común, si ambos provocan a título de imprudencia, una muerte en un accidente automovilístico). La determinación de la tipicidad o no de la conducta realizada, debe hacerse teniendo en cuenta también a la persona que la lleva a cabo.

Ante la ausencia de un catálogo de deberes de cuidado, coincide la doctrina en que el operador del sistema penal, debe remitirse a distintas fuentes que le pueden servir para determinar, si en una situación dada, se configura o no la infracción al cuidado, entre ellas las siguientes: a).- Existen normas jurídicas de índole legal o reglamentaria (v. gr. normas de tránsito, normas para regular la seguridad en el trabajo, normas para regular fuentes de riesgo, normas que rigen la práctica de ciertos deportes, etc.), de las cuales se puede derivar una infracción al deber de cuidado. Debe tenerse cuidado de que no toda infracción reglamentaria implica *per se*, una infracción al deber de cuidado (v. gr. conducir con la licencia simplemente vencida, o el conductor que invade el carril contrario o la acera para salvar la vida de un peatón que yace postrado sobre la calzada). b).- Los principios generales de la experiencia (v. gr. las reglas del arte médico). c).- El examen del riesgo permitido dentro de una actividad (conductas que aumentan significativamente el riesgo socialmente tolerado en las distintas actividades. d).- Como producto de estas mismas normatividades, aparece el principio de confianza (el cual ya fue ampliamente expuesto al estudiarse el tema de la imputación objetiva), según el cual, quien participa en el tráfico de acuerdo con la norma, puede y debe confiar que otros también lo hagan, a menos de que manera fundada, pueda y deba confiar en que todos los participantes en él también lo hagan. e).- El criterio del hombre medio en el

¹⁴⁵ Ver voto n.º 2003-386 de las 15:00 hrs. del 20 de mayo del 2003. No obstante, como bien señala Miguel García Martínez en su libro (*cit.* págs. 109 a 129), la jurisprudencia de la Sala no siempre ha sido congruente en lo que toca a la diferenciación entre culpa consciente y dolo eventual, pues con motivo de un caso similar al aquí reseñado, en donde un policía dispara con un rifle a un vehículo en movimiento, y causa la muerte de su ocupante, la Sala consideró que sí hubo dolo eventual. Se trata del voto n.º 596-F-92, mismo que será revisado más adelante, al tratar el tema de la preterintención. Asimismo, llama la atención que del contenido del este voto 2003-386, se desprende que, para fundamentar la aplicación en el caso concreto del principio de *in dubio pro reo*, la Sala tomó en consideración la tesis de descargo del imputado, en cuanto este último confió en su buena puntería para no dar muerte a la víctima, pese a que dicha circunstancia no formó parte de la relación de hechos probados del fallo condenatorio, en la cual más bien se atribuyó al imputado una conducta dolosa.

mismo sector del tráfico jurídico, equivalente al “*buen padre de familia*” que refiere la legislación civil. De esta manera, si la actuación del agente se mantiene dentro de los marcos propios de tal pauta, no podría afirmarse la violación al cuidado; al contrario, si se sale de los límites, procederá la imprudencia a condición de que se cumplan con las restantes exigencias típicas.

Esta última pauta (criterio del hombre medio) ha sido criticada por la doctrina más reciente, por tratarse de una construcción artificial, dado que no existe en la realidad un imaginario ser humano prudente que sea profesional en todas las artes y ciencias, conocedor de todos los mecanismos y practicante de todos los deportes, por lo que se trata de una figura imaginaria manipulable a la voluntad del intérprete. Por ello, en vez del criterio del hombre medio, la doctrina moderna propone recurrir al “*estándar mínimo de previsibilidad*” que es compartido por casi todos los integrantes de una cultura, lo que sí es verificable y comprobable en un momento determinado (no es necesario ser electricista, para saber que dos cables pelados son capaces de producir un corto circuito, ya que ello forma parte del saber compartido entre los miembros de una comunidad). Pese a estas críticas, el criterio del hombre medio no es pauta excluyente y esta, necesariamente, requiere complementos como el último. Así el cuidado debido debe precisarse, partiendo de puntos de partida mixtos.

Zaffaroni señala que esta capacidad individual de previsibilidad no debe ser confundida con otras dos hipótesis en que media imputación culposa: a).- La imprudencia por emprendimiento, que se da cuando el sujeto emprende el desarrollo de una actividad, sabiendo que tiene sus facultades disminuidas, cuando lo debido es abstenerse (v. gr. un miope que sale de caza con un rifle y sin anteojos, o en idénticas condiciones, sale a conducir por una autopista). b).- Quien actúa sin informarse adecuadamente (v. gr. el médico que interviene sin los análisis previos aconsejados, no carece de previsibilidad, sino que viola el deber de cuidado que le imponía informarse).

Si bien es cierto que pautas generales, como las anteriormente descritas, resultan muy útiles, el fiscal nunca debe prescindir del análisis metódico de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se obre dentro de un contexto social determinado, a fin de precisar el cuidado debido en cada caso concreto.

Por su parte, la Sala Tercera, , ha definido la “culpa” como un “*resultado dañoso previsible y evitable*”, en donde la determinación del cuidado debido, es un elemento esencial en el análisis de la tipicidad culposa, pues en esta clase de delitos, no puede partirse de un criterio exclusivamente objetivo para su imputación, sino que estos se construyen a partir de la infracción al deber de cuidado, que no es casual.

De esta manera, para que una conducta encuadre en un tipo culposo, **debe ser contraria al cuidado debido, siendo esta la razón de su desaprobación legal, y no solamente por la creación o incremento de un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico.** Si bien ese riesgo es importante y debe ser tomado en cuenta, como complemento a la infracción al deber de cuidado (pues resulta necesario demostrar que la conducta descuidada, ha excedido el ámbito de permisión normativa), este no puede ser el único criterio de imputación, sino que también es necesario averiguar la finalidad concreta del autor ante el hecho, para saber de qué acción se trataba y, conforme a ello, determinar el cuidado debido que había de tenerse presente

en esa clase de acciones, con lo que se puede “cerrar” el tipo y verificar si se ha producido el hecho culposo.

En otras palabras, además de la realización o incremento del “riesgo” expresado en la infracción al deber de cuidado, deben tenerse en cuenta la capacidad y las circunstancias en las que se encontraba el sujeto, para tener “previsibilidad individual” del resultado, y de ahí poder deducir condiciones de la evitabilidad del hecho.

De la misma forma, a criterio de la Sala Tercera, el examen de los delitos culposos, entendidos como “*cláusulas generales*” que deben especificarse en cada caso concreto, obliga al analista a definir, si en cada hipótesis, se ha verificado una contrariedad al cuidado. No puede reprocharse meramente el haberse causado un resultado, sino además el actuar humano que se materializa en forma contraria al cuidado.

Como en los delitos culposos, también existe una finalidad, esta resulta decisiva para establecer un desvalor del actuar desplegado (no es lo mismo haber causado un homicidio culposo, por ejemplo, a sabiendas de que el autor se encontraba en un error sobre las condiciones de conducción en una autopista y su señalamiento, como si ese homicidio culposo acaece, porque el autor conduce a una velocidad superior a la permitida en una zona que sabe muy transitada). Además, en los delitos culposos, el resultado es obra del autor, por lo que corresponde atribuirlo de manera causal a su comportamiento, y para ello, debe analizarse de manera correspondiente dicha causalidad, teniendo siempre presente que la finalidad en este tipo de delitos, a diferencia de los dolosos, no va dirigida a producir el resultado del hecho, sino precisamente, otro resultado que no es relevante para la norma.

Las anteriores consideraciones fueron desarrollados por la Sala Tercera, con motivo del siguiente caso: Una comisión municipal de festejos cívico-populares contrata los servicios del propietario de una fábrica de juegos pirotécnicos, para la realización de un juego de pólvora. Para la realización de dicho evento, la comisión solicitó permiso al cuerpo de bomberos, así como también se solicitó a la Subcomisaría del Ministerio de Seguridad Pública la autorización para detonar pólvora. Esta dependencia policial informó, en relación con la solicitud, que estaría presente en dicho acto prestando vigilancia. Por su parte, el dueño de la fábrica de pólvora solicitó además los permisos de funcionamiento del Ministerio de Salud y del Ministerio de Seguridad Pública, Departamento de Armas y Explosivos.

La noche del evento, el equipo pirotécnico fue colocado por el propietario de la fábrica en varios sectores de un parque público, y con la presencia de dos policías del Ministerio de Seguridad Pública, se dio inicio a la actividad polvorista. No obstante, sin poderse determinar la causa, se produjo una explosión de un juego pirotécnico, cuyas esquirlas alcanzaron a tres personas que se encontraban entre quince y veinte metros de donde se encendía la pólvora (a pesar de que los reglamentos que regulan este tipo de actividades, establecen que debía acordonarse un área de 35 metros de diámetro entre el sitio donde se enciende la pólvora y el público), dándole muerte a uno e hiriendo seriamente a los restantes. No obstante, el propietario de la fábrica de pólvora fue absuelto por los delitos de homicidio y lesiones culposas, pues durante el debate, no se acreditó que dicha explosión fuera consecuencia de una infracción al deber de cuidado por parte del polvorero.

Dicho fallo absolutorio fue confirmado por la Sala Tercera, rechazando la tesis del representante de las víctimas, la cual consistía en sostener que la violación al deber de cuidado por parte del imputado consistió, precisamente, en haber efectuado el juego de pólvora violentando las ordenanzas reglamentarias (distancia menor a 35 metros entre el lugar donde se quemaba la pólvora y el público), por lo que en esas condiciones, dicha actividad, ya de por sí peligrosa, sobrepasó el riesgo permitido por el ordenamiento jurídico. Al respecto, la Sala consideró que la mera infracción de reglamentos, o la simple creación de un riesgo no permitido, *per se* no implican causación culposa de un resultado, pues aún quedaría por demostrar que la infracción reglamentaria se une a otros elementos, para poder determinar que –efectivamente– el hecho es responsabilidad del acusado, entre los cuales estaría **que la infracción al deber de cuidado se ha realizado en condiciones de previsibilidad y evitabilidad objetivas**, las cuales solo pueden sustentarse en cada caso concreto cuando, *ex-post-facto*, resulte evidente que el autor podía personalmente **prever los resultados y disponer de precauciones para evitarlos**. No obstante, en el caso de estudio este examen no fue posible para el tribunal sentenciador, toda vez que no se pudo determinar la causa efectiva de la explosión, así como tampoco se pudo establecer si el resultado lesivo fue previsible –y por ende evitable– para el imputado.¹⁴⁶

2.3.3.4.- El deber subjetivo de cuidado: Tal como vimos anteriormente, el tipo subjetivo en la imprudencia, atiende a la **capacidad individual**, al nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencias del autor. En el caso de un profesional en la medicina, se toma en cuenta su mayor capacitación en la prescripción de un medicamento, mientras que la misma conducta realizada por una persona sin esos conocimientos, podría no ser delictiva. Se trata de reglas y principios de experiencia abstractos y generalizados, que deben aplicarse a un caso concreto para valorar si hubo o no imprudencia.

Para la tipicidad culposa, basta que el agente posea un conocimiento actualizable, es decir, no es necesaria la actualización (el pensar en ello o la consciencia de la creación de un peligro).

Nuestra jurisprudencia ha interpretado que el tipo culposo tiene una subestructura binaria¹⁴⁷: a).- El tipo objetivo se llena por la falta al deber de cuidado que causa directamente un resultado previsible y evitable. b): El tipo subjetivo, se llena por la culpa como relación personal entre acción y resultado, subestructurada en un elemento cognitivo y uno volitivo. La parte cognitiva alude a la previsibilidad potencial del hecho (conocida como culpa sin representación) o en la previsión concreta del resultado (culpa con representación). La parte volitiva consiste en aceptar medios contrarios al deber objetivo de cuidado, pero sin aceptar el resultado típico.

La previsibilidad –así como la evitabilidad- del resultado es una característica intrínseca a las conductas culposas que siempre debe existir, pues si el resultado es absolutamente imprevisible para el sujeto, o estaba más allá de su capacidad de previsibilidad, el hecho

¹⁴⁶ Ver voto n.º 2004-1291 de las 9:05 hrs. del 12 de noviembre del 2004.

¹⁴⁷ Sala Tercera, votos n.º 511-F-93 de las 9 hrs. del 10 de septiembre de 1992, n.º 2000-127 de las 9:45 hrs. del 4 de febrero del 2002 y n.º 2004-1291 de las 9:05 hrs. del 12 de noviembre del 2004. En el mismo sentido, Tribunal de Casación Penal en el voto n.º 2003-696 de las 11:55 hrs. del 18 de julio del 2003.

sería atípico (estaríamos ante un caso fortuito o fuerza mayor). La previsibilidad del resultado depende de las reglas o normas de la experiencia, de lo que es estimado como lo común u ordinario (reglas de carácter objetivo), de conocimiento de la generalidad de una sociedad, sin necesidad de conocimientos especializados. Esto no implica que, para establecer si un sujeto conoció y previó un resultado, no se deban tomar en cuenta los especiales conocimientos que posee.

La diferencia, en punto a la culpa, radica en que, mientras en la consciente –o con representación– el autor, en efecto, prevé el resultado como posible y, sin embargo, obra creyendo que podrá evitarlo o que no ocurrirá (es decir, lleva a cabo una programación defectuosa de la causalidad, por no responder al cuidado debido). En la culpa inconsciente –o sin representación– la falta al deber de cuidado recae sobre el propio juicio de previsibilidad, de modo que no se previó el resultado típico, cuando se estaba en condiciones –potenciales– de hacerlo. Ambas formas de culpa reciben idéntico tratamiento en nuestra ley, la cual no hace distinción alguna.

Con fundamento en este tipo de consideraciones, en el caso del sujeto que conducía en horas de la noche por una autopista, en donde súbitamente se encontró un “mataburros” colocado en media vía; por lo que, con el fin de esquivarlo, viró su vehículo hacia un costado, perdiendo el control del mismo e invadiendo el carril contrario, donde colisionó de frente con otro automotor, ocasionando la muerte de sus pasajeros (caso examinado en el capítulo anterior).

La Sala Tercera estimó que no hubo una violación al deber de cuidado por parte del imputado, pues no resultaba *previsible*, para un conductor medio, suponer que en una autopista (que admitía una velocidad máxima de 90 km/h, con cuatro carriles y acceso restringido) y, en donde no mediaban otras especiales condiciones (como lluvia, neblina, derrumbes, defectos existentes en las luces reglamentarias o cualquier otro componente del vehículo, etc.), pudiera encontrarse de pronto con un obstáculo de esa naturaleza. Adicionalmente, se consideró que la nocturnidad, por sí misma, no constituía una condición excepcional que obligara al conductor a aminorar la velocidad en ese tramo de la autopista, por lo que la aparición del objeto de marras, constituyó un evento fortuito para el acusado que le eximía de responsabilidad penal por el accidente.

Por el contrario, en el caso del especialista en ginecobstetricia –también reseñado en el capítulo anterior– que no realizó exámenes diferenciales a la paciente recientemente operada, sino que le bastó con lo que observó y diagnosticó en ese único momento, a raíz de lo cual no detectó a tiempo un proceso infeccioso que estaba sufriendo la víctima, el cual le causó su muerte, la Sala Tercera consideró que el imputado actuó con culpa consciente, pues de acuerdo con los hechos probados del fallo, los datos con que este contaba al momento de examinar a la paciente, dados su historial y los síntomas que presentaba, hacían previsible y evitable el resultado, e indicó que este médico se hallaba en condiciones de preverlo y evitarlo, y debió hacerlo, pues de haber cumplido con su obligación de efectuar los exámenes diferenciales, se hubiera constatado oportunamente el proceso infeccioso.

Por otro lado, plegándose a los lineamientos doctrinales indicados, la Sala Tercera ha señalado que es necesario ponderar las condiciones personales del autor y, por ende, de sus conocimientos y circunstancias especiales, para juzgar la naturaleza del deber de cuidado que le es exigible, pues el “*grado de culpa*”, al que se refiere la construcción

típica de la culpa en el actual Código Penal, debe considerarse en cada caso, al no existir un límite normativo en el tipo penal, puesto que la ley no puede establecer todos los supuestos, dentro de los cuales se podría incrementar el riesgo de una determinada actividad, así como describir con lujo de detalles todos y cada uno de los deberes de cuidado competentes a todas las personas intervinientes en una determinada actividad normada por el derecho. Por esta razón, debe acudir a patrones de prudencia. A criterio de la Sala, no se trata de “construir” judicialmente un observador de los hechos, con todos los conocimientos y experiencias de la generalidad de los seres humanos, en todos los oficios, artes y profesiones imaginables, pues un estándar así es inconcebible, por ser una mera construcción no referente a ninguna persona viva, manipulable por el intérprete. Por ello, se habla más bien de un “*estándar mínimo*” de previsibilidad exigible a todos los ciudadanos de una determinada sociedad y cultura. De esta forma, la imputación conforme a la capacidad individual de previsión, constituye un límite para la tipicidad culposa y por ello, un criterio que debe tomarse en cuenta en el análisis judicial.¹⁴⁸

Así por ejemplo, en un caso donde una pasajera de un autobús es atropellada por el vehículo que la transportaba, a raíz de que el chofer decidió acelerar el automotor, y le causó lesiones varias y luego la muerte, la Sala anuló la sentencia condenatoria dictada en contra de este último, indicando que para precisar si la conducta desarrollada por el conductor configuraba un homicidio culposo, debía haberse demostrado –mediante una adecuada fundamentación y valoración de la prueba– que éste infringió un deber de cuidado, y causó la muerte de la víctima, y que desde la conducta del imputado, dicho resultado era previsible y evitable. Al examinar el caso, la Sala encontró que el tribunal de juicio había utilizado una “figura modelo”, denominada “*figura modelo diferenciada*”, donde se recurre a un modelo ideal de persona cuidadosa perteneciente al mismo sector laboral, actividad, oficio o profesión del autor, para comparar el comportamiento hipotético de este sujeto ideal con el del sujeto activo, en la misma situación sujeta a análisis. De esta manera, si la conducta concreta se mantiene dentro de los parámetros del modelo utilizado, entonces no se infringe el deber de cuidado.

No obstante, la Sala señaló que la dificultad de este tipo de procedimiento, radica en que, en muchas ocasiones, no resulta posible determinar la figura modelo. En el caso de profesiones u oficios, el problema se podría resolver mediante la utilización de las reglas técnicas, es decir mediante las reglas de experiencia sistematizadas sobre una determinada actividad profesional o laboral. Para otro tipo de actividades, por su parte se pueden emplear reglas de experiencia no sistematizadas o más propias del conocimiento común), uniéndolas a reglas generales de experiencia, con el fin de dotar de contenido al concepto de deber de cuidado en una situación específica. Sin embargo, en el caso de estudio, para la Sala la conclusión a la que arribó el tribunal de juicio, en cuanto a que el imputado vulneró los parámetros antes citados, se basó en una fundamentación carente de un esfuerzo descriptivo e intelectual adecuado, por lo que dispuso el reenvío.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Sala Tercera, votos n.º 511-F-93 de las 9 hrs. del 10 de septiembre de 1992, n.º 676-98 de las 9:40 hrs. del 17 de julio de 1998, n.º 2000-127 de las 9:45 hrs. del 4 de febrero del 2002 y n.º 2004-1291 de las 9:05 hrs. del 12 de noviembre del 2004.

¹⁴⁹ Sala Tercera, voto n.º 2005-398 de las 10:05 hrs. del 13 de mayo del 2005.

2.3.3.5.- La lesión del cuidado: Si se compara la acción concreta realizada y el deber objetivo de cuidado necesario, y esta es conforme con el cuidado requerido, no habrá tipicidad imprudente. El derecho penal no puede obligar a nadie, más allá de la observación del cuidado que objetivamente era exigible en el caso concreto.

De acuerdo con nuestra jurisprudencia, como los delitos culposos requieren que exista una relación efectiva entre la falta del debido cuidado del agente y el resultado producido, esto la ha llevado a plantearse la hipótesis acerca de si una actuación de acuerdo con el debido cuidado del mismo, hubiera evitado el resultado producido. No obstante, se considera que dicha hipótesis se debe hacer desde la perspectiva de la conducta del sujeto que se está juzgando (imputado), y no de la de los otros intervinientes que podrían haber actuado también en el caso concreto, con una falta al debido cuidado (v. gr. el sujeto que resultó lesionado en un accidente de tránsito). Por lo anterior, la pregunta no es si una conducta conforme al debido cuidado del lesionado, hubiera evitado el resultado, sino por el contrario, si una actuación del imputado de acuerdo con el cuidado exigido, habría hecho que el resultado no se hubiera producido.

En este orden de ideas, debe tomarse en cuenta además que, según la jurisprudencia, en los casos de culpa concurrente (en los cuales ha medido infracción al deber de cuidado, tanto por parte del imputado como de la propia víctima), no se anula el elemento cognoscitivo (en cuanto a la previsibilidad en el resultado típico por parte del autor), ni la voluntad en la realización de la acción, por lo que aun cuando se acepte que el ofendido hubiera actuado faltando a su debido cuidado, no debe olvidarse que, en materia penal, no rige la llamada compensación de culpas.

Además aunque existiera culpa de la víctima, esto no eximiría de responsabilidad al sujeto que actuó también con falta del debido cuidado, en relación con el resultado producido¹⁵⁰. Asimismo, también ha señalado el Tribunal de Casación que en nuestro sistema jurídico, la culpa concurrente es una circunstancia que, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 105 del Código Penal y 132 del Código Penal de 1941 (ambos vigentes), sólo obliga a reducir equitativamente el monto de la reparación civil¹⁵¹.

2.3.3.6.- El resultado: En la tipicidad culposa, el resultado es un componente de azar, pero del que no se puede prescindir (un sujeto puede realizar la misma maniobra imprudente con su automóvil todos los días durante un año; pero solo será penalmente típica, cuando atropelle y lesione a alguien). Sin resultado, no hay tipicidad.

Para que las acciones imprudentes sean castigadas, además del desvalor de la acción, es necesario que se conecten con el desvalor del resultado, ya que los delitos imprudentes solo se castigan, cuando se produce el resultado. Pero para ello es necesario por supuesto, una relación de causalidad que es la base de la imputación objetiva del resultado. Como se señaló antes, debe existir una relación de determinación entre la infracción al deber de cuidado y el resultado lesivo (**nexo de determinación**).

¹⁵⁰ Tribunal de Casación, votos n.º 460-F-97 de las 14:40 hrs. del 9 de junio de 1997, n.º 2000-841 del 30 de octubre del 2000, n.º 2000-913 del 24 de noviembre del 2000, y n.º 2001-843 de las 10:10 hrs. del 26 de octubre del 2001, entre otros.

¹⁵¹ Voto n.º. 2003-0594 de las 9:32 hrs. del 26 de junio de 2003

Como ya hemos visto, la previsibilidad objetiva y la diligencia debida son los elementos que se emplean para determinar cuándo una acción es imprudente, pero como no siempre que se dan una previsibilidad objetiva y la falta de diligencia, pueden imputarse los resultados, se han perfilado algunos criterios que restringen el ámbito de imputación a aquello que es jurídicamente relevante.

En primer término, se utilizan los principios de la causalidad adecuada y, modernamente, se utilizan criterios de imputación objetiva, para resolver casos más complejos que suelen presentarse en el delito imprudente, tales como los siguientes:

a.- El resultado se ha causado por la realización de la acción imprudente, pero también se hubiera producido, si el autor hubiera actuado correctamente (el ciclista embriagado cae en las ruedas del camión, al ser adelantado por este a mayor velocidad que la permitida). La doctrina tradicional niega la causalidad en este caso; la teoría de la imputación objetiva la admite si se comprueba que la acción imprudente supuso un incremento notable del riesgo normal.

b.- El resultado se ha causado por causas ajenas a la acción imprudente misma (el herido falleció en un accidente, al ser trasladado al hospital o a consecuencia de un mal tratamiento médico). En este caso, se niega la imputación objetiva, si el resultado no es consecuencia directa de la realización del riesgo implícito en la acción imprudente.

c.- El resultado producido por la acción imprudente cae fuera del ámbito de protección de la norma lesionada. También se pueden resolver por esta vía, los casos en que la víctima participa voluntariamente en la acción peligrosa, pues salvo el caso de incapaces, el derecho no puede extender su protección a los que voluntariamente renuncian a ella.

Tal como se expuso en la sección dedicada al estudio de los elementos del tipo objetivo, nuestra jurisprudencia, para determinar la causalidad entre el comportamiento contrario al deber de cuidado y el resultado lesivo, en ocasiones ha recurrido a la aplicación de ciertos criterios de imputación objetiva, como los descritos en dicha sección.

De acuerdo con lo señalado, en vista de que no hay forma de saber con exactitud lo que hay en la mente del sujeto actuante, debiendo examinar su conducta externa para determinar, si tenía la posibilidad de prever el resultado lesivo, y tomar las medidas de precaución para evitarlo, la Sala Tercera ha recurrido también a la técnica de estudio denominada “*causalidad hipotética*”, en donde el analista piensa en el actuar de una persona que hubiera procedido, cumpliendo los deberes de cuidado reclamados al autor y observar si el hecho siempre hubiera ocurrido. El sujeto actuante, en este ejercicio de análisis de causalidad, debe tener los mismos conocimientos y experiencia del autor, de manera tal que la única diferencia en la hipótesis imaginada, sea que en ella, sí se cumplió el deber de cuidado que se extraña.¹⁵²

2.3.3.7.- Tentativa, autoría y participación en el delito imprudente: Siendo el delito culposo un resultado dañoso previsible y evitable, la imprudencia se manifiesta en

¹⁵² Sala Tercera, votos n.º 2000-127 de las 9:45 hrs. del 4 de febrero del 2002 y n.º 2004-1291 de las 9:05 hrs. del 12 de noviembre del 2004.

la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto, y por falta de precaución del agente, se produce lesión a un bien jurídico protegido. Siendo entonces delitos que requieren un resultado material, **la sola falta al deber de cuidado, por sí sola, no es punible**, razón por la cual en el delito culposos, no existe la tentativa.

Por otro lado, a nivel doctrinal y jurisprudencial se descarta la posibilidad de participación criminal en los delitos culposos. Sobre este tema, la Sala Tercera ha señalado que cobra especial importancia el **principio de accesoriad de la participación**, que presupone la existencia de un hecho principal dolosamente cometido (consumado o en tentativa), y que recoge nuestro derecho positivo, **al descartar la posibilidad de un delito culposos tentado y determinar el tipo doloso**, tanto de las figuras del instigador y el cómplice, como del hecho principal, cuya realización determinan, o al cual le prestan auxilio (artículos 24, 26, 47 y 48 del Código Penal). En virtud de lo anterior, para la Sala Tercera ni la participación (ni la coautoría) cabe en los delitos culposos, por lo que la concurrencia de personas que, culposamente, contribuyan a producir el resultado, **las convierte a todas en autoras**, aun cuando la magnitud del aporte de cada una, amerite ser considerado para determinar la pena. En este mismo orden de ideas, la Sala Tercera se ha inclinado por seguir un **criterio unitario de autor en los delitos culposos**, al señalar que en esta clase de delitos, los criterios para decidir la autoría son por completo diversos de los postulados por la **teoría del dominio del hecho**. Por tanto se hablará de violación al deber de cuidado, desprecio por los bienes jurídicos ajenos, imprudencia, negligencia, impericia, etc.; y se desemboca, finalmente, en un criterio unitario de autor, según el cual merece ese calificativo, quien aporte una contribución causal al resultado.¹⁵³

De acuerdo con lo anterior, lo que sí es posible que se presente en materia de delitos culposos es la denominada **autoría paralela o accesoria**, la cual se produce cuando varias personas cooperan de modo imprudente en la producción de un resultado lesivo, en cuyo caso, cada uno será autor paralelo, y las diversas contribuciones al hecho tienen que ser examinadas por separado, en cuanto a su contenido de imprudencia. Esta figura requiere:

- a).- La concurrencia de **varias acciones culposas independientes entre sí**.
- b).- Que dichas acciones **confluyan en la realización de un resultado lesivo**.

Téngase claro que si bien en la autoría paralela, concurren varias conductas culposas, estas mantienen la condición de individualidad, por lo que se descarta la posibilidad de un acuerdo previo, simultáneo o sucesivo de los intervinientes, propio de los delitos dolosos.

A manera de ejemplo, véase el siguiente caso: En horas de la madrugada, tres ofendidos se encontraban sentados en el borde de un caño, de espaldas a la calle; estaban conversando con otras personas ubicadas en la acera. En ese momento, sobre dicha calle, dos vehículos transitaban en competencia –comúnmente denominada “piques”– y a exceso de velocidad en dirección a donde se encontraban los ofendidos. Ambos vehículos venían muy juntos uno del otro, casi paralelos, “chillando” las llantas debido al exceso de velocidad y, evidenciando, según los conductores, una supuesta pericia que

¹⁵³ Sala Tercera voto n.º 2000-1427 de las 10:00 hrs. del 15 de diciembre del 2000.

en realidad no tenían, y trabando de rebasarse el uno al otro infringiendo, sin ninguna precaución, las normas de tránsito, máxime que se trataba de una calle angosta. Cuando uno de los vehículos trató de rebasar al otro, maniobró para tratar de esquivar un hoyo de la carretera, lo que provocó que el conductor del segundo vehículo, maniobra hacia la derecha para evitar la colisión, perdiendo el control por el exceso de velocidad y su impericia, por lo que su vehículo se va dentro del caño, donde se encontraban sentados los tres ofendidos, a quienes atropelló, causándoles la muerte. Acto seguido, el imputado que conducía este segundo vehículo, abordó el primero, y ambos se dieron a la fuga.

Al ser analizado el caso por parte de la Sala Tercera, en aquel momento se consideró que de los hechos descritos, claramente se desprendía que el atropello se produjo por causa directa e inmediata, atribuible a la conducta de ambos conductores, quienes con absoluto menosprecio al deber de cuidado, por un lado, optaron por realizar esa competencia de velocidad, en las condiciones dichas, en una calle angosta y transitada; y por otro, ambos evidentemente intervienen en la pérdida del control de segundo vehículo que fue el que atropelló a los ofendidos, pues uno lo conducía, y el otro que participaba en la competencia, intentó rebasarlo y, a la vez, pretendió esquivar un hoyo, lo que hizo que el otro conductor maniobrara su vehículo para no colisionar con quien pretendía adelantarlo. Esta situación unida a su impericia en la conducción de vehículos, por el exceso de velocidad y las condiciones de la carretera en donde hacían esa competencia, provocaron definitivamente el atropello del que resultaron tres personas muertas. Se trataba de una conducta realizada por ambos, pues sus faltas se sumaron una a otra, y en conjunto constituyeron la causa directa del atropello, al extremo de que no podemos desligar la conducta de uno y la del otro para obtener el resultado lesivo.

De acuerdo con esa descripción, para la Sala se trató entonces de una conducta dolosa atribuible a ambos en calidad de coautores, de conformidad con el artículo 45 del Código Penal, pues la falta al deber de cuidado evidenciada en la conducta de ambos, configura la acción culposa a que se refiere el artículo 117 *ibídem*. Lo anterior no significaba que la Sala estimara como correcta la solución del caso con base en la teoría sobre el dominio del hecho –a que hizo referencia el tribunal de juicio– sino que se trataba del concurso de dos actuaciones que sumada una a la otra, constituyeron la falta al deber de cuidado que provocó el resultado lesivo, por lo que se confirmó la condenatoria por homicidio culposo.¹⁵⁴

Nótese que en este análisis, se incurre en una inconsistencia, porque se afirma por un lado que “se trató entonces de una conducta dolosa atribuible a ambos en calidad de coautores, de conformidad con el artículo 45 del Código Penal”. Pero luego se termina admitiendo una autoría culposa, confirmando la condenatoria por homicidio culposo dictada por el *a quo*.

En su reciente trabajo “*Autor y Coautor en el Derecho Penal*”, el Dr. Carlos Chinchilla Sandí, señala que, en un caso como el descrito, resultaría inapropiada la solución adoptada por el tribunal de juicio de aplicar la figura de la coautoría culposa, debido a la inexistencia de la misma y a la imposibilidad de su configuración, desde la óptica de las conductas culposas y su aplicación en la teoría del dominio del hecho.

¹⁵⁴ Sala Tercera voto n.º 58-F-93 de las 9:05 hrs. del 5 de marzo de 1993.

Por otro lado, tampoco resultaría adecuado, como parecía aplicarlo la Sala, la posibilidad de establecer la coautoría culposa fuera del campo de la teoría del dominio del hecho, sin explicarse cuál teoría se estaría aplicando. En vez de ello, la solución que el Dr. Chinchilla propone para el caso de estudio, se dirige hacia la figura de la **autoría paralela**, cuando en el caso de estudio se trató del concurso de dos actuaciones, independientes entre sí –porque no es posible pensar que actuaron conforme a un acuerdo previo– que sumadas una a la otra, constituyeron la falta al deber de cuidado que provocó el resultado lesivo.

Existe también la figura de la **culpa concurrente**, en donde varias personas, sin acuerdo previo común respecto a la infracción de la norma de cuidado, ni respecto al resultado final, concurren y contribuyen culposamente a la realización de un resultado dañoso, el cual incluso puede recaer sobre uno de los concurrentes o sus bienes. En un caso de culpa concurrente, bien pueden converger en la producción del hecho lesivo, tanto la responsabilidad culposa por parte del imputado, como de la propia víctima, lo que como vimos antes, no exime de responsabilidad penal al primero, sin perjuicio de que pueda atenuarse el juicio de reproche y la responsabilidad civil.¹⁵⁵

2.3.4.- La preterintención

¹⁵⁵ Tribunal de Casación votos n.º 2000-841 del 30 de octubre del 2000 y n.º 2000-913 del 24 de noviembre del 2000. Como antecedente, voto de la Sala Tercera n.º 676-F-91 de las 8:30 hrs. del 13 de diciembre de 1991, en el cual se señaló que: “[...] *En efecto, la denominada concurrencia de culpas en los ilícitos de esta naturaleza no solamente tiene incidencia en la responsabilidad civil (caso al que se refiere el artículo 105 del Código sustantivo, cuando la víctima contribuyó por su propia falta a la producción del daño, lo que permite reducir equitativamente el monto de la indemnización), sino, de modo obvio, en la responsabilidad penal, cuyo significado es que cada autor carga individualmente con la culpa que le corresponde (Cfr. al respecto obra de Terragni, Marco A., El Delito Culposo; Rubinzal-Culzoni, edit., 1984, p. 145), pues la falta al deber de cuidado de uno no elimina, ni tampoco compensa, la falta al deber de cuidado de otro. Lo anterior significa que ni en una ni en otra situación, ya sea que se trate de la víctima la que contribuyó con su propia falta al resultado dañoso o que se trate de dos autores -por ejemplo dos conductores de autos- que conjuntamente produjeron dicho resultado en perjuicio de un tercero, se excluye la responsabilidad penal, debido a la específica e individual culpa de cada uno (ver sobre este tema -entre otros autores- obra de Abdelnour Granados, Rosa María; La responsabilidad civil derivada del hecho punible; edit. Juricentro, 1984, ps. 64 y 65). Ahora bien, de acuerdo con los hechos que el tribunal de mérito tuvo por demostrados en su fallo, el Homicidio Culposo investigado en esta causa aparece incuestionablemente atribuido a dos factores: a la imprudencia del co-imputado R. M. que estacionó su camión cargado de tucas ocupando gran parte de la vía, y a la falta al deber de cuidado del impugnante M. C., que conducía rápidamente su vehículo y bajo los efectos del licor, sin tomar las previsiones del caso por ser de noche y estar "lluvioso" (estas últimas condiciones el a-quo las examina en su Considerando de fondo a folios 285 fte. al final, 285 vto. y 286 fte., viniendo a complementar el cuadro fáctico establecido, de lo que debe derivarse un solo contenido como unidad lógico-jurídica que constituye la sentencia). De ninguna manera se le está exigiendo al citado M. C. por parte de los juzgadores una conducta que pudiera suponer como se alega -in extremis- un dolo eventual (en que el autor acepta el resultado como posible o probable sin importarle que así ocurra), pues de su razonamiento queda claramente evidenciado que su comportamiento fue objeto de examen a título exclusivo de culpa (en este caso bajo lo que la doctrina llama "sin representación" o inconsciente puesto que el autor no se representó el posible resultado o peligro, sin que esto ni la diferencia con la culpa consciente tenga relevancia alguna para solucionar el presente reclamo). Asimismo cabe advertir que el tribunal da amplios argumentos para justificar la condenatoria del recurrente (ver en especial folios 285 vto., y 286 fte. y vto.), sin desbordar los límites de la acusación formulada en su oportunidad por el Ministerio Público ni de la relación fáctica que se estimó acreditada. Ante tales circunstancias es de rigor denegar el reparo”.*

La descripción de estos tipos se caracteriza por una alianza entre dolo e imprudencia. Se presenta cuando el agente dirige su conducta hacia un determinado resultado y se produce uno más grave de lo que él estaba –por lo menos– en capacidad de prever, o un resultado que, siendo previsible, excede la voluntad que se tuvo al momento de emprender el acto.

Los elementos de este tipo de delitos se integran por las circunstancias correspondientes al tipo base doloso (acción, nexo de causalidad, resultado, sujeto, objeto, bien jurídico, dolo, elementos subjetivos del tipo), y las circunstancias de la figura imprudente (violación al deber de cuidado, al producir el resultado excedido, relación de determinación entre la violación al deber de cuidado y el resultado, posibilidad de conocer la amenaza que la conducta representa para los bienes jurídicos y la previsión del resultado excedido).

El actual artículo 30 del Código Penal, prevé la preterintención como una subespecie de conducta humana, la cual es definida por el artículo 32 *ibídem* la siguiente forma: *Obra con preterintención quien realiza una conducta de la cual se deriva un resultado más grave y de la misma especie que el que quiso producir, siempre que este segundo resultado pueda serle imputado a título de culpa.* El resultado más grave será de “*la misma especie*” que el resultado buscado, cuando ambos constituyan ilícitos, acciones que violenten injustamente el mismo bien jurídico, o lo pongan en peligro. El caso más representativo, corresponde al supuesto de hecho descrito en el inciso 2º del artículo 113 de ese mismo cuerpo legal (el sujeto que, queriendo lesionar a otro, causa su muerte).

En la preterintención, el conocimiento debe versar sobre la realización (intencionada-voluntaria) de una conducta ilícita determinada que, no obstante, produce o incrementa el riesgo de producción de un resultado de mayor gravedad (ilicitud) que el querido o buscado (por eso se dice que el agente es responsable a título de culpa), pero que es de la misma especie que el resultado al que está orientada la acción (o actividad) y en la que se reputa ese resultado (de mayor gravedad) como doloso al agente, en virtud de que era previsible. De no haberse contravenido la norma prohibitiva, o se hubiera desplegado la conducta mandada, el resultado no se hubiere producido.

En el artículo 19 del proyecto de Código Penal, se elimina la preterintencionalidad en la parte general, dejando únicamente el dolo y la culpa como formas de conducta. En el párrafo tercero de ese mismo artículo, se incluye la disposición –actualmente prevista en el artículo 37- referente a que, si la ley señala pena más grave por una consecuencia especial del hecho, esta se aplicará solo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos, culposamente respecto a ella (ejemplos de consecuencias especiales en el actual código: la muerte de la víctima que califica la violación¹⁵⁶, o la muerte de una persona a consecuencia de un incendio o explosión que creó un peligro común¹⁵⁷).

No obstante, llama la atención que en el inciso 3º del artículo 120 del proyecto, prevé, como “homicidio atenuado”, el mismo caso paradigmático descrito en el inciso 2º del actual artículo 113, que se trata, precisamente, del homicidio preterintencional. Asimismo, aunque se conserva la responsabilidad por consecuencias especiales del

¹⁵⁶ Artículo 157 del Código Penal.

¹⁵⁷ Artículo 246 del Código Penal.

hecho, la parte especial del proyecto, a diferencia del actual código, no contiene tipos penales que se agraven por consecuencias especiales, como en los ejemplos señalados.

Para la doctrina moderna, si no existen expresamente los tipos preterintencionales en el código, los casos en que se presentan figuras complejas (v. gr. combinaciones de tipicidades dolosas y culposas), deben resolverse conforme a las reglas del concurso ideal.

Sobre este tema, la Sala Tercera se pronunció, indicando que, de acuerdo con la exposición de motivos del Código Penal, el artículo 37 revela el propósito del legislador de desterrar los delitos calificados por el resultado, así como otras formas delictivas que lesionan el principio de legalidad criminal. Sin embargo, la actual construcción permite la supervivencia de las figuras castigadas en el artículo 37 (figuras con lesiones a bienes jurídicos de carácter heterogéneo), y aquellas que tienen su razón de ser en la definición legal de la preterintención, escogiendo, al efecto, una definición amplia, pero limitando la existencia de estas hipótesis a la verificación de un resultado más grave, pero a un bien jurídico de la misma especie (lesiones jurídicas a bienes homogéneos: quien deseando lesionar, causa la muerte).

La tendencia legislativa actual va en el sentido de adversar los delitos calificados por el resultado, pues estos rozan con el principio de culpabilidad derivado del principio de legalidad criminal. Dicha tendencia es tan fuerte que doctrinalmente solo se admiten aquellos delitos calificados por el resultado, donde el autor, dolosamente, ejecuta un hecho pero, por imprudencia, produce un resultado mayor, es decir, la hipótesis legal del artículo 32 del Código Penal costarricense. La preterintencionalidad, tal y como está establecida en nuestra legislación, pone el interés en la "intención" del agente, ya que la culpa que vincula al resultado más grave de la misma especie, lleva implícito que la acción querida también implique el peligro del resultado mayor, pues en nuestro esquema vigente la definición legal es de *numerus apertus*, pero obliga al juez a un examen del resultado más grave, en cuanto a que sea de la misma especie que aquél que se deseaba a título de dolo inicial. Es así como en un caso de preterintención, debe estudiarse la homogeneidad de las lesiones jurídicas.

Con base en estas consideraciones, la Sala Tercera confirmó una sentencia condenatoria por homicidio simple, cometido con dolo eventual, por un policía que disparó un rifle de grueso calibre contra un vehículo en fuga, y le produjo la muerte a su ocupante, rechazando la tesis de que se trataba de un homicidio preterintencional, por considerar que, aún aceptando la versión de que el imputado disparó solo para detener ese vehículo, no existió identidad en las lesiones jurídicas, porque por un lado se deseaba afectar la propiedad (dañar el vehículo para que se detuviera), y causó en el proceso (por el medio tan poderoso empleado para ocasionar el daño) un resultado más grave y de distinta especie (la lesión al bien jurídico vida). Por estos motivos, se descarta la preterintención, puesto que el resultado más grave, primero, no concurrió a nivel de tipo culposo (por el alto grado de previsibilidad que ostentaba el resultado efectivamente producido —que descarta la culpa con representación—), y segundo, por la distinta especie de bienes jurídicos lesionados. Asimismo, en el caso de estudio se descartó la culpa consciente, porque el medio empleado por el agente para lograr el daño en la propiedad, suponía la producción de un resultado más grave, que el autor simplemente no podía confiar en evitar, entre otros aspectos, porque no tenía la pericia suficiente para hacerlo como tampoco, dadas las circunstancias, podía eliminar el altísimo grado de previsibilidad que hace que

los resultados concomitantes de su acción no puedan ser valorados como configurativos de una falta al deber de cuidado, sino más bien de un dolo eventual, como de hecho se estableció.¹⁵⁸

Veamos este otro caso: un grupo de secuestradores se organiza para privar de libertad a un ofendido y solicitar una recompensa por su liberación. Durante el cautiverio, la víctima fallece. Dentro de la división de funciones del grupo delictivo, se determinó que la labor de uno de sus miembros consistió en realizar llamadas extorsivas a la familia de la víctima, pero no se determinó que dicho sujeto interviniera, de modo personal, atendiendo el cautiverio de la víctima o en el momento de su fallecimiento, tarea que sí le correspondió a sus restantes compañeros.

La Sala Tercera consideró que, en el caso particular de este sujeto, no cabía aplicar la agravante contenida en el párrafo último del artículo 215 del Código Penal. A criterio de la Sala de Casación, la interpretación del párrafo final del citado artículo no puede aislarse de la norma general contenida en el artículo 37 del mismo texto, el cual dispone que: *“Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos culposamente respecto a ella”*. En estos supuestos se está en presencia de delitos cualificados por el resultado y la agravación no se aplica de manera automática por el solo hecho de que el resultado se produzca, sino que se exige su atribuibilidad al agente o partícipe, por lo que la interpretación del artículo 215 debía hacerse con arreglo a las previsiones contenidas en la parte general.

La muerte de la víctima, en el secuestro extorsivo, no es una consecuencia necesaria o “natural” del delito, como tampoco lo es, por ejemplo, en la violación. Se trata de un resultado especial que, en la hipótesis de ocurrir, ha de ser atribuible al partícipe, al menos a título de culpa. Desde luego, si la muerte ocurre de manera dolosa por parte del secuestrador, existiría un concurso entre el secuestro y el delito de homicidio.

En el caso de estudio, no se pudo establecer que el sujeto que efectuaba las llamadas interviniera o mantuviera siquiera un contacto personal con la víctima, o bien, que poseyera algún poder para disponer la forma en que se realizaría el “levante” o se ejecutaría el cautiverio. Dentro del plan común de los autores, se establece que le correspondió a este justiciable la tarea de hacer llamadas extorsivas, por lo que no es posible determinar que haya actuado (como lo prevé la norma) al menos culposamente y provocara con ello la muerte del ofendido¹⁵⁹.

Sobre el tema, el Tribunal de Casación también ha señalado que la preterintención, como tal, no tiene mayor trascendencia en materia de lesiones, pues –independientemente de su definición en la Parte General– lo cierto es que en la Parte Especial dicha figura solo se contempla para efectos del homicidio, en cuyo ámbito produce una atenuación especial (artículo 113 inciso segundo del Código Penal). Para este Tribunal, debe notarse que, en lo referente a las lesiones, la preterintención ni siquiera constituye una atenuante (artículo 127 *ibídem*). Por lo demás, tampoco existe ninguna base jurídica para afirmar que, en casos de preterintención, la parte inicialmente dolosa del delito se

¹⁵⁸ Sala Tercera, voto n.º 596-F-92 de las 9:10 hrs. del 11 de noviembre de 1992.

¹⁵⁹ Sala Tercera, voto n.º 2007-18 de las 9:00 hrs. del 23 de enero de 2007.

transforma en culposa, pues ese no es el sentido de lo dispuesto por el artículo 32 del Código Penal.¹⁶⁰

2.3.5.- Síntesis de la estructura de los distintos tipos penales

2.3.5.1.-El tipo del delito doloso: El tipo de los delitos dolosos contiene, básicamente, una acción dirigida a la producción del resultado. Se requiere una coincidencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo del hecho, (hay una coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere).

La realización del tipo objetivo en los delitos de lesión, es decir, su adecuación típica, dependerá entonces de que, la realización de la acción, haya producido un resultado lesivo que le sea objetivamente imputable.

Integran el tipo objetivo de los delitos dolosos: acción, nexo de causalidad, resultado, sujeto, objeto, bien jurídico, circunstancias agravantes o atenuantes. El dolo y los elementos subjetivos distintos del dolo (ánimo de..., con el propósito de..., a fin de...), integran el aspecto subjetivo.

2.3.5.2.- El tipo del delito imprudente o culposo: En el tipo culposo o imprudente se produce una acción que no se dirige por el autor al resultado. En estos casos, la distinción entre el tipo objetivo y el subjetivo, no tiene mayor significación práctica. Excepcionalmente, se afirma la existencia de un tipo subjetivo del delito culposo que estaría compuesto por la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos.

Entre los supuestos de hecho de los tipos imprudentes, podemos mencionar: el sujeto, la acción, el resultado, el nexo de causalidad, la violación al deber de cuidado, la relación de determinación entre el deber objetivo de cuidado y el resultado.

En el aspecto subjetivo, aunque en sentido estricto no puede hablarse de un aspecto subjetivo, es innegable la presencia de algunos contenidos de naturaleza subjetiva. En primer término, supone una voluntad de realizar la conducta final- causal- social, de que se trata, con los medios elegidos.

En segundo término, se requiere conocer la amenaza que la conducta representa para los bienes jurídicos y de prever el resultado, de acuerdo con ese conocimiento, porque la infracción al deber jurídico debe no solo ser objetiva, sino también subjetiva, sea que, se necesita que el riesgo sea previsible, atendidas consideraciones individuales y ex ante.

2.3.5.3.- El tipo en los delitos de omisión: En el aspecto objetivo de los delitos de omisión, se encuentran también diversos hechos constitutivos de la infracción penal, pero estos solo están expresamente consagrados en el caso de los de omisión propia, mientras que en la omisión impropia, se traslada al juez la obligación de completar el tipo penal respectivo.

Presentan, como cualquier otro tipo penal, un sujeto activo y uno pasivo (en los de omisión impropia, el autor se individualiza conforme a las características propias de la

¹⁶⁰ Tribunal de Casación voto n.º 2005-1217 de las 9:15 hrs. del 17 de noviembre del 2005.

posición de garante). Esta posición de garante no puede derivarse de deberes de tipo social o moral, sino estrictamente jurídico.

Se deben presentar los presupuestos de la situación típica y el agente debe exteriorizar una conducta distinta de la ordenada, es decir, no realizar la acción de impedir el resultado, este es el núcleo central del aspecto objetivo del tipo.

El sujeto activo debe tener la posibilidad efectiva de realizar la conducta ordenada. No se produce un nexo de causalidad en sentido estricto, sino de **evitación o de causalidad hipotética**.

También requieren estos delitos de un resultado, un bien jurídico tutelado, y, en algunos casos, es posible encontrar circunstancias de tiempo, modo, lugar, etc.

En cuanto al aspecto subjetivo, existe un componente conformado por el dolo, y, en algunos casos, por elementos subjetivos del tipo.

En lo que atañe al componente cognoscitivo, se requiere el conocimiento de la posición de garante (saber que ostenta la condición de padre, médico, salvavidas, etc.), que es distinta del conocimiento del deber de garante (sea el deber de actuar, que como tal, es un conocimiento de la antijuridicidad). También se requiere el conocimiento de la situación típica y del curso causal, cuando el tipo es de resultado, y además, se requiere la posibilidad de representación de la conducta debida, y, si el tipo es de resultado, la vía para evitarlo.

En las conductas de omisión imprudente, el autor no infringe el deber de cuidado con un acto positivo, sino omitiendo la realización de una acción ordenada. Debe tener además posición de garante, y la falta al deber de cuidado se debe referir, tanto al conocimiento de la acción típica, como a la comprobación de la propia capacidad de acción.

Una violación al deber de cuidado, imprudente, puede ocurrir cuando un médico no atiende a un herido, porque estima que su estado de salud no es tan grave como el de otro paciente que debe socorrer, y en la realidad ocurre lo contrario; o en el caso de una persona que no sabe nadar y cree que el estanque en el que se ahoga un niño es muy profundo, cuando en realidad es de poca altura.

2.3.6.- Síntesis de las causas de atipicidad

La atipicidad de una conducta puede presentarse por las siguientes razones:

a).- Ausencia de elementos objetivos

No hay tipicidad, si falta uno o varios de los elementos objetivos del tipo en el caso que se analiza. Para analizar, por ejemplo, si existe un cohecho, desde el punto de vista objetivo, es necesario que el sujeto activo posea la calidad de funcionario público (sin perjuicio de la eventual comunicabilidad de las circunstancias, aspecto que se analizará más adelante).

Tampoco existe si falta el sujeto pasivo o cualquiera de los elementos típicos, incluidas las circunstancias de agravación o atenuación correspondientes.

b).- Ausencia de elementos subjetivos

No hay tipicidad si la persona, a pesar de haber realizado el aspecto objetivo del supuesto de hecho, no actúa con el dolo requerido o con los elementos subjetivos necesarios, según el tipo de que se trate.

Falta de dolo y error de tipo: Si no se presenta uno de los dos componentes del dolo, o ambos al mismo tiempo, no hay tipicidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el autor ignora que está realizando el aspecto objetivo del supuesto de hecho, es decir, cuando actúa bajo un error de tipo. Este tipo de error implica una discordancia entre la conciencia del agente y la realidad. El autor presenta de manera equivocada lo existente. Ejemplo clásico es el de la persona que cree disparar sobre un animal, cuando en realidad lo hace sobre su vecino.

- Casos especiales de error de tipo:

- **Error sobre el nexo de causalidad y el resultado:** El agente debe prever el nexo de causalidad y el resultado, pero ello puede generar situaciones de error sobre el objeto de la acción, error en el golpe, y error sobre el nexo de causalidad en sentido estricto, en los que se presentan auténticos problemas de causalidad.

-**Error sobre el objeto de la acción:** Se conoce también como error in persona o error en el motivo. Se presenta cuando la conducta desplegada se ejecuta sobre un objeto de la acción (persona o cosa), diferente del que quería dañar, y es necesario establecer si el objeto representado tiene equivalencia con el afectado o no. (Se contrata a un asesino a sueldo para matar a Juan, pero lo confunde con Pedro a quien mata). En este caso hay equivalencia en los objetos de la acción.

-**Error en el golpe:** También conocida como *aberratio ictus* o error en la ejecución, que produce una lesión en un objeto distinto, pese a que la actuación fue dirigida hacia el objeto representado. (Pedro lanza un dardo venenoso contra María, pero impacta a Carlos, a quien no quería matar ni lesionar, pero pasó por el lugar en ese momento). La tipificación para estos casos se ha resuelto mayoritariamente como constitutiva de una tentativa en relación con el objeto propuesto y consumación respecto del alcanzado.

-**Error sobre el nexo de causalidad en sentido estricto:** Se presenta cuando se realiza un curso causal, no siempre coincidente con el que el agente programó al inicio, aunque las desviaciones tengan o no carácter esencial. En el caso en el que Juan quiere lesionar a Pedro, para lo cual le lanza un golpe, pero este resbala y al caer se golpea en la cabeza y muere, se produce una desviación esencial del nexo de causalidad que implicaría que Juan solo realiza conducta típica de lesiones y no puede imputársele la muerte del agredido a título de homicidio doloso, aunque se le podría atribuir la realización del tipo culposo, si previó o pudo prever el resultado e, incluso, del preterintencional, según el caso.

-Una hipótesis especial de esta clase de error, es el llamado *dolus generalis*, que supone la presencia de dos actos, la persona que actúa toma el primero como exitoso, lo que lo motiva a adherirse al segundo acto, que es el que conduce a la producción del resultado. Se da en el caso que Juan lesiona mortalmente a Pedro, y, al creerlo muerto, lo lanza a un río, donde este perece por asfixia por inmersión. Para resolver adecuadamente este caso, lo que importa es determinar, si la desviación en el nexo causal es o no esencial.

- **Errores sobre atenuantes y agravantes:** En este caso, pueden presentarse diversas situaciones, pues bien puede ser que la persona suponga la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes que no existen, o ignore su concurrencia. Para admitir que estas constituyan errores de tipo, debe partirse de que, la mayor parte de las circunstancias, tanto genéricas como específicas, son elementos típicos, pues si se trata de circunstancias que tienen que ver con la culpabilidad y la punibilidad, y se llega a presentar un error respecto de ellas, el tratamiento que debe dárseles es el correspondiente a errores sobre la culpabilidad y la punibilidad que, normalmente, son irrelevantes.

- **Efectos del error de tipo:** La presencia de un error de tipo, en los casos normales de error, no en los especiales, elimina el dolo y la tipicidad dolosa de la conducta. No obstante, si el error es evitable, sea que se hubiera podido evitar, si se hubiera aplicado la diligencia debida, se excluye la tipicidad dolosa, pero queda subsistente la culposa, cuando esta sea posible.

Si el error es inevitable, lo que ocurre cuando, pese a la diligencia debida, es imposible salir de él, se excluye tanto la tipicidad dolosa como la culposa.

-**La falta de elementos subjetivos distintos del dolo:** La ausencia de estos elementos, en los casos en que son requeridos por el tipo penal, hace que tampoco se realice la conducta típica, aunque actúe con dolo y se den los elementos del tipo objetivo.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

BERDUGO GÓMEZ, Ignacio. Imputación objetiva y antijuridicidad. Bogotá editorial jurídica bolivariana, 2002.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito. San José, Ediciones Jurídicas Areté, 1.^a edición, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan / LARRAURI, Elena. La imputación objetiva, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., reimpresión, 1998.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. El dolo: Su estructura y sus manifestaciones, San José, Editorial Juritexto, 1999.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. Causalidad e imputación de resultado, San José, Editorial Juritexto, 2003.

CHOCLÁN MONTALVO. Sobre la evolución dogmática de la imprudencia, AP, 1998.

CHINCHILLA SANDÍ, Carlos. Autor y Coautor en el Derecho Penal, Parte General, San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

DALL'ANESE RUIZ, Francisco. El Dolo. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 3.^a edición, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, Valencia 1990.

GARCÍA MARTÍNEZ, Miguel Ángel. Algunas reflexiones sobre el Dolo. San José, Editorial Jurídica Continental, 2003.

GAMBOA, Natalia / FERNÁNDEZ, Christian. La teoría de los riesgos en los delitos culposos. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. UCR, febrero de 2003.

GIMBERNAT ORDEIG. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1966.

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

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. ADP, 1990.

HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE y otros, La responsabilidad por el producto en Derecho Penal. Valencia, 1995.

HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia, 1999.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Imputación objetiva y principio de lesividad. En Homenaje a Torío, Granada, 1999.

JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1.ª reimpresión, 1995.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, 2.ª edición corregida, 1997.

JAKOBS, Günther. Estudios de derecho penal. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La Teoría del Delito en la dogmática penal costarricense. San José, Editorial Jurídica Continental, 2002.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Introducción a la imputación objetiva. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. La imputación objetiva del resultado, Madrid, Edersa, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Valencia, Tirant lo Blanch, 3.ª edición, 2004.

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

QUICENO ÁLVAREZ. Imputación objetiva y antijuridicidad. Compilación y Extractos. En Estudios de Derecho Penal, parte general, primera edición 2002. Editorial bolivariana.

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

RENAULD CASTRO, Andrea. Imputación objetiva y delito culposo. San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1.ª edición, 2004.

REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Bogotá. Editorial Temis, 1984

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Delitos de peligro, dolo e imprudencia.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Editorial Civitas S.A., traducción de la 2.ª edición alemana, 1997.

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

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

SOTO, Hannia / VARGAS, Patricia. Imputación objetiva en el Derecho Penal. San José, Librería Barrabás, 1998.

VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2.^a edición, 2004.

VARIOS AUTORES. Teorías actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1.^a edición, 1998.

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

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

TERCER MÓDULO

ANTI JURIDICIDAD

1.- La antijuridicidad penal

- 1.1.- El fundamento de lo injusto penal
- 1.2.- Antijuridicidad formal
- 1.3.- Antijuridicidad material
- 1.4.- Los conceptos de lesión y peligro
- 1.5.- Los delitos de peligro y la expansión del derecho penal

2.- Causas de justificación (o de exclusión de la antijuridicidad penal)

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

1.- La antijuridicidad penal

Con la tipicidad de la acción, se afirma su antinormatividad, o sea, la contradicción de esta, con la norma deducida del tipo, considerada aisladamente (tipo sistemático) y conjugada con las otras normas prohibitivas deducidas de toda la legislación (tipicidad conglobante).

A veces, la realización de la acción antinormativa, es un derecho que no puede negarse al agente, como parte de su ejercicio de libertad social que disuelve el conflicto, o al menos, la pretensión de ingerencia punitiva.

La antinormatividad (tipicidad), no pasa de ser un indicio de antijuridicidad, puesto que solo con el juicio de antijuridicidad, se verifica, de manera definitiva, la limitación al espacio social de libertad.

Los preceptos permisivos (causas de justificación o de licitud) que son capaces de neutralizar el indicio de antijuridicidad que proporciona la antinormatividad, no proceden solo del campo penal, sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad está dada por el choque de la conducta con la totalidad del orden jurídico, funcionando como tal.

1.1.- El fundamento de lo injusto penal

Cuando se ha realizado un comportamiento típico, como señalamos, se ha actuado en forma **antinormativa** (contrariando la norma deducida del tipo), pero todavía esto no significa que ese hacer sea antijurídico, pues existen, como sabemos, **normas permisivas** que podrían autorizar esa acción. En ese caso, el comportamiento típico estaría conforme a derecho.

Incluso podría haber supuestos de conductas típicas, no amparadas por ninguna norma permisiva, y sin embargo, podrían no ser antijurídicas, en la medida en que no alcanzan a amenazar o lesionar el bien jurídico, según el caso.

La antijuridicidad es el atributo con que se califica al comportamiento típico, para señalar que es contrario al ordenamiento jurídico como un todo (Constitución Política, tratados internacionales, leyes, reglamentos y decretos). Además, es una cualidad de la acción, común a todas las ramas del ordenamiento.

El **injusto** es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada como antijurídica, es la conducta antijurídica misma (la acción antijurídica de hurto, de homicidio, de infracción administrativa, etc.).

El injusto es la conducta humana desvalorada y la antijuridicidad es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre esa conducta.

Ahora bien, un injusto penal no es cualquier conducta antijurídica (v. gr. no pagar una deuda es incumplimiento de una obligación: antijuridicidad civil). Con la expresión **tipo de injusto**, el derecho penal se refiere a la calificación de aquellas **acciones antijurídicas, subsumibles como típicas**, en el supuesto de hecho de una norma penal.

El injusto penal está conformado por la **lesión al bien jurídico** y la **acción personalmente antijurídica**. La antijuridicidad será siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado.

Para la doctrina, si bien adoptar el criterio de la antijuridicidad como un juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta, presupone considerar al ordenamiento jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita, nada impide que una conducta considerada lícita por una rama del derecho, pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de **diferentes fundamentos de responsabilidad**. Por ejemplo, el oficial de policía que, estando en un bar en horas de servicio, para salvar su vida, dispara contra una persona que injustamente lo ataca con un cuchillo, se defiende legítimamente y no comete delito. No obstante, su presencia en dicho local en horas de trabajo implica que estaba incumpliendo su deber de servicio público, lo que perfectamente puede acarrearle responsabilidades de carácter administrativo y disciplinario.

Por lo anterior, se señala que el correcto entendimiento de la unidad de la antijuridicidad, implica reconocer la existencia de conductas que, si bien importan ejercicios de derechos, pueden generar responsabilidad civil o administrativa. Lo relevante es la no contradicción del ordenamiento jurídico.

El injusto es la conducta antijurídica misma, es algo sustancial, es un comportamiento humano, desvalorado por el ordenamiento jurídico, y está conformado, tanto por el desvalor de la acción como por el desvalor del resultado.

1.2.- Antijuridicidad formal

La antijuridicidad formal es la relación de oposición entre acción y norma, la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico.

La característica de contrariedad con el derecho que presenta un comportamiento, que consiste en la inobservancia de la prohibición o el mandato contenidos en la norma, es la esencia de la antijuridicidad formal. Pero esto no es suficiente para establecer el carácter antijurídico de la conducta.

1.3.- Antijuridicidad material

Para que se pueda establecer el carácter antijurídico de una conducta, no basta su contrariedad con el ordenamiento, es necesaria la vulneración del bien jurídico que la norma quiere proteger, y se habla entonces de **antijuridicidad material**.

En la medida en que no se presenta ofensa alguna al bien jurídico, no se podrá hablar de antijuridicidad, aunque exista una formal o aparente contradicción entre la norma y la acción.

Sin embargo, el contenido de la antijuridicidad no se agota en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (desvalor del resultado), sino que se requiere que la misma se derive de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de la acción).

Los criterios de antijuridicidad material sirven tanto para una interpretación restrictiva de los tipos penales, como para graduar la gravedad de la misma, y para elaborar criterios como el de insignificancia e intervención mínima.

Con la aplicación de este criterio, puede restringirse el ámbito de aplicación del derecho penal a los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos de mayor importancia.

Para nuestra jurisprudencia, a fin de constatar la antijuridicidad de una conducta típica, resulta necesario determinar si esta lesionó o puso en peligro un bien jurídico tutelado por la ley penal. En dicho sentido, tanto el Tribunal de Casación como la Sala Tercera, han suscrito la posición, según la cual la antijuridicidad tiene como contenido material, un resultado que consiste, precisamente, en esa lesión o peligro para el bien jurídico. Como consecuencia de lo anterior, solamente si se verifica el resultado lesivo para el bien jurídico, habrá de acudir a las causas de justificación para acreditarlas o descartarlas, pues es insostenible pretender justificar (v. gr. por legítima defensa o estado de necesidad) una acción u omisión que no produce daño.

Esta toma de posición jurisprudencial ha sido fundamentada, tanto en el artículo 28 de la Constitución Política (que deja fuera de alcance legal cualquier acción que no cause daño), como también en los pronunciamientos de la Sala Constitucional que han impuesto límites al *ius puniendi*, al señalar que a cada figura típica debe ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado. Por tanto, no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico.¹⁶¹

Tanto el concepto de desvalor de acción, como desvalor del resultado, son indispensables para configurar la antijuridicidad.

El concepto de antijuridicidad material **debe utilizarse con cuidado** para no dar lugar a valoraciones subjetivas que permitan la introducción de criterios pretendidamente sociológicos para crear o eliminar antijuridicidad en forma arbitraria, o en función de valoraciones puramente subjetivas del juzgador.

En realidad la antijuridicidad siempre es material, en tanto implica una efectiva afectación del bien jurídico, pero también es formal en la medida en que su fundamento deriva del texto legal.

1.4.- Los conceptos de lesión y peligro

La esencia del juicio de antijuridicidad, constituida por la ofensa al bien jurídico, puede estar conformada tanto por una lesión como por una puesta en peligro de dicho bien.

Por su carácter de concepto normativo, la lesión del bien jurídico debe ser entendida, no solo como la destrucción o daño de un objeto material, sino también, las ofensas

¹⁶¹ En este sentido, votos del Tribunal de Casación n.º 2000-86 del 4 de febrero del 2000, 2000-639 del 21 de agosto del 2000, 2002-1021 de las 11:00 hrs. del 19 de diciembre del 2002 y 2004-98 de las 10:39 hrs. del 12 de febrero del 2004, y de la Sala Tercera n.º 2001-74 de las 10:10 hrs. del 19 de enero del 2001 y n.º 2004-1309 de las 10:55 hrs. del 12 de noviembre del 2004, entre otros.

inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal, que no tienen un sustrato material (la lesión a la *salud* o la destrucción de la *vida*, o el *honor* en las injurias).

El derecho penal no solo castiga la lesión, sino también la puesta en peligro de bienes jurídicos, concepto que también es normativo, ya que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien, pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después la lesión, de hecho, no se produzca.

El juicio de peligro obliga al juez a situarse en el momento en que se realizó la acción, así como a conocer la situación de hecho, en donde se realiza la acción que está enjuiciando, las leyes de la naturaleza y las reglas de la experiencia por las que se puede deducir que la misma, realizada en esa forma y circunstancias, puede producir la lesión de un bien jurídico.

En el examen que se debe realizar para saber, por ejemplo, si una persona conducía su automóvil en una forma peligrosa, deben indagarse, a qué velocidad conducía, qué tipo de vehículo es, las condiciones de la carretera por las que transitaba, el estado del tiempo, etc., y deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir, y dadas las circunstancias, se produjera un accidente, capaz de producir la muerte o lesiones a alguna persona.

Si realizadas las comprobaciones mencionadas, es posible deducir que no hubo tal peligro, el hecho no será antijurídico, en virtud de la antijuridicidad material que exige, al menos, la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en la norma penal.

De esta forma, la imputación objetiva de un resultado delictivo, en tanto suponga la realización de un riesgo no permitido o el incremento ilícito de uno permitido, así como la infracción a un deber de cuidado (criterio seguido por nuestra jurisprudencia), requiere del análisis *ex ante* de la acción, (situado el juzgador en el lugar del autor, en el momento en que la acción es realizada), para poder establecer la idoneidad o adecuación de esa conducta, en relación con la producción de un determinado resultado.

1.5.- Los delitos de peligro y la expansión del derecho penal

Hay ciertos supuestos en los delitos de peligro, en donde, el peligro al que se refiere el delito, es meramente abstracto y no va referido a bienes jurídicos individuales, sino a bienes jurídicos colectivos inmateriales.

Se trata en estos casos de prevenir peligros generales que afectan a la comunidad y solo, de manera indirecta, a bienes jurídicos individuales. Pero esta doble naturaleza, plantea problemas de gran complejidad, a la hora de resolver el grado de peligrosidad requerido, las relaciones de concurso que se puedan presentar entre el delito de lesión y el de peligro, el grado de conciencia y aceptación que requiere el dolo en los casos de peligro y su diferencia con el dolo en los supuestos de lesión.

Esta situación ha provocado una enorme expansión del derecho penal que ahora se utiliza o se pretende utilizar, en áreas que, normalmente, estaban alejadas del derecho represivo en materia penal, pero que, cada vez son más importantes en las sociedades modernas, como el medio ambiente, la salud pública, la economía, etc.

Se recurre en algunos casos a la creación de delitos de peligro hipotético, cuyo supuesto de hecho describe aptitudes o idoneidades de la acción típica para producir resultados lesivos.

Esta tendencia produce también una funcionalización del derecho penal que se explica y justifica como característica de una sociedad, en donde, el alcance del deber de los participantes, se determina en función del rol que objetivamente desempeñan y no en función de sus conocimientos o posibilidades de actuación individuales, (teoría de los roles de Jakobs, a la que nos referimos anteriormente).

Se produce con esta tendencia, una pérdida de contenido material del injusto penal; se debilita el principio de culpabilidad y se disminuyen los límites entre el injusto penal y los ilícitos puramente formales o administrativos.

2.- Causas de justificación (o de exclusión de la antijuridicidad penal)

En virtud de que el concepto de antijuridicidad es unitario, resulta evidente que una conducta no puede ser al mismo tiempo ajustada a derecho y contraria a él, de donde podemos deducir que las diversas causas de exclusión de la antijuridicidad, deben buscarse no solo en la ley penal, sino en todo el ordenamiento jurídico. Se ha señalado incluso que, cuando no contravengan los postulados inspiradores de este, pueden tener origen fuera de él. En este caso, nos encontraríamos ante lo que, en doctrina, se denomina **causales extralegales o supralegales de justificación**.

Aun y cuando no se toca el tema de la causas de justificación supralegales, véase el siguiente caso, en donde la Sala Tercera analizó la incidencia que, bajo ciertas circunstancias particulares, podrían llegar a tener fuentes normativas como la costumbre en los hechos investigados: En una zona rural, un sujeto conduce un vehículo tipo pick-up, y al pasar frente a la porqueriza de otro vecino de la localidad, este último le solicitó que lo llevara en su vehículo. El conductor aceptó llevar en su vehículo al vecino, indicándole que subiera al cajón de dicho automotor. El conductor prosiguió su camino, pero por razones desconocidas, el vecino se cayó del cajón del vehículo, sufriendo fuertes golpes al caer sobre la carretera, por lo que murió dos días después.

La Sala Tercera confirmó la sentencia absolutoria dictada a favor del conductor del pick-up, ya que no se comprobó la existencia de una acción violatoria del deber de cuidado por parte del imputado que, íntimamente relacionada con el resultado lesivo, pudiera generar una relación de causalidad objetiva y subjetiva en los términos del artículo 117 del Código Penal. Por tanto, no se logró establecer con precisión cuál fue la razón inmediata y directa por la que el ofendido se cayó del cajón del pick up, pues aparte de la sola acción del acusado de permitir que aquel viajara allí –en claro irrespeto de la prohibición que contempla el numeral 124 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres, N.º 7331 del 30 de marzo de 1993– no se describía ningún comportamiento anormal o extraordinario que indicara cuál fue la causa del accidente, pues no se acreditó la concurrencia de una maniobra brusca o imprudente generadora del resultado, como resultaría ser una conducción descuidada, con irrespeto a las reglas de cuidado que le imponían las circunstancias, máxime que la carretera en ese sector, está en buen estado y se trata de una recta.

Tampoco se estableció ninguna situación especial del ofendido que hiciera previsible su caída del vehículo, como sería algún estado de ebriedad o drogadicción, o el deseo de producirse un daño. Lo anterior significaba que no se derivaba de los hechos descritos, una conducta imprudente del imputado que constituyera una causa determinante del resultado, a tal punto que se suprime hipotéticamente este no se hubiera producido.

Para la Sala, la sola circunstancia de que se le haya permitido al occiso viajar en la parte trasera del vehículo, no sería suficiente para estructurar una relación de causalidad que ligue una violación al deber de cuidado con la muerte del occiso, pues no se podría perder de vista que, conforme a las circunstancias que rodearon el hecho, no era posible – mediante un análisis *ex post*– exigirle al imputado un comportamiento diverso, pues la costumbre en las zonas rurales del país, donde abundan los vehículos tipo pick-up, es que las personas viajen en la parte trasera, en virtud de las precarias condiciones de transporte público, ya que ante la ausencia de viajeros, son muy pocos los medios de transporte público con los que se cuenta, de modo que las personas no pueden optar más que en desplazarse a pie o solicitar que las trasladen en vehículos destinados a transporte de carga, aunque esto represente un peligro para la propia seguridad de las personas que viajan en esas condiciones.

Distinta sería la situación, si el caso de estudio hubiera ocurrido en un lugar con plenas facilidades para el transporte adecuado de personas, o –como se dijo– si se hubiera demostrado que, aún tratándose de una situación como la de este caso, el conductor además circulaba a exceso de velocidad, en estado de ebriedad o realizó inadecuadas maniobras al extremo de provocar culposamente la caída del ofendido, o que el conductor hubiera apreciado que el ofendido no estaba en condiciones de realizar el viaje en esas condiciones, ya que se encontraba ebrio o drogado, por lo cual se echa de menos pues no se presenta en el caso de autos.

En las condiciones en que ocurrieron los hechos descritos, para al Sala no resultaba posible exigirle al imputado, una conducta diversa, como tampoco era posible pedirle al imputado que rechazara la solicitud del ofendido para subir a la parte trasera del vehículo, con el fin de hacerle un favor al trasladarlo de un lugar a otro, pues este tipo de conductas violatorias de la Ley de Tránsito, en estos lugares no solo resulta socialmente adecuado, sino que forman parte incluso de los deberes de buena vecindad. Si a ello se le sumaba que no se logró establecer que el imputado condujera con menosprecio al deber de cuidado, ni que faltar a alguna otra regla de cuidado que las circunstancias le impusieron y que –en este caso– fuera la causa determinante e inmediata del resultado, debemos concluir que su acción –según se describe en los hechos probados– no podía encasillarse en la figura del homicidio culposo que prevé el artículo 117 citado.¹⁶²

2.1.- Concepto y fundamento

El ordenamiento jurídico no solo consagra prohibiciones y mandatos, sino también, **autorizaciones para actuar**. Es decir, se trata de autorizaciones para realizar un hecho que, en principio, es prohibido, atendiendo a razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan.

¹⁶² Sala Tercera voto n.º 605-97 de las 11:10 hrs. del 20 de junio de 1997.

Como ya señalamos, la tipicidad supone un indicio de antijuridicidad, el cual queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, que no solo impide la imposición de una pena al autor, sino que convierte ese hecho en lícito, es decir, conforme a derecho, generándose entonces **un deber de tolerancia** hacia este.

Tenemos además que, como efecto de la presencia de una causa de justificación en la conducta del autor, la participación criminal (inducción, cooperación o complicidad), está también justificada. La presencia de alguna de estas causas, impiden que al autor del hecho pueda aplicársele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su hecho es **lícito** en cualquier ámbito del ordenamiento.

Por lo anterior, frente a un acto justificado (por legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber legal, etc.) no existe legítima defensa, en tanto esta presupone una **agresión ilegítima**.

Es innecesaria la comprobación de la culpabilidad frente a una causa de justificación, y los efectos señalados se extienden para cualquiera de las causas de exclusión de la antijuridicidad, reconocidas por el ordenamiento (v. gr. la responsabilidad civil).

El catálogo o lista de las causas de justificación, no tiene el carácter de cerrado, ya que estas no son un problema específico del derecho penal, sino un problema general del ordenamiento jurídico.

De esta forma, cualquier acto lícito, desde el punto de vista del derecho público o privado, puede serlo también para el derecho penal, y a la inversa. Lo único específico son las distintas consecuencias que se atribuyen al acto jurídico o antijurídico, en cada rama del derecho.

Aunque en su mayoría, se encuentran contemplados en el Código Penal, los preceptos permisivos capaces de neutralizar el juicio de antijuridicidad, también pueden provenir **de cualquier parte del ordenamiento jurídico**, en tanto la antijuridicidad está dada por el choque de la conducta con la totalidad del orden jurídico, funcionando como tal (como unidad).

Las causas de justificación no crean derechos, sino que reconocen el ámbito de lo permitido o lícito, establecido a partir del principio de reserva constitucional.

El concepto de licitud o ilicitud, de jurídico o antijurídico, es un concepto general, válido para todo el ordenamiento jurídico.
--

Tradicionalmente se ha señalado que las causas de justificación, tienen elementos objetivos y subjetivos. Para justificar una acción típica, se requiere que, además de que se dé objetivamente la acción justificante, el autor debe conocer esa situación (v. gr. quien actúa en legítima defensa, debe saber que se está defendiendo).

Acerca de este tema, ha sido criterio de nuestra jurisprudencia, en términos generales, que las causas de justificación posean elementos objetivos y subjetivos, y a la concurrencia de ambos requisitos, se le denomina **tipo permisivo congruente**. Así por ejemplo, en el estado de necesidad, ha señalado la Sala Tercera que en el análisis judicial del caso, debe verificarse la situación real de necesidad (elementos objetivos),

en tanto que en el análisis de los aspectos subjetivos, se debe constatar que el sujeto sabía que existía una situación de peligro y la lesión al bien jurídico de menor valía, era inevitable por ser la única forma para defender el bien jurídico de mayor valor, dadas las circunstancias. De esta manera, el sujeto era consciente de que actuaba para proteger el bien jurídico más valioso y, por supuesto, que su acción no fue la que provocó el peligro que hizo necesaria la actuación lesionadora del bien jurídico sacrificado.

A estas circunstancias de carácter personal, se les denomina **tipo subjetivo de la permisión** y deben coexistir junto con las objetivas (**tipo objetivo de la permisión**). En tesis de principio, la Sala ha considerado que si solo se cumplen los requisitos objetivos, pero no hubo una actuación con previsión y conocimiento de los elementos subjetivos ya indicados, no se dan las causales en estudio y, por ende, la conducta no resulta justificada. Por lo anterior, el juez debe hacer este análisis del tipo objetivo y subjetivo de la permisión *ex post facto* y, para ello, debe tomar en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho (*ex ante*), a fin de observar no solo la objetividad de la situación de peligro y la necesidad de la conducta desplegada, sino también la inexistencia de otra salida jurídicamente válida dentro de la circunstancialidad propia del evento en examen.¹⁶³

A pesar del criterio que ha externado la Sala Tercera, modernamente autores como Zaffaroni se ha planteado el tema de que la justificación no exige elementos subjetivos, pues ello estaría relacionado con una ultra finalidad que tiende a complementar la justificación con requerimientos éticos extraños al derecho.

Los defensores de esta posición sostienen que nadie tiene por qué conocer en cuáles circunstancias actúa, cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de estos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo. Así entonces, quien se imagina estar cometiendo un injusto (v. gr. quien al ver a su enemigo de lejos, le apunta y dispara, sin percatarse de que este a su vez le estaba apuntando primero con ánimo de matarle, por lo que, sin darse cuenta, estaba defendiendo su propia vida), **solo incurre en un delito en su imaginación**, porque no habría nunca un injusto en el mundo real, y dado que la impunidad del delito imaginario no es discutible, no puede pensarse en excluir la justificación **cuando esta realmente existe**.

Para este sector doctrinal, la legítima defensa, el estado de necesidad y las demás causales de esta naturaleza, justifican la acción, con independencia de motivos, intenciones y creencias del agente, pues el derecho penal no va dirigido a evitar actitudes subjetivas indignas, sino situaciones socialmente indeseables, de manera que quien previene sin saberlo, un mal mayor, o repele sin querer una agresión ilegítima, no da lugar a una acción indeseable que el derecho trate de prevenir, sino todo lo contrario.

2.2.- La legítima defensa

¹⁶³ Sobre el tema de los elementos subjetivos en las causas de justificación, puede consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 13-F-93 de las 9:30 hrs. del 8 de enero de 1993, n.º 613-F-96 de las 10:10 hrs. del 18 de octubre de 1996, n.º 367-98 de las 14:50 hrs. del 16 de abril de 1998 y n.º 2003-1163 de las 10:55 hrs. del 19 de diciembre de 2003. Incluso, esta tesis ha sido recientemente reafirmada por parte de la Sala Tercera en el voto n.º 2006-422 de las 10:45 hrs. del 12 de mayo del 2006. En sentido similar, el Tribunal de Casación se refiere en el voto n.º 154-F-95 de las 14:20 hrs. del 14 marzo 1995.

2.2.1.- Generalidades

Es la respuesta adecuada a la agresión injusta. Sin embargo, en la medida en que puedan operar otros mecanismos protectores, el derecho a la defensa cede.

Toda persona humana puede ser sujeto activo de legítima defensa. Esta causa de justificación no tiene contenido recíproco, es decir, la persona que ilegítimamente agrede a otra, debe tolerar el ejercicio del derecho de defensa del agredido, no pudiendo invocar a su vez legítima defensa.

La legitimidad de la defensa de los bienes jurídicos de quien soporta una agresión antijurídica, no depende –en principio– de límites establecidos para la protección del agresor que ha generado el conflicto y, consecuentemente, la ponderación de intereses en estos casos, carece de razón de ser: el agresor no es merecedor de una protección general en detrimento de la vigencia del derecho que se proponía vulnerar, por lo que **debe cargar con la responsabilidad y consecuencias de su conducta.**

No obstante, como se verá al examinarse el tema de la necesidad y racionalidad, lo anterior no puede conducir a una autorización de la defensa totalmente desconectada de sus consecuencias. Como ejemplo, piénsese en el caso –citado por la doctrina– del empleo de una escopeta por parte de un paralítico, que tiene solo esa arma al alcance de su mano, no disponiendo de ningún otro recurso para impedir que un niño se robe una manzana. Para algunos autores ese acto será antijurídico, no porque el bien jurídico *vida* sea de superior jerarquía al bien jurídico *propiedad*, sino porque el ordenamiento jurídico no puede tolerar que, para evitarse una lesión de tan pequeña magnitud, se utilice un medio que, aunque necesario –por ser el único disponible en ese momento– sea **irracional.**

En cuanto al fundamento de la legítima defensa, se acepta, mayoritariamente, una doble finalidad: por una parte la defensa del derecho propio y, por otra, la del orden jurídico en su totalidad.

Por su parte, hay sectores del pensamiento jurídico que fundan la legítima defensa en **el principio de que el derecho no tiene por qué soportar lo injusto**, partiendo del carácter subsidiario de la misma, el cual implica que, solo puede ser legítima la defensa, cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente.

Sobre el fundamento de la legítima defensa, la posición de nuestra jurisprudencia es que esta causa de justificación, se basa en dos principios básicos: **la protección individual y el prevalecimiento del derecho.** Lo anterior implica que nadie está obligado a soportar lo injusto, cuando el Estado no puede intervenir a tiempo para proteger los bienes jurídicos del afectado, por lo que la legítima defensa vendría a ser una afirmación del derecho y, como tal, constituye un tipo permisivo, en donde se parte de un fundamento subjetivo, en tanto ejercicio de un derecho, como de uno objetivo, el cual es la necesidad de conservar el orden jurídico (el justificado puede elegir entre ejercer el tipo permisivo o no hacerlo, y si lo ejerce, debe hacerlo con el fin de evitar o paralizar la agresión ilegítima).

En este orden de ideas, considera además nuestra jurisprudencia que la legítima defensa tiene como naturaleza, hacer valer un derecho y no una venganza; busca evitar el daño sobre el bien, a la vez que constituye una reafirmación del Estado de derecho y del derecho,

pues aquel que es atacado en sus intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, no puede dejar lesionar sus bienes, si tiene la posibilidad de defenderlos. Cuando la persona rechaza el accionar injusto de otra, realiza por una parte una acción protectora de sus intereses y, por otra, una confirmación del sistema jurídico de la sociedad.¹⁶⁴

El ataque al bien jurídico que justifica la defensa, debe entenderse como cualquier comportamiento del que pueda derivarse un peligro o la lesión para ese bien, tutelado por el ordenamiento. La defensa tiende a evitar la pérdida del bien, por lo que la intervención debe producirse en un momento en que el impedimento de pérdida es aún posible.

Cuando definimos que el ataque es cualquier comportamiento humano que lesione o ponga en peligro un derecho propio o ajeno, nos referimos a la condición de que este provenga de **un comportamiento humano** que represente un desvalor de la acción. Sin embargo podemos admitir como ataque en este sentido, la utilización de un animal o algún objeto como instrumento para lesionar o matar a otro, o lesionar sus derechos. Esta situación se puede producir en el caso de que se deba matar a un perro bravo que ataca, azuzado por su dueño; situación en donde se puede alegar legítima defensa y no estado de necesidad.

En este sentido, no serían entonces ataques o agresiones, los comportamientos del ser humano que no son acciones regidas por la voluntad (cuando de una “no-acción” surge una amenaza, aplican las reglas del estado de necesidad).

Tampoco podría admitirse la legítima defensa, contra quien se halla impelido por la fuerza proveniente de un caso fortuito.

El ataque puede provenir también de personas menores de edad, contra el cual perfectamente cabe la legítima defensa. En este sentido, téngase presente que en el nuevo modelo de responsabilidad para personas menores de edad, existente en nuestro país, mismo que entró en vigencia con la Ley de Justicia Penal Juvenil, ahora son sujetas de persecución penal, todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales.

Igualmente, el ataque puede provenir de personas inimputables, contra el cual también cabe la legítima defensa, según el criterio mayoritario de la doctrina, aunque se señala que, dado el requisito de la racionalidad como limitativo de la necesidad, en estos casos, el ámbito de permiso se estrecha.

Ahora bien, para la doctrina mayoritaria, tampoco el ataque tiene que ser un comportamiento final y agresivo, pues bien se puede ejercer legítima defensa, no solo de comportamientos dolosos, sino también de comportamientos culposos que constituyan una amenaza (casos de culpa con representación o conscientes). No obstante, otros autores consideran que, ante conductas culposas que ponen en peligro bienes jurídicos, no cabe la legítima defensa (por considerar que técnicamente no existe *agresión ilegítima*), sino más bien el estado de necesidad justificante o exculpante, según el caso.

¹⁶⁴ Ver votos del Tribunal de Casación Penal n.º 2002-853 de las 9:40 hrs. del 17 de octubre del 2002 y de la Sala Tercera n.º 2004-439 de las 10:46 hrs. del 7 de mayo del 2004.

Doctrinalmente se acepta que es posible también llevar a cabo una agresión ilegítima mediante omisión, la que puede ocurrir cuando el agresor tiene una obligación jurídica de actuar, y la agresión se comete, precisamente, no actuando, con lo que causa daño al atacado, de manera que la reacción de este último está cubierta por los presupuestos de la legítima defensa .. El ejemplo clásico de esta situación lo constituye el caso de un individuo que, después de cumplida la prisión preventiva y a pesar de la orden de libertad dictada por el juez, ilegítimamente no es liberado, y obtiene su libertad golpeando a su carcelero. Otro ejemplo sería el del médico que, ilegítimamente, no atiende al paciente que está sufriendo un infarto, y que es agredido por otra persona, causándole lesiones, con el fin de obligarlo a actuar (legítima defensa de un tercero).

La conducta realizada con error de tipo, no admite una respuesta capaz de ser justificada por la legítima defensa, sino por el estado de necesidad. Distinto es el caso del error de prohibición, en donde subsiste el dolo, y por ello, sí admite una defensa legítima.

En cuanto a los **bienes defendibles**, se incluyen bienes que el sujeto individualmente puede proteger, tales como: la propiedad, cuando el ataque la ponga en peligro de grave deterioro o pérdida inminente; la morada o sus dependencias, si se entra indebidamente en ellas; la vida, la integridad física, la libertad, el honor.¹⁶⁵ Son defendibles no sólo los bienes jurídicos penalmente tutelados, sino también lo que no lo son, especialmente los derechos de rango constitucional.

No hay razón para excluir los bienes estatales como defendibles, a través de la legítima defensa. Lo que podría generar dificultades, es la defensa del Estado como orden jurídico, cuando esto no comporte, simultáneamente, la afectación de derechos de los habitantes.

Al respecto, doctrinalmente se reconoce que son también defendibles los bienes jurídicos, cuyo portador es la sociedad o el Estado, cuando se trate de bienes jurídicos de carácter individual en cabeza del organismo estatal o de personas de derecho público (v. gr. patrimonio del Estado), con la condición de que la agresión a estos, afecte a particulares (v. gr. son defendibles los bienes propiedad de una institución estatal, como también es rechazable la ilegítima contaminación de un río por parte de los habitantes de la población que se ve amenazada por esta).

Los bienes jurídicos meramente comunitarios, no pueden ser objeto de este tipo de legítima defensa, dado que existen otros mecanismos de defensa a los que se puede acudir.

¹⁶⁵ A propósito del bien jurídico “honor”, el Tribunal de Casación anteriormente había señalado que debía aceptarse, por ejemplo, que el que responde con un puñetazo a quien lo injuria o calumnia para que cese su ataque verbal, perfectamente está amparado a la causa de justificación dicha. Pero no podía admitirse que, ante una agresión previa al honor –mediante injuria o calumnia– se entienda que la respuesta por esos mismos medios, sea legítima e idónea, es decir, no es aceptable repelen una frase injurante o calumniosa con otra (En ese sentido, votos n.º 2001-226 del 16 de enero de 2001 y n.º 2004-408 de las 11:51 hrs. del 29 de abril del 2004). Sin embargo, mediante voto n.º 2007-0975 de las 16:05 hrs. del 3 de setiembre de 2007, este mismo Tribunal varió el anterior criterio y admitió la posibilidad de legítima defensa –causa de justificación aplicable al ataque a cualquier bien jurídico y no sólo de la vida o la integridad física— cuando una persona, para defender su honor, repele ofensas con ofensas..

La defensa de bienes jurídicos individuales de terceros, sí resulta protegida, ya sea, asumiendo la defensa que la víctima no pueda hacer (defender a una mujer que va a ser violada); ayudando al tercero para que él mismo se defienda (suministrando un arma), o interviniendo en forma directa con él en la acción defensiva.

Debe tenerse claro que la acción defensiva debe dirigirse **hacia los bienes del agresor** (pudiendo lesionarse cualquiera de sus bienes, no solo los utilizados para llevar a cabo el ataque), pero **no hacia los de terceros que no han tomado parte en la agresión**. El principio señalado por la doctrina, es que la lesión al tercero ajeno a la agresión, no está justificada. Por ejemplo, quien toma un jarrón muy valioso para golpear a una persona que intenta agredirlo, actúa en legítima defensa con respecto del agresor, pero no así con respecto del propietario del jarrón (sin perjuicio de invocar un estado de necesidad), o bien quien repele una agresión a balazos, dentro de los límites de la legítima defensa contra el agresor, no actúa justificadamente, si un tercero ajeno a la agresión es alcanzado por una de sus balas (sin perjuicio de invocar un estado de necesidad exculpante).

Tradicionalmente se ha dicho que la acción defensiva tiene un aspecto objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, requiere el rechazo del ataque, la necesidad de la defensa y la necesidad del medio empleado. La acción defensiva debe ser necesaria y razonable.

En cuanto al aspecto subjetivo, la acción defensiva requiere la voluntad de defensa. La persona debe conocer la existencia de las condiciones objetivas de la situación defensiva. Su comportamiento típico y doloso, debe ser dirigido por la voluntad de defensa. Aunque para algún sector de la doctrina, como vimos antes, es suficiente con la situación objetiva justificante, pues lo fundamental, según esta posición, es solucionar conflictos de intereses.

Es irrelevante, en el caso de quien legítimamente usa un arma para defenderse, que tengo permiso legal para portarla (independientemente de su responsabilidad en los términos previstos en la Ley de Armas).

En nuestro medio, el artículo 28 del Código Penal dispone que no comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; y b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión. En su segundo párrafo, dicho artículo señala que se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquel que ejecuta actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se halla dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso.¹⁶⁶ Esta figura es conocida como **legítima defensa privilegiada**.

2.2.2.- Agresión ilegítima

¹⁶⁶ El artículo 27 del proyecto de Código Penal, mantiene los mismos requisitos para esta causal de justificación que los vigentes.

Esta expresión puede ser entendida, tanto como un acto de fuerza, como la acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, incluyendo en ella también la omisión, (obligar a un conductor que se detenga y traslade a un herido grave al hospital).

Tanto la acción –u omisión– como la agresión deben ser ilegítimas, es decir, **antijurídicas** en sentido material, para que, efectivamente se produzca una puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles. La doctrina mayoritaria coincide en señalar que, para ejercer válidamente la defensa, no es necesario que la conducta agresiva que se repele, sea penalmente típica, basta con que sea antijurídica (ilegítima).

No es necesario que el autor de la agresión antijurídica sea culpable, como ya se indicó antes, aunque en la medida de lo posible hay que evitar reacciones frente a personas inimputables, pero en principio, si se presentan todos los requisitos de la causa de justificación, no hay obstáculo para repeler justificadamente la agresión.

La Sala Tercera define la “**agresión**” como una conducta deliberada de otra persona, tendiente a dañar un interés lícito. Como acción, subjetivamente está orientada a dañar, es su fin, y objetivamente busca crear el riesgo o el peligro del bien. Este aspecto objetivo supone una exteriorización del fin de lesionar un bien jurídico, mediante actos idóneos, ya sea que se utilicen violencia o no, armas o cualquier mecanismo físico o moral orientados a provocar un daño. La **agresión** existe incluso con solo que el agresor se halle en una posición inminente de ejecutar el ataque. No tienen que existir actos materiales de acometimiento (v. gr. disparos o lanzamiento de piedras o golpes con un palo, contra el imputado). Es suficiente que el agresor se coloque en una situación inmediata de consumir el daño, mediante actos idóneos (por ejemplo, cuando a corta distancia del endilgado, el sujeto que agrede amenaza de palabra y mantiene un palo en sus manos, las que agita de arriba abajo, o bien cuando el sujeto toma al arma de fuego y la coloca en posición de disparo, ante lo cual el agredido no está obligado a esperar el disparo para iniciar su defensa). El **peligro** implica una posibilidad inminente de sufrir una lesión y esto tiene sentido, en tanto para la agresión no es indispensable el daño actual al bien defendido, basta el riesgo provocado, siempre y cuando ese peligro amenace en concretarse en un daño si no se repele.¹⁶⁷

Ahora bien, como se indicó líneas atrás, debe tenerse claro que si esta conducta idónea para lesionar bienes jurídicos, resulta conforme a derecho, como es el caso de los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal (v. gr. ejecución de un desalojo administrativo, la legítima detención de un imputado, la realización de un allanamiento judicial en una morada, etc.), no puede invocarse legítima defensa para rechazarla.

De esta forma, nuestra jurisprudencia ha considerado que el ingreso, sin orden de allanamiento, por parte de la policía a una casa de habitación (con lo que se violentan el domicilio y la intimidad), en aras de rescatar a un menor de edad secuestrado, efectivamente se encuentra justificado en el artículo 28 del Código Penal, que autoriza a cualquiera (y en el caso de la policía, impone la potestad, entendida como poder-deber) a proceder en protección de los derechos propios o de un terceros, ante una agresión ilícita actual o inminente.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Sala Tercera voto n.º 2004-439 de las 10:46 hrs. del 7 de mayo del 2004 y n.º 2005-608 del las 10:25 hrs. del 17 de junio del 2005.

¹⁶⁸ Sala Tercera voto n.º 2002-1162 de las 9:03 hrs. del 22 de noviembre del 2002.

Diferente es el caso de dos oficiales de la policía que, sin contar con autorización judicial, ni cumplirse los presupuestos del allanamiento sin orden¹⁶⁹, intentaron ingresar a una vivienda con el fin de “investigar” si su propietario tenía permiso para portar armas, y exigirle que se identificara. Este ingreso fue impedido por este último, encañonándolos con un arma de fuego. El Tribunal de Casación consideró que no hubo delito de resistencia a la autoridad, pues dicha acción policial resultaba **totalmente ilegal**, y por ello, el ocupante de la vivienda podía ejercer una legítima defensa para repeler su intromisión. A criterio del Tribunal, la conducta del sujeto de empuñar un arma con la cual encañonó a los dos policiales, a quienes les hizo ver sus intenciones de no dejarlos ingresar, a menos de que contaran con la orden escrita de un juez, no constituyó un exceso en el ejercicio de su derecho de defensa, por lo que su conducta (que en realidad no conllevaba el propósito de agredir) se encontraba amparada por el ordenamiento jurídico.¹⁷⁰

Igualmente se ha descartado la legítima defensa en casos como el siguiente: un sujeto (**A**), que al ingerir bebidas alcohólicas exhibe un comportamiento agresivo, inicia una discusión con otro (**B**) en un bar, pero se logró ponerle fin sin mayores consecuencias, y posteriormente **A** hizo abandono del lugar. No obstante, desde fuera del local, **A** desafía a pelear a **B**, reto que es aceptado por este último, quien sale del bar y luego de eludir a varias personas que intentaron detenerlo, se abalanzó sobre **A**; lo enfrentó a golpes y, de seguido, lo hirió en el pecho con una cuchilla que **B** portaba consigo, poniendo en peligro su vida.

La Sala Tercera rechazó la tesis de que **B** actuó amparado a una legítima defensa, puesto que si bien existió una discusión inicial promovida por **A**, cuya actitud hostil desencadenó los eventos, se estimó que al abalanzarse **B** sobre **A** y herirlo con un cuchillo, no actuó en respuesta a una agresión actual o inminente, sino aceptando un reto verbal a pelear, el cual no constituye, por sí solo, una circunstancia que pueda dar origen al ejercicio de una legítima defensa (esta situación es demostrada por la penalización del duelo en nuestro ordenamiento jurídico). Si bien el ordenamiento no exige a ningún sujeto que se comporte como cobarde o como valiente, tampoco se autoriza aceptar los *retos* o *desafíos*, cuando no media una agresión actual o inminente, pues esto supondría permitir el ejercicio de la venganza privada en circunstancias tales en que el sistema jurídico sí podría intervenir y, por ende, haría innecesaria la “defensa” que se pretende ejercitar.¹⁷¹

¹⁶⁹ Artículo 197 del Código Procesal Penal: Podrá procederse al allanamiento sin previa orden judicial cuando: a) Por incendio, inundación u otra causa semejante, se encuentre amenazada la vida de los habitantes o la propiedad; b) Se denuncia que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito; c) Se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión; d) Voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro.

¹⁷⁰ Tribunal de Casación voto n.º 2002-917 de las 10:20 hrs. del 14 de noviembre del 2002

¹⁷¹ Sala Tercera voto n.º 2005-46 de las 9:20 hrs. del 4 de febrero del 2005. A manera de antecedente, puede revisarse el voto de esta misma Sala n.º 2004-920 de las 10:55 hrs. del 30 de julio del 2004, en el donde se consideró que lanzar insultos contra una persona, no podía equipararse a una agresión ilegítima, al punto de justificar que el insultado toma una pala y golpeó con ella el rostro de su víctima, causándole

A nivel jurisprudencial, se ha señalado también que lo importante para determinar si existe esta causal es que, por un lado, la defensa sea necesaria, es decir, que sea indispensable **para no ser objeto de una nueva agresión**, o **para suspender la que en ese momento se padece**. Por otro lado, la agresión debe ser **inminente, actual, real, existente**, lo que significa que deben verificarse la **existencia** y la **naturaleza del peligro** corrido para apreciar la necesidad de la defensa.¹⁷²

Tómese como ejemplo este caso: Un sujeto (**A**) inicia una discusión con otro (**B**) en un bar. En un momento determinado, **A** arroja una botella contra **B** con intención de lastimarlo, la cual no da en el blanco, por lo que este último reacciona y lanza contra **A** otra botella, desatándose una “batalla de botellazos” entre ambos. Finalmente **A** resulta lesionado por una botella lanzada por **B**. El Tribunal de Casación Penal consideró que **B** actuó amparado a una legítima defensa, en primer lugar, porque fue **A** quien inició la agresión ilegítima, al lanzar una botella a **B**, por lo que no podría negarse a este último, el derecho a defenderse. En segundo lugar, tampoco podría considerarse que, una vez que se había lanzado la primera botella por parte de **A**, la cual se estrelló en una recámara de refrigeración, la agresión cesó, puesto que **B**, víctima en ese momento, no podía tener claro si la agresión había cesado o si iba a continuar, situación que lo motivó a lanzar botellas contra **A**, y éste a responder, convirtiéndose lo anterior en un combate. Por tanto, el derecho de defensa autorizaba a **B** a defenderse de una agresión que era actual y efectiva, sin que se pudiera decir que la misma había cesado, amén de que el medio utilizado por **B** resultó razonable, por ser su único recurso disponible para repeler el ataque de **A**.¹⁷³

En cuanto a la **actualidad** de la agresión, no es requisito del tipo permisivo que la agresión se haya iniciado, basta el peligro al momento de la reacción, pero tampoco se podría admitir, por ejemplo, que se mate al agresor por la espalda cuando huye (puesto que al haber cesado la agresión, la defensa ya no es necesaria).

Para algunos autores, no se puede acoger la legítima defensa cuando la agresión no ha comenzado, y solo por excepción han admitido la defensa frente a amenazas de un mal “futuro”, cuando no exista posibilidad de que la autoridad estatal lo conjure efectivamente y a tiempo, pues de lo contrario, debe acudir a las autoridades. El caso en que se ha aceptado la legítima defensa en dichas circunstancias, es el de las mujeres agredidas que han matado al marido, mientras este duerme, en tanto se actúa para prevenir agresiones futuras o la propia muerte.¹⁷⁴

una marca indeleble, independientemente de que dicha situación pudiera ser valorada dentro del análisis de culpabilidad.

¹⁷² Sala Tercera voto n.º 562-F-92 de las 9:20 hrs. del 20 de noviembre de 1992.

¹⁷³ Tribunal de Casación voto n.º 2002-853 de las 9:40 hrs. del 17 de octubre del 2002.

¹⁷⁴ En nuestro país existe un antecedente, en donde una mujer, víctima de constantes agresiones por parte de su marido, le dio muerte a este mientras dormía. De acuerdo con los hechos investigados, el marido, quien había sido diagnosticado como “paranoico sádico”, durante cuatro meses que convivió con su mujer, a diario le propinaba a ésta brutales golpizas, la mordía y le cortaba el cuerpo con un puñal; estando embarazada la violaba vaginal y analmente. Al ser obligada a mantener relaciones a la fuerza, el sujeto hacía sangrar a su mujer, pero no le permitía ir al hospital. El día de los hechos, el marido amenazó a su mujer diciéndole que él se iba del lugar donde residían, pero la única forma en que ella saldría de ahí era “hecha picadillo”, por lo que la mujer aprovechó cuando el sujeto yacía dormido para darle muerte. El

No obstante, la doctrina mayoritaria sí acepta la legítima defensa, cuando la agresión es **inminente**, lo que significa que, aún no ha comenzado, pero que se puede inferir de gestos, amenazas, actitudes, etc., que podrían implicar daño inmediato o peligro para la persona o el derecho, a partir de la situación objetiva. En este sentido, inminencia debe entenderse como la posibilidad de que la acción se verifique en cualquier momento, lo que debe establecerse, es el carácter inequívoco de la conducta del agresor.

Es suficiente que el agresor haya hecho manifiesta su voluntad de agredir, y que, conforme los medios que ha escogido para hacerlo, su conducta pueda verificarse en cualquier momento.

Recordemos que inminencia hace alusión a algo que “puede suceder en cualquier momento” o que “amenaza con suceder prontamente”. De esta manera, en el plazo o término que puede suceder la agresión, no es tan importante como la determinación de que la conducta se puede verificar en cualquier momento, generando un peligro para el bien jurídico.

Así por ejemplo, si un individuo esgrime un arma y se dirige, amenazador, hacia otro, con el propósito evidente de materializar el ataque, el agredido queda en condiciones de ejercer la legítima defensa, pues ya se ha producido la agresión exigida por la ley. Esto significa por otra parte que, entre la agresión y la defensa, **debe haber unidad de acto**, la cual debe ser inmediata consecuencia de aquella.

Cuando estamos frente a delitos permanentes (el secuestro por ejemplo), la actualidad de la agresión se prolonga en el tiempo, hasta que cese la conducta desplegada por el secuestrador.

La agresión **continúa** si **todavía puede repelerse total o parcialmente**, por medio de una reacción que siga inmediatamente a la agresión. Es decir, la situación de defensa se mantiene desde que se inicia la amenaza al bien jurídico, hasta que cesa el peligro, lo cual debe analizarse en cada caso.

Para la doctrina, lo anterior es aplicable también a los delitos cuya consumación depende del desapoderamiento (v. gr. si un ladrón me arrebatara mis pertenencias, la posibilidad de legítima defensa subsiste, mientras tenga oportunidad de perseguirlo y trata de recuperarlas).

Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón, mediante resolución 289-94-A de las 15:30 hrs. del 17 de enero de 1996, absolvió a la mujer por el delito de homicidio, al considerar que ésta había actuado bajo una “situación de necesidad”. El tribunal aceptó que la mujer estaba segura que su marido cumpliría su amenaza de matarla, puesto que ella había visto cómo mataba a un gallo, y sabía que este mismo sujeto casi había matado a machetazos a su esposa anterior, sin que aparentemente hubiera sido castigado por la ley. No obstante, como bien señala la Licda. Priscilla Gutiérrez Moya en su tesis para optar por la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, “Violencia Doméstica y Legítima Defensa”, este caso perfectamente pudo haber sido analizado como una legítima defensa. Cuando el tribunal valoró que la mujer mató al sujeto, antes de que él lo hiciera con ella, es decir, se le adelantó, dicha instancia pudo haber usado ese criterio para considerar que la mujer estaba en una situación de peligro de muerte (según los drásticos antecedentes de violencia aceptados en el expediente y el diagnóstico psicológico del hombre), en donde la defensa y proporcionalidad de la misma eran necesarias, y era posible dictar sentencia conforme a esta figura, en vez de recurrir al del estado de necesidad.

Es importante entonces tener claro que la agresión y la defensa deben ser **coetáneas**: un solo proceso finalístico que encadene los diversos actos y sus efectos. No es necesario que sean simultáneas. La situación de defensa **se mantiene desde que se inicia la amenaza al bien jurídico, hasta que cesa el peligro**, lo cual **debe analizarse en cada caso**.¹⁷⁵

Finalmente, cabe reseñar que la legítima defensa deja de existir, cuando **la agresión cesa**, cuando **el ataque pasa**, o cuando **este ya no se puede reiniciar**.

Creemos que es válido admitir la legítima defensa, aun cuando no se haya iniciado el ataque, siempre y cuando, del contexto objetivo en donde suceden las cosas, pueda inferirse la convicción de que la ofensa va a producirse, o que esta ya comenzó a ejecutarse.

Tal como se indicó antes, debe recordarse que esta posición acerca de que la legítima defensa procede también, ante un peligro potencial (inminencia), ha sido decididamente aceptada por nuestra jurisprudencia. Al respecto, el Tribunal de Casación Penal y la Sala Tercera coinciden en que la defensa solo puede ser necesaria, cuando la agresión está en curso, o por lo menos, cuando aparece como inminente, es decir, cuando el peligro de agresión es suficientemente próximo, como para que el agente se vea obligado a neutralizarla. En ese tanto, la inminencia del ataque equivale al ataque mismo, por lo que nadie está obligado a esperar que se le comience a pegar, lesionar o matar para empezar a defenderse, así como tampoco nadie está en el deber de dar tiempo a la materialización del daño a un tercero que se desea defender, pues de lo contrario, la justificación no tendría sentido alguno de existir.¹⁷⁶

Con fundamento en estas consideraciones, la jurisprudencia ha confirmado la existencia de legítima defensa en casos como estos:

-Síntesis: Un sujeto (**A**) que convive con su concubina en un apartamento alquilado, reiteradamente discute y la agrede físicamente. Al presentarse uno de estos episodios de violencia doméstica, el propietario (**B**) del inmueble ocupado por la pareja, para poner fin al conflicto de violencia intrafamiliar que se venía dando, el cual afecta tanto la tranquilidad de otro inquilino, como la suya propia, intenta hablar con **A** (quien en ese momento, se encontraba bajo la influencia de drogas y alcohol), el cual reaccionó violentamente contra su interlocutor, enfrascándose ambos en una pelea que culminó cuando **B** se retira de vuelta a su casa. Aproximadamente una hora después, **B** se encuentra sentado en una mecedora, y **A** se presenta al lugar armado con un palo, comienza a insultar a **B** y arremete contra éste con “palo en mano”. Al verse agredido, **B** saca de su vivienda un arma y efectúa tres disparos al aire, advirtiéndole que desistiera de su agresión, pero **A** nuevamente arremete contra **B**, quien entonces dispara dos veces contra su agresor, y le da muerte.

¹⁷⁵ Sala Tercera voto n.º 2006-477 de las 9:10 hrs. del 26 de mayo de 2006.

¹⁷⁶ Ver votos del Tribunal de Casación n.º 2001-613 de las 10:20 hrs. del 17 de agosto del 2001 y n.º 2002-853 de las 9:40 hrs. del 17 de octubre del 2002, así como de la Sala Tercera n.º 327-F-92 de las 8:45 hrs. del 24 de julio de 1992, n.º 268-F-93 de las 9:15 hrs. del 11 de junio de 1993, n.º 391-F-93 de las 9:35 hrs. del 16 de julio de 1993, n.º 2004-333 de las 9:55 hrs. del 2 de abril del 2004 y n.º 2004-439 de las 10:46 hrs. del 7 de mayo del 2004.

-Decisión del Tribunal: Para la Sala Tercera, la agresión existe cuando el sujeto activo se halle en una posición inminente de ejecutar un ataque idóneo para lesionar bienes jurídicos, sin que deban existir actos materiales de acometimiento, en tanto que el peligro implica una posibilidad inminente de sufrir una lesión. Para la agresión, no es indispensable el daño actual al bien defendido, basta el riesgo provocado, siempre y cuando ese peligro amenace en concretarse en un daño si no se repele. En el caso de estudio, para la Sala **B** actuó conforme al ordenamiento jurídico, al usar su arma de fuego, pues **A** estaba amenazándolo de palabra y con un palo “en mano” y el peligro para la vida de este, era evidente y suficiente para que optara por defenderse, utilizando dicho instrumento, a tal punto de que el agresor se lanzó contra la humanidad de **B**, ante lo cual este finalmente realizó disparos de defensa, pues los primeros fueron de advertencia para evitar la agresión.¹⁷⁷

-Síntesis: Un sujeto de carácter violento somete, a lo largo de varios años, a su esposa e hijos a situaciones de violencia doméstica, al punto de que los golpea por cualquier motivo e, incluso, los amenaza de muerte utilizando armas. Un día, cuando una de sus hijas –que tenía cinco meses de embarazo– regresa del colegio, el sujeto irrumpe en su habitación y le reclama por haberle revelado a su madre, una situación de abuso, por lo que empieza a insultarla y golpearla (previamente el sujeto había mandado a cerrar los portones de la casa), momento en el que la madre de la joven interviene para protegerla, siendo apartada a golpes por el sujeto. La mujer toma un arma de fuego de la habitación del sujeto y le dice que se aparte, pero este no hace caso, entonces la mujer dispara contra su esposo, quien se vuelve y se dirige hacia ella, por lo que dispara por segunda vez, y lo hiere en el abdomen. De seguido la mujer llama a los paramédicos y a la policía, pero el sujeto fallece antes de que arriben.

-Decisión del Tribunal: La Sala Tercera consideró que la mujer actuó en legítima defensa. Para estar en presencia de esta causa de justificación, se requiere en primer lugar, que la agresión que se repele sea ilegítima (efectivo acometimiento contrario a derecho, sin que necesariamente este constituya delito), además de que la agresión debe ser actual, de manera que la defensa resulte todavía necesaria. En cuanto a la necesidad razonable de la defensa empleada, debe existir la proporcionalidad, el empleo adecuado de los elementos de defensa con relación al ataque. Se trata de una necesidad racional no absoluta, y debe considerarse la situación del agredido y la del agresor, por lo que la solución se dará en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias y debiéndose estudiar los hechos y las personas para decidir. En el caso de estudio, la mujer intervino con el objeto de poner fin a la agresión ilegítima del occiso hacia su hija, ya que su intención era causar un daño necesario con el objeto de defender los intereses de su hija y los suyos propios, y aunque como inicialmente fue apartada de un golpe por el sujeto, procedió a empuñar un arma de fuego y disparó en dos ocasiones. Tales hechos unidos a las demás circunstancias que los rodearon, entre estos fundamentalmente, que el occiso en otras oportunidades había amenazado a su esposa e hijos con matarlos, y que mandó a cerrar los portones de la casa y el estado de gravidez que presentaba la joven agredida, hicieron ver a la aquí encartada, la imperiosa necesidad de defender a su hija, sin que se pueda haber en este caso de exceso en la defensa, ya que no resultaba posible, en virtud del temor existente ante las anteriores ocasiones, cuando habían sido agredidos los distintos miembros de la familia por el occiso, dado su carácter violento. Asimismo, no se requiere, como requisito indispensable para estar en presencia de la causal citada, que la persona agredida sufra lesiones, ya que esto no excluye la legítima defensa y, más bien, implicaría necesariamente que se consume la

¹⁷⁷ Sala Tercera voto n.º 2004-439 de las 10:46 hrs. del 7 de mayo del 2004.

agresión para poder defenderse, con lo que la justificación no tendría sentido alguno de existir, más bien obedecería a una especie de deseo de venganza, por lo que el hecho de que el sujeto no haya ocasionado lesiones de consideración a la joven agredida, no descartaba la legitimidad de la defensa ejercida por su madre.¹⁷⁸

-Síntesis: Una pareja mantiene una relación de convivencia, durante la cual se experimenta una situación de violencia doméstica, caracterizada por las constantes amenazas del sujeto a su mujer y a los hijos de esta. Por tanto, dicha mujer lo abandona y se traslada a vivir a otro domicilio. Posteriormente, el sujeto se presenta, en estado de ebriedad, a casa de su ex compañera insistiendo en reiniciar su relación, a lo que esta se negó. Entonces el sujeto comienza a gritar, amenazando a los hijos de ella para que no participaran en la discusión, advirtiéndoles que si lo hacían, los mataba a todos. El sujeto se marcha, pero luego regresa y abusa sexualmente de su ex compañera, y arremete a patadas contra la puerta de la casa, diciendo que él haría lo que quisiera. Nuevamente se marcha, pero regresa otra vez, gritando que iba a quemar la casa y que a él nadie lo abandonaba. Entonces toma una camisa con combustible, intenta prender fuego a la vivienda y se vuelve a marchar. Uno de los hijos sale de la casa a buscar ayuda, pero su madre envió a otro a buscarlo, pues temía que se encontrara con su ex compañero. El muchacho efectivamente encuentra a su hermano forcejeando con el sujeto y acude en su ayuda, tomando una pala con la que golpea al ex compañero de su madre, en tanto que su otro hermano, se valió de un cuchillo para herirlo también, causándole la muerte.

-Decisión del Tribunal: Para la Sala Tercera existió legítima defensa. El encartado y sus parientes citados estaban ante un peligro inminente de muerte, por lo que repelieron la agresión de la que eran objeto, causándole la muerte al agresor, ya que este último estuvo amedrentando a la madre del imputado y sus hermanos. Su nivel de agresión llegó a tal punto que amenazó con matarlos; abusó sexualmente de la mujer e, incluso, quiso prender fuego a la vivienda con ellos dentro de la misma (lo que revela que pretendía pasar de las palabras a los hechos). Por lo anterior, resulta intrascendente que el ofendido estuviera ebrio, pues él era el agresor y en efecto estaba poniendo en inminente peligro la vida del justiciable y las otras personas mencionadas, además de que su agresión era completamente ilegítima, pues lo que pretendía era obligar a su ex compañera a reiniciar su relación de pareja y, ciertamente, debía repeler (hacer cesar) la agresión, siendo razonable que utilizara una pala para ello, pues la violencia exhibida por el fallecido, hacía previsible que se requiriera de un arma para doblegarlo.¹⁷⁹

-Síntesis: Ante la falta de pago por parte de su inquilino, el arrendante [sic] de una vivienda ingresa a esta; recoge los enseres y pertenencias de su ocupante; las coloca en la calle y, posteriormente, se encerró en su propia casa de habitación, con su esposa e hijos menores de edad, desde donde llamó al inquilino para informarle que lo había desalojado, a fin de que recogiera sus cosas que estaban en la vía pública. El inquilino, enfurecido, se apersona a la casa del arrendante, y con la clara intención de agredirlo, trata de ingresar por todos los medios posibles. Para lograrlo, da golpes con las manos, con la rodilla y con los pies a la puerta de ingreso a la vivienda (donde se encontraba refugiado el arrendante con su familia), y provocó una hendidura de aproximadamente un metro de largo, para luego tratar de ingresar por una de las ventanas, a la cual intentó despojar de sus verjas. El arrendante (un hombre de baja estatura, de sesenta años de

¹⁷⁸ Sala Tercera voto n.º 327-F-92 de las 8:45 hrs. del 24 de julio de 1992.

¹⁷⁹ Sala Tercera voto n.º 2003-169 de las 9:35 hrs. del 14 de marzo de 2003.

edad) salió a llamar a la calma al inquilino (un hombre corpulento, de casi dos metros), quien al verlo súbitamente se le fue encima en plan de ataque, por lo que el arrendante saca un revólver y efectúa dos disparos contra el inquilino, causándole la muerte.

-Decisión del Tribunal: La proporcionalidad entre la agresión ilegítima y el medio empleado para repelerla, no es un requisito para que se tenga por configurada legítima defensa. Lo único que se exige es la necesidad y razonabilidad de la acción defensiva, que se ejerce a través del medio empleado, sin importar que al final dicho medio, sea más lesivo que el que utiliza el agresor, o que este sufra un daño mayor que el que se proponía infligir. En el caso de estudio, el hecho de que el arrendatario haya utilizado un arma de fuego para repeler la agresión de que era objeto, de ningún modo desnaturaliza los presupuestos de la legítima defensa, ni la convertirían en excesiva, pues tal acción fue absolutamente necesaria para evitar que el occiso consumara su ataque, dado que por la rapidez de la maniobra del inquilino, aquel no tuvo otra posibilidad de reacción, además de la notoria desigualdad física existente entre ambos. De la propia dinámica del homicidio se advierte que, salvo esa arma de fuego, el arrendante no contaba con otro medio para repeler la agresión que, siendo efectivo de cara a ese propósito, al mismo tiempo, fuera menos lesivo. Tampoco podría reprochársele que no haya hecho un disparo de advertencia, o que no haya amenazado al occiso con usar el arma, pues debido al estado de ofuscación de este (quien se mostraba violento, hostil, amenazante y agresivo), así como por la rapidez de los acontecimientos y la cercanía entre ambos protagonistas, no existiría fundamento alguno para siquiera suponer que hubo tiempo para desplegar esa conducta disuasoria, o que la misma hubiera evitado la agresión, es decir, que hubiera hecho retroceder al ofendido. El mismo análisis podría hacerse en cuanto a una eventual acción de huida del encartado, pues aunado a que no tenía por qué hacer tal cosa, tampoco existen elementos como para suponer que lo hubiera podido hacer de manera efectiva. Por lo anterior, en el caso de estudio, se contaba con todos los elementos requeridos para tener por configurada una legítima defensa pura y simple, pues el arrendante percutió su arma de fuego con el único fin de repeler la inminente agresión que, en su contra, desplegaba el ofendido, siendo esta la única y necesaria acción que podía desplegar para ello. Si bien es cierto, el desalojo efectuado por el arrendante fue absolutamente ilegal (e incluso delictivo), para el momento en que el inquilino se presenta dicha acción, había perdido su condición de actual, por cuanto el desalojo ya estaba consumado y no había forma de evitarlo. Ante ello, el inquilino también decidió tomarse la justicia por su cuenta, y movido por sentimientos de ira y venganza, trató por todos los medios de ingresar a la casa, no con el propósito de evitar el desalojo, sino más bien con la clara intención de agredir al arrendante, actuando así al margen del derecho, por lo que no estaba amparado en ninguna causal que excluyera la antijuridicidad de sus acciones. Por su parte, el inminente ataque del ofendido, implicaba para el arrendante una agresión ilegítima que no tenía por qué tolerar, contra la cual podía válidamente ejercer una acción defensiva violenta, conforme lo hizo. Aún en el supuesto de que se admitiera que el arrendante contribuyó de alguna manera a la agresión previa de que fue objeto el occiso (desalojo ilegal), esto en nada desnaturalizaría los presupuestos fácticos de la legítima defensa que ejerció, pues no podría dejarse de lado que para el momento en que este llegó al sitio, la agresión de desalojo ya no era actual, y no podría sostenerse que la

actuación del mismo estaba dirigida a repelerla, y por ello, estaba autorizada por el ordenamiento jurídico.¹⁸⁰

2.2.3.- Necesidad racional del medio empleado

La necesidad de la defensa se produce solo cuando esta es contemporánea con la agresión y persiste mientras dura la agresión, siempre que, además, sea la única vía posible para repelerla o impedirla.

La regla aplicable sería que no habría necesidad racional, si era posible evitar el mal amenazante de otra manera idónea y menos drástica. En este sentido, no se aparta del requisito de la racionalidad del medio empleado, quien utiliza un medio que, en abstracto, parece muy superior al que se hubiera requerido para repeler la agresión, pero, en la especie concreta, era el único disponible, aunque implique para el agresor, un daño mayor al que él amenazaba con causar.

Sobre este tema, señala nuestra jurisprudencia que debe diferenciarse entre la **necesidad de la defensa** y la **necesidad del medio empleado**. La primera significa que la legítima defensa es un derecho principal y autónomo, lo cual implica que la acción de defensa es necesaria y no subsidiaria de otro medio de protección de los bienes jurídicos. La principalidad se opone a cualquier exigencia que se plantee al agredido para que recurra a otro tipo de acción (v. gr. solicitar ayuda de la autoridad o huir), por ende, incluso si el atacado puede realizar otra conducta, pero prefiere defenderse, la defensa subsiste en tanto derecho que puede ejercerse a voluntad.

La segunda –necesidad del medio utilizado para el ejercicio de la defensa– se caracteriza por una subsidiaridad. Esta hace concluir que el uso de un medio, es necesario cuando el agredido no tiene a mano otros medios eficaces para contrarrestar el ataque. Por tanto, debe utilizar, entre los medios que tenga a disposición, los menos lesivos al agresor, siempre que esos medios sean igualmente idóneos para repeler la agresión, pues el sistema jurídico no obliga al que sufre el ataque, a utilizar medios de eficacia dudosa ni a medirse de igual a igual con el agresor, pues si bien es cierto que uno de los requisitos básicos de esta causal de justificación, consiste en que el hecho no pueda evitarse de una manera distinta a la empleada para repeler la agresión, también lo es que no puede pedírseles a los ciudadanos que frente a la adversidad, asuman conductas heroicas o cobardes, obligándolos a eludir cualquier enfrentamiento posible, huyendo del lugar como único modo de hacer "razonable" la evitabilidad de la agresión ilegítima, pues ello equivaldría a desconocer la naturaleza humana y los objetivos mismos de la justificación, según las circunstancias.

Para la determinación de la **necesidad razonable** de la defensa empleada, de acuerdo con el criterio de la Sala Tercera se debe tomar en cuenta: a).- La magnitud del peligro que corre el bien jurídico que se intenta defender. b).- Las posibilidades de efectividad en el caso concreto. c).- La eventual extensión de la agresión ilegítima a otros bienes jurídicos. La necesidad de la defensa es un juicio *ex-ante*, por lo que no puede analizarse, sino desde el punto de vista de quien se ve amenazado, es decir, debe derivarse del cúmulo de circunstancias que dan origen, tanto a la agresión como a la defensa, teniendo en cuenta el tiempo, el modo, el lugar, la persona del agresor, la

¹⁸⁰ Sala Tercera voto n.º 2005-838 de las 10:00 hrs. del 29 de julio de 2005.

entidad de la agresión, la situación personal y circunstancial en que se encontraba el defensor al momento de llevar a cabo su defensa, el bien jurídico afectado, los medios utilizados, etc. (la racionalidad no puede determinarse en forma abstracta, objetiva y general, sino que dependerá de la situación concreta, por lo que deben analizarse las circunstancias de cada caso). El examen *ex-post* permitiría determinar si se incurrió en algún tipo de error, de manera que si ante una situación de falso peligro, un espectador objetivo hubiera creído también que lo había, se trata de un error invencible, pero si la percepción de ser atacado deriva únicamente de la falsa representación de la defensa, se está en presencia de un error vencible.

Señala también nuestra jurisprudencia que el examen de racionalidad del medio empleado, implica valorar la entidad del ataque del que se es objeto y la posibilidad de emplear medios menos drásticos, como respuesta a la agresión. Sin embargo, tanto la Sala Tercera como el Tribunal de Casación, coinciden en señalar que no debe confundirse la “**proporcionalidad**” del medio defensivo, con la exigencia de igualdad de armas, ni siquiera con la exigencia de igual jerarquía de los bienes jurídicos que entran en juego, como si se tratara de un estado de necesidad. Tampoco debe confundirse racionalidad con proporcionalidad. La esencialidad de la defensa no depende del mínimo que hubiera bastado para repeler la agresión, pues ni **nuestra legislación ni la doctrina exigen una correspondencia exacta entre la violencia con que se ataca y la fuerza con la que se repele la agresión**, como tampoco se exige **igualdad en las armas o elementos que se empleen en ataque y defensa**. En cambio, se admite que la defensa pueda efectuarse con los medios que, en el momento y dadas las circunstancias, se cuenten. Tampoco se puede fundamentar la legítima defensa en la Ley del Talión, de modo que como lo señaló la Sala Tercera en el voto n.º 741-f-96 de las 9hrs del 28 de noviembre de 1996: “*se autorice al agredido para ser lesionado a cometer lesiones, pero no homicidio, y al agredido para ser muerto a cometer homicidio, pero no lesiones*”. La **desproporcionalidad** del medio empleado para evitar o repeler la agresión, se presentaría cuando el sujeto escoge, conscientemente, un medio superior al necesario para lograr su finalidad defensiva, **habiendo disponibles otros también eficientes, pero menos drásticos**.¹⁸¹

Con fundamento en estas consideraciones, la jurisprudencia ha confirmado la existencia de legítima defensa en los siguientes casos:

-Síntesis: Un sujeto (**A**) se encuentra frente a un negocio comercial acompañado de varias personas de la localidad, momento en que se le acerca otro sujeto (**B**), con quien tiene problemas personales. Ambos discuten acaloradamente y **B** advierte que regresará pronto, retirándose del sitio, pero regresa armado con un machete, por lo que **A** saca un puñal. Ambos pelean y **B** hiere con el machete a **A**, de forma que le causa lesiones que lo incapacitan por ocho días. Ante las lesiones sufridas, **A** le produce heridas a **B** que ocasionan su muerte. La autopsia de **B** revela que tenía 195 miligramos de alcohol por cada cien mililitros de sangre.

¹⁸¹ En este sentido puede consultarse los votos de la Sala Tercera n.º 327-F-92 de las 8:45 hrs. del 24 de julio de 1992, n.º 562-F-92 de las 9:20 hrs. del 20 de noviembre de 1992, n.º 268-F-93 de las 9:15 hrs. del 11 de junio de 1993, n.º 234-F-95 de las 10:10 hrs. del 28 de mayo de 1995, n.º 2004-333 de las 9:55 hrs. del 2 de mayo de 2004, n.º 2004-439 de las 10:46 hrs. del 7 de mayo de 2004 y n.º 2005-838 de las 10:00 hrs. del 29 de julio de 2005. Igualmente, votos del Tribunal de Casación n.º 2000-265 del 31 de marzo de 2000, n.º 2001-729 de las 9:45 hrs. del 20 de septiembre de 2001, n.º 2001-226 del 16 de marzo de 2001, n.º 2001-1024 de las 11:55 hrs. del 7 de diciembre de 2001, n.º 2002-853 de las 9:40 hrs. del 17 de octubre de 2002, entre otros.

-Decisión del Tribunal: Para la Sala Tercera, a pesar de que uno de los requisitos básicos de la legítima defensa, es que el hecho no pueda evitarse de una manera distinta de la empleada para repeler la agresión, no puede pedírseles a los ciudadanos que huyan del lugar como único modo de hacer "razonable" la evitabilidad de la agresión ilegítima. Aunque **A** refiere que **B** estaba ebrio, no puede afirmarse categóricamente en este caso que **B** se encontraba en un estado de impotencia para pelear, por lo que en esas circunstancias no se puede exigir al imputado que eluda la agresión de otra manera. Es inaceptable el razonamiento de que la defensa de **A**, se produjo por venganza y no para defenderse, solo por el hecho de que este ya había recibido el ataque del ofendido (quien para ese momento le había causado heridas incapacitantes por ocho días), pues de admitirse ese razonamiento, para que exista la legítima defensa, **A** debería esperar un nuevo ataque, luego de haber sido agredido con un machete, lo cual lleva a un absurdo. Para que la defensa sea legítima, la misma debe ser necesaria, es decir, que sea indispensable para no ser objeto de una nueva agresión, o para suspender la que, en ese momento, se padece. Por otro lado, la agresión debe ser inminente, actual, real, existente, lo que significa que deben verificarse la existencia y la naturaleza del peligro corrido para apreciar la necesidad de la defensa. En el caso de estudio, **A** optó por utilizar el cuchillo para defenderse del ataque con un machete de parte del ofendido, al extremo de que de no hacerlo, la víctima hubiera sido él.¹⁸²

-Síntesis: Un sujeto (**A**) se encuentra con otro (**B**) en el centro de una localidad. **B** intenta arrebatárle a **A** unos anteojos que tenía puestos, por lo que se desata un forcejeo entre ambos. En pleno forcejeo, **A** saca una cuchilla y le propina tres heridas a **B**, quien sufre una incapacidad para sus labores habituales por espacio de ocho días.

-Decisión del Tribunal: Para la Sala Tercera, el requisito de la agresión ilegítima – sufrida por **A** y a cargo de **B**– existió, pues con el intento de apoderarse de los anteojos, hubo un ataque al patrimonio del primero y, con el forcejeo, hubo un ataque a la integridad personal del mismo. El requisito de la necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, también se cumplía en el caso, pues dado que en el forcejeo el acusado sacó una cuchilla, con la cual le propina las heridas a **A**, se deducía que **B** no tenía otra posibilidad de defensa que la que emplea ante los dos ataques o agresiones sucesivas que sufrió –contra su patrimonio y su integridad personal–, lo que también hace que desaparezca un supuesto exceso en la defensa. La legislación costarricense y la doctrina, no exigen una correspondencia exacta entre la violencia con que se ataca y la fuerza con la que se repele la agresión, ni una igualdad en las armas o elementos que se empleen en ataque y defensa, es decir, admiten que la defensa puede efectuarse con los medios que se tengan en el momento y dadas las circunstancias. Finalmente, el requisito de que el hecho no pueda evitarse de una manera diferente de la utilizada para repeler la agresión, debe considerarse con sumo cuidado, porque no puede pedírseles a los ciudadanos que, frente a la adversidad, asuman conductas heroicas o cobardes.¹⁸³

-Síntesis: Una pareja termina una relación sentimental. El sujeto comienza a insistirle a su ex compañera que vuelvan, a lo que esta se niega. El sujeto responsabiliza de dicha

¹⁸² Sala Tercera, voto n.º 562-F-92 de las 9:20 hrs. del 20 de noviembre de 1992, reiterado por el voto n.º 2004-439 de las 10:46 hrs. del 7 de mayo del 2004

¹⁸³ Sala Tercera voto n.º 741-F-96 de las 9:00 hrs. del 28 de noviembre de 1996.

ruptura, a una amiga de su ex compañera y empieza a manifestar a otras personas que, por tal razón, la mataría. Finalmente, el sujeto, en estado de ebriedad, busca a esta segunda mujer; la amenaza de muerte y, acto seguido, comienza a agredirla a golpes. La mujer se defiende primeramente con sus puños y durante el transcurso de la agresión, sin poderse determinar de dónde, se apodera de un objeto punzo-cortante con el que produce una herida a su atacante, quien entonces se resbala y cae al suelo, lo que aprovecha la mujer para acometer de nuevo contra él, propinándole una herida a la altura del pecho que le ocasiona la muerte.

Decisión del Tribunal: Para la Sala Tercera, la mujer no “agredió” al fallecido, sino que se defendió de este, quien inició el ataque, repeliendo la agresión con los puños y luego con un arma punzo-cortante, enfrentando de esta forma la materialización de las amenazas de muerte que dicho sujeto le había manifestado. La mujer encaró un peligro real y actual contra su vida ante el ataque que inició el sujeto, por lo que la agredida utilizó razonablemente el medio que encontró a su alcance, para defenderse. De esta manera siendo que no le era legalmente exigible comportarse de forma estoica o heroica y esperar a que el atacante se incorporara de la caída o resbalón con la clara posibilidad que la desarmara y terminara con su vida, como lo había anunciado. A criterio de la Sala, pese a las heridas previas sufridas durante el ataque, nada indicaba que el sujeto hubiera cesado su propósito agresor en contra de su víctima. Por el contrario, la caída fue circunstancial como consecuencia directa de los movimientos físicos implicados en tales situaciones, por lo que no se podía interpretar que la agresión ilegítima había cesado.¹⁸⁴

-Síntesis: En una localidad existían dos “barras” antagónicas, denominadas “La Terminal” y “Los Ángeles”. Uno de los miembros de esta última (**A**), venía siendo objeto de reiteradas agresiones por parte de miembros de la barra “Terminal”, especialmente cuando se encontraba solo. En algunas de esas agresiones, se utilizaron armas de fuego, así como amenazas en donde se le daba a entender a **A**, que él sería el primero al que matarían. En una ocasión, **A** viajaba a bordo de un autobús, junto con un amigo –también integrante de la barra “Los Ángeles”. En un momento determinado, un grupo de miembros de la barra “Terminal”, abordan ese mismo autobús, ubicándose en la última fila. Uno de estos (**B**), se dirigió hasta donde estaba sentado **A** y, en forma súbita, se colgó de la barra horizontal superior del bus, tomó impulso y le propinó un puntapié, impactándolo en las costillas frontales del estómago, por lo que **A** se incorporó; dio una vuelta y respondió: “¿Qué es la vara?”. **B**, entonces, hizo un ademán para cuadrarse con sus puños en posición de pelea y, al instante, **A** sacó un arma de fuego con la que disparó contra **B**, a unos metros de distancia, y le causó la muerte.

-Decisión del Tribunal: Para la Sala Tercera, los hechos se dieron en el marco de agresiones mutuas entre dos grupos antagónicos que integraban **A** y **B**, constituyendo una prolongación de dichas prácticas recíprocas de violencia, al punto de que, cuando ingresaron miembros de la barra “La Terminal” al autobús en donde viajaba **A**, uno de ellos (**B**) se dirigió a donde se encontraba sentado este, y le propinó un puntapié, acción que constituyó una agresión ilegítima actual, pues no conforme con haberle propinado un puntapié a **A** –que se encontraba en actitud pasiva– **B** tomó posición de pelea y, en ese momento, **A** le disparó con el arma que portaba. Considera la Sala que, en esas circunstancias, no resulta exigible que **A** se enfrentara con sus puños a **B**, o que

¹⁸⁴ Sala Tercera voto n.º 2001-1015 de las 10:25 hrs. del 19 de octubre del 2001.

soportara mayores ataques a su integridad física. Además, ante la presencia de los restantes miembros de la barra “Terminal”, en razón de los antecedentes violentos habidos entre ambos bandos, era razonable que **B** pudiera suponer que se daría un ataque conjunto en contra suya. En cuanto a la razonabilidad del medio de defensa empleado, la Sala consideró que no había duda de que se estaba ante una agresión ilegítima, real y actual por parte de **B**, ante la cual el ordenamiento otorgaba a **A** la posibilidad de defender su integridad física propia. Ahora bien, la desproporcionalidad del medio empleado para evitar o repeler la agresión, implica que el sujeto escoge conscientemente un medio superior al necesario para lograr su finalidad defensiva, habiendo disponibles otros también eficientes, pero menos drásticos. No obstante, en el caso concreto la adquisición de un arma tiempo atrás por parte de **A**, y la circunstancia de tenerla lista al percatarse de la presencia de quienes comúnmente le agredían, a criterio de la Sala no eran razones válidas para demeritar su actitud defensiva, pues quien buscó a **A** para atacarle, aprovechando la ventaja numérica que se encontraba a su favor, fue precisamente **B**. Aun y cuando este último estaba desarmado, no restaba ilegitimidad a su ataque, como tampoco imposibilitaba a **A** para defenderse con un arma, si no contaba con una manera menos drástica de repeler la agresión a su integridad física, como efectivamente aconteció, debiendo además tomarse en cuenta los antecedentes de agresiones previas a las que fue sometido **A**, a la hora de realizar la valoración *ex-ante* de la amenaza que razonablemente podía percibir **A** al ser atacado por el occiso (recuérdese que se requiere ese tipo de análisis para determinar la necesidad de la defensa, porque esta no puede determinarse, **sino desde el punto de vista de quien se ve amenazado**), así como también la presencia de varios miembros más de su “barra”, que comúnmente lo atacaban, cuando se encontraba solitario.¹⁸⁵

Los fiscales deben tener claro que las reglas aquí descritas, siempre deben ser cuidadosamente evaluadas, en relación con el contexto de cada caso concreto, porque las situaciones frente a las cuales puede ser necesario invocar racionalmente la legítima defensa, no admiten en general un examen matemático de las alternativas posibles.

2.2.4.-La falta de provocación de quien se defiende

La doctrina mayoritaria coincide en que no es legítima la defensa, si la agresión fue provocada de manera **suficiente**, es decir, cuando el medio provocativo utilizado de forma deliberada, era razonable para producir la conducta agresiva, pues ello hace que esa agresión no sea ilegítima, y por ende, no se cumpliría con uno de los requisitos de esta causa de justificación.

Al respecto se señala que, si bien se reconoce el derecho a la legítima defensa, cuando no se puede deparar protección al agredido, el derecho no fomenta el innecesario y gratuito aumento de la conflictividad y, por ende, reconoce el derecho en la medida en que el agente, no haya caído en esa práctica. La conducta provocadora excluye la legítima defensa por ser jurídicamente desvalorada como contraria a principios elementales de coexistencia.

La doctrina define **provocar** como excitar, incitar, inducir a una persona a que ejecute una acción; irritar o estimular a otro con palabras u obras para que se enoje. En este

¹⁸⁵ Sala Tercera voto n.º 2004-333 de las 9:55 hrs. del 2 de abril de 2004.

sentido, la provocación es distinta de la agresión, y supone una situación anterior a la agresión misma, por lo que no pueden confundirse ambas situaciones, aún en legislaciones –como la costarricense– que no contempla expresamente la “*falta de provocación suficiente*” como requisito. La provocación debe operar como **motivo determinante** para la conducta agresiva (v. gr. si el agresor ignora la previa provocación del agredido, este permanece en el ámbito de la legítima defensa, pues no habría determinado la agresión ilegítima).

Al hablarse en doctrina de provocación “*suficiente*”, se quiere significar que esta figura admite grados, como lo demuestra la vida cotidiana, cuando enseña que una persona puede ser sometida por otra a estímulos de mayor o menor intensidad, con miras al logro de un determinado cometido que puede ser, por ejemplo, generar en el otro una situación de agresión para así darle muerte en el ejercicio aparente de una defensa (el denominado *pretexto de defensa*).

La doctrina coincide en que la provocación puede hacerse incluso de manera imprudente o causal, sin medir el alcance de las palabras o de los estímulos empleados, ni su efecto en el provocado, que puede ser de mayor o menor intensidad según diversos factores, de ahí que se distingue entre diversos grados de provocación: *intencional, imprudente, mera provocación*.

Por lo anterior, no puede negarse a *priori*, en todos los casos, la legítima defensa del provocador (procederá con la condición de que se cumplan los requisitos de la justificante). Esto no ocurre en el caso de la *provocación intencional*, encaminada a crear un pretexto o simulación de legítima defensa, pues en ese caso, la agresión no sería injusta.

La provocación puede ser recíproca, lo que no impide que uno de los provocadores pueda actuar en legítima defensa, siempre y cuando cumpla con los presupuestos aquí expuestos.

2.2.5.- Exceso en la defensa

El artículo 29 del Código Penal dispone que, en los casos de legítima defensa, si el agente ha incurrido en exceso, el hecho será típico y antijurídico, y se sancionará de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 79 del mismo código (en caso de error no vencible, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el juez). Dispone también este artículo que no es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación que **las circunstancias hicieren excusable**.¹⁸⁶

Tal como se indicó, nuestra jurisprudencia ha interpretado que habrá exceso en el ejercicio de la defensa, cuando el medio que se utiliza para evitar o repeler la agresión

¹⁸⁶ El proyecto del nuevo código penal prevé la posibilidad de exceso en todas las justificantes, no solo en la legítima defensa. Precisamente en el artículo 33 del proyecto se establece que “[...] en caso de exceso en el ejercicio de una justificante, la pena podrá ser disminuida incluso por debajo del extremo menor de la prevista para el delito de que se trata. Cuando el exceso provenga de una excitación o turbación que las circunstancias hagan excusable, la conducta no es punible”.

ilegítima, es superior al necesario para lograr su finalidad defensiva, habiendo disponibles otros también eficientes, pero menos drásticos.

Evidentemente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 del Código Penal, para que exista el exceso, **es necesario primero acreditar la existencia misma de una legítima defensa**, luego establecer si hubo o no exceso en ella, para finalmente decidir en caso de exceso, si las circunstancias permiten excusarlo o no, siendo punible o no punible según este último análisis.¹⁸⁷

A manera de ejemplo, se presentan los siguientes casos:

-Síntesis: A avanzadas horas de la noche, dos sujetos ingresan a una propiedad, con la intención de sustraer unos cerdos y unos tepezcuintles que su propietario guardaba en un corral, ubicado cerca de su casa de habitación. Este último se percata de la presencia de personas extrañas que tratan de ingresar a su corral, por lo que, desde una ventana de su vivienda, comienza a disparar hacia donde se encuentran los sujetos, utilizando en forma sucesiva dos armas de fuego, a raíz de lo cual le dio muerte a uno de ellos, a pesar de que los sujetos, ante los disparos, salieron huyendo.

-Decisión del Tribunal: Para la Sala Tercera, ciertamente el propietario del corral actuó en defensa de sus bienes, pues al darse cuenta de que en horas de la noche, personas extrañas intentaban robarse los animales de su propiedad, procedió a disparar desde de casa de habitación para impedir el robo. Las dependencias donde se encontraban los animales estaban dentro de su propiedad, muy cerca de su vivienda. Esta proximidad, las horas en que ingresaron los ofendidos para robar y la presencia de por los menos dos personas, son circunstancias que demuestran que aquel tenía el derecho de proteger su patrimonio. No obstante, el medio empleado fue excesivo, pues su conducta no guardó relación con la naturaleza de la agresión que estaba experimentando, pues si hubiera hecho algunos disparos al aire, estos muy posiblemente hubieran sido suficientes para alejar a los merodeadores, máxime que de los hechos descritos, no se desprendía que hubiera un peligro inminente para la vida suya o de su familia, como para utilizar, sucesivamente, dos armas de fuego, por lo que cometió el delito de homicidio simple con exceso en la defensa.¹⁸⁸

-Síntesis: Un sujeto (**A**), sin poderse establecer un motivo, procede a agredir a otro (**B**) lanzándole piedras, impactándolo y haciendo que este caiga al suelo. **A** se acerca entonces a **B** con la intención de continuar su agresión, quien entonces saca un arma con la que dispara contra **A** para evitar que su ataque continúe, y logra herirlo. Al verse herido, **A** se da la vuelta e intenta huir del lugar, pero **B** prosigue su acción de disparar contra **A**, y le causa la muerte.

-Decisión del Tribunal: Si bien **A** agredió ilegítimamente a **B** lanzándole piedras, obligando a este último a defenderse legítimamente, y para tal efecto **B** utilizó un medio razonable, al final el empleo de dicho medio desbordó lo requerido para repeler o impedir que la acción agresiva de **A** continuara. La racionalidad del medio empleado está determinada por la necesidad del mismo ante el caso concreto, es decir, su

¹⁸⁷ Sala Tercera voto n.º 2002-776 de las 11:10 hrs. del 9 de agosto de 2002.

¹⁸⁸ Sala Tercera voto n.º 1180-97 de las 10:05 hrs. del 31 de octubre de 1997.

utilización debe estar dirigida a evitar que la agresión (inminente) se produzca, o bien impedir que esta continúe. Sin embargo, cuando ello se ha alcanzado (el peligro desaparece), como efectivamente ocurrió en el caso de estudio, cuando A desistió de su ataque y trató de huir, si la acción de defensa prosigue innecesariamente, la misma será excesiva, por lo que cometió el delito de Homicidio Simple con exceso en la defensa.¹⁸⁹

Por el contrario, no se considera que exista exceso en la defensa en casos como el siguiente:

-Síntesis: Una pareja mantiene una relación sentimental teñida de violencia doméstica, dado que el sujeto, cada vez que consumía licor –costumbre que hacía casi a diario– agredía a su compañera, a raíz de lo cual esta última lo abandona. Un día, este sujeto, en estado de ebriedad, llega a la casa de su ex compañera y le pide que vuelvan. La mujer se niega y le solicita que se vaya. En vez de ello, el sujeto toma del pelo a su ex compañera; le dice a la madre de esta que no se meta en el asunto entre él y su hija, e intenta patear a su suegra. Al percatarse de la situación, el padre de la muchacha agredida le pide le ofendido que se retire, y ante su negativa, ingresa a la casa, toma un machete e impacta al agresor, el cual cae al suelo y el acusado lo acomete en tres ocasiones más, dándole muerte. El padre de la mujer fue condenado por homicidio simple, al considerar el tribunal que hubo exceso en la defensa, en primer lugar, porque con el primer machetazo, el ofendido cayó al suelo, quedando indefenso, y en segundo por la circunstancia de que el perjudicado se encontraba borracho. Por tanto, para el tribunal de primera instancia no existía necesidad de propinarle al ofendido otros machetazos, menos aún, uno en la espalda. Para sustentar la condenatoria, además el Tribunal indicó que, si bien existía razón para tener por acreditada la existencia de una amenaza actual e inminente, y debido a que el encartado era una persona mayor, de menos contextura física que el ofendido y como no existía otro medio de defensa, era entendible que fuera en auxilio de su familia. No obstante, al equilibrar las acciones con el machete, la cantidad de machetazos desproporciona la amenaza, convirtiéndose en exceso en la defensa.

Al analizar el caso, la Sala Tercera, por el contrario, estimó que la conducta del acusado se encontraba totalmente amparada a la legítima defensa. En el caso de estudio, efectivamente existió una agresión ilegítima, dado que el ofendido llegó a la casa de su ex compañera, y a pesar de que ella le pidió que se fuera, él la tomó del cabello y ante el reclamo de la madre, arremetió a patadas contra esta última. Respecto al requisito de la necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, debía tomarse en cuenta la diferencia de edad y la contextura física entre imputado y agraviado (el imputado casi doblaba la edad al ofendido), así como el historial de violencia doméstica del ofendido hacia su compañera y la ausencia de otro medio de defensa. Situándose en el momento del hecho, la forma en que se repelió dicha agresión, a juicio de la Sala no resultaba irrazonable, vista la negativa del ofendido a retirarse del lugar y el acometimiento por parte de este a los miembros de la familia del imputado, así como el estado etílico del ofendido, el cual, contrario a lo que indicaba el Tribunal, no fue una limitante para actuar, sino que en esa condición agredió, tanto a su ex compañera, como a la progenitora, y atentó contra la integridad del padre. De acuerdo las pruebas recabadas, el ofendido tomaba prácticamente todos los días, y con esa misma regularidad, agredía a su pareja, lo que descartaba que la ingesta etílica le hiciera

¹⁸⁹ Sala Tercera voto n.º 2000-650 de las 10:05 hrs. del 16 de junio de 2000.

vulnerable, sino más bien agresivo. En el contexto del caso, se requería una acción suficientemente disuasiva, útil para impedir que continuara o aumentara la agresión, todavía probable en razón de los antecedentes. En dicho sentido, la legítima defensa puede realizarse, mientras exista una situación de defensa que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico, hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos, por lo que en el caso de estudio, la conducta del encartado, sí se encontraba justificada, al amparo del artículo 28 del Código Penal.¹⁹⁰

En los casos de exceso de defensa, la conducta permanece como típica y antijurídica

2.2.6.- Legítima defensa privilegiada.

El párrafo final del artículo 28 del Código Penal, dispone que se entenderá que concurre legítima defensa para aquel que ejecuta actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se halla dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso.

Los presupuestos ahí descritos suponen una presunción de carácter legal que, no obstante, pueden admitir prueba en contrario. Como requisitos señalados por la doctrina, debe tratarse de un “*individuo extraño*”, es decir, una persona que carezca de interés o motivo justificado para penetrar el domicilio ajeno, aún cuando no sea desconocida. La edificación o sus dependencias debe ser ocupada por la (s) persona (s) amenazada (s) para el momento en que se produce el ingreso. Finalmente, la agresión debe ser de carácter actual o inminente, así como de carácter injusto, de manera que represente un peligro que los ocupantes no estén obligados a tolerar. Ejemplos:

-Síntesis: Un sujeto, en forma sistemática, acosó sexualmente a una mujer. Una noche, estando la mujer en su casa de habitación, mirando la televisión, escuchó un ruido que la llevó a abrir la puerta que da al patio (el cual estaba debidamente cerrado por una tapia de latas de zinc), y se encontró sorpresivamente con el sujeto que la venía acosando. Este irrumpió en la vivienda; tomó a la mujer de uno de sus brazos indicándole que debía ser de él y que el bebé que estaba esperando se lo sacaría. Luego tomó un cuchillo de cocina, con una hoja de quince centímetros de largo, y lo colocó en el cuello de la mujer, la cual, sin precisar la forma, pero resultando ilesa, despojó al sujeto del arma en referencia y con la misma arremetió contra este, a quien le propinó un total de once heridas punzo cortantes, y le causó la muerte.

-Decisión del Tribunal: El artículo 28 del Código Penal establece una presunción de defensa legítima (defensa privilegiada), cuando se ejecuten actos violentos "*contra el individuo extraño que sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso*". El caso bajo examen cabe discutirse dentro de las previsiones exigidas para conformar la causal de justificación en su concepción genérica, pues resultaba evidente que la mujer se encontraba ante una agresión ilegítima, y aunque la defensa que empleó –eventualmente– podría estimarse como excesiva (por las once heridas producidas en el cuerpo de la víctima con el cuchillo que le fue arrebatado por la

¹⁹⁰ Sala Tercera voto n.º 2006-477 de las 9:10 hrs. del 26 de mayo de 2006

mujer), debía también tenerse presente que el sujeto irrumpió en el hogar de esta, ingresando subrepticamente al patio debidamente cerrado con latas de zinc y aprovechando el momento en que aquella abrió la puerta para ver lo que pasaba e introducirse de forma amenazadora e injusta en su casa de habitación, en cuyo caso la presunción de defensa anteriormente señalada, también debe operar en tutela de los intereses de quien sufrió el peligro y ocasionó la muerte del intruso agresor¹⁹¹.

-Síntesis: En horas de la madrugada, un sujeto (**A**) en evidente estado de ebriedad, se presenta a casa de otro (**B**), con quien mantenía una relación de franca enemistad (pues **A** agredía frecuentemente a la hija de **B**, y ofendía a este último, a quien incluso obligaba por medio de la violencia a abandonar su vivienda), ingresó cuando alguien abrió la puerta principal. Al percatarse **B** (de setenta y un años de edad, con problemas de salud y baja estatura) que **A** estaba dentro de su casa sin su autorización, tomó un cuchillo y le ocasionó diversas lesiones que le causaron incapacidad parcial permanente.

-Decisión del Tribunal: De conformidad con el artículo 28 del Código Penal, la legítima defensa requiere un efectivo acometimiento contrario a derecho –que puede o no constituir delito– y que la agresión sea actual –defensa necesaria–. Acto seguido, ese mismo artículo establece que esta causal tendrá vigencia dentro de una edificación o sus dependencias, en el supuesto en que se cause daño a un sujeto extraño, que sin derecho alguno y con peligro para sus habitantes, ingrese a ellas, *cualquiera que sea el daño causado al intruso*. Del estudio de los hechos, se aprecia que el *ánimus* de **B** al momento de ejecutar el suceso, consistió en repeler una agresión de **A**, que ingresaba a su vivienda sin autorización previa, y como ya había sido agredido antes, quiso evitar una nueva, acometiendo a **B** con el cuchillo, o sea que su intención fue repeler la acción del **B**, ante el peligro actual e inminente en que se encontraba, por lo que su defensa resultó necesaria. Aun cuando **A** estaba ebrio y no portaba armas, no podría “presumirse” que no iba a agredir a **B**, y este no estaba obligado a esperar hasta que efectivamente fuera agredido para repeler la acción de **A**. Finalmente, la racionalidad de la defensa empleada por **B**, se aprecia en las circunstancias anteriores que rodearon los hechos, unidas a las características personales de los intervinientes, en donde se observa la clara desventaja cronológica y física de **B** frente a **A**, de lo que este incluso ya se había aprovechado en otras ocasiones, además de la situación anímica de **B** para quien no resultaba posible una solución diferente, ante la agresión de **A**, quien ingresó a una residencia en forma indebida y con peligro para sus habitantes, por lo que en otras ocasiones ya había ocurrido¹⁹².

Un problema que se está planteando en los tiempos actuales, en donde, la inseguridad, real o creada, ha provocado un aumento en el uso de medidas de autoprotección, es el de si resulta aplicable la legítima defensa a casos de muerte o graves lesiones sufridas por personas que han intentado, por distintas razones, penetrar a un recinto y reciben fuertes descargas eléctricas.

Este tema se inserta en la discusión de si los medios mecánicos de defensa, conocidos como *offendicula*, podrían ser considerados como mecanismos de legítima defensa.

Establecer que en estos casos, pueda alegarse siempre legítima defensa, supone reconocer una defensa preventiva, antes de que se actualice la agresión ilegítima, e

¹⁹¹ Sala Tercera voto n.º 274-F-93 de las 9:45 hrs. del 11 de junio de 1993.

¹⁹² Sala Tercera voto n.º 140-F-94 de las 9:45 hrs. del 13 de mayo de 1994.

incluso, aunque no llegue a producirse una verdadera agresión, aparte de que puede resultar desproporcionada.

Más bien parece que el uso imprudente de estos dispositivos de seguridad (perros agresivos, descargas eléctricas, etc.), puede dar lugar a una responsabilidad por imprudencia, según sea el resultado producido.

2.2.7.- Efectos a terceros

Puede ocurrir que con ocasión del ejercicio de una legítima defensa, se pueda afectar a personas ajenas a la situación, ya sea porque son simples espectadores o pasan por el lugar cuando desarrolla la acción. Como se indicó, la respuesta que encontramos más apropiada en estos supuestos, es la de existencia de una causal de inculpabilidad.

Finalmente, cabe señalar que el Tribunal de Casación ha considerado como posible la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, en relación con la existencia de causas de justificación, ello con ocasión del siguiente caso: La representación del Ministerio Público formuló una acusación, según la cual una ofendida, que iba para su casa de habitación, al pasar frente a la casa de la imputada, fue interceptada por esta última, quien portaba un pedazo de madera, y sin que mediara provocación alguna, la imputada golpeó a la ofendida con dicho objeto en diferentes partes de su cuerpo, y le causó varias lesiones, por lo que la ofendida trató de defenderse, momento en que intervino la hija menor de esta última, quien pidió a la imputada que dejara de golpear a su madre, por lo que la encartada reaccionó de manera violenta y golpeó a la niña con el trozo de madera. El esposo de la ofendida interviene, pero también resultó golpeado con el trozo de madera en su rostro.

No obstante, en el debate se tuvo por acreditado que la imputada salió de su casa de habitación y se dirigió al galerón de la misma, en busca de unas cebollas que ocupaba, y en ese momento fue llamada por la ofendida. Cuando la imputada volvió a ver, la ofendida le lanzó una piedra que le golpea su rostro a la altura de la barbilla, y de seguido le arrojó otra piedra que impacta en la muñeca de la mano que la acusada interpuso para no ser golpeada en su cara nuevamente. En ese momento, la imputada se agachó y tomó del suelo un trozo de madera con el cual golpea a la ofendida por la espalda y por la cara, para evitar la continuación de la agresión, instante en que interviene el esposo de la ofendida, quien sujeta a la imputada por la espalda. Esto lo provocó que esta haciendo el brazo hacia atrás, lo golpee con el mismo trozo de madera, logrando así que éste la soltara.

El tribunal de juicio justificó dicho cuadro fáctico argumentando que los hechos acusados por el órgano fiscal, no pudieron ser probados con total certeza, sino que en la especie existía la duda acerca de la de una posible legítima defensa de parte de la acusada. Además la aplicación en la especie del principio de *in dubio pro reo*, surge cuando la versión de descargo de la imputada, en cuanto a que ella fue ilegítimamente agredida por parte de la presunta ofendida con piedras, no pudo ser desvirtuada, luego de la recepción de la prueba testimonial ofrecida para el contradictorio.

Al analizar el caso, el Tribunal de Casación señaló que sí era posible aplicar el principio *in dubio pro reo* en relación con la existencia de una causa de justificación. En el fallo impugnado, el *a quo* había valorado la totalidad de la prueba y concluyó en el sentido de

que no era posible descartar que la conducta de la imputada, de atacar con un leño a las víctimas, tuvo como fin defenderse de una agresión ilegítima que sufría en ese momento. Al respecto, el artículo 9 del Código Procesal Penal establece, en lo que interesa, que “[...] *En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado [...]*”. Para el Tribunal de Casación, resultaba claro que determinar si se dan los presupuestos de hecho de una legítima defensa (agresión ilegítima, necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, etc.), es una cuestión que contempla, no solo aspectos de orden jurídico, sino también fácticos. De tal forma que al no poder excluirse, con certeza, la existencia de esa causa de justificación, conllevaba lógicamente, al dictado de una absolutoria a favor de la imputada. En tal sentido, no existía contradicción en el fallo al afirmarse que no era posible desechar en su totalidad las versiones de cargo aportadas por el Ministerio Público y la prueba de la imputada, aunque la sentencia contenía una adecuada fundamentación, de por qué el *a quo* consideró que no resultaba descabellada la versión de los hechos sostenida por la imputada. De esta forma, a criterio del Tribunal, la conclusión alcanzada por el *a quo* resultaba correcta: Ambas versiones sobre los hechos eran sostenibles, y no era posible inclinarse por alguna de ellas, lo cual generó la obligación de aplicar lo estipulado por el artículo 9 del Código Procesal Penal, favoreciendo a la imputada en el fallo.

Finalmente, explicó el Tribunal que no existía contradicción, al establecerse que era posible la utilización de la legítima defensa por la imputada, pero que esa causa de justificación no ha sido acreditada con la certeza debida, pues precisamente, por esa razón es que absolvió con fundamento en el principio *in dubio pro reo*. De haberse demostrado, con certeza, la legítima defensa, el fallo absolutorio no hubiera requerido el uso de dicho instituto¹⁹³.

2.2.8.- Defensa putativa

La defensa putativa tiene los mismos presupuestos que la legítima defensa real, con la diferencia de que, en la primera, la agresión no existe objetivamente, sino que es supuesta por el agente, a causa de un error tolerable en la apreciación de los hechos, lo que deberá acreditarse en el proceso o, en su defecto, crear la duda razonable.

Acerca de la distinción entre la legítima defensa y la defensa putativa, nuestra jurisprudencia ha señalado que la primera ocurre, cuando una persona está siendo atacada ilegítimamente y debe repeler con un medio razonable ese ataque. Presupone entonces que el sujeto conoce que está siendo agredido o que corre riesgo de serlo, por una acción inminente. Por su parte, la defensa putativa implica que el sujeto activo cree subjetivamente ser víctima de un ataque que le hace reaccionar defendiéndose, pero que en definitiva, este ataque no era posible porque su “ofensor” no tenía los medios idóneos para hacerlo¹⁹⁴.

¹⁹³ Tribunal de Casación Penal voto n.º 2005-1028 de las 14:42 hrs. del 11 de octubre del 2005. Igual criterio sostuvo la Sala Tercera en el voto no. 2005-00539 de las 16:09 hrs. del 30 de mayo de 2005.

¹⁹⁴ Sala Tercera voto n.º 2003-1163 de las 10:55 hrs. del 19 de diciembre del 2003.

La problemática de las justificaciones putativas debe verse como un **error de prohibición**, con lo cual no debe acudir a la tesis de excluir el dolo en estos supuestos, y, por consiguiente, se mantiene la antijuridicidad del hecho, ya que la contradicción con el ordenamiento jurídico, permanece vigente.

Defensa putativa: Es la acción frente a una agresión que no existe realmente, y solo dará lugar a una causa de exculpación, si el error era invencible, o a una atenuación de la pena, si era vencible.

2.3.- El cumplimiento de la ley

Dispone el artículo 25 del Código Penal que no delinque quien actúe en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho¹⁹⁵.

Este permiso legal de actuar implica que se consideran ajustadas a derecho, ciertas conductas típicas llevadas a cabo en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico (v. gr. el funcionario de policía que ingresa a un domicilio para sorprender a una persona en flagrante delito, para evitar que escape).

El fundamento de esta eximente descansa en el principio del interés preponderante, pero debe llevarse a cabo **una interpretación restrictiva**, con base en el **respeto a la dignidad de la persona humana**.

Cuando se presenta una colisión de deberes de igual jerarquía, resulta suficiente que la persona le dé cumplimiento a cualquiera de ellos para que su conducta sea lícita (v. gr. el padre de familia que solo puede poner a salvo a uno de sus hijos en un incendio). Si no fuera así, nunca se podría invocar la justa causa.

En los supuestos de esta causal, resulta indispensable la existencia de un **deber jurídico**, y este **no debe ser de rango inferior al infringido**. Tiene que tratarse también de un **deber estricto**, en el sentido de que el agente, con su actuación, no rebase la medida de cumplimiento, y, de igual forma, debe mediar una **necesidad de ejecutar la conducta típica**.

En todo caso, por encima de cualquier regulación concreta, los principios generales de las causas de justificación están por encima, aunque no se citen de manera expresa.

Finalmente, debe considerarse que el autor actúe **con la finalidad de cumplir el deber o la carga impuesta** y no por otras motivaciones.

Los casos de uso de violencia por parte de la autoridad, en cumplimiento de un deber, capaz de producir lesiones e, incluso, la muerte, han llevado a establecer algunos límites, a fin de evitar excesos o desviaciones de poder, por ejemplo: la consideración, en primer lugar, de la necesidad racional de la violencia y su adecuación proporcional al hecho.

¹⁹⁵ En el proyecto de Código Penal, se establece en el artículo 24 que “*No comete delito quien realiza la conducta en ejercicio legítimo de un derecho*”, en tanto que en forma separada, el artículo 28 dispone que “*No comete delito quien actúa en cumplimiento de un deber legal*”, y ambos presupuestos su condición de causales de justificación.

Cabe hacer la observación de que, en los casos de cumplimiento de la ley, debe tenerse presente la existencia del delito de Fraude de Ley en la función administrativa, contenido en el artículo 58 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública N.º 8422, que prevé la posibilidad de que un funcionario público ejerza la función administrativa **en fraude de ley**, de conformidad con la definición del artículo 5 de esta misma ley, según el cual, la función administrativa ejercida por el Estado y los demás entes públicos, así como la conducta de los sujetos de derecho privado, en las relaciones con estos que se realicen al amparo del texto de la norma jurídica y persigan un resultado que no se conforme a la satisfacción de los fines públicos y el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir.

Obediencia debida: En el cumplimiento de una orden de contenido lícito, no se presenta ningún problema, pero en algunos supuestos, se debe cumplir con ciertas órdenes, a pesar de su carácter típico, siempre que se presenten ciertos requisitos, entre ellos: una relación de jerarquía y subordinación, competencia abstracta del que da la orden para dictarla dentro de sus facultades, competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado por el superior y que la orden sea expresa y revestida de las formalidades legales¹⁹⁶.

Si el mandato cumple las formalidades legales y está dictado dentro de los límites de la respectiva competencia, el cumplimiento del mismo se ubica en los linderos de la obediencia debida, y esta es en nuestro ordenamiento, una causa de exculpación y no de antijuridicidad.

2.4.- El ejercicio legítimo de un derecho

Tanto el actuar en cumplimiento de un deber legal como en el ejercicio legítimo de un derecho, para que operen como justificantes, **deben realizarse dentro de los límites legales y conforme a derecho.**

El derecho que se invoca debe ser verdadero, no supeditado a una condición suspensiva o resolutoria, o a una mera situación jurídica (no basta una simple expectativa de derecho). Además, debe emanar del ordenamiento jurídico.

Esta eximente requiere un ligamen con el bien jurídico tutelado en cada caso concreto, y el titular del derecho **debe tener capacidad jurídica para actuar** (el padre que corrige a sus hijos, debe tener la patria potestad, cuando ejerce el derecho de corrección). Así también el ejercicio **debe ser legítimo**, de manera que no se puede acudir a las vías de hecho o al empleo de la violencia, si existen otros medios para hacerlo.

¹⁹⁶ El artículo 36 del Código Penal vigente, dispone que no es culpable el que actúa en virtud de obediencia, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que la orden dimanase de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por la ley; b) Que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expide la orden; c) Que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible. En el proyecto de Código Penal, la numeración de este artículo pasa al 31, y se ubica dentro del capítulo referente a las causas de disminución o exclusión del reproche.

El ejercicio de un derecho, **no debe implicar un atentado grave contra la dignidad de la persona humana** y se debe actuar siempre **con la finalidad de ejercer el derecho** y no con propósitos distintos (el educador no puede, por malsanos motivos personales, castigar al alumno).

Al respecto, resulta de interés considerar el análisis del siguiente caso:

-Síntesis: Un sujeto procede a picar la pared de su vecino, sin primero pedirle autorización, de la cual se ayuda a sujetar el portón de su propia vivienda. Al percatarse el vecino de lo sucedido, ya con posterioridad a que finalizara el citado trabajo de instalación, se enfureció, amarró una linga desde su vehículo hasta el portón que el sujeto había construido pegado a su pared, y procedió a poner en marcha su vehículo, hasta lograr desprender dicho portón, destruyéndolo totalmente, pues quedó reducido a un montón de inservible metal retorcido. El valor de ese portón superaba con creces la mitad del salario base. El propietario del portón destruido interpone denuncia contra su vecino por el delito de daños.

Tesis de defensa: En su defensa, el vecino alega que actuó amparado al legítimo ejercicio de un derecho, concretamente lo dispuesto por el artículo 295 del Código Civil (*El propietario tiene derecho a gozar de su cosa, con exclusión de cualquiera otra persona, y a emplear para este fin todos los medios que las leyes no vedan*); así como en lo dispuesto por el artículo 305 de ese mismo código (*El propietario y el poseedor, de cualquiera clase que sean, pueden defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza o recurriendo a la autoridad competente*), toda vez que el propietario del portón, al guindarse de su pared, perturbó ilegítimamente su derecho de propiedad, lo cual incluso fue constatado por el acta de inspección que se practicó a su pared, luego de haber arrancado el portón, por lo que su conducta de arrancar el portón por fuerza se encuentra justificada.

-Solución jurisprudencial: El Tribunal de Casación rechazó esta tesis de defensa y confirmó la existencia del delito de daños. Aún teniendo por establecido que el portón fue instalado en propiedad del imputado, el ordenamiento jurídico no autorizaba a este último a utilizar tal método para reclamar cualquier daño ocasionado a su propiedad. No es a través de las vías de hecho como se dirimen las diferencias en una sociedad civilizada, sino que a través de las vías de derecho, a las que perfectamente ambos pudieron haber recurrido. La falta de diálogo y la intolerancia hizo que el imputado actuara a la ligera, violentando el bien jurídico tutelado, a saber, la propiedad privada, y causó un perjuicio patrimonial que no tenía por qué soportar el ofendido. No es dable alegar el derecho de exclusión (artículo 295 del Código Civil), en el tanto éste se encuentra limitado a aquellos medios que la ley no prohíba para su ejercicio. Esto implica que si lo que deseaba el acriminado era ejercerlo, lo podía hacer, pero a través de las vías que legalmente se establecen a ese respecto, por ejemplo la vía interdictal. Aún cuando el portón fuere fijado a la propiedad del imputado, no procedía su actuación en la forma en que lo hizo. Los derechos de exclusión y defensa que contempla el ordenamiento civil no son irrestrictos. El repeler la fuerza con la fuerza de que habla el artículo 305 del Código Civil no significa que se olviden las instancias formales para dirimir los conflictos, y se opte en todos los casos por las vías de hecho. Deben darse ciertas circunstancias, en el caso concreto, para que se obvien las vías formales. En primer término, la fuerza repelente debe ser simultánea a la fuerza que se emplea por quien perturba. Es una defensa, que por tanto se ejerce para impedir la perturbación,

pero no se justifica una vez consumada la acción. Por otro lado, debe ser el medio idóneo en ese momento para impedir que se realicen actos cuyos efectos no sean reparables posteriormente. En el caso de estudio, la fuerza ejercida por el imputado no lo fue para impedir que se perturbara su posesión, ni era el único medio de defensa en el momento de su actuación. El portón ya estaba debidamente instalado cuando el imputado lo arranca, y en nada variaba la condición de su propiedad si reclamaba por las vías de derecho el restablecimiento del goce de ella. No resultaba en consecuencia la fuerza, el medio idóneo para pretender el cese de la perturbación¹⁹⁷.

La amplitud que se reconozca a derechos fundamentales como la integridad física, la libertad ambulatoria, la intimidad, etc., nos lleva a tratar cada caso en particular, para poder abarcar no solo actuaciones de funcionarios, sino también otros presupuestos que no suponen ninguna actuación oficial contraria al deber e implican ejercicio legítimo de un derecho, (podría considerarse en estos supuestos la justificación del aborto dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, a manera de tema para ser discutido ampliamente).

Como ejemplo práctico, también puede citarse que nuestra jurisprudencia ha reconocido que, de acuerdo con el artículo 25 del Código Penal, no puede estimarse como delito los conceptos desfavorables expresados, al denunciar disciplinariamente a un funcionario público, o al denunciar administrativamente personas o empresas por daños al medio ambiente, siempre que los aspectos que se consideren ofensivos al honor, constituyan el fundamento de las denuncias, y no hayan sido dichos por pura maledicencia (es decir, que no se afirmen falsedades), pues de lo contrario, se coartaría el derecho que tienen todos los ciudadanos de denunciar irregularidades presuntamente cometidas por los funcionarios en el ejercicio de su cargo o por las empresas que explotan los recursos naturales. Por tanto quienes actúen de esa manera, tendrán siempre la amenaza de ser encausados por la supuesta comisión de un delito, y se impedirían además la necesaria labor de fiscalización del ejercicio de las funciones públicas y la protección del medio ambiente. Así resulta equivocado argumentar que con respecto a las causas de justificación la “*carga de la prueba*” es a cargo del que reclama que se actuó bajo circunstancias que hacían justificada la acción¹⁹⁸.

Otro ejemplo de esta justificante lo es el derecho previsto en el artículo 1357 del Código civil, según el cual, el depositante está obligado a indemnizar al depositario todos los gastos que haya hecho en la conservación de la cosa, y las pérdidas que la guarda haya podido ocasionarle, y precisamente para garantizarse dicho pago, el depositario goza del derecho de retención de la cosa, excluyéndose el delito de retención indebida¹⁹⁹.

Por el contrario, se ha descartado esta causa de justificación en casos como el siguiente: A un sujeto se le decomisan una serie de armas catalogadas por la Ley de Armas como prohibidas (entre ellas varias subametralladoras y granadas de mano), las cuales resultan ser propiedad del arsenal nacional. En su defensa, el sujeto alegó que el Ministro de

¹⁹⁷ Tribunal de Casación, voto n.º 523-F-97 de las 8:55 hrs. del 27 de junio de mil 1997.

¹⁹⁸ Ver votos del Tribunal de Casación n.º 2002-179 de las diez horas diez minutos del primero de marzo del dos mil dos, y de la Sala Tercera n.º 531-F-93 de las 9:30 hrs. de las 30 de setiembre de 1993.

¹⁹⁹ Ver voto de la Sala Tercera n.º 199-F-94 de las 9:20 hrs. del 3 de junio de 1994.

Seguridad le había dado un carné *ad honórem*, en donde le confirió el cargo de coronel, en razón de lo cual, él no era un simple ciudadano, sino un funcionario público autorizado para poseer este tipo de armas. Además, no le fue notificado personalmente un acuerdo posterior del Ministerio de Seguridad Pública, que dejaba sin efecto el otorgamiento de esos cargos y pedía la devolución de los carnés.

La Sala Tercera rechazó el alegato de defensa, al señalar que el derecho en donde pretendía ampararse esta persona, no existió, por cuanto el cargo *ad honórem* no lo autorizaba para usar las armas que le fueron decomisadas, que por su naturaleza, estaban clasificadas como prohibidas y esto restringía su uso, y no bastaba estar investido de un cargo de la Fuerza Pública para justificar una posesión indebida ajena al uso a que están destinadas, pues con este argumento, cualquier miembro de los cuerpos de seguridad podría intentar justificar la posesión de un arsenal de guerra. A criterio de la Sala, precisamente por la peligrosidad que este tipo de armas representa, la ley ha establecido prohibiciones, al mismo tiempo que ha creado tipos penales específicos, aunque en el caso de estudio, nunca existió un acuerdo formal y explícito de parte del Ministerio de Seguridad Pública que justificara la extensión del citado carné. Así se incumplen deberes fundamentales impuestos por la Ley General de la Administración Pública (artículos 3.1, 11, y 128), especialmente todos aquellos que surgen del principio de legalidad, que es fundamental en un Estado de derecho. Por estas razones, resultaba improcedente ampararse a la causa de justificación prevista en el artículo 25 del Código Penal²⁰⁰.

2.5. - El consentimiento del titular del bien jurídico (derechohabiente)

2.5.1.- Concepto y alcances

Existen algunos casos en donde el ordenamiento le reconoce al titular **una facultad dispositiva sobre el bien jurídico**. Para que este opere como una causal de exclusión de la antijuridicidad, **debe quedar manifestado de manera clara**, aunque no siempre debe ser expreso, pues en algunos supuestos, se admite el consentimiento tácito, sobre todo en casos en donde media una relación de confianza, de vecindad, basada en gestión de negocios, etc., que permite concluir que el titular del bien jurídico, admite la realización del hecho.

En nuestra legislación vigente, el artículo 26 del Código Penal, contempla, de manera expresa que no delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho, con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.

De igual forma, esta causal se mantiene en el proyecto de código, en el artículo 25 (según el cual, no comete delito quien lesiona o pone en peligro un *bien jurídico* con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo), y tiene de alguna manera reconocimiento constitucional, en el artículo 28, párrafo segundo de la Constitución Política, cuando establece que las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley.

Se ha entendido este consentimiento, como la facultad que tiene una persona de excluir de la esfera de protección de las normas penales, en forma jurídicamente relevante, **un bien jurídico que le pertenece y del cual puede disponer**.

²⁰⁰ Sala Tercera voto n.º 139-F-95 de las 10:10 hrs. del 13 de marzo de 1995.

En el sentido del consentimiento penal, **solamente los bienes jurídicos personales** serán disponibles.

El problema que se plantea es que ni el artículo 26 del Código Penal, ni la norma del proyecto, establecen los requisitos, condiciones y limitaciones del consentimiento, y estos tienen que ser establecidos por la doctrina, conforme a los criterios de una causa suprallegal de justificación.

Por esta razón, la antijuridicidad material es un concepto muy útil a la hora de valorar la existencia de esta causal de justificación, pues en este caso, cuando se da el consentimiento del derechohabiente, la acción del autor es formalmente antijurídica, pero materialmente conforme a derecho.

Los **vicios de la voluntad** tales como: el error, engaño, violencia o amenaza, tienen incidencia para **excluir la validez del consentimiento**.

2.5.2.- El consentimiento como causa de atipicidad y como causa de justificación

Cuando el consentimiento está referido de manera expresa en el tipo penal, algunos lo consideran como una causal excluyente de la tipicidad (consentimiento del morador para permitir ingreso a su domicilio, de la víctima para el acceso carnal). Sin embargo, en gran cantidad de supuestos, los rasgos más característicos de la causal, permiten ubicarla, de manera más adecuada dentro de la justificación, con el mismo tratamiento en los casos de error sobre sus presupuestos fácticos y sobre sus límites.

La consideración del consentimiento como excluyente de la tipicidad, parte del supuesto de que el orden jurídico no tiene interés en proteger aquellos bienes jurídicos, cuyo propietario ha querido exponer, a través de la renuncia a la protección penal.

Otras consideraciones toman en cuenta que el consentimiento es un acto de libertad del particular frente al Estado, y esta libertad, que es un bien jurídico, colisiona con el tutelado por el respectivo tipo penal, y el resultado de este balance de bienes se resuelve en favor de la libertad del titular del derecho.

Quienes estiman que es una causa de atipicidad, consideran que algunos bienes jurídicos como el patrimonio, la integridad corporal, y la libertad de movimiento, no se protegen como tales, sino solamente cuando el particular quiere esa protección. De esta forma, si el consentimiento excluye la violación al bien jurídico y si la existencia de este, es requisito para la realización de ciertos tipos penales, habrá ausencia de lesión o puesta en peligro, cuando se ha llevado a cabo con el consentimiento de quien válidamente puede otorgarlo.

Nuestro Código Penal actual y el proyecto pendiente de aprobación, ubican el consentimiento como causa de justificación.

En relación con la posibilidad de admitir el consentimiento en los delitos culposos, la posición mayoritaria se inclina por aceptarlo, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y condiciones del consentimiento. Es necesario que el bien jurídico que se

ponga en peligro, sea un bien personal, disponible por el derechohabiente, que el que consienta tenga la capacidad para dar el consentimiento, y este debe ser comunicado al autor del hecho o realizar actos que permitan concluirlo. También el consentimiento debe ser anterior al hecho; debe ser libre y puede ser revocado.

Realmente en los hechos culposos, el derechohabiente consiente en la exposición al peligro, pero no en el resultado lesivo.

El caso de una persona que, conociendo el estado de ebriedad de su acompañante, decide montarse en el vehículo que este conduce, y ocurre un accidente en donde resulta lesionado, puede considerarse como supuesto de existencia de la causa de justificación por consentimiento del derechohabiente. Nuestra jurisprudencia reciente, sin embargo, ha tratado este supuesto como de aplicación del criterio de autopuesta en peligro, desarrollado por la corriente de imputación objetiva que elimina la tipicidad.

El problema del consentimiento en los delitos omisivos se plantea en el sentido de que, no tiene efecto alguno, el consentimiento del derechohabiente en aquellos delitos que protegen un bien jurídico, cuyo titular es la comunidad o el Estado (arts. 185, 187).

2.5.3.- La disponibilidad del bien jurídico como presupuesto del consentimiento

El consentimiento, para que tenga relevancia jurídica, requiere de la facultad del titular para disponer de sus bienes jurídicos, lo que plantea problemas en relación con los derechos vinculados a la vida y la integridad física.

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce facultad alguna para disponer de la vida, tanto que el Código Penal vigente establece una sanción para la tentativa de suicidio (art. 114) y la instigación al mismo (art. 115). Mientras que en el proyecto de nuevo código, se tipifica también como delito la instigación o ayuda al suicidio (art. 121) y el homicidio a ruego o eutanasia (art. 122)²⁰¹. Si bien doctrinalmente se considera inválido el consentimiento para la lesión de bienes personalísimos (consentir para que se mate o lesione), esto no debe confundirse con el caso de las lesiones consentidas, previstas en el artículo 129 del código vigente, las cuales son aquellas que se producen con el fin de beneficiar la salud de otros (v. gr. extraer un órgano para donación, transfusión de sangre, etc.)²⁰².

²⁰¹ Sobre el tema del valor constitucional de la vida humana, la indisponibilidad de este bien jurídico y la obligación del Estado costarricense de brindarle protección, pueden consultarse los votos de la Sala Constitucional n.º 1729-92 de las 10:03 hrs. del veintiséis de junio de 1992, n.º 5130-94 de las 17:33 hrs. del siete de setiembre de 1994, n.º 2001-6685 de las 14:06 hrs. del 17 de julio del 2001, y la n.º 2005-05057 de las 14:10 hrs. del veintinueve de abril del 2005.

²⁰² A propósito de lo dispuesto por este artículo 129 del Código Penal, téngase presente que todo lo relativo a la obtención de órganos y materiales anatómicos humanos de donadores vivos, para implantarse en seres humanos con fines terapéuticos, se rige por la Ley n.º 7409 “Ley de Autoriza Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos Humanos”, en cuyo artículo 7, a propósito del tema del consentimiento, se dispone que la obtención de órganos y materiales anatómicos de un donador vivo, para implantarlos en otra persona, sólo podrá realizarse cuando: a) El donador sea mayor de edad, se encuentre en pleno goce de sus facultades mentales y en un estado de salud adecuado para la extracción. Si se trata de donadores menores de dieciocho años de edad, pero mayores de quince, la autorización la darán sus padres, tutores, representantes o, en su caso, los organismos judiciales correspondientes, si no hay objeción del menor de edad; b) El donador haya sido informado acerca de los riesgos de la donación, sus

De igual forma nuestra jurisprudencia ha señalado que el consentimiento del derechohabiente es inadmisibles en delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad²⁰³.

2.5.4.- Los requisitos de validez del consentimiento justificante

El consentimiento como causa de justificación, requiere de ciertos requisitos, tales como: a).- Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios; b).- Capacidad para disponer, que no tiene que coincidir de manera necesaria con la civil, pero que sí requiere al menos de las facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de los actos; c).- El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa; d).- Cualquier vicio esencial de la voluntad de quien consiente, invalida el consentimiento.

Para que sea válido y eficaz el consentimiento, el derechohabiente debe renunciar al bien jurídico que le pertenece, con pleno conocimiento del alcance de su manifestación de voluntad; es decir, cuando conoce el significado, la esencia y el alcance del peligro que lo amenaza. De esta forma, si el derechohabiente se encuentra en un error respecto de la acción que desarrollará el autor, o sobre sus dimensiones y afectación, se producirá una falsa representación de la realidad que impide una libre disposición del bien jurídico (si un sujeto permite el uso de un bien de su propiedad, desconociendo que con ese uso el bien se destruirá, no podríamos excluir el delito de daños).

Los problemas que se plantean con la capacidad del derechohabiente para dar su consentimiento, tienen que ver con aquellos casos en donde la persona, por razones de edad, carece de capacidad civil. Hay supuestos en los que el legislador establece una edad mínima del sujeto pasivo, como requisito del tipo penal, por debajo de la cual no tiene ninguna validez el consentimiento (acceso carnal con víctima menor de doce años).

En el caso de las intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos, tal como vimos supra, que requieren el consentimiento del derechohabiente, es necesario que este sea informado, de manera adecuada, sobre la naturaleza del tratamiento o la intervención, de su finalidad, así como de los riesgos y consecuencias, lo que supone una determinada capacidad de conocimiento y razonamiento. Esta capacidad no se juzga de conformidad con las reglas del Derecho Civil, sino de acuerdo con las facultades de conocimiento y de juicio naturales, así como el estado de madurez psicológica del derechohabiente en el caso concreto. En el caso de las personas menores de edad, téngase en cuenta que el artículo 46 del Código de la Niñez y la Adolescencia, dispone que si el padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas negaren, por cualquier razón, su

secuelas, la evolución previsible y las limitaciones resultantes. Del cumplimiento de este requisito y del consentimiento del donador deberá quedar constancia, debidamente documentada y firmada por él, de acuerdo con las normas que se establezcan en el Reglamento de esta Ley. El donante podrá revocar la manifestación de su voluntad, en cualquier momento, sin que esto genere ninguna responsabilidad de su parte; c) Se trate de uno de dos órganos pares o de materiales anatómicos, cuya remoción no implique un riesgo razonablemente previsible para el donador.

²⁰³ Sala Tercera, voto n.º 2006-459 de las 9:05 hrs. del 23 de mayo de 2006.

consentimiento para la hospitalización, el tratamiento o la intervención quirúrgica urgentes de sus hijos, el profesional en salud queda autorizado para adoptar las acciones inmediatas, a fin de proteger la vida o la integridad física y emocional de ellos, en los términos del artículo 144 del Código de Familia.

Veamos el siguiente antecedente jurisprudencial:

-Síntesis: Una comisión de funcionarios gubernamentales se dirige a una localidad agrícola, con el fin de atender un conflicto promovido por un grupo de dirigentes campesinos. En el camino, son interceptados por campesinos de la zona, quienes portan machetes, e invitan a dichos funcionarios a variar su rumbo y dirigirse a una escuela cercana, con el fin de realizar una reunión con ellos, en aras de buscar solución al conflicto, invitación que es aceptada por dichos funcionarios. Hecho lo anterior, uno de los campesinos arrebató un mapa y una brújula que sacó uno de los funcionarios para ubicar el lugar en donde se encontraban, manifestándole que no tenía permiso para hacer nada porque estaba en "zona prohibida". Cuando otro de los funcionarios trata de intervenir, es amedrentado con machetes, y posteriormente son dirigidos hacia la escuela donde los espera otro grupo de campesinos. Al llegar a la escuela se inicia la reunión, presidida por uno de los funcionarios, quien procede a presentar a cada uno de los miembros de su grupo. Al enterarse los campesinos que no eran las personas que esperaban, estos, dirigidos por sus líderes, manifiestan a los funcionarios que no podrían salir, y los amenazan diciéndoles *“si era necesario que la sangre corriera, correría”*, y les prohibía salir del recinto así como hablar entre ellos. Posteriormente, se le permite salir hacia San José a uno de los funcionarios, seleccionado por ellos mismos, acompañado con uno de los dirigentes campesinos, para que buscaran solución a los problemas. Los demás funcionarios, quedan retenidos quienes al llegar la noche, fueron obligados a dormir en el sitio, mientras la puerta de salida permanecía resguardada por dos personas armadas con machetes. Esta situación se mantuvo hasta el día siguiente, cuando los emisarios regresaron acompañados por un sacerdote y funcionarios de la Cruz Roja quienes les informaron a los campesinos de una futura reunión con personeros del Gobierno y de la Dirección General Forestal, por lo que éstos aceptaron entonces que los cautivos salieran, pero con la condición de que se firmara un documento de abstención de denunciar los hechos.

Los campesinos responsables alegaron en su defensa que no hubo privación de libertad, y, por el contrario, existió consentimiento por parte de los funcionarios gubernamentales de permanecer con ellos en la escuela, lo que se evidenciaba por el hecho de que estos aceptaron su invitación para reunirse a dialogar en la escuela. Asimismo, dicho consentimiento se evidenciaba por el hecho de que uno de los funcionarios, incluso presidió la reunión que se celebró en dicho centro educativo, presentando a cada uno de sus acompañantes. Además, los ventanales de la escuela estaban abiertos y eran de baja altura, de manera que los supuestos ofendidos, si hubieran querido, pudieron haber hecho abandono del lugar.

-Decisión del Tribunal: La Sala Tercera rechazó estos alegatos. Para que exista consentimiento es necesario que la persona que lo otorga sea capaz de comprender la situación en donde se da el consentimiento; el permiso debe ser anterior a la acción y debe subsistir con la acción misma, así como no debe provenir de error o haber sido obtenido mediante violencia o engaño. En el caso de estudio, según la Sala, la circunstancia de aceptar, en principio, la invitación para dirigirse a la escuela, en modo alguno significaba

una manifestación de voluntad eficaz de los ofendidos para ser privados de su libertad; es decir, con ello los sujetos pasivos no estaban otorgando ninguna autorización para ser retenidos, máxime que, si bien en principio fueron invitados, luego les exigen que se dirijan a dicho centro educativo, por lo que nunca hubo consentimiento anterior a la acción delictuosa, requisito esencial para el reconocimiento eficaz de la causal. Por otro lado, para la existencia del **consentimiento presunto**, es requisito que la acción deba haber sido realizada en interés del titular del bien jurídico (v. gr. una violación del domicilio en ausencia del titular para reparar la tubería del agua y evitar una inundación). Además debieron concurrir las restantes condiciones del consentimiento. Para la determinación del consentimiento presunto, es decisivo que, según un *juicio objetivo*, hubiera sido de esperar en el momento de la acción (*ex ante*). Ese juicio objetivo se refiere al de un tercero razonable en el lugar del autor. En el caso de estudio, no son motivos suficientes para que se presuma el consentimiento del hecho de que uno de los ofendidos, presidiera la reunión celebrada en la escuela, o que presentara a los concurrentes a las personas que lo acompañaban, puesto que, precisamente, por no ser esas las personas que los campesinos esperaban, esto fue la causa que los determinó a retenerlos en dicho centro educativo, ni que los ventanales de la escuela "eran de baja altura" y que por ahí pudieron marcharse los sujetos pasivos, en el supuesto de haber ocurrido así, el escape no modificaba en absoluto la configuración ya existente de la privación de la libertad. Por otra parte, según el planteamiento de la sala, no se puede considerar como elemento configurativo del consentimiento presunto, suponer que los funcionarios ofendidos fueron quienes nombraron entre sí un representante para que viajara a San José, en busca de autoridades de mayor rango, en procura de solventar los problemas de los moradores del área, sino que, por el contrario, fueron los imputados quienes propusieron o eligieron al ofendido para que saliera junto con uno de los dirigentes campesinos²⁰⁴.

2.6.- Estado de necesidad justificante

2.6.1. Concepto y alcances

Conforme establece el artículo 27 del Código Penal, no comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el peligro sea actual o inminente; b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y c) Que no sea evitable de otra manera. Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo²⁰⁵.

Podemos señalar que, en relación con la legítima defensa, el ámbito de aplicación del estado de necesidad, es más amplio, porque no requiere una previa agresión antijurídica, sino la elección de un mal menor, un sacrificio de los intereses menos importantes.

²⁰⁴ Sala Tercera voto n.º 111-F-93 de las 8:40 hrs. del 26 de marzo de 1993.

²⁰⁵ El artículo 26 del proyecto del nuevo código contempla esta misma causal con la siguiente redacción: "No comete delito quien ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) Que el peligro sea actual o inminente; 2) Que no lo haya provocado voluntariamente; y 3) Que no sea evitable de otra manera. Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo".

El estado de necesidad puede entenderse, en términos generales, como la situación de conflicto entre dos bienes, en donde, la salvación de uno exige el sacrificio del otro. Ante la colisión de bienes, es socialmente útil que se salve el de mayor valor.

El agente realiza, en este caso, **una conducta típica**, con la finalidad de proteger un derecho propio o ajeno, de una amenaza o daño actual o inminente, produciendo un daño o lesión de menor gravedad, siempre y cuando no exista posibilidad de acudir a una vía distinta; no se esté obligado jurídicamente a afrontar el riesgo y no haya sido provocado por él mismo.

Si se hace diferencia entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, tenemos que señalar que, en el primero, se produce un daño menor para evitar un mal mayor, en el exculpante se supone un daño no menor que el evitado.

En nuestro ordenamiento, el estado de necesidad se admite como una causa que excluye la antijuridicidad de la conducta.

El sujeto activo del estado de necesidad puede ser cualquier **persona física** que realice la conducta típica, con la finalidad de amparar los bienes jurídicos que se encuentran en situación de riesgo o peligro por la acción de fenómenos de la naturaleza, animales o comportamientos de seres humanos (sin importar si se trata de menores de edad o inimputables), siempre que esos comportamientos no constituyan agresiones ilegítimas.

También el que ha sido coaccionado a actuar por una tercera persona (*vis compulsiva*), podría invocar esta causal.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural o jurídica, incluso el Estado, no **así el propio sujeto activo** (auto lesión de bienes jurídicos). La conducta de quien actúa en estado de necesidad, resulta conforme a derecho. Por esto, la lesión del bien jurídico que se sacrifica, debe ser tolerada por todos, incluyendo el propio titular del bien sacrificado (deber de solidaridad recíproca), por lo que contra dicha conducta no puede invocarse legítima defensa.

Ejemplos clásicos de estado de necesidad justificante, podemos apreciar en los siguientes casos: el que sustrae alimentos por hambre; el que es despojado de sus ropas y se apropia de un vestido ajeno para cubrir su desnudez en plena playa; quien toma un vehículo en contra de la voluntad del propietario, para trasladar un herido grave al hospital; y el aborto terapéutico para salvar la vida de la madre.

La finalidad que interesa al derecho penal, es evitar el mal mayor, sin que tenga interés, por ejemplo, que quien ejerce la causa de justificación, tenga otra clase de motivaciones.

Esta causa de inculpabilidad puede presentarse en cualquier caso de colisión entre bienes e intereses jurídicos y para proteger cualquier bien jurídico de amenazas de un daño actual o inminente. Puede provenir de un mal o daño infligido por una tercera persona, o por una fuerza de la naturaleza.

Acerca del estado de necesidad, nuestra jurisprudencia ha señalado que esta figura funciona como una causa de justificación que implica ponderar bienes jurídicos en una situación de peligro (a diferencia de la legítima defensa que no requiere el examen de

los bienes jurídicos en concurrencia o peligro), ponderación que también puede recaer sobre deberes: El sujeto debe lesionar el bien jurídico menor para salvar el de mayor entidad. Por ello, es posible que el sujeto se equivoque en el aquilatamiento y escogencia de los bienes jurídicos en juego, sobre todo, tomando en cuenta la situación de conflicto extremo, dentro de la cual suele presentarse la necesidad a actuar. En estos casos, se ha aceptado que produzca un error de prohibición indirecto y que se aplique lo establecido en el artículo 35 del Código Penal, por ser este un problema de reprochabilidad del injusto al autor. Cuando el sujeto actuante se ha equivocado y ha lesionado un bien jurídico de mayor jerarquía que el que deseaba proteger (jurídicamente de menor entidad), la conducta es típica y antijurídica, lo que sucede es que el reproche de ese injusto se reduce (en el caso de error vencible) o desaparece (en el caso de error invencible de prohibición)²⁰⁶.

2.6.2.- La colisión de bienes jurídicos de desigual valor

Tradicionalmente se ha señalado que el estado de necesidad justificante, surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, caso en el que la ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor. Además, todos los bienes jurídicos son salvaguardables, aún aquellos que no son penalmente tutelados.

El daño causado debe ser de menor entidad, pues si se trata de igual o superior valor, solo podrá invocarse el estado de necesidad exculpante (o no exigibilidad de otra conducta).

La no exigibilidad de otro comportamiento, es ante todo un principio regulador del ordenamiento jurídico que puede ejercer su influencia, tanto en el ámbito de las causas de justificación, como también y, sobre todo, en las causas de exculpación.

Normalmente, las situaciones de no exigibilidad general u objetiva, excluyen el tipo del correspondiente delito, en cuya redacción se tenga en cuenta esa situación, o por lo menos, la antijuridicidad del mismo, a través del estado de justificación genérica.

Pero también existe una no exigibilidad subjetiva que se refiere a situaciones extremas, en donde no se le puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico, que se abstenga de cometerlo, porque comportaría un excesivo sacrificio para él. El derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o no puede imponer una pena cuando, en situaciones extremas, alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su vida o integridad física. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento, solo excluye la culpabilidad.²⁰⁷

La idea de la no exigibilidad de otra conducta, no es privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico.

No existe una fórmula unitaria de carácter abstracto, de los valores en conflicto, por lo que deberán considerarse diversos criterios, que tomen en cuenta la realidad y el contexto sociopolítico y económico en donde actúa la persona. Se deben considerar,

²⁰⁶ Sala Tercera, voto n.º 13-F-93 de las 9:30 hrs. del 8 de enero de 1993.

²⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco / ARAN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002, pág. 403.

entre otros aspectos, la jerarquía de los bienes jurídicos en conflicto, acorde con la valoración que ha hecho el legislador, la intensidad de la afectación (la amenaza o lesión para el derecho o bien jurídico), la proximidad y gravedad del mal que se cierne sobre el bien jurídico, el grado de idoneidad de la acción de salvamento emprendida por el agente, la meta perseguida por este último, la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares y el significado social del bien (no es lo mismo causar un daño a la mansión de un multimillonario que a la humilde vivienda de un asalariado). No se configura el estado de necesidad en casos de grave infracción al respeto, debido a la persona humana, aún cuando el mal provocado sea inferior al evitado (caso del médico que sin permiso extrae un riñón para trasplantárselo y salvar otro paciente).

Sin embargo, el asunto no se trata solo de ponderación de intereses, pues de conformidad con el artículo 27 del Código Penal, no se alude a una comparación de los bienes en conflicto, sino entre **los males causados y evitados**.

De manera que, más que una comparación de bienes, se trata de hacer una relación de adecuación, de forma tal que el estado de necesidad tendrá **efecto justificante, si el hecho realizado es el medio adecuado para evitar el peligro o daño mayor**.

Como ejemplo de ponderación, véase el siguiente caso: A raíz de un conflicto entre los sujetos **A** y **B**, un tercer sujeto interviene; comienza a perseguir a **A** y le propina un machetazo en la frente, ocasionándole una herida de consideración que comienza a sangrar profusamente. **A**, al percatarse de la gravedad de la herida que sufrió, súbitamente aborda el vehículo automotor de **B**, el cual se encontraba estacionado y con el motor encendido, y contra la voluntad de su propietario, se lleva consigo el vehículo, trasladándose hasta un hospital para recibir atención médica.

La Sala Tercera consideró que **A** no cometió el delito de hurto agravado (por el apoderamiento no autorizado del vehículo automotor), por haber actuado al amparo de un estado de necesidad justificante, cuando **A** fue objeto de una agresión ilegítima que no provocó, y resultó con una lesión en su rostro que lo hizo sangrar abundantemente, por lo que, al introducirse al vehículo de **B**, pretendió alejarse del sitio con la finalidad de salvaguardar su vida, haciendo uso del medio que –razonablemente– encontró más a su alcance. A criterio de la Sala, **A** ponderó la pérdida eventual de su vida, como resultado de la agresión de que fue objeto, por lo que resulta claro que la utilización del vehículo bajo las circunstancias en que actuaba, era la única vía que tenía a su alcance en forma inmediata, para salvaguardar el bien jurídico –su propia vida–, que estimó se encontraba en peligro²⁰⁸.

Debe tenerse claro que, tanto la doctrina general como nuestra jurisprudencia, señalan que no cualquier colisión de bienes jurídicos justifica esta causal, pues de acuerdo con **el principio de dignidad de la persona humana**, ninguna vida tiene mayor valor que otra, como tampoco es justificada la ponderación de vidas en conflicto, por lo que no se puede hablar de evitar un mal mayor, cuando, para proteger la vida o integridad física de una persona, se causa un grave peligro para la vida o integridad física de otra persona (v. gr. el médico que, para salvar la vida de un paciente urgido de un trasplante, extrae

²⁰⁸ Sala Tercera voto n.º 613-F-96 de las 10:10 hrs. del 18 de octubre de 1996.

sin permiso un riñón a un sujeto sano, **no actúa amparado a esta causal de justificación**).

Estas consideraciones también fueron utilizadas por la Sala Tercera para confirmar la existencia de un hecho antijurídico, y por ende, la condena civil contra el Estado, en un caso donde el conductor de un vehículo oficial (quien fue penalmente absuelto), para evitar la colisión con otro vehículo, se salió de la vía y atropelló a un peatón, causándole graves lesiones²⁰⁹.

2.6.3.- La actualidad o inminencia del peligro para el bien jurídico de mayor valor

Obviamente, la conducta realizada por el agente debe ser típica para poder invocar la justificante y debe existir un riesgo o un peligro para un bien jurídico propio o ajeno, que sea actual (riesgo que ya comenzó y no ha concluido) o inminente (amenaza inmediata para el bien jurídico, deducible de las circunstancias), es decir, debe haber un peligro real y objetivo.

Como ejemplo, se presentan los siguientes casos:

-Síntesis: Para justificar el levantamiento de una cerca que encerró una franja de 900 metros cuadrados de la zona marítimo-terrestre, dentro de la cual se construyó además una pequeña vivienda, el sujeto responsable alega haber actuado bajo los presupuestos del estado de necesidad, ya que no tenía dónde vivir y, si lo expulsan de allí, no le quedaría otra opción que vivir en las calles.

-Decisión del Tribunal: Para el Tribunal de Casación, si bien se acreditó la pobreza del sujeto, por su naturaleza, el estado de necesidad debe ser una situación capaz de suscitar un conflicto que solo pueda solucionarse, mediante el sacrificio de un bien jurídico ajeno, en condiciones tales que pueda hablarse de un peligro actual o inminente, que no haya sido provocado voluntariamente por el sujeto y que no se pueda evitar de otra manera (una colisión entre bienes jurídicos que solo pueda superarse, mediante el menoscabo o la lesión de uno de ellos). En el caso de estudio, no se acreditó la *actualidad o inminencia* del peligro, es decir, la existencia –al momento de realizarse el hecho– de un verdadero conflicto entre el bien jurídico que, supuestamente, se pretendía salvaguardar y el que fue afectado por la acción del usurpador, mucho menos si se tomaba en cuenta que se requeriría una situación de apremio de tal grado que, por su naturaleza, solo pudiera evitarse con la conducta que llevó a cabo el sujeto, consistente más bien en cercar un terreno de novecientos metros cuadrados del área restringida de la zona-marítimo terrestre, donde edificó una pequeña casa, por lo que el alegato fue rechazado²¹⁰.

-Síntesis: Luego de dieciséis años de matrimonio, una pareja se separa, y por resolución del Juzgado Civil de la localidad, se ordenó al esposo la salida del domicilio conyugal. Trascurrido un año después de la separación, el esposo presentó la respectiva demanda

²⁰⁹ Ver voto n.º 93-F-99 del 10 de marzo de 1999.

²¹⁰ Tribunal de Casación Penal voto n.º 2002-842 de las 12:40 hrs. del 11 de octubre de 2002. Como antecedente, puede revisarse el voto de este mismo Tribunal n.º 56-F-93 de las 16:10 hrs. del 17 de febrero de 1993.

de divorcio por adulterio de su esposa, misma que se tramitó ante el Juzgado de Familia local. Se comprobó que durante el matrimonio dicha pareja adquirió una finca. No obstante, a pesar de haberse instaurado ya la demanda de divorcio, la esposa del demandante donó la citada finca a su padre, aprovechando que, en este momento, ese inmueble no presentaba anotación registral alguna, lo anterior, con el fin de que este último la vendiera y se cancelara una deuda que dicha mujer tenía con él por dinero empleado en el estudio de los hijos que tenía en común con el demandante. Un año después de esa donación, el padre de la mujer vendió la finca a un tercero. Parte del dinero de la venta, se empleó en hacer reparaciones en la casa que habitaba su hija con los hijos que tenía en común con el demandante, así como para la cancelación de una serie de deudas contraídas por esta misma mujer. Posteriormente, la mujer viajó a los Estados Unidos con fines laborales, sin embargo, para esa época el lote ya había sido vendido. En virtud de esta situación, el demandante interpuso denuncia contra su esposa y su suegro por Fraude de Simulación, al haber dispuesto entre ambos de una finca sobre la él mantenía expectativas, por tratarse de un bien ganancial.

En su favor, la mujer argumentó que la situación económica en la que se encontraba, por la escasa ayuda de su cónyuge, era realmente apremiante, refiriendo cómo mantuvo a sus hijos en el colegio privado en donde se encontraban estudiando y, para ello, tuvo que hacer frente a fuertes deudas, por lo que decidió irse a trabajar a los Estados Unidos de Norteamérica, y para que se cancelara el saldo de la deuda y le entregara el resto del dinero, traspasó, mediante el mecanismo jurídico de la donación, el lote de interés a su padre. Justificó el atraso en el viaje por problemas de visa y refirió la venta del lote, venta real y efectiva, todo lo cual se acreditó con el testimonio de su comprador. El Tribunal de primera instancia acogió estos argumentos, y absolvió a los imputados por considerar que se no acreditó la culpabilidad de estos. A juicio del Tribunal, en el caso no se acreditó que la intención de la acusada fuera la de distraer el bien, sino que, por el contrario ello se debió a la necesidad de que su padre pudiera vender el bien, cancelar la deuda por estudios de los hijos y entregarle el resto del dinero para hacer reparaciones en la vivienda que habitan, todo esto ante un inminente viaje al exterior de la acusada, con fines laborales. Un testigo explicó cómo en el régimen jurídico costarricense, cada uno de los cónyuges permanece siendo dueño de los bienes que se encuentran inscritos a su nombre y puede, por lo tanto, disponer de los mismos del modo que sea, mientras no se constituya la sociedad conyugal, la cual nace con la disolución del vínculo matrimonial.

La Sala señaló que éste es el sistema legal que rige en materia de familia y no puede el derecho penal, que es de aplicación como *última ratio*, ir más allá de lo legalmente dispuesto sin actuar en contradicción con el resto del ordenamiento jurídico. En el caso de estudio, la titularidad sobre este bien se dispuso, cuando ni siquiera existía limitación alguna y cuando el bien era propiedad de la señora, estando plenamente facultada por la ley para disponer del mismo, según su mejor criterio. Lo anterior, aunado a los movimientos migratorios, hacían creíble lo afirmado por la acusada en el sentido de que contempló salir del país para laborar en el extranjero para sufragar los gastos de sus hijos, que fue la razón que la motivó a disponer del bien de referencia, en la forma cómo lo hizo, con anterioridad, aunque su viaje de trabajo se retrasó algunos años por las razones por ella dichas.

Por lo anterior, a criterio del Tribunal, no se veía dolo en la conducta de la acusada, sino que por el contrario resultaba loable la dedicación a sus hijos y su interés en el estudio, desarrollo y superación de ellos, y el Tribunal no podría, como tampoco podría el derecho, compeler a alguien a esperar una anotación, como hecho futuro e incierto ante la existencia de conflictos en el matrimonio, si la realidad obliga a tomar decisiones para hacer frente a las pesadas obligaciones familiares que ahora están sobre los hombros de uno solo de los cónyuges, la madre en este caso, pues muy por encima de la expectativa de derecho que pudiera tener el padre (aquí ofendido), están los intereses inherentes al mayor número de miembros que integran el núcleo familiar (la madre y los hijos) en este caso. De esta forma, el dinero producto de la venta del bien se empleó en los estudios de los hijos y en reparaciones necesarias para la vivienda en donde habitan con su madre, no era posible exigir una conducta diversa en este caso, razón por la cual tampoco procedía hacer reproche de conducta.

-Decisión del Tribunal: Ante recurso del Ministerio Público, la Sala Tercera revocó dicho fallo absolutorio, por considerar que el *a quo* se equivocó al confundir en su análisis diferentes aspectos de la teoría del delito –tipicidad y antijuridicidad–. En síntesis, no existía dolo en la conducta de la acusada por la existencia de un supuesto estado de necesidad; y, simultáneamente, derivó este último de la sola declaración de la encartada, cuando las circunstancias que expone, en todo caso, no configuraban dicho instituto en un sentido técnico-jurídico, toda vez que el estado de necesidad se concibe como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, donde la salvación de uno de los dos, exige el sacrificio del otro, y esto supone que el bien jurídico que se trata de salvar esté en inminente peligro de ser destruido. Este peligro debe ser real y objetivo; no puede ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por el que trata de evitarlo. Esta ponderación de peligros puede recaer sobre bienes jurídicos y también sobre deberes. El sujeto debe lesionar el bien jurídico menor para salvar el bien jurídico de mayor entidad. Por tanto, es posible que el sujeto se equivoque en el aquilatamiento y escogencia de los bienes jurídicos en juego, sobre todo, tomando en cuenta la situación de conflicto extremo dentro de la cual suele presentarse la necesidad a actuar. Es posible que suceda esta "equivocación" o "error" sobre los bienes jurídicos, porque la doctrina ha aceptado, casi de manera unánime, que pueda producirse un error de prohibición indirecto en estos casos y sea de aplicación lo establecido en el artículo 35 del Código Penal, por ser este un problema de reprochabilidad del injusto al autor. Cuando el sujeto actuante se ha equivocado y ha lesionado un bien jurídico de mayor jerarquía que el que deseaba proteger (jurídicamente de menor entidad), el injusto queda completo, es decir, la conducta es típica y antijurídica, lo que sucede es que el reproche de ese injusto o se reduce (en el caso de error vencible) o desaparece (en el caso de error invencible de prohibición). De esta manera, también el error de prohibición, desde que es un problema de culpabilidad, comparte la naturaleza jurídica de todas las otras causas de exclusión del reproche: la de ser una inexigibilidad de otra conducta, solo que funciona en el primer nivel de análisis de la reprochabilidad: la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho (artículo 42 del Código Penal). Mediante el estado de necesidad puede justificarse la defensa de cualquier bien jurídico (la legislación no establece límites); el mencionado bien jurídico puede consistir en una relación de disponibilidad propia o ajena (pueden defenderse bienes jurídicos propios o de terceros). No obstante, para que la mencionada causa de justificación nazca a la vida jurídica, a criterio de la Sala es necesario que exista una congruencia entre el tipo objetivo de la permisón y el tipo subjetivo de ella. En otras palabras, deben concurrir los requisitos objetivos señalados en el artículo 27 del Código Penal: una situación de

peligro para un bien jurídico propio o ajeno; que el peligro sea actual o inminente; que no haya sido provocado voluntariamente por el justificado; que no sea evitable de otra manera, y que exista la necesidad de una ponderación de bienes para escoger la defensa de aquel más importante, y, además, aspectos de conocimiento del sujeto actuante que coincidan con esos elementos objetivos de la justificante.

En este fallo se indica que la valoración jerárquica de bienes es propia – exclusivamente– del tipo permisivo contemplado en el artículo 27 del Código Penal. La legítima defensa (artículo 28 del Código Penal), por ejemplo, no requiere el examen de los bienes jurídicos en concurrencia o peligro, sino que son otros sus requisitos objetivos y subjetivos los que la ley le ha previsto. Estos requisitos objetivos deben concurrir necesariamente junto con requisitos de carácter subjetivo. La doctrina se refiere a este suceso de concurrencia como tipo permisivo congruente. En el análisis judicial del tipo subjetivo de la permisión, se debe constatar que el sujeto sabía que existía la situación de peligro; que la lesión al bien jurídico era inevitable, puesto que era la única forma para defender el bien jurídico, dadas las circunstancias, y que era consciente que se actuaba para defender el bien jurídico de mayor jerarquía y, por supuesto, que su acción no fue la que provocó el peligro que hace necesaria la actuación lesionadora del bien jurídico de menor jerarquía.

A estas circunstancias de carácter personal, se les denomina tipo subjetivo de la permisión y deben coexistir junto con las objetivas (tipo objetivo). Para la Sala Tercera si solo se dan los requisitos objetivos, pero no hubo una actuación con previsión y conocimiento de los elementos subjetivos ya indicados, no se da la causal en estudio y por, ende, la conducta no resulta justificada. La finalidad que interesa al derecho penal es la de evitar el mal mayor, sin tener mayor interés, por ejemplo, que quien ejerce la causa de justificación, tenga otra clase de motivaciones. Tampoco es relevante, si el necesitado efectivamente logró la evitación del mal mayor, basta con que la acción iniciada (*ex ante*) hubiera sido adecuada para evitar la afectación del bien jurídico mayor. El juez hace este análisis del tipo objetivo y subjetivo de la permisión *ex post facto* y, por ello, debe tomar en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho (*ex ante*) a fin de observar no solo la objetividad de la situación de peligro y la necesidad de la conducta desplegada, sino también la inexistencia de otra salida jurídicamente válida dentro de la circunstancialidad propia del evento en examen. Por todo lo expuesto, en el caso de estudio, a criterio de la Sala resultaba incorrecto afirmar que no existía dolo en la conducta, porque la encartada debió atender las necesidades básicas de sus hijos, y resulta hasta "loable", según el pensamiento del Tribunal, puesto que, como se sabe, el dolo se refiere al conocimiento y voluntad de realizar la acción por parte del sujeto activo.

Igualmente, las circunstancias que expuso la endilgada, aún teniéndolas por ciertas con su solo dicho, no da cuenta el Tribunal de las razones por la cuales concluyó que constituyen una causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la conducta. Ella indicó que, al separarse de su esposo (el ofendido de la causa), se encontró al frente de la totalidad de las obligaciones familiares, afrontando el pago de colegiaturas de sus hijos en una institución privada, y realizando reparaciones en la casa familiar que compartía con ellos y eso la llevó a vender el lote reclamado, sin que el *a-quo* analizara en la sentencia impugnada, por qué tales necesidades podían entenderse como constitutivas de peligros eminentes o no pueden ser satisfechas de otra forma.

Tampoco se deducían de los razonamientos del fallo que las solas manifestaciones de descargo, en la actuación de la justiciable, se hubiera realizado bajo error, pues lo único que esta indicó es que el lote no está anotado, y el Tribunal no razonó nada al respecto. Por otro lado, erró también el Tribunal al entender que la imputada podía disponer libremente de los bienes obtenidos durante su matrimonio, considerados gananciales, porque así lo estipula la normativa de familia, o que, podía disponer del bien de cita, porque no tenía anotación registral alguna, para el momento en que el traspaso se produjo, ya existía una expectativa de derecho a favor del ofendido, que debía ser respetada a las resultas del proceso judicial ya iniciado, cuyo conocimiento tenía la encartada.

A criterio de la Sala, no se trataba, tal como lo entendieron los juzgadores de instancia, de una contracción en el ordenamiento jurídico, sino, de aspectos completamente disímiles: por un lado, el régimen patrimonial de la familia y, por el otro, la protección a un bien jurídico. En ese sentido, sobre el delito de fraude de simulación, mediante resolución n.º 2000-1128 de las 9:40 horas del 29 de septiembre de 2000, la misma Sala de Casación había señalado que:

*[...] Éste es uno de los delitos incluidos en la Sección IV, del Título VII, de Libro II del Código Penal. Las conductas descritas en los tipos penales contenidos en ese Título son enunciadas de forma general como lesivas del bien jurídico propiedad. Sin embargo, de la lectura de todos los artículos que integran ese apartado del Código Penal, queda claro que en realidad se trata de proteger el patrimonio y no solamente el derecho de propiedad. El ordenamiento costarricense concibe dicho bien jurídico de forma tal que lo protegido es la totalidad de las relaciones jurídicas de las personas con respecto a ciertos bienes de interés económico (los que son susceptibles de comercio lícito y mesurables en términos dinerarios), siendo posible salvaguardar no solamente los derechos de los individuos (como el de propiedad o el de posesión), sino también las expectativas que éstos tengan sobre aquellos (como, por ejemplo, la posibilidad de que tiene una persona de que se le reconozca un derecho sobre un bien que se encuentra en litigio). En el caso del Fraude de Simulación (artículo 218 del Código Penal), para que se configure este hecho punible resulta indispensable -en lo que respecta a la primera modalidad del ilícito, que es la que interesa en este caso- que se lleve a cabo un acto, un contrato, una gestión o un escrito simulados (es decir, que su contenido no exprese una realidad, sino una ficción contraria a ella), teniendo quien lo realiza el ánimo de obtener cualquier beneficio indebido, de forma tal que se le cause perjuicio a otra persona." [...] El dolo consiste en hacer el acto, contrato, gestión o escrito simulados, a sabiendas de su falsedad y queriendo realizarlo. Además, existe un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, cual es el ánimo de obtener un beneficio indebido; nótese que no es necesario demostrar que efectivamente se haya alcanzado ese fin, sino que basta probar la existencia de esa intención. Lo "indebido" del beneficio no es otra cosa más que lograr una ventaja patrimonial con respecto a algo sobre lo cual no se tiene derecho. Cabe agregar que resulta necesario verificar la producción de un perjuicio para la víctima en su patrimonio [...]*²¹¹.

²¹¹ Sala Tercera voto n.º 2006-422 de las 10:45 hrs. del 12 de mayo de 2006.

2.6.4.- La ausencia de provocación voluntaria del peligro

El mal menor no debe haber sido causado por el agente, pues se excluye la justificante al provocador. Por ejemplo, no podría cubrir a quien voluntariamente desata un incendio en su casa y, para salvarse, destruye el ventanal de la casa del vecino.

2.6.5.- La inexistencia de otra vía de salvación

Se debe exigir que el mal o daño causado, no haya podido ser evitado por otro procedimiento menos perjudicial, lo que significa que el agente debe hacer todo lo jurídicamente exigible para evitar causar daño al derecho o bien ajeno.

Es necesario que la realización del mal o la infracción del deber que se realiza para evitar un mal mayor para sí mismo o para un tercero, sea el único camino posible. La necesidad debe ser valorada en este sentido, desde un punto de vista objetivo, aunque se deben tener en cuenta la situación concreta en que se encuentra el sujeto, así como las circunstancias y los medios de que dispone.

A manera de ejemplo, véase el siguiente caso:

-Síntesis: Una mujer, aprovechando que, a raíz de un sismo, la legítima adjudicataria de una vivienda hizo abandono temporal de ésta, sin contar con autorización alguna ingresó al dicho inmueble, apoderándose del mismo con intención de habitarlo. Cuando la verdadera adjudicataria regresó a su vivienda, solicitó a la mujer que la desocupara. No obstante, esta última amenaza a la adjudicataria y a su familia con armas punzo-cortantes, para de esta forma mantenerse ocupando la vivienda y evitar ser desalojada. En su defensa, la mujer alegó estado de necesidad.

-Decisión del Tribunal: La Sala Tercera rechazó el alegato, al considerar que en el caso no existía comprobación de que a favor de esta mujer, hubieran concurrido los elementos objetivos y subjetivos del estado de necesidad, y en vez de ello, el supuesto "peligro" que la imputada "ponderó" fue el haber sido desalojada por la propietaria, desconociéndose si ese desalojo no fue provocado voluntariamente. Además resultó claro que delinquir no era la única vía posible para salvaguardar los bienes jurídicos en peligro, ya que perfectamente pudo haber solicitado en alquiler alguna casa o pedido alojamiento en los lugares que, para ese propósito, se habían instalado temporalmente en la provincia que había sido recientemente asolada por el evento sísmico de aquellos días, por lo que se descartaba la existencia de un estado de necesidad. De igual modo, no había elementos para determinar que podría haber existido un error de prohibición indirecto en el comportamiento de la imputada²¹².

2.6.6.- Defensa de derecho propio o ajeno

Por otra parte se requiere, que se actúe para defender un derecho propio o ajeno, de manera que el titular del bien jurídico o derecho amenazado, puede ser cualquier persona, natural o jurídica, incluso el mismo Estado.

²¹² Sala Tercera n.º 13-F-93 de las 9:30 hrs. del 8 de enero de 1993.

A través del estado de necesidad, puede justificarse la defensa de cualquier bien jurídico (la legislación no establece límites), y este puede consistir en una relación de disponibilidad propia o ajena (pueden defenderse bienes jurídicos propios o de terceros).

Sin embargo, para que la causa de justificación nazca a la vida jurídica, es necesario que exista una congruencia entre el tipo objetivo de la permisión y el tipo subjetivo de ella²¹³.

No obstante, tal como se reseñó a la hora de estudiarse la legítima defensa, actualmente un sector doctrinal sostiene que esta causa de justificación también se perfecciona con el cumplimiento de los elementos objetivos, independientemente de las motivaciones del sujeto a la hora de actuar, puesto que aun en el caso de que, sin tener conocimiento de ello, un sujeto evitó un mal mayor y/o protegió bienes jurídicos de mayor valor, y su conducta sería ajustada a derecho.

2.6.7.- La inexistencia de un deber jurídico de afrontar el peligro

El daño o mal causado no debe pertenecer a la condición de los que deben ser soportados por existencia de un deber jurídico (el bombero está obligado a apagar el incendio, y no podría justificar el incumplimiento de sus deberes afirmando que “se podría quemar”; igualmente la enfermera debe afrontar el contagio y el salvavidas debe auxiliar a quien se ahoga).

En el estado de necesidad, quien actúa, no debe estar obligado a soportar la situación, porque si esta es normal, de acuerdo con su profesión o funciones específicas, no operaría la causal de justificación (el bombero, el policía, no pueden, dentro de ciertos límites, excusarse para no cumplir sus obligaciones).

Se trata en estos casos de la imposición de un sacrificio, cuando el cargo u oficio así lo impongan. Sin embargo, los límites de la exigencia de sacrificio deben coincidir con los límites legales o sociales de la profesión. Por ello, no se puede invocar el estado de necesidad, cuando el deber de sacrificio es completamente inútil o la desproporción de los bienes en conflicto es muy grande (v. gr. no se puede obligar a un bombero a morir, cuando es inminente una explosión, solo para tratar de recuperar una obra de arte valiosa).

La persona que actúa en estado de necesidad justificante, debe actuar, no solo conociendo los elementos objetivos de la causal, sino también, con el ánimo de evitar un mal propio o ajeno (para nuestra jurisprudencia, si falta este elemento no se puede invocar la eximente).

2.7.- Error en las causas de justificación

Para admitir la presencia de una causa de justificación, deben concurrir, tanto el elemento objetivo como el subjetivo, de la respectiva causal.

El error puede referirse a distintos elementos:

²¹³ Así aceptado por nuestra jurisprudencia. Al respecto ver votos de la Sala Tercera n.º 13-F-93 de las 9:30 hrs. del 8 de enero de 1993 y n.º 613-F-96 de las 10:10 hrs. del 18 de octubre de 1996.

2.7.1.- Error sobre los presupuestos objetivos

Uno de los casos en que falta el elemento objetivo, se da en el supuesto de la creencia errónea de que existen los presupuestos objetivos de la causa de justificación (la persona dispara porque cree, erróneamente, que la víctima iba a dispararle).

Las diferencias entre lo real y lo putativo, son a veces difíciles de apreciar y dependen de diversas circunstancias objetivas y subjetivas, por lo que es necesario dejar un cierto margen al individuo en la apreciación de la realidad concreta.

Los criterios de imputación objetiva, parecen razonables para ser aplicados en estos casos y permitimos establecer entonces que, actúa *ex ante*, dentro de los márgenes admitidos socialmente al apreciar el presupuesto de una causa de justificación, puede considerarse que actúa de manera justificada, aunque, *ex post* resulte que su percepción fue errónea.

El verdadero error, con relevancia jurídica, se producirá cuando la persona traspase en su apreciación, los límites del riesgo permitido y de lo razonable y adecuado socialmente.

Para constatar los presupuestos objetivos de las causas de justificación, no se pueden desechar las representaciones, creencias subjetivas, conocimientos especiales, etc., que tuvo el sujeto en el momento de su actuación, pero tampoco serán los criterios subjetivos, los únicos por tomar en cuenta, para constatar la existencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

En los supuestos de error *in persona* o de *aberratio ictus* en la realización de un acto amparado por una causa de justificación, si el error se debe a imprudencia y esta es punible, se aplicará el tipo imprudente que corresponda, si es invencible, se aplicará la justificante sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiere exigirse.

2.7.2.- Error sobre los límites y la existencia de la causal de justificación

En cuanto a límites, el sujeto que actúa pudo haber creído que su acción estaba autorizada, (la policía que cree que puede disparar contra todo el que pase el semáforo en rojo), o también, puede darse un error sobre la existencia de la causa de justificación (creer que se puede defender la patria, creando un grupo armado antiterrorista).

Este error puede dar lugar a una exclusión de la culpabilidad por error de prohibición, si este es invencible, o a su atenuación si resultara vencible.

2.7.3.- Ausencia del presupuesto subjetivo de la justificación

Cuando falta el elemento subjetivo de la justificación, aunque exista el elemento objetivo, como en el caso de quien dispara contra su enemigo, sin saber que este le estaba esperando para matarlo. Se ha discutido si procede un castigo por tentativa, pues, aunque el resultado pretendido por el autor se ha producido y, objetivamente constituye la consumación de un delito, lo cierto es que el ordenamiento jurídico no lo desaprueba. Estaríamos frente a un desvalor de acción que fundamenta la punición conforme a la

tentativa, pero no un desvalor de resultado que justificaría la punición por delito consumado.

2.7.4.- Justificación incompleta y atenuación de la pena

La antijuridicidad puede ser graduada, ya sea que admite variaciones según su gravedad. Por ejemplo, matar a otro con alevosía convierte al simple homicidio en un delito calificado. En otros casos, la diversa gravedad se refleja en un tipo calificado o privilegiado derivado del tipo básico, lo que incide en las reglas para la determinación de la pena.

Las causas de exclusión de la antijuridicidad solo permiten excluirla, cuando se presentan completos sus elementos objetivos y subjetivos. La ausencia de alguno de ellos o el exceso en el ejercicio de la causa, pueden incidir atenuando el juicio sobre merecimiento de la pena.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

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

BACIGALUPO, Enrique. Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad. La ley, 1986.

BAJO FENÁNDEZ. La intervención médica contra la voluntad del paciente, ADP, 1979.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. La Legítima Defensa. San José, Editorial Juritexto.

CARBONELL MATEU. La justificación penal: fundamentos, naturaleza y fuentes.

CEREZO MIR, La eximente de obrar en cumplimiento del deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, ADP, 1987.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuridicidad en el derecho penal.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de antijuridicidad material, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 3.^a edición, 2003.

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

GUTIÉRREZ MOYA, Priscilla. Violencia Doméstica y Legítima Defensa. San José, Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1999.

HASSEMER, Winfried / LARRAURI, Elena. Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal. Madrid, 1997.

LARRAURI PIJOAN. Violencia doméstica y legítima defensa. RDPC, 1997.

LARRAURI VARONA. Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. JD, 1994.

MOLINA FERNÁNDEZ. Antijuridicidad penal y sistema del delito. Barcelona, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Valencia, Tirant lo blanch, 3.^a edición, 2004.

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

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

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Editorial Civitas S.A., traducción de la 2.^a edición alemana, 1997.

ROXIN, Claus. Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. CPC, 1992.

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

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

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2.^a edición, 2004.

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

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

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*”, que 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 el tanto implica una necesaria demostración de culpabilidad en cada caso concreto.

La culpabilidad como categoría de la teoría del delito, podemos entenderla como el juicio de reproche o exigibilidad que se le formula al sujeto activo que, pese a que 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. Es en esta fase donde precisamente 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 produjo lesiones, a una persona que apenas inicia a conducir 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 la que se desempeñan todos los días y forman parte de la explotación de un riesgo permitido, todo lo cual justifica que se les exija un mayor nivel de cuidado en la conducción²¹⁴.

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; y, 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

²¹⁴ Tribunal de Casación voto n.º 2003-447 de las 11:30 hrs. del 22 de mayo de 2003.

introducir determinadas causales de inculpabilidad que son situaciones en 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 aún 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 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 del 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, deriva la autorización y 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 la política criminal es algo 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 Penal²¹⁵, así como por las Convenciones Internacionales suscritas por nuestro país²¹⁶.

²¹⁵ 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).

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 Tercera²¹⁷ 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.

Para la Sala Tercera²¹⁸ 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**

²¹⁶ Ver voto de la Sala Constitucional n.º 2001-10543 de las 14:46 hrs. del 17 de octubre de 2001.

²¹⁷ 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, y n.º 2005-1020 de las 9:00 hrs. del 9 de septiembre del 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.

²¹⁸ 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, y 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.

que rodean al agente al 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 que 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 decir 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**. 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 pudiera 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 adecue 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 a 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 concreto²¹⁹.

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.

La persona debe tener la capacidad para sentirse motivada por la norma; debe conocer su contenido, y encontrarse en una situación donde que 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 realizarlo; 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 la que 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

²¹⁹ 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.

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**²²⁰.

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 conducta²²¹.

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 manera que, 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 madurez²²², por defectos psíquicos o de cualquier origen, o por trastornos transitorios, impide hablar de culpabilidad.

²²⁰Al respecto pueden consultarse los votos de la Sala Tercera N° 561-F-93 de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993 (reiterado recientemente por el N° 2005-1020 de las 9:00 hrs. del 9 de septiembre del 2005) y del Tribunal de Casación Penal N° 2002-379 de las 9:35 hrs. del 17 de mayo de 2002, N° 2003-447 de las 11:30 hrs. del 22 de mayo de 2003 y recientemente el N° 2004-214 del 4 de marzo de 2004 y N° 2005-406 de las 9:30 hrs. del 12 de mayo de 2005.

²²¹ Sala Tercera, voto N° 2000-109 de las 10:00 hrs. del 28 de enero de 2000.

²²² 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

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 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 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 **Nº 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 ésta debía ser separado de la cuestión de la voluntad realizadora del tipo penal, de manera que 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, esto es, 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

relativo a la gravedad del hecho, que debe considerar las particularidades de la delincuencia juvenil (Ver voto Nº 2003-274 de las 11:30 hrs. del 31 de marzo de 2003).

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 con 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 siendo típica y antijurídica²²³.

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**.

²²³ Ver votos de la Sala Tercera Nº 446-F-92 de las 15:40 hrs. del 25 de septiembre de 1992 y Nº 561-F-93 de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993. Esta posición ha sido reiterada recientemente en los votos Nº 2005-1020 de las 9:00 hrs. del 9 de septiembre de 2005 y Nº 2005-1165 de las 10:55 hrs. del 10 de octubre de 2005.

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.

Vemos, entonces, que 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 supra, 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 sigue **un método y criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos**²²⁴. 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 a un ilícito penal. Sin capacidad mental no existe autodeterminación, y, por tanto, no puede haber juicio de desaprobación por realizar un ilícito penal. Por ello, nuestra jurisprudencia asume que la imputabilidad en el derecho penal posee dos niveles de análisis: a).- El primero de ellos en el cual 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 cosa es padecer de una enfermedad mental o de 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, aspectos que deben ser analizados a nivel de la culpabilidad y que de ser verificados la excluyen; y otra cosa muy distinta 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

²²⁴ 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.

disminuyen los frenos inhibitorios del autor, situación para la cual nuestra legislación prevé únicamente una atenuación de la pena (artículo 127 del Código Penal)²²⁵.

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 haber sido determinante en su producción; pero no es tan relevante que dicho estado psicológico se mantenga o se prolongue hasta el momento del juicio²²⁶.

La existencia de estos trastornos debe ser al menos probada, 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 personalidad²²⁷.

²²⁵ Ver voto de la Sala Tercera Nº 2004-920 de las 10:05 hrs. del 30 de julio de 2004.

²²⁶ En este sentido votos de la Sala Tercera Nº 368-F-94 de las 9:40 hrs. del 23 de septiembre de 1994 y Nº 2003-1160 de las 10:40 hrs. del 19 de diciembre de 2003.

²²⁷ 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 maníaco-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).

Téngase muy presente que la Sala Tercera ha hecho énfasis en que, valoraciones tales como la capacidad de imputabilidad responden al fuero interno, y por ello **no bastan para determinarla las simples observaciones externas por parte de los fiscales y los jueces**²²⁸.

²²⁸ Concretamente en el voto no. 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 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 Mora Mora 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 Montero Guerrero 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 es suficiente 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

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 fuera tratada por falsos padecimientos que su madre les narraba, lo que a su vez dio origen a la prescripción de diversos medicamentos (también por inducción de la madre) que no eran requeridos por la menor, los cuales le produjeron a esta serios quebrantos de salud, que incluso pusieron 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 homicidio calificado, aun cuando, pese a tenerse por no 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 actos²²⁹.

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

*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 ..."*

²²⁹ Sala Tercera voto N° 1380-99 de las 14:30 hrs. del 5 de noviembre de 1999. Puede también citarse aquí el voto del Tribunal de Casación N° 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, de ahí que 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.

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 **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 último²³⁰.

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 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 demostrada²³¹. 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 inculpabilidad²³².

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 ponen 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 de seguido, 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 hubiera 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 (amén de que 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

²³⁰ Sala Tercera voto Nº 2002-808 de las 9:25 hrs. del 23 de agosto de 2002.

²³¹ En este sentido votos de la Sala Tercera Nº 657-98 de las 9:20 hrs. del 10 de julio de 1998 y Nº 2000-109 de las 10:00 hrs. del 28 de enero de 2001, y recientemente el Nº 2005-248 de las 11:30 hrs. del 1º de abril de 2005 y Nº 2005-1092 de las 10:55 hrs. del 14 de septiembre de 2005, así como del Tribunal de Casación Nº 2003-274 de las 11:30 hrs. del 31 de marzo de 2003.

²³² En este sentido, consúltense los votos de la Sala Tercera Nº 795-97 de las 16:10 hrs. del 7 de agosto de 1997 y Nº 311-98 de las 10:35 hrs. del 27 de marzo de 1998, reiterados por los votos Nº 2002-616 de las 11:55 hrs. del 21 de junio de 2002 y Nº 2005-1092 de las 10:55 hrs. del 14 de septiembre de 2005.

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 estudio los indicios no permitían suponer que los acusados pudieran haberse encontrado en un excepcional estado de inimputabilidad²³³.

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**²³⁴. 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 Penal²³⁵.

Como se verá más adelante, aún en el caso de que un sujeto, a la hora de cometer un delito, se encontrara bajo la influencia del alcohol o las drogas, ello 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 último²³⁶.

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: a).- desarrollo psíquico incompleto; b).- trastorno mental; c).- grave perturbación de la conciencia²³⁷.

²³³ Sala Tercera, voto Nº 657-98 de las 9:20 hrs. del 10 de julio de 1998.

²³⁴ Sala Tercera, voto Nº 2005-1092 de las 10:55 hrs. del 14 de septiembre de 2005.

²³⁵ Sala Tercera, voto Nº 2005-165 de las 9:30 hrs. del 11 de marzo de 2005.

²³⁶ Sala Tercera, voto Nº 2005-1165 de las 10:55 hrs. del 10 de octubre de 2005.

²³⁷ Véase, entonces, cómo en el proyecto de 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

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 hechos²³⁸.

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 a 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 que 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 voluntariamente en este estado (en cuyo caso se estaría ante una de las hipótesis del artículo 44 *ibíden*), 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 jurídicopenal, 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

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 sólo 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.

²³⁸ Ver voto de la Sala Tercera N° 303-98 de las 10:10 hrs. del 27 de marzo de 1998.

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 Penal²³⁹.

Sin embargo, existe también una posición minoritaria en el Tribunal de Casación Penal, de reciente data, de acuerdo con 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 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 (art. 35 y 79 del Código Penal²⁴⁰). 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.

²³⁹ En este sentido, votos de la Sala Tercera Nº 524-F-92 del 6 de noviembre de 1992, Nº 1254-99 de las 10:55 hrs. del 8 de octubre de 1999, Nº 2002-808 de las 9:25 hrs. del 23 de agosto de 2002 y Nº 2004-1389 de las 9:30 hrs. del 3 de diciembre de 2004. Por parte del Tribunal de Casación Penal pueden revisarse los votos Nº 2002-579 de las 12:10 hrs. del 1º de agosto de 2002, Nº 2004-365 de las 9:44 hrs. del 22 de abril de 2004, Nº 2005-420 de las 11:07 hrs. del 13 de mayo de 2005, Nº 2005-537 de las 11:00 hrs. del 10 de junio de 2005, Nº 2005-628 de las 8:50 hrs. del 7 de julio de 2005 y Nº 2005-811 de las 9:45 hrs. del 25 de agosto de 2005.

²⁴⁰ 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.

c).- En el derecho comparado (vgr. 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 regula el sobreseimiento definitivo por causa de inculpabilidad, pero conforme a lo dicho antes, la imputabilidad disminuida no lleva a la inculpabilidad. Lo mismo cabe indicar en relación con el artículo 77, inciso a) de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que alude a que falte una condición necesaria para imponer una sanción, siendo que la imputabilidad disminuida no excluye la posibilidad de imponerla²⁴¹.

En el proyecto de 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.

²⁴¹ Al respecto pueden consultarse los votos del Tribunal de Casación Nº 2004-214 de las 11:07 hrs. del 4 de marzo de 2004 y Nº 2005-406 de las 9:30 hrs. del 12 de mayo de 2005.

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, de acuerdo con el cual, cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos 42 y 43 *ibíden*, responderá en cuanto al hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aun 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.

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° 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 sí 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 culposamente, 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 los que 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 culposamente. Este sucedería, por ejemplo, cuando un sujeto, sin estar seguro de la naturaleza de la sustancia y sin guardar el mínimo cuidado, la ingiere, produciéndole 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 le 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 agravarse²⁴².

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, acuerdan conformar una organización destinada al trasiego y venta de estupefacientes. Durante la investigación, se llevaron a cabo intervenciones telefónicas en las cuales se escuchaba 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, a consecuencia de lo cual 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 determinarse con respecto a ese conocimiento (prueba de ello fue, entre otras cosas, las conversaciones telefónicas en las que manifestaban su deseo de no hablar más, por temor a ser escuchados, lo que comprobaba su conocimiento de la ilicitud), además de que, 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, todo lo cual 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 contra²⁴³.

²⁴² 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.

²⁴³ 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*”, y sin escuchar las súplicas del ofendido procedieron a prenderle fuego, ello con el objetivo de evitar que los delatara ante las autoridades, alzando en llamas de inmediato sus extremidades inferiores, por lo que los asaltantes, creyendo que la muerte del ofendido era inminente, se retiraron del sitio, entre risas y burlas hacia este último, examinando y llevando consigo los bienes sustraídos. No obstante, el ofendido logró rodar y con ello logró apagar las llamas, resultan aún así con 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 argumentaron no haber actuado 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 *animus 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 co-encartados, después de comunicarle que no era conveniente que amaneciera, riéndose a carcajadas y actuando de común acuerdo, a pesar de las súplicas del ofendido, rocían el cuerpo de este con gasolina para posteriormente prenderle fuego e inmediatamente huyen del lugar, confiados en su muerte²⁴⁴.

-Síntesis: Un sujeto amenaza constantemente a su excompañera sentimental, haciéndole ver que si no volvía con él la mataría con su “arvaleta”²⁴⁵. Un día, luego de ingerir una cantidad no determinada de alcohol, el sujeto se apersona al negocio donde su excompañera 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 excompañera, incrustando el arpón en su cabeza, causándole la muerte. Acto seguido, el sujeto se da a la fuga. En su defensa,

²⁴⁴ Sala Tercera, voto n.º 2004-1469 de las 9:30 hrs. del 22 de diciembre de 2004.

²⁴⁵ Instrumento que dispara arpones con gran potencia, utilizado para la pesca.

alegó que debido a la fuerte ingesta alcohólica que había tenido esa noche, al momento de dar muerte a su excompañera 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. Aunado 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 que pudieran alterar su percepción sobre la naturaleza y consecuencias de sus actos²⁴⁶.

²⁴⁶ 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 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/Gullco. 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 ingestión 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 doctrinario’. 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

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 lo indicado hasta acá, es importante mencionar que, en un voto de fecha reciente²⁴⁷, 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

*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 imputabilidad, 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".*

²⁴⁷ Sala Tercera, voto n.º 2007-48 de las 11:40 hrs. del 7 de febrero de 2007

posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de adecuarse a esa comprensión, aspectos fundamentales de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, lo anterior porque no existe 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 de comportarse de acuerdo con ese conocimiento, es decir, se abstenga 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, ello a partir del voto No. 795-97 de las 16:10 horas del 10 de agosto de 1997, según el cual, en los casos en los cuales 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 manera que 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, de manera que, 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*, 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 a 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 pareciera existir cierto acuerdo en aquellos casos en los que 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 cognitiva o volitiva, de manera que 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, en el que el adicto ya no puede controlar su inclinación a las drogas, de manera que 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 que no puede ser indefinido, sino, por el contrario, 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, además de la versión de la persona afectada y su propio comportamiento, como también analizar la conducta del sujeto antes, durante y posterior al hecho, esto es, 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, permite concluir que estaba en pleno uso de sus capacidades de cognición y también de voluntad, o no. No obstante lo dicho, 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 podrían 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 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 en 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 desprende 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, toda vez que 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 que el hecho de que respecto de los imputados existía una pericia medicolegal que señalaba su condición de adictos, ello no implicaba que existía alguna afectación a su capacidad de culpabilidad, ni había evidencia alguna de que no pueda 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 a los acusados se les podía exigir 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 lesiones²⁴⁸. Nuestra jurisprudencia²⁴⁹ 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, que **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**²⁵⁰, 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, 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 hubiera 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 (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. 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”**, éstas constituyen elementos normativos de los tipos citados, por lo que, entonces, debe recurrirse **a criterios culturales y psicológicos** para determinar

²⁴⁸ 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.

²⁴⁹ 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 del 2002, 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.

²⁵⁰ 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.

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, estado en el cual 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 (art. 43 y 44 del Código Penal), sino porque además la demostración de un eventual estado ético no conlleva necesariamente a la configuración de un estado de emoción violenta. Si bien es probable que una persona que haya ingerido voluntariamente alcohol pueda 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**²⁵¹.

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 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 el que se inserta un acontecimiento actual que provoca la emoción violenta. Por ello, las fórmulas arriba expuestas constituyen soluciones

²⁵¹ 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.

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 el 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 que 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, 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, en ocasiones, más bien podría implicar que esa perturbación hasta pudiera 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 violenta²⁵². 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 pudieran 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, haría que esta atenuante se convierta en una autorización legal para la violencia**²⁵³.

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 en que sucedieron los hechos.

²⁵² Al respecto ver voto de la Sala Tercera n.º 427-F-93 de las 16:06 hrs del 29 de julio de 1993.

²⁵³ Consultar voto de la Sala Tercera n.º 2006-432 de las 8:40 hrs. del 19 de mayo de 2006.

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 deja aparcado su vehículo en una gasolinera, con permiso del propietario de dicho negocio, mientras ingresaba a un bar a consumir licor. Minutos después, se apersonó a dicha gasolinera una mujer conduciendo otro vehículo, quien 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, para de seguido abordar de nuevo su automotor y darse a la fuga. Veinte minutos después, la mujer regresa nuevamente a la misma gasolinera, y con intención de causar más daños al vehículo del ofendido, toma impulso y procede a chocar su propio vehículo contra el vehículo aparcado, causándole a éste 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, dentro de la cual fue víctima de violencia doméstica, siendo objeto de múltiples maltratos y humillaciones por parte del ofendido y la familia de éste. Aunque tiempo atrás ambos ya se habían separado, el día anterior a 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 de ello fue a su casa a tratar de tranquilizarse, lo llamó por teléfono pero su excompañero 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 excompañero, pero éste no le hizo caso, entonces entró en una “*desesperación tan grande*” que quería hacerle algo “*por todo el daño que le había hecho*”, de ahí que decidió golpear el vehículo de su excompañero. Con base en la anterior declaración, la defensa de la encartada sostuvo que los daños fueron causados actuando esta última en estado de emoción violenta y de obcecación temporal, la 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, 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, 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 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° 25, Ediciones Librería Profesional, 1985, pp. 70 y ss.; entre otros. Las anteriores reflexiones sobre ese concepto de emoción violenta aparecen en el Voto de Sala Tercera 500- F- 92 de 8:50 horas del 30/10/ 92). 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 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 golpear premeditadamente en dos ocasiones distintas el automotor del ofendido, causándole daños que fueron valorados en ochocientos cuarenta y nueve mil quinientos veintiocho colones. Se dice 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 reclamo²⁵⁴.

-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 excompañero, con quien se enfrasca en una discusión, motivada por que este le reclama haberlo dejado. Durante la discusión la mujer le manifiesta a su excompañero: *“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 excompañera, causándole la muerte. Posteriormente se apunta a la cabeza con la misma arma y dispara, ocasionándose 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, aunable 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 excompañera, de ahí 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 (lo usual siendo una persona que no es anormal), pudiendo diferenciar el carácter ilícito del acto, distinguir lo bueno de lo malo, y 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, ello no pasaría de ser una suposición, por cuanto el sujeto no tenía antecedentes de lesiones cerebrales ni de alteraciones mentales previas.

²⁵⁴ Tribunal de Casación voto n°. 2005-394 de las 11:10 hrs. del 10 de mayo de 2005.

-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, toda vez que al momento de los hechos, ofendida e imputado tenían ya cinco meses de no convivir, de manera tal que, 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. Aún el 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 estudiado²⁵⁵.

-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 y agredió a **A**, provocándole 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 topa con **B**, quien se encuentra en un local comercial atento a un juego de fútbol. **B** ofende de palabra a **A**, quien se mantiene cerca de ese sitio. Quince minutos después de lanzada la ofensa verbal, **A** se acerca a la baranda del local, saca el arma de fuego y dispara contra **B**, quien no se percata de lo que ocurre, causándole 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 atrás; b).- Según la pericia forense,

²⁵⁵ Sala Tercera, voto n.º 2003-832 de las 9:35 hrs. del 26 de septiembre de 2003.

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 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 ha 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 el 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 que 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 pudiera 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 sólo 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, 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 reenvío²⁵⁶.

-Síntesis: Durante su vida marital, una pareja experimentó una serie de fuertes conflictos, como parte de los cuales el hombre mostraba una conducta agresiva y violenta contra su mujer, a la cual constantemente maltrató. A raíz de dichos conflictos, la pareja se separa. Tres meses después de la separación, los excónyuges 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

²⁵⁶ 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, ello 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, ello 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**.

verbalmente, elementos todos éstos 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 en que 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, que permita, razonablemente, atenuar un homicidio. Entonces, 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, en el cual 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 diga que existe emoción violenta, haría que esta atenuante se convirtiera 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 violenta²⁵⁷.

²⁵⁷ 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 recalcado 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

-Síntesis: Un sujeto (A) le pide a otro (B) que lo acompañe a realizar una diligencia, pero el vehículo en que viajaban se atascó. 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” 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, donde logra propinarle varios golpes a B con ese mismo palo, dejándole descubierta parte de su masa encefálica, quedando B 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, causándole la muerte. Inmediatamente A hizo abandono de la escena, pasando posteriormente por ese mismo lugar, sin constatar si B estaba vivo o muerto. El defensor de A alegó en defensa de este que actuó bajo estado de emoción violenta.

-Decisión del Tribunal: La Sala Tercera confirmó la sentencia condenatoria por homicidio simple, por cuanto no se observan circunstancias que hicieren 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 pudiera 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 revolver de la funda para dispararle tres veces, lo cual resulta ser a todas luces un exceso en la

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, No. 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 justifique 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 [...]”

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, ponen 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, condiciones que no se cumplieron en este caso, por lo que se rechazó la tesis de defensa²⁵⁸.

-Síntesis: En horas de la madrugada, un sujeto llega 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 abalanza contra la mujer y le golpea 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 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 manifestó a otras personas que se encontraban en el prostíbulo que sentía miedo. El sujeto pateó violentamente la puerta del local y entra de nuevo. Ante tal situación, la mujer se dirigió a la parte interna del bar, donde tomó un revólver y en el 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 causándole la muerte.

Al practicársele el examen mental a la imputada, este arrojó como resultado que dicha mujer tenía antecedentes personales patológicos, contando con expediente clínico en el Hospital Psiquiátrico "donde se anotan dos internamientos...el primero...con diagnóstico de egreso: Personalidad histérica —Subestructura Ezquizo— Afectiva. Intento Suicida..." (ver. fl 93 fte.); la impresión diagnóstica: "*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

²⁵⁸ Sala Tercera, voto n.º 344-F-96 de las 9:35 hrs. del 5 de julio de 1996.

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, siendo 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, toda vez que 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 este 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 violenta²⁵⁹.

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.

²⁵⁹ Sala Tercera, voto n.º 323-F-96 de las 9:20 hrs. del 28 de junio de 1996.

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.

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 en que 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 manera que 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, de ahí 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 el de 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 el cual 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 aplicarse, por analogía, las reglas del exceso, cuando el agente yerra en cuanto a la existencia de una situación objetiva justificante, y a causa de 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 dice, 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, conforme 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 a 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 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 correlativo²⁶⁰.

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, de acuerdo con 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

²⁶⁰ 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.

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 prohibición²⁶¹.

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 contemplan 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:

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.

²⁶¹ 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.

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, véanse 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 acostumbra 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 de 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, que 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 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, al haber laborado el imputado por mucho tiempo en dicha actividad, para la compañía de su hija, y nunca haber 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*", siendo por ello el artículo 35 del Código Penal 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 vencible²⁶².

-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, que 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

²⁶² Tribunal de Casación, voto n.º 2003-473 de las 10:45 hrs. del 29 de mayo de 2003.

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 que lo hizo, violatoria del deber de cuidado, al aplicar un medicamento del cual sabía que no estaba autorizado institucionalmente para uso ginecológico, y 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, existiendo todo un procedimiento interno administrativo para que un galeno lo prescribiera 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, de allí que 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, que 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 requiere 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 modo tal que, 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 tan 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, de allí que 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 nacimiento²⁶³.

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 se da 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, el 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, de darse, 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–).

²⁶³ Sala Tercera, voto n.º 2001-791 de las 10:10 hrs. del 20 de agosto de 2001.

Este error se presenta, entre otros supuestos, cuando el autor considera cualquier tipo de defensa como permitida, o cree que puede echar mano a 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.

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 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 motivó que en diferentes oportunidades **A** amenazara de muerte a **B** por vía telefónica, así como también que pasara 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 esta última que “de esa noche no pasaría” y acto seguido se dirigió hasta la vivienda de **B**, a la que 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 maté*”. 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 lo que hizo fue empujar al hijo de **B** diciéndole “quitáte porque también a vos te mato”, haciendo un ademán de sacar algo de entre sus ropas, situación frente a la que **B** disparó contra **A** impactándolo 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, no fue esta conducta la que 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. Sin embargo, 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 penal²⁶⁴.

-Síntesis: **A** y **B** suscriben 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, omitiendo pagar el respectivo monto por concepto de alquiler, ante lo cual, 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, el que 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** interpone una denuncia por retención indebida, y se le notifica a **A**, por parte de la fiscalía, la prevención de devolución de bienes. Por consejo de su abogado, **A** desatiende 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 formulan 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 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, o sea, cuenta con la característica de la

²⁶⁴ Sala Tercera, voto n.º 2001-831 de las 10:42 hrs. del 24 de agosto de 2001.

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). Sólo cuando este estudio está 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, de allí que 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 lo fue en 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 de considerar que el error era vencible)²⁶⁵.

3.2.4.- Error de comprensión culturalmente condicionado

Tal y como se indicó supra, a partir del voto N.º 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 manera que 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, esto es, 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).

²⁶⁵ Sala Tercera voto, n.º 2006-176 de las 15:15 hrs. del 6 de marzo de 2006.

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, entre 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).

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 ello, **el juicio de reproche no puede ser igual para todos los hombres**, de ahí que 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 hagan 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, por que 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 en que 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 los interiorice, que los 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.

Estas consideraciones fueron utilizadas por la Sala Tercera, a propósito del conocido caso de dos padres de familia cuya militancia en un grupo religioso particular les 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 el 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 quitara 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 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 lo que, 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 las cosas, 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**, por lo que 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 prisión²⁶⁶.

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 en los que 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, se encontraba 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 **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 en los que 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”

²⁶⁶ Sala Tercera, voto n.º 561-F-93 de las 9:45 hrs. del 16 de abril de 1993.

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, en estos casos, 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 náufrago que, para salvar su vida, empuja al mar otro náufrago, 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 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 es víctima de violencia doméstica en sus diversas manifestaciones (psicológica, física y verbal) por parte de su esposo, al punto de denunciarlo ante el Juzgado de Violencia Doméstica, donde consigue que se ordene al agresor el 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 regresa a la casa, la mujer, obedeciendo peticiones directas de su esposo, preparaba y entregaba 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 *“síntomatología 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, respecto al cual, 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 de estar ausente alguna de estas dos capacidades, o bien, de tenerlas 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, debiendo 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, como también debía tomarse en cuenta la hipótesis prevista en el numeral 38 ibídem, que exime 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 delito²⁶⁷.

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

-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 ese nuevo bebé a una familia, a lo que 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 entregarles su bebé. Con el propósito de evadir los trámites de

²⁶⁷ 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, no siendo posible reprocharle su acción, ya que no es verosímil exigirle una conducta diversa conforme a sus circunstancias particulares.

adopción del PANI y 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 falso, haciéndose pasar por esposa del padre adoptivo del niño, y posteriormente procedió a registrar al referido menor con los apellidos de sus nuevos padres, insertando datos falsos en el acta de nacimiento, con lo cual alteró el estado civil de este y lo alejó de sus orígenes. La madre biológica del niño es denunciada por el delito de alteración de estado civil (artículo 182 del Cód. Pen.). 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, 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, condiciones que, 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 por ella no permitía admitir, de ninguna manera, que desconociera que el procedimiento fraudulento empleado en la suplantación de identidades fuera ilegítimo, lo que impedía aplicar el error de prohibición, amén de que las condiciones enfrentadas por la acusada no contenían los elementos que configuran 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, dando el 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 descritos²⁶⁸.

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.

3.3.2.- La obediencia debida

²⁶⁸ Tribunal de Casación Penal, voto n.º 212-F-96 del 18 de abril de 1996.

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).- Que la orden impartida no sea una abierta **acción punible**.

Esta causal exculpante se caracteriza, entonces, por la existencia de un mandato que dirige la voluntad del agente, razón por la cual 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 den estas circunstancias: a) Que la orden tenga por objeto la realización de **actos evidentemente extraños** a la competencia del inferior; y 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, causando 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, entre 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 lo que 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**, aspecto que ha de 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 concreto. Desglose de la pena por delito. No olvidar que se deben aplicar las normas del 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, 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 (entre 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. Recuérdese que las condiciones personales del sujeto también podrían permitir la disminución del juicio de reproche, especialmente en el caso de menores de edad, cuando que 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 ha de 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 familiar²⁶⁹.

²⁶⁹ 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 a quien 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.

Ocurre sin embargo que, 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 quien realiza el hecho por sí, quien realiza el hecho sirviéndose de otro y quien realiza el hecho conjuntamente con el autor.

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 liberae 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, que detallaremos más adelante.

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

Se ha dicho 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 autoría²⁷⁰.

Como señalamos, la discusión y el desarrollo de diversas teorías para establecer el criterio más adecuado para definir la autoría parece interminable; todas constituyen construcciones científicas que pretenden conceptualizar 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**, que entiende 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 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 delitos²⁷¹.

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.

²⁷⁰ 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 mayo de 2006). Como excepción podría señalarse el caso del cohecho y la penalidad del corruptor.

²⁷¹ 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 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 sólo 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 dice 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.

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**”. 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 cuanto a 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 manera que, 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 del 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 manera que aplicar la teoría del dominio del hecho tiene como propósito desentrañar quién “realiza” el hecho. Más bien pareciera 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 insuficiente²⁷².

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 desarrolla 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 encuentra junto con una amiga en las inmediaciones de una escuela, cuando son interceptadas por un grupo de seis mujeres, entre las cuales se

²⁷² 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, n.º 2004-569 de las 11:35 hrs. del 21 de mayo de 2004.

encontraban **A** y **B**, quienes procedieron a llamar a la ofendida y, acto seguido, la rodearon, procediendo una de las mujeres, cuya identidad no se logró determinar, a ponerle 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**, dándose todas las asaltantes 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 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, de allí que, aun cuando estas últimas, personalmente, no hayan utilizado el arma mediante la cual 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, utilizando 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 delito²⁷³.

-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 detiene el vehículo intempestivamente y se ve obligado a retroceder, quedando el camión atascado, por lo que los tres ocupantes deciden 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 de lo cual 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

²⁷³ Sala Tercera, voto n.º 2000-785 de las 10:45 hrs. del 7 de julio de 2000.

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. Al verse descubiertos, **D** optó por abandonar el camión y abordar el vehículo doble tracción junto con los otros sujetos, y tras decirle 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 las cosas robadas 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 hecho 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 funciones²⁷⁴.

²⁷⁴ Sala Tercera, voto n.º 2006-112 de las 14:50 hrs. del 20 de febrero de 2006.

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 en los cuales la Teoría del Dominio del Hecho no resulta aplicable, por cuanto no podría decirse que el autor tiene el dominio del hecho, como el caso de los delitos culposos, en los que, dada su naturaleza, el agente no dirige ni decide su conducta orientada a la finalidad típica. En estos casos, el criterio para decidir quien es autor corresponde a la violación del deber de cuidado y se basa en la causación del resultado. De tal forma que 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 pena²⁷⁵.

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 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, que son aquellos cuyo injusto típico sólo 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 excluye tanto la autoría mediata, como la coautoría de quien no ejecute personalmente la conducta.

²⁷⁵ Sala Tercera, voto n.º 2000-127 de las 9:40 hrs. del 4 de febrero de 2000.

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, sólo ha de responder como partícipe.

Acerca de este tema, la Sala Tercera ha señalado que con la reforma mencionada se incluyó 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 partícipe²⁷⁶. 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 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

²⁷⁶ 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.

los sujetos que, conforme a la teoría material objetiva del dominio del hecho actúen a tal título, posean además las calidades personales constitutivas de la infracción²⁷⁷.

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 idean 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, a lo interno de sus competencias administrativas individuales, idearon girar cheques de la cuenta corriente de la entidad estatal en que 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, las 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, siendo que cada uno de ellos, en razón de sus cargos, 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 las cosas, siendo 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

²⁷⁷ Sala Tercera, voto n.º 2003-776 de las 11:25 hrs. del 9 de septiembre de 2003.

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 “*intraneus*”), 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. Siendo ello así, 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 en que se hallaban los dineros depositados en la respectiva cuenta bancaria, los que 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 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 [...]” (Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, Editorial Espasa Calpe, S.A., 20.^a edición, 1984, página 29), la que 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 peculado²⁷⁸.

²⁷⁸ Sala Tercera, voto n.º 2003-776 de las 11:25 hrs. del 9 de septiembre de 2003.

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

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) algunos de los cuales 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. Esto es, 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. 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 a 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

Aquí 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, el 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 producto²⁷⁹.

²⁷⁹ Sala Tercera, voto n.º 2004-19 de las 9:10 hrs. del 23 de enero de 2004.

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, que 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 (caso del médico que puede extender certificados médicos, pero, por no estar en el lugar, en el momento en que debe firmarse el documento, y 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, 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, cuando se genera un supuesto de defensa putativa que provoca un disparo contra una persona.

Los casos en los que 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: 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 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 mediante 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 otro²⁸⁰.

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 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, en que solo puede ser autor quien reúna la calidad exigida por el tipo penal.

²⁸⁰ Sala Tercera, voto n.º 2005-1135 de las 10:05 hrs. del 30 de septiembre de 2005.

Si se presentan supuestos de exceso, debidos a error en el instrumento, ello no afecta 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. Sólo 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 en que vivía, la cual realizaba a distintos adictos del lugar utilizando para ello a su esposo, quien sufría serios problemas mentales, consecuencia de los cuales 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 determinante será el autor mediato, con un dominio sobre aquel otro a quien determina para realizar la acción ilícita. Para la Sala Tercera esto es así, porque –citando al Dr. Castillo González– el ejecutor no comprende el contenido injusto de la conducta y, por eso, 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 determinante 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 determinante o autor mediato. Esto es así porque –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 determinante 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 determinante) 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 dicho, se encuentra suprimida) y sólo 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 debía analizarse si la determinación de realizar la conducta ilícita proviene de la propia decisión del inimputable o 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 en la que 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 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 siquiera una acción (en sentido normativo) penalmente relevante, ya que no puede dirigirla, precisamente por estar esa conducta 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 ello 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 eso, 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, no resultando necesario imponerle una medida de seguridad por las razones arriba expresadas²⁸¹.

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 le imputa a los demás como propio.

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.

²⁸¹ Sala Tercera, voto n.º 2005-1135 de las 10:05 hrs. del 30 de septiembre de 2005.

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.

Tómese como ejemplo de lo anterior los siguientes casos:

-Síntesis: **A**, **B** y **C**, luego de idear un plan para dar muerte a un ofendido, se dividen 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, según la distribución de labores asignadas, a **B**. 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 (anotándose por parte de **B** 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. **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. Ello porque un delito es un acto preparativo, y realizar 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 que no fueran descubiertos mientras lo realizaban, y 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 de hecho 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. De ahí que 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 que ninguna autoridad pudiera aparecer en la oficina mientras los sentenciados salen a secuestrar al ofendido, etc.), todo lo cual constituyó una acción necesaria y de comisión para la ejecución del delito, llegando **B** a poseer absoluto dominio del hecho, dado que podía frustrar dicha acción fácilmente de haber querido hacerlo. Finalmente, aun cuando **B** no estuvo presente en el momento en que se dio muerte al ofendido, ello 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 funcional²⁸².

-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 exigiéndole 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, causándole la muerte sin haber podido despojar a las víctimas de sus pertenencias. **A** y **B** fueron condenados por tentativa de robo agravado, pero 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 tomó 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

²⁸² 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 el 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 tanto 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).

respecto a que no existe el delito de homicidio porque fuera otro de los sujetos que participó en el robo quien 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 sólo 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 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 funciones²⁸³.

-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**, en donde **A** se baja, procede a forzar una de las entradas de la vivienda e ingresa a esta, apoderándose de los bienes que ahí se encontraban. Mientras esto acontecía, **B** permanece sentado al volante del vehículo, vigilando que no se acercara nadie al sitio. No obstante, los sujetos fueron descubiertos por los vecinos, quienes atravesaron 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** fue 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, sostiene que estos fueron

²⁸³ Sala Tercera, voto n.º 2005-120 de las 14:20 hrs. del 28 de febrero de 2005. Con ocasión de un caso en el cual una mujer fue interceptada por unas 15 personas (entre las cuales se encontraba **X**), las que 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 logre 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 lo anterior, 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.

producidos culposamente, al tratar de huir el imputado para no ser golpeado por los vecinos, 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 éstos ni que dispusieran de ellos. En la realización del hecho delictivo 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 en que se trasladaron hasta la residencia del ofendido, y mientras su compañero se apoderaba de los bienes, **B** vigila para que el plan no se vea frustrado; cuando son descubiertos realiza 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, logrando 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. Para 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 consumó²⁸⁴.

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 que tampoco surge por la circunstancia de que el 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 estaba dedicando 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 colaborador

²⁸⁴ 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.

confidencial, las que 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, logrando 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”, las cuales se cancelan con billetes marcados previamente, y acto seguido **A** le entrega a **B** –que se encontraba 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 dichos. Al efectuarse ese mismo día el allanamiento en las casas de habitación de **A** y **B**, en la vivienda de este último se encontró, 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 en el cual este guardó el dinero producto de la transacción recién realizada con el colaborador confidencial, mismo 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, de donde 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 policial²⁸⁵.

-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, despojándolo de los bienes de valor que mantenía en dicho local, mientras que **A** se quedó 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.

²⁸⁵ Sala Tercera, voto n.º 2005-80 de las 9:50 hrs. del 11 de febrero de 2005.

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 fuego²⁸⁶.

-Síntesis: Una pareja de esposos mantenían un negocio en su casa de habitación de venta de drogas a consumidores. 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. **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 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 sólo 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

²⁸⁶ 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.

de todo lo que acontece, con disposición de la droga, los implementos y el dinero, así como ejecutando materialmente la acción de vender), que a **B**, drogadicto que lo que hacía era permanecer en la calle, abordar 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 aquellos²⁸⁷.

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

3.3.1.- Características y requisitos de la coautoría

a.- Dominio común del hecho: A diferencia de la complicidad, en la que hay voluntad de ayudar al autor, en la coautoría hay voluntad propia del fin propuesto. Sea que, 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 ejecución²⁸⁸.

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. 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, 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

²⁸⁷ Sala Tercera, voto n.º 2002-312 de las 10:40 hrs. del 5 de abril de 2002. En el mismo sentido, votos n.º 2004-959 de las 9:05 hrs. del 13 de agosto de 2004 y n.º 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.

²⁸⁸ Tribunal de Casación, voto n.º 2003-274 de las 11:30 hrs. del 31 de marzo de 2003.

ejecución. Sin embargo, deben considerarse los casos en que 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, 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 funcionario²⁸⁹.

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 sobrevenir 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, esto es, que la acción consumada de “vender” puede prolongarse en el tiempo o, dicho en otras palabras, continuar consumándose por un lapso más o menos prolongado. Esto quiere decir, por ejemplo, que 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 diferentes consumidores, **en realidad cometen un solo delito de venta de drogas al consumidor**, pues por “venta” no solo se ha de entender la acción y efecto de vender, sino también la actividad en sí de vender²⁹⁰.

²⁸⁹ 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.

²⁹⁰ 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

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.

g.- La actividad de unos podría ser comisiva y la de otros omisiva. Ejemplo: caso de una financiera en la que varios de sus empleados cometieron una defraudación, al introducir en la computadora 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 la 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, lo que resulta de especial importancia en lo referente al tema de las circunstancias agravantes previstas en la Ley de Psicotrópicos²⁹¹.

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.

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).

²⁹¹ Sala Tercera, voto n.º 2005-352 de las 9:30 hrs. del 29 abril de 2005.

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 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 a 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, ocasionándole 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 homicidio²⁹².

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 estudiaba, cuando observa a **B** y a tres sujetos más en una esquina. Debido a que conocía de “vista” a **B**, el ofendido se acerca a saludarlo, situación que aprovechó **B** para quitarle la gorra y pasársela a uno de los sujetos que lo acompañaban. 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 mantenía aproximadamente a dos metros de distancia, vigilando que nadie se acercara. Luego de despojarlo de sus bienes, los cuatro sujetos se dan a la fuga, el ofendido se aleja del sitio y logra dar aviso a la policía. Luego de efectuar la búsqueda de los sujetos, uno de ellos es detenido por la policía, lográndose recuperar únicamente la gorra y la billetera. En defensa de **B** se argumentó que nunca se probó que este hubiese tenido la intención o voluntad para asaltar al ofendido, y no señaló el Tribunal de dónde extrajo 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.

²⁹² 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.

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 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 actuar 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; ello además de haber iniciado el *iter* que permitió su consumación²⁹³.

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 en que **A** y **B** hurtan un caballo. **A** quiere dejarse para sí el caballo, mientras que **B** sólo 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 *iter criminis*, la fase de agotamiento del delito es importante porque la participación criminal puede tener lugar mientras no se ha 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 fines 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

²⁹³ Sala Tercera, voto n.º 2003-596 de las 10:20 hrs. del 18 de julio de 2003.

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, siendo autor del mismo quien tiene poder de decisión, esto es, 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 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**, dándose una distribución funcional con dominio del hecho perpetrado, por lo que efectivamente resultó ser coautor del delito²⁹⁴.

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 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, que 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 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

²⁹⁴ Sala Tercera, voto n.º 2002-1267 de las 9:55 hrs. del 13 de diciembre de 2002.

- 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, que no se había fijado en una persona que estaba cerca de la policía, mata a esta persona, 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 sólo 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, es suficiente 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 que 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 al acordado cometido por otro partícipe. De acuerdo con este artículo, el partícipe responde cuando haya tenido, respecto del hecho distinto al 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 requiere 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 con ocasión del 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 ya que 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. De esta forma, 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 evento²⁹⁵.

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**). El sujeto se entera que su mujer está embarazada, se enfurece y decide por

²⁹⁵ 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 regula 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”.

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 un médico con el que acuerda practicarle un aborto a su esposa, llevándola a una cita con este. Al ser examinada, la mujer se quejó de dolor en su vagina, por lo que el médico indicó al sujeto que su esposa no resistiría aborto sin dolor, ante lo cual le recomendó a otro médico que practicaba 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 conversó con el médico sin la presencia de su mujer, diciéndole que esta sí se realizaría el aborto ahí. Acto seguido, el sujeto le ordenó a su esposa que ingresara al consultorio, donde el médico, conociendo la ilicitud de su proceder y sin consultar a la ofendida si estaba o no de acuerdo, procedió a realizar el aborto. Para hacerlo, el médico le pidió que se acostara en la camilla ginecológica, indicándole que abriera las piernas, de seguido le colocó una crema para dilatar el útero, acción que provocó fuerte dolor a la ofendida, la cual en ese momento gritó, pero fue callada en el acto por su esposo, pues podría ser escuchada por la secretaria. Luego de esto, el médico continuó con su labor e introdujo la tijera en el útero de la ofendida, extrayendo prematuramente el embrión, de seguido colocó dichos restos en una bandeja y después se dirigió al baño, donde los eliminó al tirarlos al inodoro y halar la cadena. Tiempo después, el sujeto le dice a su esposa que iría a visitar a un amigo, manifestándole esta última que deseaba acompañarlo, lo que enfureció a su esposo, quien en ese momento tomó el cable del cargador de un teléfono celular, y golpeó 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 éste 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, aún 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, que ella expresara su oposición a realizarse el aborto que sufrió, razón por la cual 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, 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 sólo lo 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, toda vez que, aunque la interrupción del embarazo la realizó 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, fue lo que permitió, en el caso concreto, la muerte del feto mediante la intervención del médico, siendo este 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 está descartada 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 alguien²⁹⁶.

-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 cédulas de identidad y pasaportes –extraviados o sustraídos– de ciudadanos costarricenses, para entregarlos a **C**, de modo que esta a su vez, los entregara 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. Ahí atendía personalmente a los interesados, quienes se presentaban con una cédula de identidad de algún ciudadano costarricense a la que 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

²⁹⁶ 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.

documentos a ser 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. De ser necesario, **A** se encargaba de colocar la imagen y obtener las fotocopias necesarias 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**, logrando 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 le pagaba a **A** y **B** una suma por cada documento suministrado o tramitado a través de este modus operandi, quedándose **C** 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, estos 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** sólo 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 ganancias, o se trata 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 paga un dinero como corruptor para que aquel realice 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 delincuencia, 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 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, hacía que las falsificaciones fueran posibles, al nutrir ella de la materia prima necesaria para dar la apariencia de que las cédulas eran auténticas. Aunado a lo anterior, **B** conocía el destino de los documentos y la manipulación a la que serían sometidos, siendo posible atribuirle las falsificaciones, pues estas se verificaron con la colaboración activa de cada quien: **C** contactando a los interesados y cobrando abundantes ganancias; **B** manteniendo en reserva documentos de identidad verdaderos para su posterior alteración fotográfica y **A** tramitando y entregando 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. Esto es así porque el resultado final dependía de la contribución imprescindible de cada uno de los involucrados: uno aportando cédulas originales, otro falsificando pasaportes y **C** ejecutando 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 definatorios de la coautoría.

Así, debía 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 eso, 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, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido.** A ello cabía 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. Así las cosas, 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 protegidos²⁹⁷.

²⁹⁷ 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 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

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), a cuya realización el partícipe contribuye.

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 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, haciéndoles 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".

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.

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, de ahí 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 propinó 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** propina una gran cantidad de estocadas a **C**, a pesar de los ruegos de este para que no lo matara, muchas de las cuales estuvieron calculadamente dirigidas a zonas no vitales de su cuerpo, hasta que finalmente **C** falleció. **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. O sea, 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 *animus 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), esto es, no había indicios de que su colaboración apuntara más allá del solo homicidio²⁹⁸.

4.2.- Accesoriedad de la participación

²⁹⁸ Sala Tercera, voto n.º 2003-406 de las 9:25 hrs. del 23 de mayo de 2003.

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 es el 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, 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 comprobar la comisión de un tipo de injusto, en el cual, la colaboración es accesoria.

La participación es accesoria, 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 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, esto 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 sólo 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 punible²⁹⁹.

La inducción o instigación se caracteriza porque una persona incita, impulsa, hace surgir en otra (inducido o instigado) 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, 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.

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

²⁹⁹ El artículo 37 del proyecto de nuevo código dispone que “*Es instigador quien dolosamente determina a otro a cometer la conducta punible*”.

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 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 exigiere (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)³⁰⁰.

c.- La acción del inductor debe producir la resolución de cometer el hecho en el autor principal, 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.

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, por considerar el Tribunal de Juicio 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, por considerar 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.

³⁰⁰ En este sentido, ver voto de la Sala Tercera n.º 2004-1188 de las 10:06 hrs. del 8 de octubre de 2004.

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, pues 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 lo anterior, 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 instigación³⁰¹.

e.- El instigador debe carecer del dominio del hecho, ya que si lo tiene sería más bien coautor.

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 accesoria**.

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

³⁰¹ Sala Tercera, voto n.º 2003-962 de las 12:05 hrs. del 22 de septiembre de 2003.

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 (personas que 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, logrando 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 y disparó contra el grupo, causando la muerte de 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, lesionándolo por la espalda y dejándole 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, dejándole 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. **B** se encontraba decidido a utilizar el arma de fuego, pues por las características tan peculiares de ese instrumento, es decir, 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 disputan judicialmente los ofendidos, en tanto quien lo acompañaba en el momento de los hechos era 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 recibe la instrucción de aquel, que el peón lo hace. De haber estado motivado a darle muerte a alguien, **B** no hubiera esperado la orden de **A**.

Siendo así las cosas, para la Sala **A** hizo surgir en **B** la idea de cometer 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 *animus necandi*, para lo cual utilizó una poderosa e ilegal arma de fuego³⁰².

-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, desplomándose 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, alertó a su hermano y le gritó “*mátelo, mátelo*”, por lo que el menor realizó varios disparos contra **B** hiriéndolo mortalmente. Luego de verificar la muerte de **B**, los hermanos regresan a donde se encontraba **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, siendo **A** 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 descritos, era claro que el imputado mayor de edad no se limitó a acompañar a su hermano, sino que le gritó que diera muerte a **B** –resultado que obtuvieron– y luego juntos propinaron puntapiés a **A**, por lo que su intervención en las acciones lo fue a título de coautor, con pleno dominio

³⁰² Sala Tercera, voto n.º 2000-248 de las 10:50 hrs. del 7 de marzo de 2000.

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.

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, todo 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 consumir 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), acto que 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 encaminadas a 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, circunstancia que, 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 dicho imputado no se encontraba armado, el que portaba el arma era el menor, razón por la cual el encartado no podía realizar la acción por sí mismo, de ahí que 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 existió un plan y un acuerdo para acabar con la vida de **B**, aspecto que se reiteraba en otros apartes del fallo, e 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 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, acorrallar 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 intentan 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, permitía 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 hecho³⁰³.

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 punible³⁰⁴.

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.

³⁰³ Sala Tercera, voto n.º 2004-1448 de las 11:46 hrs. del 17 de diciembre de 2004.

³⁰⁴ 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*”.

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 manera que 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 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.

Esto 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 descrita³⁰⁵.

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, y 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, cuando pese a no darse la contribución, el suceso se habría realizado de todas maneras (complicidad 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 el 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 demostrado³⁰⁶.

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 pueden 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

³⁰⁵ Sala Tercera, voto n.º 2002-581 de las 10:05 hrs. del 21 de junio de 2002.

³⁰⁶ Sala Tercera, voto n.º 301-F-94 de las 9:25 hrs. del 5 de agosto de 1994.

es posible sintetizar que, sin el dolo del autor o autores principales, no existe la participación, pues así lo exige el principio de accesoriedad 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 ocasionara una lesión física y hasta la muerte de una persona. Por lo anterior, no sería posible, por el principio de accesoriedad de la conducta del partícipe, eludir, reducir o de otra forma eximir de la participación criminal al cómplice en los hechos principales ocurridos y sus resultados, esto es circunscribiendo la conducta del partícipe solo al delito de robo agravado, porque 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, amén de que la colaboración del cómplice para la ejecución del delito aumenta el riesgo o las probabilidades de que este se realice³⁰⁷.

Como ejemplo puede analizarse el siguiente caso:

-Síntesis: Un sujeto (**A**) armado con un machete, se abalanza en forma agresiva contra otro (**B**), que se encuentra desarmado, 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**, provocando que este último efectivamente detenga su ataque, se volteé 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, causándole 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 el **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 sólo 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 aquél le facilitó el arma a éste con el fin de contribuir en la ejecución del homicidio, lo que no coincide con los hechos descritos (Ello 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** sólo iba dirigida a que su hijo pudiese defenderse, y lo que sucede

³⁰⁷ 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.

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 el de hacer posible la defensa de su hijo, y su intervención no pasa de ser una simple ayuda para que **B** pudiese impedir la agresión que sufría, no pudiendo prever que su hijo, luego de repeler el ataque, iba a convertirse en el agresor. 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 atípica³⁰⁸.

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 solicitaron al chofer (**A**) la respectiva guía para ganado, recibiendo 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** 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, agregando además 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 ser el propietario del ganado que transportaban **A** y **B**, alegando 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, el 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**, en la cual 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 la cual el sujeto realiza la finalidad última que ha perseguido (v. gr. la venta de los bienes robados). Para 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

³⁰⁸ Voto n°. 2000-1186 del 13 de octubre del 2000

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 *iter 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. De no haber 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 desprendería con claridad una división de funciones, en la cual **A** y **B** materialmente se apoderarían de los semovientes, para luego llevarlos a una finca propiedad de **C**; todo ello 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** –que 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*³⁰⁹.

d.- El cómplice debe carecer del dominio del hecho: Si conserva dominio del hecho estaríamos en un posible caso de coautoría.

³⁰⁹ 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)" (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)”.*

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, toda vez que el agente no podría saber que la conducta de otro sujeto tendrá como consecuencia un resultado típico, por culpa³¹⁰.

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 en el que 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). 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)³¹¹.

4.4.2.2.- Otros antecedentes jurisprudenciales

-Síntesis: Un sujeto acuerda con su esposa que él daría muerte a la madre de esta. Un día, este sujeto se decide a 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.

³¹⁰ Sala Tercera, voto n.º 2003-1116 de las 8:55 hrs. del 5 de diciembre de 2003.

³¹¹ Sala Tercera, voto n.º 2001-885 de las 8:45 hrs. del 14 de septiembre de 2001.

-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, el que existiera 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, ello 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. 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 (la que 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, forma de intervención en el delito que 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 forma tal que 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. Aún 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 revele un plan de autor en el que los esposos compartían el dominio del hecho³¹².

-Síntesis: Una mujer acuerda con su esposo facilitarle a este último muchachas jóvenes para que abusara sexualmente de ellas. Para tal efecto, dicha mujer solicitaba 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. En una ocasión, habiendo invitado a una joven a quedarse a dormir a su casa, la pareja de esposos le dice a esta que se acuesten los tres en la misma cama. Durante la noche el esposo tocó libidinosamente a la ofendida, mientras ésta 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, pidiéndole la imputada 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, razón por la que 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, que 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 en el colegio 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 podía 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 que dicha imputada le dijera a la ofendida que no mencionara lo sucedido no motiva la condena, como tampoco el que las buscara para que se desempeñaran como empleadas domésticas: “[...] *en virtud de que la intención malévol 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. Tanto

³¹² Sala Tercera, voto n.º 2000-879 de las 9:25 hrs. del 4 de agosto de 2000.

sabía esta mujer lo que estaba haciendo su esposo, que después de que se cometían las agresiones sexuales le indicaba a la víctima que lo sucedido “*no era nada*”, pidiéndole 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 en el cual 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. Aunado a lo anterior, no es cierto que el artículo 48 del Código Penal establezca que sólo 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. Ella 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 punibles³¹³.

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

³¹³ Sala Tercera, voto n.º 2004-339 de las 10:20 hrs. del 2 de abril de 2004.

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, 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, que requiere que este preste ayuda o cooperación para la comisión de un hecho doloso antijurídico ajeno, de manera que 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 ello 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 ello 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 “intraeus” 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 son delitos especiales propios los de los funcionarios.

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.

La calificación de coautor, pese a posiciones diferentes, creemos que, de conformidad con la teoría del dominio del hecho, 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 a que, a 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 éste 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 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 las materiales que agraven o atenúen el hecho, solo se considerarán respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso.

Antecedentes jurisprudenciales

-Síntesis: **A, B, C, D** y **E** idean 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 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 no eran otra cosa que 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 éstos quienes formularan solicitudes de sobregiros ante el banco, y por supuesto, como el gerente y 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 el de 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, daban el “visto bueno” a esos cheques depositados, a pesar de que sabían que provenían de cuentas corrientes de otros bancos, de esa forma los montos de esos cheques no eran congelados, sino que se acreditaban como dinero efectivo al pago de sobregiros otorgados, resultando 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, de acuerdo con 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 trata de múltiples acciones delictivas realizadas por los acusados, que llevarían consigo una sobrecarga excesiva y desproporcionada para el tribunal sentenciador, porque la consideración conjunta de los hechos tenidos por probados constituye 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, siendo 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 co-autores, 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 habrá de 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 *intraneus* **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. Pese a que 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. De allí que 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 Penal³¹⁴.

-Síntesis: Un adulto se reúne con tres menores de edad, con quienes planea el robo de una vivienda. En esa reunión, el sujeto le 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), y así 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 de lo cual 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, iniciando un forcejeo entre este y los menores. Uno de ellos –precisamente el hijastro del ofendido– le dispara por la cabeza a su padrastro, causándole la muerte, para acto seguido sustraer sus pertenencias y huir del lugar. Posteriormente se trasladan donde el sujeto con que acordaron el robo, a quien le entregan el arma y las pertenencias sustraídas, llevándose a cabo una repartición del 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 otras cosas, 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 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 la 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, siendo 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). Lo anterior, porque 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”,

³¹⁴ 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.

pero no “constitutiva” (sino agravante) de la infracción, razón por la cual 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). Aunado a lo anterior, en la comunicabilidad de las circunstancias del artículo 49, el adjetivo plural “partícipes” debía 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 manera tal que solo se comunican al partícipe las “calidades personales” del autor conocidas por aquel (instigador o cómplice), y no al revés.**

Las circunstancias personales constitutivas de la infracción sí se comunican 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, conforme al 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, pues 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 dimanaba de su juventud–podían responder con la utilización efectiva del arma que él les suministró al efecto, contingencia anticipable, y no obstante la cual 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 ideal³¹⁵.

-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, 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; informar a la Junta Directiva sobre los resultados logrados en el desarrollo de los objetivos de cada una de las gerencias de área y 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 el firmar órdenes de pago en ausencia éste. **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.** Se ocupaba de controlar que los gastos que autorizara esta última tuvieran respaldo presupuestario, así como 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 el año 1995 **M.G.C.**, decidió que la empresa estatal participara en un plan de rescate de las canchas deportivas públicas en una provincia, que 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

³¹⁵ Sala Tercera, voto n.º 943-98 de las 16:16 hrs. del 29 de septiembre de 1998.

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 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 fuera 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 confeccionadas por los mismos partícipes del plan, y órdenes de pago –confeccionadas por ACL- para su respectiva aprobación, en algunos casos. En otros casos, **A.C.L.** y **J.Q.Q.** directamente solicitaron y aprobaron órdenes de pago y facturas. Cumplidos estos requisitos formales, presentaron los documentos ante 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 de lo cual les pedían el dinero; en otros casos les pedían la devolución del cheque ya endosado y en otros 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 otros casos 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 algunos casos los imputados no lograron convencer a los beneficiarios de que les entregaran el dinero ni el cheque, casos en que las asociaciones sí recibieron el importe total de la suma girada a su favor, pero aun en esos casos 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, siendo 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 solicitud por escrito y la cédula jurídica, pero 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 solicitando 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, donde firmó el comprobante de pago y el recibo por dinero mediante el cual hacía constar que el Comité Distrital de Deportes y Recreación había recibido de la empresa estatal la citada suma de dinero. Luego de eso **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 entregar 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 lo realizó **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 pintó 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, siendo dineros públicos que 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 las cosas, 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 No. 565-F-94 de las 16:15 horas del 12 de diciembre de 1994). Se alegaba además, 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”, siendo ahí 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, siendo que 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.** le presentó a 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 tener 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.**, no obstante conocer 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 distingo 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 No. 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 diciendo 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 No. 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 no tener él 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 sólo figuró como cómplice y en segundo lugar porque el tipo penal no prevé ese requisito ni siquiera para los autores del peculado³¹⁶.

6.- Problemas de determinación de autoría en delitos de delincuencia organizada y económica empresarial

Cuando el delito es cometido no solo 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 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, 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.

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.

³¹⁶ Sala Tercera, voto No. 2006-700 de las 9:45 hrs. del 7 de agosto de 2006

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, sino 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 los cuales 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 lo cual **se les trata como coautores de un mismo delito**, independientemente del nivel de jerarquía que puedan ostentar dentro de la organización³¹⁷.

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. De ahí que no se pueda situar el centro de la responsabilidad por autoría solo, o de manera principal, en el último eslabón de la

³¹⁷ 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.

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.

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.

SEXTO MÓDULO

ITER CRIMINIS

1.- El *iter criminis*

2.- Fases del *iter criminis*

- 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 *iter criminis*

Algunos autores consideran que el tema del *iter criminis* debe ser analizado en el momento en que se analiza 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 el que 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 manera que 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 *iter criminis* 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 *iter criminis*

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 terceros³¹⁸.

2.1.- Fase interna

a.- Ideación: Se refiere al instante en que 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.

c.- Resolución delictual: Se decide llevar a cabo el propósito delictivo. Es el momento en el 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: 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.

³¹⁸ 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.

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.

Pero debe considerarse que, por ejemplo, aunque desde el punto de vista del plan del autor decidido a matar, sea ya 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**, de acuerdo con 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. De ahí que 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 de 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) el 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 le persigue ininterrumpidamente por parte de la fuerza pública, el ofendido o un grupo de personas, y se le detiene, recuperando íntegramente la totalidad de los bienes (delito frustrado); y iii) el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, aunque sea momentánea (delito consumado)³¹⁹.

Para ilustrar este punto considérense los siguientes ejemplos:

-Síntesis: Dos sujetos se acercan a una ofendida para arrebatarle una cadena que pendía 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, logrando que estas retrocedieran. No obstante, al sitio se presentaron dos oficiales de policía, quienes lograron detener a los imputados a poca distancia de donde se encontraban las víctimas, recuperándose el bien sustraído.

En defensa de los imputados se alegó que los hechos no constituían robo agravado, toda vez 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 desapropiados a la ofendida no llegaron a estar fuera de su esfera de custodia, ya que es de forma inmediata que se enfrenta a los imputados, mostrando uno de ellos el arma a ambas mujeres con la finalidad de consumir el delito que, en ese momento, aun se encontraba en su fase de ejecución, siendo 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 el agravante del robo. La utilización del arma no es una condición para el desapoderamiento, de manera tal que 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 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

³¹⁹ 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.

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 víctima³²⁰.

-Síntesis: En horas de la mañana, dos sujetos se apersonan a una casa de habitación con la intención de sustraer los bienes que se encontraban dentro. Al llegar a la vivienda, proceden a saltar por la tapia, logrando 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, y proceden a forzarla logrando torcer tres picaportes, los cuales lograron desajustar hasta poder abrirla. En el momento en que iban a ingresar, se percatan de la presencia del propietario dentro de la vivienda, 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 hacer efectivas sus facultades sobre la cosa, pero en el caso de estudio los sujetos no lograron siquiera entrar a la vivienda del ofendido, por ello 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 consumar 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 tiene 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. 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).

³²⁰ 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.

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, por las acciones de los imputados constituyeron actos típicamente dirigidos a consumir un propósito delictivo, el cual no se consiguió por causas ajenas a la voluntad de estos, de ahí que el delito quedó en grado de tentativa³²¹.

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 cometer lo, 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 el 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 e ingresado a la disponibilidad del perpetrador, lo que consumaba el delito³²².

En relación con esto mismo, 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 las cosas 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 diversa extensión, **desde lo momentáneo hasta lo permanente** y es una cuestión que en cada caso la han de definir los hechos³²³.

d.- Actos de agotamiento: Aquí se realiza la finalidad última que ha perseguido el autor. Esta fase es importante en relación con personas que, sin ser autores 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, 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

³²¹ Tribunal de Casación, voto n.º 2000-748 del 29 de septiembre de 2000.

³²² Sala Tercera, voto n.º 2005-611 de las 10:40 hrs. del 17 de junio de 2005.

³²³ Sala Tercera, voto n.º 2006-112 de las 14:50 hrs. del 20 de febrero de 2006.

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 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 principal³²⁴.

Otro ejemplo de la distinción entre consumación formal del delito y el agotamiento natural es el caso del delito continuo o permanente, en el cual 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 consuma cuando se priva de libertad a la víctima, pero se agota recién cuando esta cesa).

La fase de agotamiento del *iter criminis* 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 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

³²⁴ Sala Tercera, voto n.º 165-F-94 de las 9:30 hrs. del 20 de mayo de 1994.

quehacer humano.

Podríamos decir 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, en el que 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, que 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; lo que impide el castigo de la mera manifestación externa de la voluntad criminal y, en general, de los actos preparatorios en los que 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”, entran en contacto con una organización dedicada al tráfico internacional de drogas, pactando 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, interceptando 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, no siendo posible considerar como típico el simple acuerdo previo para traficar droga, pues ello, por sí solo, no constituía violación al bien jurídico tutelado, misma que 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 venta³²⁵.

-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, pudiendo entregarles la mercadería, pero para ello el comprador debía trasladarse a las inmediaciones del aeropuerto Juan Santamaría, sitio al que 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 introduciéndose 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 llama a una cuarta persona y le ofrece vender mercaderías en condiciones muy favorables, utilizando exactamente el mismo ardid. Sin embargo, este nuevo comprador sospecha de la oferta que se le hace, pues conocía los procedimientos, por ello contacta 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.

³²⁵ 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.

-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*. Lo anterior por cuanto –a criterio de la Sala– no todos los actos realizados por un estafador conducen a la realización del tipo penal, sino que muchos de ellos solo preparan a la víctima y tienen 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, organizándose 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 modo que el probable perjudicado no podía ser engañado, en razón de las condiciones en que se desarrolló la acción, de ahí que la conducta del imputado no llegó a cumplir con los requisitos de la tentativa punible³²⁶.

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).- Que ese dolo se manifieste mediante actos directamente encaminados a la consumación; c).- Que causas

³²⁶ 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.

independientes del agente impidan la consumación; d).- Que la consumación no sea absolutamente imposible, ya que en nuestro país se castiga 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, que 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**, de acuerdo con la cual, para distinguir entre 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 manera que, en concordancia con esta teoría, reiteramos que, en criterio de la Sala Tercera, para interpretar adecuadamente el artículo 24 del Código Penal habrá de 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, ello 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 la cual 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, conforme al cual, es la acción anterior a la acción típica la que constituye el acto de ejecución. (3) La acción con la cual 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 atípicos³²⁷.

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 persona menor, pues de los hechos descritos se desprendía 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; acción que 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 desprendía 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 juez³²⁸.

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.

³²⁷ Sala Tercera, voto n.º 2004-747 de las 10:35 hrs. del 25 de junio de 2004.

³²⁸ 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. La intención del agente no es necesario que 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 *iter 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, es que 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, que contravendría el principio de estricta legalidad, así como el de lesividad penal, al reprimirse peligros mucho más imprecisos y difusos que el propio peligro abstracto³²⁹.

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

³²⁹ 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.

para precisar el contenido de la voluntad del agente y ha de 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 eventual³³⁰, posición recientemente reiterada con ocasión del siguiente caso: tras ser invitado a salir de la actividad bailable en un salón comunal, debido a su mala conducta, un sujeto saca un arma de fuego –misma que portaba visiblemente en la cintura– con la que apunta directamente contra la persona que le está requiriendo salir y hala el gatillo, no disparando 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 permitió la entrada por parte de las personas ubicadas en la puerta, lo que hizo enfurecer al sujeto, por lo que se alejó de dicha entrada unos metros, sacó de entre sus ropas el arma que portaba y disparó al menos en dos oportunidades al aire y en una ocasión hacia las personas que se encontraban agrupadas en la entrada del salón comunal, producto de lo cual resultó impactada una mujer, a quien le provocó 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, causándole una lesión del plexo braquial derecho, por lo que fue incapacitada para realizar sus labores habituales por dos meses, quedando dicha ofendida con un debilitamiento persistente en 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 ello significaría sancionar al agente solo por haber aceptado en su mente la posibilidad del hecho.

³³⁰ Voto n.º 2002-777 de las 11:20 hrs. del 9 de agosto de 2002.

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, al disparar el imputado 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 sólo 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, toda vez 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 castiga como tentativa los casos donde la consumación es relativamente imposible.

En el caso de estudio, el imputado dirigió un disparo hacia el inmueble donde estaba una gran cantidad de personas, previendo 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, siendo una circunstancia ajena al encartado lo que 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 Penal³³¹.

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.

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, debe 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 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 conforman 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 reúnen en las afueras del local, lugar en el que se dividieron las funciones según el plan preconcebido, tras lo cual se dirigieron al negocio. Al llegar al sitio dicho, 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, las que llevaban desenfundadas, así como ocultando sus rostros con pasamontañas y pelucas, fueron interceptados por la policía, que 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.

³³¹ Sala Tercera, voto n.º 2006-312 de las 9:40 hrs. del 6 de abril de 2006.

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, esto es, 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 derivar de ellos 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 el 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 descienden del carro con las armas desenfundadas y apuntando, y se dirigen 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 la de sustraer bienes de la empresa, 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 y 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 de previo, ya el plan estaba en ejecución, el cual no pudo continuar por la intervención de la policía³³².

-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 y penetra en el hombro del ofendido, causándole lesiones que le 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 para 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, siendo que

³³² Sala Tercera, voto n.º 2002-490 de las 15:45 hrs. del 30 de mayo de 2002.

una causa ajena a la voluntad de aquel impidió la concreción de dicho resultado (querido y buscado), que la bala no impactó en la zona vital a la que iba dirigida.

Si bien el trauma físico sufrido por la víctima no hizo peligrar su vida, ello 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 debe hacerse no 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 hubiere 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 cuyo 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, siendo que 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 procurado³³³.

³³³ 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 en que se reitera esta posición es el No. 2007-193 de las 16:00 hrs. del 8 de marzo de 2007, en el que 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, 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

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 encontraba parcialmente desnudo y con el pene al descubierto, procurando penetrar a la ofendida en la vagina. A consecuencia de los gritos de la menor se acercaron dos hermanos de esta, los que con su presencia evitaron que el sujeto consumara el acceso carnal con la menor, abandonando de seguido el sitio.

La defensa del sujeto sostuvo que los hechos descritos no constituyeron tentativa de violación, sino abusos sexuales contra persona menor de edad.

La Sala Tercera confirmó la condenatoria por tentativa de violación, indicando que el poder distinguir en la violación el momento en que se inicia la ejecución del delito por

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 (...)” –(GÓMEZ 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 [...]”

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 que 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 modo que 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; y c) que el acceso carnal no se produzca 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, finalidad que no 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 violación³³⁴.

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.

³³⁴ 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 No. 2006-395 de las 10:00 hrs. del 5 de mayo de 2006.

Cuando la persona le 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, las 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 de no haberse presentado la circunstancia ajena a la voluntad del autor, el delito se hubiera 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).

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 el que no se da ninguna puesta en peligro del bien jurídico tutelado, por lo que sancionarlo, 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 que 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 ello, desde el punto de vista legal, la figura existe cuando sea **absolutamente imposible** la consumación del delito, esto es, cuando el sujeto activo realiza actos de ejecución **totalmente inidóneos** para producir el resultado delictuoso³³⁵.

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. Ejemplo: no puede cometer tentativa de homicidio quien, queriendo envenenar a su víctima con cianuro, sin saberlo, echa edulcorante inofensivo en su bebida.

b).- Sobre el sujeto: se da en los casos en que 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). 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. 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*, esto es, 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).

En vez de lo anterior, 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 forma tal que, 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, desviando 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).

³³⁵ Sala Tercera, voto n.º 560-F-93 de las 9:40 hrs. del 15 de octubre de 1993.

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, toda vez 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, procediendo en el acto a apuntar con dicha arma de fuego hacia la humanidad de la ofendida **B**, y disparar contra la humanidad de ésta, no logrando impactarla debido a que los ofendidos **D** y **E**, tratan de arrebatarse 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 luego, el imputado procede a dispararle con esa misma arma de fuego a la ofendida **C**, logrando impactarla en la pierna izquierda, e inmediatamente después, acciona dicha arma de fuego con ánimo homicida hacia la humanidad del ofendido **Z**, quien pretende intervenir en ayuda de ésta; pero no se dispara; siendo que en el momento en que el imputado 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, logrando de esta manera que no pudiera 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, ésta ya no tenía balas; siendo que 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, logrando de esta manera que no pudiera disparar nuevamente contra su humanidad, por lo que con respecto a este último ofendido no existía delito en el tanto 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. Así, no obstante que de los eventos acreditados se obtenía claramente la idoneidad del medio empleado, al punto que **A** ya había percutido el arma y herido a varias de las víctimas, y más aún, se describía en sentencia cómo es que la intervención de **Z** es la que impide que el justiciable no lleve 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 fiscal³³⁶.

En el medio costarricense, el caso más representativo es el de los denominados “**delitos experimentales**”. Se trata de situaciones en las que, 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, razón por la que 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. Ejemplo de ello son las compras de droga controladas por la policía, en las investigaciones por narcotráfico³³⁷.

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 en los que 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, haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer esta un peligro objetivo para el bien jurídico protegido).

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 sólo puede partir del interés de la protección del bien jurídico, de manera que no basta con infringir una norma ética, moral o divina, sino que es 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

³³⁶ Sala Tercera voto n.º 2006-1247 de las 9:55 hrs. del 11 de diciembre de 2006

³³⁷ 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.

jurídicos han de 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 han de 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, sancionarlo 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 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 logra 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 en los que, 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, debe 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, de no consumir 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 caminaba por una vía pública concurrida, con intención de arrebatarse un maletín ejecutivo que esta portaba. 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, siendo 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 lo que 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, halándoselo en varias oportunidades, pese a lo cual 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), dando lugar a una tentativa inacabada³³⁸.

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**.

³³⁸ Tribunal de Casación Penal, voto n.º 2003-561 de las 9:25 hrs. del 20 de junio de 2003. Recientemente, en el voto de la Sala Tercera n.º 2006-689 de las 9:55 hrs. del 28 de julio de 2006, se reiteró que en la tentativa inacabada no se realiza toda la actividad necesaria para que sobrevenga el resultado dañoso, y este no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente. No obstante, si este 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 con 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 su voluntad.

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 cree haber hecho todo lo necesario para la consumación (deja de realizar las maniobras abortivas porque cree haber alcanzado 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 lo que hace es postergar la ejecución (el sicario que, al fallar el primer disparo, pospone el asesinato para la semana entrante).

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 “impunibilidad” 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**³³⁹.

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 los errores que 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 y, salvo los casos en que un acontecer

³³⁹ Sala Tercera, voto n.º 846-98 de las 9:08 hrs. del 4 de septiembre de 1998.

materialmente impide o interrumpe las acciones del sujeto activo (v. gr. cuando un tercero sostiene la mano en la que 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 impedía asestar un último ataque 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, son más bien esas influencias externas concurrentes las que 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 delito³⁴⁰.

En el proyecto de Código Penal que hemos venido mencionando sí se incluye de manera expresa esta figura, en el artículo 35, así: “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 la que 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 la acción de salvamento la realice 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 el resultado se produjo por otras causas.

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

³⁴⁰ 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.

-Síntesis: Un sujeto aborda un taxi y solicita 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 indique. No obstante, antes de llegar al sitio indicado por el asaltante, el taxista frena intempestivamente su vehículo, despojando al sujeto del arma punzo cortante, por lo que se produjo un forcejeo dentro del automotor, propinando la víctima a su agresor un mordisco en el pulgar de la mano derecha, pretendiendo huir del lugar, pero al salir del vehículo fue alcanzado por el imputado, quien lo agredió con el cuchillo y una llave “de ranas”, causándole múltiples heridas en su cuerpo, cara y cabeza. A pesar de ello, el agredido consiguió alejarse del sitio y esconderse en un lote baldío, mientras el imputado lo buscaba infructuosamente, manifestando que lo iba a matar. Al no encontrar a su víctima, el sujeto opta por marcharse de la escena de los hechos, lo que le permitió a la víctima huir en busca de ayuda.

En defensa del asaltante se alegó que al haberse retirado éste 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 inculcado, 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), pese a haber iniciado 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, siendo su efecto más importante 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) que el agente abandone la voluntad delictiva, es decir, que de su parte medie la decisión de no persistir más en la ejecución de su intencionalidad criminal; b) que el abandono sea 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, que se perfilan desde el momento mismo en que el ofendido opone resistencia dentro y fuera del vehículo, logrando huir y esconderse, siendo seguido 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 de la escena hizo el imputado, sino toda la acción generada por la víctima³⁴¹.

-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 convivía se encontraba 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 abrirla las piernas a la joven, mientras esta –que no deseaba tener relaciones sexuales con él– se resistía y lo pateaba, propinándole dicho sujeto una bofetada. La joven llora y le pide al hombre que no la penetre, optando este último por soltarla y manifestarle que estaba bien, que él iba a salir del cuarto para vestirse. Efectivamente, el sujeto abandona la habitación, lo que aprovecha la joven para salir también del cuarto y abandonar 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, no obstante que, de haber proseguido con el mismo, hubiera 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.

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, toda vez que 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 víctima³⁴².

³⁴¹ Sala Tercera, voto n.º 2005-1253 de las 8:55 hrs. del 7 de noviembre de 2005.

³⁴² Sala Tercera, voto n.º 1191-99 de las 9:28 hrs. del 17 de septiembre de 1999.

Esta solución, consideramos, puede ser discutible, pues, antes de desistir, ya el tipo libidinosamente había tocado las piernas de la víctima, esto es, 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 con ella el sujeto toma a la mujer por la fuerza para impedir que salga, la lastima con 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 estaba ya cansada de resistir, se escucha que alguien toca la puerta de la habitación, momento en el cual 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, pagándole el sujeto 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 concluyen 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, 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. Siendo 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 original³⁴³.

³⁴³ Sala Tercera, voto n.º 1208-98 de las 8:55 hrs. del 11 de diciembre de 1998. Recientemente, en el voto No. 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*

-Síntesis: Al enterarse 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, exigiéndole que lo abortara, 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 contó 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, localizando a la muchacha aun con vida, quien logró sobrevivir bebiendo su propia orina en un zapato. Luego de que el cuñado de la víctima la sacó del pozo, ésta fue trasladada a un hospital, donde se le dictaminó una serie de lesiones y un desprendimiento de la placenta que puso en peligro la vida de su hija, resultando ella misma con 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 resulta 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,

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 consumar 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”

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 consentimiento³⁴⁴.

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 accesoriedad limitada de la participación.

3.5.5.- Instigadores, cómplices y coautores en relación con el desistimiento

En cuanto a la **instigación**, el instigador sólo 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, que 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 omita 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 el primer hacer distinto del debido.

³⁴⁴ Sala Tercera, voto n.º 846-98 de las 9:08 hrs. del 4 de septiembre de 1998.

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 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 el 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, de ahí 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 Penal³⁴⁵.

³⁴⁵ En el voto n° 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 que si no se incluyó en los hechos de la acusación, tal omisión, no la invalida. La imputación debe verse integralmente y no circunscribirla, exclusivamente, a los hechos. Asimismo, el Tribunal señaló que

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 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 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 sólo requerirá un previo informe de la Administración Penitenciaria. En el art. 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

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.

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 querellaren o denunciaren el hecho. El perdón ha de ser expreso y debe darse antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta (cfr. Artículo 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 estar sujeto a término y solo podrá concederse una vez. En el proyecto se regula 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 criminis.

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.

SÉTIMO 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 en que 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 el que solo existe concurrencia procesal porque se juzgan juntos, pero no 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, debe analizarse tanto la finalidad concreta trazada por el autor, **factor final** (el plan de autor), como el tipo penal que corresponde, que ha de 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 en los tipos de conducta permanente, ya que todos los actos tienen por objeto mantener el estado consumativo, como sucede con el 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, que es menor, sin duda, al 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, prescripción³⁴⁶, etc.). También hay que tomar en cuenta cuando hay concurso

³⁴⁶ Acerca del tema de la prescripción de los delitos en concurso, en el voto No. 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 sola 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, falsedad ideológica y patrocinio 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 designio del autor reunir en

entre varios delitos que concurren con delitos funcionales, cuya tramitación corresponderían a otra jurisdicción (por ejemplo, la jurisdicción penal de hacienda).

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

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 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 –integra, 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“.

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**, esto es, 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, actos aislados, regido cada uno por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica solo cuando se dan conjuntamente³⁴⁷.

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).

³⁴⁷ Este es el criterio seguido por la Sala Tercera a partir del voto no. 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 el que 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 de 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 consumir 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 criminis 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 [...]*”

Podemos afirmar que existe unidad de acción en los siguientes casos básicos, que deben ser consideradas **como meras pautas interpretativas** y no fórmulas exactas:

- 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, en el que 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 en los que 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, matando a una e hiriendo al resto)
- En los hechos omisivos, si la persona no realiza una determinada acción ordenada, generando o no un número plural de resultados, con la condición de poder evitarlos conjuntamente, pues de lo contrario serían varias omisiones (v. gr. 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, provocando además la muerte y lesiones de los restantes pasajeros)³⁴⁸.

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:

-Síntesis: Un ofendido (**A**) se encontraba en un local comercial de su propiedad. De una motocicleta descenden dos sujetos, quienes ingresan al negocio referido, procediendo 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 encontraba 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 portaba. 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

³⁴⁸ **SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia**, *Derecho penal, parte general. Doctrina y Jurisprudencia*, San José, Editorial Jurídica Continental, 1999, págs.. 320 a 335.

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, apropiándose 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, toda vez que implicaba la realización, en un corto periodo, de una conducta que encuadra en la descripción que contempla 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 le pertenecieran a distintos titulares.

De importancia para el caso también resultaba, en criterio de la Sala, la existencia de un propósito común, en concreto, el de apoderarse de manera ilegítima de los bienes de los agraviados, lesionando su derecho a la propiedad que, debía recalcarse, es de naturaleza puramente económica.

En este mismo orden de ideas, en una resolución anterior (con ocasión de un caso en que dos sujetos emplearon un cuchillo para intimidar a varios ofendidos, consiguiendo 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 periodo, sino que tuvo un propósito común, esto es, 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, de ahí que constituyó un solo delito de robo agravado y no dos ilícitos perpetrados en concurso ideal³⁴⁹. 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 en el cual 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 éstos 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**³⁵⁰.

-Síntesis: **A**, **B** y **C**, portando armas de fuego, ingresan a un local comercial donde laboraban 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 aplicaba

³⁴⁹ Sala Tercera, voto n.º 2003-370 de las 11:49 horas del 16 de mayo de 2003.

³⁵⁰ 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.

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 ello sucedía, el encartado **B** permanecía en la puerta del local, vigilando que no ingresara 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 co-ofendida Zoraida. Al no responder ninguna por el dinero, **A** dispara contra Eduviges, impactándola en el pómulo izquierdo, quien cayó al suelo, lo que aprovechó **C** para dispararle nuevamente a Eduviges en varias oportunidades. En ese momento la co-ofendida Zoraida se escondió debajo de una mesa, por lo que **A** también le dispara en varias ocasiones, consiguiendo herirla solo una vez en el glúteo izquierdo. Los asaltantes aprovechan la situación para sustraer el dinero de la caja registradora, dándose a la fuga con este. Al salir del negocio, **C** observó cuando Zoraida trataba de auxiliar a su hermana Eduviges, quien yacía gravemente herida, por lo que **A** le indica a **C** que le dispare para que no quedara viva y así asegurar su cometido, siendo que este último se devolvió y efectivamente le disparó a Zoraida, con la intención de acabar con su vida, pero no logró impactarla, marchándose los encartados del lugar con el dinero antes citado. A consecuencia de las heridas que sufrió por los disparos, Eduviges falleció.

Los anteriores hechos fueron calificados por el tribunal sentenciador como homicidio simple en daño de Eduviges, 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 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, siendo 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 Eduviges. 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 es la tesis que considera que entre el robo agravado y el homicidio existe un concurso ideal, en cuyo caso, habría un homicidio calificado en concurso ideal con robo agravado. No obstante la discusión, 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 ocurre 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 intenta ayudar a su hermana herida, por lo que **A** le ordena a **C** que dispare y mate a Zoraida, orden que es acatada por éste, sin conseguirlo, de lo que se concluía que tanto natural, como jurídicamente, se trata 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 quo³⁵¹.

³⁵¹ 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

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 los que un sujeto realiza diversas acciones que configuran varios delitos o varias lesiones jurídicas y otros en los que 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. El que los acusados pretendieran, como designio general, robar todas las casas que se hallaban en localidad cerrada, para la Sala sólo 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. 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, 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 las que 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

calibre, a saber una ametralladora y un arma pequeña niquelada, 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 [...] 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”.

que los actos descritos constituían distintas acciones y no eran configurativos de un solo robo o de varios robos en concurso ideal³⁵².

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 que los problemas relacionados con la prescripción, que 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 lesiones a varios, que configuran normalmente supuestos de homicidio y lesiones culposas en concurso ideal; o bien, 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, éste no existe cuando el tipo penal se ha construido sobre la base de una lesión a pluralidad de objetos.

Es un concurso homogéneo 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 acto³⁵³; el soborno de varios con el pago de una suma para todos.

³⁵² Sala Tercera, voto n.º 2006-110 de las 14:30hrs. del 20 de febrero de 2006.

³⁵³ 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 1º 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

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 habían colocado varios agricultores en señal de protesta. Frente a esta situación, el citado conductor, con pleno dominio de sus actos, procede a acelerar y dirigir la vagoneta directamente contra la barricada y contra todos los que se encontraban después de la misma, creando con ese accionar un peligro común e indiscriminado para todas las personas ahí presentes. La vagoneta traspasa la barricada, siendo que uno de los participantes del bloqueo (**A**), al observar la vagoneta venir hacia ellos, logra saltar, evitando de esa forma ser arrollado, aunque siempre fue impactado en su mano y pierna derecha, sufriendo lesiones; mientras que otro de los manifestantes (**B**) no pudo esquivar el vehículo y fue 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 encuentra 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.

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 no. 2004-1183 de las 9:345 hrs. del 8 de octubre del 2004).

-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 encuentra 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 de que, 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 modo que una multiplicidad de sujetos activos trae como consecuencia una multiplicidad de lesiones jurídicas, de ahí que no podía hablarse de un concurso aparente entre los delitos de homicidio calificado y tentativa de homicidio calificado³⁵⁴.

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

³⁵⁴ 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.

de dicha víctima, con una misma acción lesiona dos bienes jurídicos distintos (vida y propiedad), por lo que estos hechos constituirían un delito de robo simple con violencia sobre las personas y lesiones graves en concurso ideal³⁵⁵.

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 que se promueve la corrupción se adecúan a las previsiones de las normas que tipifican los abusos sexuales o la violación³⁵⁶.

Existe concurso ideal cuando una conducta penalmente relevante encaja al mismo tiempo en varios supuestos de hecho que no se excluyen entre sí.

¿Qué queremos decir cuando afirmamos que se trata de hechos que no se excluyen entre sí? Afirmamos con esta expresión que los tipos penales en los que 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 aquí mencionar el caso del homicidio *criminis causa* (cuando se resolvió la naturaleza del concurso en relación con el robo agravado como de concurso ideal heterogéneo), en el cual, 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

³⁵⁵ Tribunal de Casación Penal, voto n.º 2003-263 de las 10:50 hrs. del 28 de marzo de 2003.

³⁵⁶ 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 15:00hrs 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 del 2003. Por supuesto que si los comportamientos sexualmente abusivos resultan claramente diferenciables, por existir 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).

más severo, lo que también dispuso en el anterior artículo 174 (incesto)³⁵⁷, en relación con los artículos 157 (violación calificada) y el anterior artículo 160 (estupro agravado)³⁵⁸, que en 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 agravado³⁵⁹.

Otro ejemplo lo tenemos en el caso de concurrencia entre homicidio culposo y lesiones culposas producto de un atropello, ya que el tipo penal del homicidio no contiene a las lesiones, los dos preceptos son aplicables porque son independientes, no se excluyen entre sí.

Recientemente, en el voto No. 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 No. 240-F-91, No. 460-F-91 y No. 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, es decir, se fundamentó, entonces, que el ingreso prohibido a esos recintos quedaba subsumido en la conducta delictiva que después ejecutaba el autor. 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 lesiona 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 manera que 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

³⁵⁷ 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”.

³⁵⁸ Actualmente el artículo 160 corresponde al delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad.

³⁵⁹ Sala Tercera, voto n.º 943-98 de las 16:16 hrs. del 29 de setiembre de 1998.

una 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.

Cabe mencionar aquí que, en el voto no. 2007-558 de las 9:25 hrs. del 25 de mayo del 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 en el 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 dan 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), y 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 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 Tercera³⁶⁰, para la que el hecho constituiría un concurso material, tal como lo

³⁶⁰ Con respecto al tema del contenido de la unidad de acción en el delito de violación, en el voto nº. 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

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, 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.

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, entiéndase 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 inculcado 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”.

El límite a la facultad discrecional otorgada al juez para la fijación de la pena debe entenderse comprendido en el artículo 76. El juzgador ha de 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**, de acuerdo con el cual a los delitos cometidos en concurso se les fija solo la pena que corresponde al delito de mayor gravedad, quedando las otras sin aplicación al ser “absorbidas” por la sanción impuesta.

Este sistema adquirió matices o particularidades al ser incorporado a nuestro ordenamiento. Para la Sala, nuestro ordenamiento jurídico siguió, con algunas variantes, el principio de aspersion, tal como ha sido definido por la doctrina, toda vez 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; y **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, toda vez 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; ello 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 en los que la ley establece pena mayor que tenga un mínimo menor que la pena que fue aplicada. Así, 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, es el primero 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.

Conforme lo anterior, 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. De no hacerlo, para la Sala es suficiente que se indique que no se recurrió al aumento de la pena; pero, si lo hace, 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 estaría 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 de estarse ante una concurrencia material de delitos, ni podría ser igual a esta, pues de ser 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 genera la lesión a varios bienes jurídicos, de manera homogénea o heterogénea. La pena a imponer, por tanto, podría ser la que corresponda al delito más grave, o bien, aumentada, a criterio del juzgador, **en un monto que tampoco podría ser igual o superior al que se hubiera impuesto de haberse 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 dijo 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, requiriéndose esta explicación solo cuando el aumento superara 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 decir 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 proporción³⁶¹.

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).

Solo habrá concurso ideal cuando una parte de la acción sirva para la realización de uno y otro de los tipos penales, pero no existirá cuando los delitos cometidos responden todos 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

³⁶¹ 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.

conducta esperada, se debe atender no 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, esto en relación con el participante secundario, para establecer si hay concurso ideal debe analizarse si éste realizó sólo 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 éste 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 presenta 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 presenta nuevamente a la casa de **B** y, ocultándole a este último la verdad sobre la situación registral de dicho inmueble, le muestra un informe registral de la finca de marras, en el cual se insertó una hoja falsa en la que 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 inscribir por parte de este último, circunstancia que **A** hizo creer a **B** al presentarle el informe

regstral 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 inscribir (induciéndolo a error y obteniendo así un beneficio patrimonial), consistió precisamente en el uso de un informe regstral falso, provocando el engaño al ocultar una situación jurídica de la finca mediante la utilización de dicho documento. Siendo ello 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 excluyen entre sí, es decir, se estaría en presencia no 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 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 ³⁶².

³⁶² 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. Cabe 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, toda vez 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, siendo 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 excluyan entre sí o se vean afectados, en general, por relaciones de especialidad o subsidiariedad, por lo que no se constatan 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).

-Síntesis: Un sujeto fue condenado a descontar la pena de prisión tras 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, pudiendo 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 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, toda vez 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 está íntegramente contenido en el primero, o bien porque solo debe 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 enmarca 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 está ante una misma conducta descrita en dos disposiciones legales distintas. Además, no es correcto afirmar que el segundo de los delitos mencionados está subsumido en el primero, pues el contenido típico de este no abarca 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 modo que no se cumplen 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, cual era poseer las granadas de fragmentación, y otra que constituye el delito de tentativa de explosión, para el cual se utilizó (que es un acto producto de una resolución delictual distinta a aquella que se requiere para poseer el artefacto prohibido) la granada.

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 ilícitos³⁶³.

-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 vídeos 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 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)**, ha de 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. Así, 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.

³⁶³ Sala Tercera, voto n.º 2003-971 de las 12:45 hrs. del 24 de octubre de 2003.

Por otro lado, si esta no se da (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 se da (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, reflexiones todas estas que fueron pasadas por alto al resolver el asunto, por lo que se anuló el fallo en su calificación jurídica, ordenándose el reenvío³⁶⁴.

-Síntesis: **A, B y C**, de común acuerdo, se asocian 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 cruzan la frontera e ingresan 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** proceden 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 apunta al finquero en un costado de su cuerpo y le pide que se identifique, 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, ordenándole 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 trasladarlas hasta las inmediaciones de una montaña cercana, lugar donde lo estarían esperando para negociar el rescate. El finquero ofendido condujo 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, de ahí 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 segundo finquero para huir del lugar, evitando de esta forma que los secuestradores lograran obtener lucro por su rescate. Luego de esto, la esposa del primer finquero le 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

³⁶⁴ Sala Tercera, voto n.º 2005-154 de las 8:35 hrs. del 11 de marzo de 2005.

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 al 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 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 de lo cual 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 ello (antes de consumir 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 eso, debía definirse la naturaleza jurídica del tipo de concurso suscitado entre ambas privaciones de libertad (que incluso parecían haber sido el medio inicial para consumir la incautación), y también entre estas y el secuestro extorsivo que después se desarrolló,

sobre todo si, en cuanto a 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 análogo³⁶⁵, en el cual se dieron prácticamente las mismas circunstancias (es decir, se separaban con claridad dos diferentes acciones, cada una de ellas individualizable en el tiempo: la primera, mediante la cual un grupo de personas fueron privadas de su libertad con armas de fuego, y la segunda, consistente 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, llegando a la conclusión de que este último efectivamente se daba.

En dicho antecedente, la Sala había explicado que las condiciones que han de confluír 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; b).- Que estas acciones representen diferentes grados o estadios de ofensa a un mismo bien jurídico; c).- Que ellas se encuentren 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**. Ello es así por cuanto 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, considerado en forma abstracta, conlleva establecer que, en caso de lesión, se vulneran tantos bienes jurídicos como titulares de ellos 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 modo que una multiplicidad de sujetos activos trae como consecuencia una multiplicidad de lesiones jurídicas. Así, existiría 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 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 ello constituiría más bien un concurso ideal homogéneo. Por las mismas razones, las momentáneas privaciones de libertad de las personas que acompañaban a

³⁶⁵ Sala Tercera, voto n.º 1164-97 de las 08:45 horas del 31 de octubre de 1997.

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 constituyan un acto previo impune, pues afectaron bienes jurídicos distintos que impedirían aplicar dicha solución.

Al respecto, tal como se indicó supra, no solo debe considerarse esa relación de medio a fin, sino que también adquiere relevancia la naturaleza de los bienes lesionados, los que son de tipo personalísimo. Este planteamiento no se alteraba en manera alguna por el hecho de que, en ese primer momento en que 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, por existir 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), que 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, de allí que 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), unidad de conducta que también es característica normal del principio de especialidad, en el concurso aparente, como se reseñó.

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, ello 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) y por eso 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, sanciona la lesión a varios bienes jurídicos, entre los que se le 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 las cosas, la Sala acogió parcialmente el reclamo de la defensa, en virtud de lo cual modificó la sentencia únicamente en cuanto se calificó 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 incólume³⁶⁶.

-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, 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, despojándolo 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, sitio en el que dieron muerte con un objeto contundente a la víctima, golpeándolo en la cabeza y lanzándolo al guindo; lugar donde fue encontrado varios días después. Luego de deshacerse del ofendido, produciéndole la muerte, **B** y **C**, a efecto de disponer de los bienes sustraídos, procedieron a empujar el vehículo hacia la calle principal, pero este se les atoró en un montículo de tierra y cuando trataban de sacarlo fueron observados por oficiales de robos del OIJ. Al verse descubiertos, **B** se enfrentó a dichos agentes judiciales, para lo que utilizó el tipo machete, resultando finalmente la detención de ambos sujetos y el decomiso del vehículo y de 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 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 proceden 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: No obstante lo anterior, para la Sala Tercera dicha calificación resultó incorrecta, toda vez 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

³⁶⁶ 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.

precisamente cuando estaban tratando de moverlo fueron sorprendidos por agentes de la policía judicial, decomisándose además todos los bienes que se trató 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 narraba 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 dichos encartados, con el fin de consumir la sustracción, una vez que despojan al ofendido de los bienes le dan muerte y lo lanzan 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 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), por correspondía recalificar los hechos como constitutivos de un concurso ideal considerando la Sala, no obstante, que la pena impuesta por el delito de homicidio calificado resultaba suficiente para la totalidad de la ilicitud, que afectó diversos bienes jurídicos, por lo que no se requería un aumento en la sanción fijada, tal como lo faculta el artículo 75 del Código Penal, que 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 estudio³⁶⁷.

Consideramos importante apuntar aquí 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 en que 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:

³⁶⁷ 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.

-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, ello 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*.

-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 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, de ahí que 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 porque 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 manera que 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** infringió a **B** se suscitaron cuando el robo ya se había consumado**, de tal modo que resultó muy claro que las mismas llevaron como propósito no la consumación de dicha “rapiña”, sino su ocultamiento a fin de procurar una impunidad, todo lo cual 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 sentenciador³⁶⁸.

³⁶⁸ Sala Tercera, voto n.º 2003-862 de las 10:40 hrs. del 29 de setiembre de 2003.

-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, no hallando lo que buscaban. **A** y **B** 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. Después, **A** y **B** le arrebataron al ofendido **S** la pulsera que portaba en su muñeca y también se apoderaron de un proyector de vídeo de la casa (VHS). Hecho lo anterior, **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, de acuerdo a 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 lo que 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 el 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 ello 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 lo anterior, 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 (*criminis 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 las cosas, al carecer de interés este extremo del reclamo, el mismo resultaba improcedente³⁶⁹.

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 que deben ser juzgados en un mismo proceso, o al menos debieron 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, diciendo 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** (mata a tres familiares, en ocasiones distintas).

El **concurso real es heterogéneo** cuando el agente consuma 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**, o sea, un número diverso de acciones u omisiones

³⁶⁹ Sala Tercera, voto n.º 2004-254 de las 10:15 hrs. del 19 de marzo de 2004.

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 dice 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, que 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 que: a) en primer lugar, en el momento de inicio del proceso, todos los hechos en concurso real sean conocidos por las autoridades; b) que 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 a 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 forma que, 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 reducirlas al límite legal.

La solicitud para esta adecuación de penas la puede formular la persona sentenciada, por la vía del incidente de ejecución³⁷⁰.

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

³⁷⁰ 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.

se establece en ningún caso puede ser superior al triple de la mayor impuesta en el caso concreto, o bien, nunca superior a cincuenta años de prisión, que es el monto máximo que nuestra normativa penal permite³⁷¹.

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 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, como lo son los principios de proporcionalidad, racionalidad, humanidad y solidaridad.

³⁷¹ Sala Tercera, voto n.º 2005-1015 de las 12:00 hrs. del 2 de setiembre de 2005.

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 lo es 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 las que 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 extremo³⁷².

-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, gasolina, propiedad de una asociación solidarista para la cual trabajaba, siendo que en un momento determinado fue interceptado por varios sujetos de identidad desconocida que 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 posee. Que 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 tiene similares características al vehículo de **ALP**. No lo adquiere de su legítimo propietario, lo recibe sin ningún documento que legitime 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 éste último. Con la cédula falsa y el vehículo que además de sustraído, fue alterado para que tuviese las

³⁷² Ver votos de la Sala Tercera No. 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 del 2002.

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. Que 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 fundamentos en estos hechos, el imputado 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**.

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 Tribunal, 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 No. 2006-110 de las 14:30 horas del 20 de febrero de 2006). Así las cosas, aunque se admitiera que el imputado receptó el vehículo con miras a venderlo posteriormente (es decir, que 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, toda vez 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 a aquel en que se desarrolló la receptación, de ahí que no podían fusionarse. Así las cosas, estimó esta Sala, no existe la errónea aplicación de las normas sustantivas que se acusa y por ese motivo se rechazó el reclamo e la defensa³⁷³.

-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 posteriormente huir del lugar.

³⁷³ 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 *iter 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*) la de violentar la libertad sexual de la ofendida y *ii*) la de apoderarse ilegítimamente y con el uso de armas, de los bienes de su propiedad, conductas que 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 uso del arma, esta vez para materializar el apoderamiento, de modo que 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 trata de ataques, como se indicó, a bienes jurídicos de distinta naturaleza, por lo que el alegato era improcedente³⁷⁴.

-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 obligó 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.

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 ilicitudes*” 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

³⁷⁴ 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.

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 en las que incurrió, desde la perspectiva del sujeto activo, llevaran como propósito la satisfacción de su libido, ello 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); y **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, no obstante la cercanía espacial y temporal, perpetró cuatro agresiones sexuales bien diferenciadas: 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. Estas cuatro acciones no podrían valorarse (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), siendo que –además– en el caso particular de cada una de ellas ello 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, mismo que 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 voluntad³⁷⁵.

³⁷⁵ 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

-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.

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). 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”.

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 e que el bien jurídico tutelado en el delito de violación es la **autodeterminación sexual**, mismo que 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. 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 tal manera que las mismas se produzcan 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 material³⁷⁶.

-Síntesis: Una pareja de novios se encontraba en una parada de autobuses, cuando fueron interceptados 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** 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, ante lo que el ofendido trató de intervenir, lo que motivó que ambos imputados lo golpearan en la cabeza con sus armas, obligándolo 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, todo esto 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

³⁷⁶ 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.

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**. Sin embargo, en ese momento el ofendido aprovechó para tirarse del carro, siendo sujetado por **B**, situación que también aprovechó la ofendida quien igualmente se tiró del vehículo en movimiento, siendo sujeta por **C**, arrastrándola unos 25 metros. Una vez en libertad, ambos ofendidos salieron corriendo pidiendo auxilio, siendo que 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, siendo 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 lo que 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, que 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**, que 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, que 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, **situación que 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 consumir el desapoderamiento. Por lo señalado, no era posible hablar, en este caso, de una unidad de acción, toda vez 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, resultando 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*" –cfr. artículos 21 y 23 ídem–, de ahí que 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, que 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 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 trasladan 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 que 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. 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 consumir 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).

Cabía 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 es 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, siendo privada la víctima 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 existiera entre los dos vejámenes sexuales una estrecha conexidad temporal y espacial³⁷⁷.

³⁷⁷ 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*

-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 primer vez, se presentó a la vivienda de la ofendida, en horas del día, ingresando por la parte trasera y pidiendo 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 andaba con hombres. Por los hechos descritos, el sujeto fue sentenciado por tres delitos de desobediencia a la autoridad en concurso material.

En su defensa, se alegó que el delito de desobediencia es de carácter omisivo propio, de mera actividad, donde el imputado debe de hacer o dejar de hacer, a fin de no caer en él. La consumación se da en el momento en que se desobedece la orden en el primer caso y que 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 dicho 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, resultando que 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, 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, las cuales fueron

concurso material, tal y como acertadamente lo estimó el tribunal de juicio. Debido a ello, debe declararse sin lugar el presente motivo de casación”.

debidamente diferenciadas y cometidas en fechas distintas, con lo cual la calificación otorgada a los hechos por el tribunal de mérito resultaba correcta³⁷⁸.

-Síntesis: Actuando conforme a un plan previo, dos sujetos se proveyeron 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**, siendo que el sujeto que porta el citado fusil dispara contra cada uno de estos agraviados, causándole a **A** lesiones que ocasionaron su muerte, en tanto **B** sufrió lesiones que no pusieron 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 lesionó a los ofendidos, de ahí que 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, siendo 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, lesionando el bien jurídico vida que tiene un carácter personalísimo, en este caso en daño de dos seres humanos, delitos que concurrían materialmente y no en forma ideal, pues no se trató de una acción delictiva única, sino de dos acciones independientes³⁷⁹.

-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 del desbalance 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, siendo entonces que **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

³⁷⁸ 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 10:00hrs. del siete de junio de 2006).

³⁷⁹ Sala Tercera, voto n.º 2005-91 de las 8:55 hrs. del 18 de febrero de 2005.

de seguido a manosearle los senos, los cuales también besó en varias oportunidades, además de besarla en la boca. Seguidamente, el imputado, arguyendo que la ofendida posiblemente portaba droga consigo, la obligó a bajarse los pantalones a fin de “revisarla”, procediendo 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 corriéndose, y además porque en ese momento ingresó una llamada al teléfono celular que portaba **B**, que 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, la intención de violarla, introduciendo un dedo en la vagina de la víctima mientras la acaricia 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 accesoriedad, 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, de allí que 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; tocamiento último que sí se encontraría subsumido dentro de la acción tendente a violar a la agraviada. En ese, si bien es cierto que la doctrina ha señalado como un hecho previo impune los abusos sexuales, en relación con delito de violación o tentativa de violación posteriores, **ello sería admisible 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 “iter” ejecutivo de estos delitos susceptibles de incriminación autónoma** (así 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 indica que abra 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 que 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 interpretarlas como una sola conducta o unidad de acción (factor normativo).

En el único aspecto en que esta Sala sí coincidió con la recurrente, fue que en la especie ciertamente se configura una conducta agravada, toda vez que el hecho delictivo lo perpetró un miembro de la Fuerza Pública, prevaleciéndose del ejercicio de su cargo, de allí que su conducta encuadre 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, aspecto de la sentencia que fue modificado por la Sala, manteniéndose la pena originalmente impuesta³⁸⁰.

-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), llamando el acusado T 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, de allí que T manifestara que si no querían hacer nada, F no les entregaría el dinero que necesitaban para marcharse a Golfito, por lo que al menos aceptaran bañarse juntas para ellos observarlas, 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. 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, 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, saliendo 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

³⁸⁰ Sala Tercera, voto n.º 2005-1274 de las 10:10 hrs. del 14 de noviembre de 2005.

común, estimando sin embargo 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 ocurre porque **S. R. A.** había tomado la determinación de irse para su casa y no porque el referido justiciable la indujera a hacer tales cosas.

-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, siendo el delito de corrupción agravada el que 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, 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 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 número 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 allí que 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 ejecutadas³⁸¹.

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, que 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).

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; 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, cada una de las cuales debe llenar los presupuestos del delito y sería impensable cuando el agente sólo 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.

³⁸¹ Sala Tercera, voto n.º 2004-1344 de las 9:45 hrs. del 26 de noviembre de 2004.

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 en que 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 la que la aplicación de las reglas del concurso real puede resultar inadecuada e injusta.

En realidad es el juez, en sentencia, el que 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 en el cual 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 vida corriente de ocurrir las cosas, 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 manera que 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. 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 manera que 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 pretende 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 pretende evitar que los límites de la acumulación beneficien al autor de conductas de especial gravedad, por afectar a una pluralidad de personas

Cabe 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. Pareciera que lo prudente sería excluirlo sólo 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 debe entenderse no 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 cualesquiera de las modalidades del hurto atenuado. Robo y 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 sentencia número V-440-F, de 8:40 horas del 23 de agosto de 1.991, que 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, dice 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*³⁸².

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** 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 lo 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. Al día siguiente, **A** se presentó al Banco Crédito Agrícola, donde utilizando aquel documento falso, indujo a engaño a los funcionarios del banco, logrando hacer efectivo el título valor, con lo que obtuvo para sí 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, logrando cambiar esos títulos valores y 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

³⁸² Al respecto pueden consultarse los votos no. 2003-673 de 10:00 hrs. del 7 de agosto de 2003 y no. 2004-007 de las 9:15 hrs. del 16 de enero del 2004.

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.

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: 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, y tanto así que la ley dispone que solo es aplicable si se afectan bienes jurídicos patrimoniales. De ahí que la doctrina señale 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).

A lo anterior 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, razón por la cual 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 como que 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 falta 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, que afecten bienes jurídicos patrimoniales y que persigan una misma finalidad, de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo 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 restantes³⁸³.

-Síntesis: Una mujer, utilizando un mismo modus operandi, sucesivamente consigue inducir a engaño a cinco personas distintas, logrando 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, en otros, 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 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 conviene al reo, esto es una sumatoria de las penas o el triple de la mayor impuesta (art. 76 del C.P), y en los casos de delito continuado, aplicar la pena prevista para el delito más grave

³⁸³ Sala Tercera, voto n.º 2001-721 de las 9:20 hrs. del 20 de julio de 2001.

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 con afirmar que por tratarse de varias estafas a diferentes personas, la pena debía 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 un tanto de 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 dicho 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 n.º 2003-673 de las diez horas del siete de agosto de dos mil tres), ello 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”, esto 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 n.º 769-F-96 (citado antes). En igual sentido, también afirmó la Sala, en el voto n.º 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**, esto 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 exista enlace entre los diferentes hechos**. Es decir, con cada ofendido se agotaban los elementos típicos del delito de estafa, de modo que no existe ninguna relación de fin que las una para considerar aplicable la figura del delito continuado, excepto lo que se ha dicho 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. Era necesario, sin embargo, precisar que en el caso de los ofendidos que entregaron diferentes sumas de dinero durante distintos periodos, 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 no desconocía la Sala una sentencia anterior, concretamente el voto 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 dijo 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)”*. Sin embargo, 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, en el que realiza varias veces la misma acción tan solo para lograr un mayor beneficio patrimonial antijurídico, por lo que 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 recurrida³⁸⁴.

-Síntesis: Un ofendido que padecía de cáncer se traslada a vivir a una localidad, donde conoce a la imputada **K**, quien sabiendo que el ofendido se encontraba enfermo, le llevaba bocaditos y empieza a brindarle amistad, tanto a éste como a su familia, llegando a ganarse su confianza. No obstante, de un momento a otro, un sujeto desconocido empezó a llamar al teléfono de la residencia del ofendido enfermo, exigiendo la entrega de dinero o de lo contrario le secuestrarían a sus hijos. Ante tal amenaza, el ofendido accede a hacer una disposición patrimonial en su contra,

³⁸⁴ Sala Tercera, voto n.º 2004-454 de las 12:40 hrs. del 7 de mayo de 2004.

entregándole 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 ésta realizase la supuesta entrega a los extorsionadores. Las extorsiones que continuaron, ocurrieron en diferentes oportunidades desde el año 2001 hasta el año 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 codominio 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 de que debía entregar 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, siendo el total de lucro injusto obtenido mediante tales amenazas graves de mas 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, toda vez que el delito continuado se presenta cuando el agente realiza diversos actos parciales, conectados entre sí por una relación de dependencia, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción, siendo requisitos de este instituto que se realice el mismo tipo penal o uno similar que contenga los mismos elementos; que se afecte el mismo bien jurídico; que haya unidad de fin, elemento subjetivo de la figura, esto es, que el agente actúe con un dolo conjunto, es decir, 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 recado con quien fuera de su familia, es lo cierto que al que amenazó con hacerle 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 ofendido³⁸⁵.

-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,

³⁸⁵ Voto n°. [2005-00415](#) de las 8:30 hrs. del 20 de mayo de 2005

logrando obtener la suma de trescientos ochenta y cuatro mil colones, mediante tres transacciones, cada una de éstas 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 éste 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, toda vez 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 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 3° del artículo 209 del Código Penal, el que 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 acciona tanto la puerta de ingreso, como el cierre del cajero, que una vez abierto, entrega la cantidad de dinero solicitada, razón por la cual 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 no. 2006-148 la Sala había indicado que: “[...]” *Es claro que tanto en el concurso material, como en el caso del delito continuado, se produce un 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)*³⁸⁶.

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 entren en diversos tipos penales que protegen distintos bienes jurídicos, pero relacionados

³⁸⁶ Voto no. 2006-00763 de las 9:20 hrs. del 18 de agosto de 2006

entre sí. 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 sólo 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 del un guardia civil, atacado por un hombre que está haciendo escándalo en un establecimiento comercial, que 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. Esto porque, aún cuando 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 ambas³⁸⁷.

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 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.

³⁸⁷ Voto no. 2006-976 de las 14:20 hrs. del 27 de setiembre de 2006.

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 los que 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 comparecencia 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 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 recurso alegando que la conducta de los imputados encuadraba en el artículo 63 de la Ley de Psicotrópicos, toda vez 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 crear 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, 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 lo anterior, 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, de presentarse 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 No. 4573 del 4 de marzo de 1970, entrando 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. No obstante lo anterior, 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 recogerlas 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, toda vez que permanecían vigentes tipos penales que prevenían 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.º. 7786, se aumentó la sanción hasta ocho años de prisión.

Surgía así, como se dijo, un problema respecto de cuál es la normativa que correspondía aplicar en un caso en el que 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, 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, requería ser penalizada 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, se tiene que 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 en el que 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, 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 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 reenvío³⁸⁸.

³⁸⁸ Sala Tercera, voto No. 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

Retomando el tema de los criterios que se ha elaborado para confirmar o descartar la existencia de un concurso aparente, se presente 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 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 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, o 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, de ahí que 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 por 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 puede 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 presente 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.

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” (voto No. 2007-135 de las 9:20 hrs. del 27 de febrero del 2007).

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 hecho previo impune en relación con un segundo hecho punible, en los casos en los cuales, para cometer un delito se deben abarcar varios tipos penales. Dentro de esta hipótesis se enmarca la tentativa y la consumación en relación 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, el 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 en relación 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, el cuanto al **hecho simultáneo impune**, se trata de casos en los que, la realización de un tipo penal está unida, no de manera necesaria, pero sí 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 hecho impune en relación con el robo con fuerza en las cosas (art. 212 inciso 1). Se puede dar 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 en que 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 manera que, por ejemplo, existiría concurso material entre extorsión hurto, si el ladrón exige una suma de dinero para devolver la cosa hurtada.

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 (ejemplo: prescripción o ausencia de la instancia de parte o querrela 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 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 sólo 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 al 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, es el juez o tribunal de juicio quien en última instancia determina el tipo penal que prevalece.

3.- La tercera consecuencia está relacionada con el principio *non bis in idem*. 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 iudicando 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).

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 de 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 superaba la mitad del salario base. Los hechos fueron 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 desposeído 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 en los que 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. Admitido 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, siendo el delito principal la ley preferente. Es decir, estos hechos posteriores por sí solos realizan un tipo delictivo, pese a ello, 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 manera que 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 éste el suceso global queda valorado definitivamente).

En el caso de estudio, la disposición posterior sobre el auto, del que ya la ofendida había sido desposeída, y del que los encartados se apoderaron, constituye un hecho posterior impune, o si se quiere, “copenado”³⁸⁹.

-Síntesis: Un sujeto invita a un menor de edad a su dormitorio, donde le da de beber licor y posteriormente le muestra vídeos de contenido pornográfico, dejándolo 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.

³⁸⁹ Sala Tercera, voto n.º 2006-148 de las 9:00 hrs. del 24 de febrero de 2006.

-Decisión del tribunal: Ante 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)**, ha de 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 es preciso, en primer lugar, **que exista una vinculación funcional o conducente entre una acción/resultado 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. Así, 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 se da (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 se da (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: la violación protege la integridad física y libertad de escogencia sexual de las personas (de cualquier edad), en tanto 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, reflexiones todas estas que fueron pasadas por alto al resolver el asunto, por lo que se anuló el fallo en su calificación jurídica, ordenándose el reenvío³⁹⁰.

-Síntesis: Un grupo de sujetos idean 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, confeccionaba 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, contrato que fue autenticado por el propio imputado como abogado, condición profesional de la que carecía, documento que es aportado al informe

³⁹⁰ Sala Tercera, voto n.º 2005-154 de las 8:35 hrs. del 11 de marzo de 2005.

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 (esto es, que el ejercicio ilegal de la profesión fue parte del ardid para 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: 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 daba, entonces, una sola acción típica, hay unidad de acción típica. De ignorarse esta regla y observarse 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 ello 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 continuado³⁹¹.

-Síntesis: Un sujeto ingresa a una casa de habitación a pesar de que había recibido orden del Juzgado de Violencia Doméstica de no perturbar a los ocupantes de esa vivienda, y mediante el uso de un arma de fuego amenaza de muerte a dos personas que ahí se encontraban, una de ellas mujer, a la que el sujeto obliga a salir de la casa y acompañarlo hasta un lote cercano, donde bajo amenaza la obligó a desvestirse y acto seguido la accedió 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. Los hechos se califican como un delito de desobediencia a la autoridad delito de violación, un delito de abusos sexuales a persona mayor de edad y dos delitos de amenazas agravadas, todos en concurso material.

³⁹¹ Sala Tercera, voto n.º 2003-820 de las 11:25 hrs. del 18 de noviembre de 2003.

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 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 por parte de la Sala Tercera, se consideró que había un concurso aparente y no material entre uno de los delitos de amenazas agravadas y la violación. Efectivamente, la violencia utilizada por el convicto resultaba consustancial con la ejecución del ilícito de violación. Lo anterior, no sólo debido a que se desarrolló en la propia unidad espacio-temporal, sino porque además, las amenazas forman parte del iter 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 encuentra 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 manera que lo que existió fue un concurso aparente de ambas normas³⁹².

-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. Hechos que 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 por parte del Tribunal de Casación, éste consideró que no se estaba ante un concurso material. Por el contrario, ese tipo de situación, denominada normalmente “concurso aparente”, en realidad constituye un problema de interpretación de la ley, que debe resolverse conforme al origen de la controversia. En términos generales, dos son las clases de situaciones en que se presenta el fenómeno; a saber, a) cuando sin indicarlo así, más de una norma regula una misma acción, pero la 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 a aplicar en detrimento de otras (criterio de especialidad); y, b) cuando el desvalor de una norma contiene o absorbe el de la lesión a otra, debiendo por ende

³⁹² Sala Tercera voto n.º 2005-546 de las 8:40 hrs. del 3 de junio del 2005.

aplicarse aquella. Precisamente es esta la hipótesis que correspondía al caso de estudio, por cuanto la reproducción y venta ilícita de fonogramas es un hecho que abarca todo el contenido injusto del simple ofrecimiento o almacenamiento. De allí que se trataba de una sola figura delictiva. Por ende, 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 de ello, 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 recurrido³⁹³.

-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**). El sujeto se entera que su mujer está embarazada, se enfurece y decide por su cuenta que su esposa no tendría el bebé, y así se lo hizo saber a esta última, lo que genera un conflicto entre ambos, como producto del cual el sujeto golpea varias veces a su esposa, incluso contra el vientre de aquella, indicándole que ella debía buscar un médico para practicarse el aborto, pues de lo contrario la golpearía nuevamente. Posteriormente, el sujeto contacta directamente un médico con el que acuerda practicarle un aborto a su esposa, llevándola a una cita con aquel. Al ser examinada, la mujer se quejó de dolor en su vagina, por lo que el médico indicó al sujeto que su esposa no resistiría aborto sin dolor, por lo que le recomendó a otro médico que practicaba 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 nuevamente lleva a su esposa al consultorio del mismo médico con el que previamente había acordado que, en forma clandestina, le realizare un aborto. En dicho consultorio, el sujeto conversó sin la presencia de su mujer con el médico, diciéndole que ésta si se realizaría el aborto ahí. Acto seguido, el sujeto le ordenó a su esposa que ingresara al consultorio, donde el médico, conociendo de la ilicitud de su proceder y sin consultar a la ofendida si estaba o no de acuerdo, procedió a realizar el aborto. Para hacerlo, el médico le pidió a la mujer que se acostara en la camilla ginecológica, indicándole que abriera las piernas, de seguido le colocó una crema para dilatar el útero, acción que provocó fuerte dolor a la ofendida y quien en ese momento gritó, callándola en el acto su esposo, pues podría ser escuchada por la secretaria, luego introdujo las tijera en el útero donde extrajo prematuramente el embrión, de seguido colocó dichos restos en una bandeja y después se dirigió al baño donde los eliminó al tirarlos al inodoro y halar la cadena. Tiempo después, la sujeto le manifiesta a su esposa que iría a visitar a un amigo, manifestándole esta última que deseaba acompañarlo, lo que enfureció al esposo, quien entonces tomó el cable del cargador de un teléfono celular, con el cual golpeó a su esposa en varias partes de su cuerpo.

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

³⁹³ Tribunal de Casación voto n.º 2005-659 de las 10:00 hrs. del 17 de julio del 2005.

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, toda vez 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 cuando, **(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; o bien, **(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 consecuente muerte del feto, por lo que 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, esta 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). Siendo además una de sus posibilidades, junto con el de la especialidad o la subsidiariedad, la denominada consunción, la cual resulta cuando un tipo penal descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir, porque hay un encerramiento material. (Ibídem). Esta situación la prevé nuestra normativa en el artículo 23 del Código Penal, pues al regular el concurso aparente de normas dice 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, toda vez 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 produjera 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 ofendida³⁹⁴.

-Síntesis: Un ofendido va llegando a su casa de habitación, a bordo de su vehículo, acompañado de su esposa y una amiga. Al ir ingresando a la cochera de su vivienda, de forma intempestiva otro vehículo se atraviesa al paso del portón eléctrico, del cual se bajan varios sujetos portando cada uno un arma de fuego, encañonan al ofendido y procedieron a bajar del vehículo de éste a su esposa y a su amiga, amenazando al ofendido de muerte y exigiéndole que les dijera si su vehículo contaba con alarma anti-secuestro, a lo que les contesta que sí. Los sujetos, arrancan el vehículo con la intención de robar el vehículo del ofendido, y le solicitan a éste que se baje del auto, lo que la víctima no acata por la velocidad a que el auto era conducido, siendo entonces que 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 logrando 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 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, por considerar que, efectivamente, se estaba únicamente ante el delito de robo agravado en estado de tentativa. Tal como en la sentencia se acreditó, el perjudicado fue llevado momentáneamente con los justiciables para que desconectara la alarma, y una vez que lo hizo, le solicitan que se bajara 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 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)³⁹⁵.

³⁹⁴ Sala Tercera voto n.º 2005-1493 de las 15:25 hrs. del 22 de diciembre del 2005.

³⁹⁵ Sala Tercera voto n.º 2005-83 de las 10:10 hrs. del 11 de febrero del 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.

VELASQUEZ VELAZQUEZ, 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, de manera que, resolver un caso es más que poder 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 que sí facilita indiscutiblemente el planteamiento y 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 manera que 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, 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, corroborar si dicha conducta es antijurídica tanto formal como materialmente, de manera 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. Cabe sin embargo recordar, que la solución debe encontrar siempre un referente normativo.

Vale recordar que no existe una única solución posible, normalmente se presentan discrepancias y posiciones encontradas, 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 en que 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, y 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. Pese a 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 a 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, que 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 caos de favorabilidad.
- b. Problemas de validez espacial: Se debe establecer el lugar de la comisión de la conducta punible (*locus commissi delicti*), tendiendo 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, por 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. TIPICIDAD

En esta etapa ha de estudiarse el primero de los elementos específicos del hecho punible dogmáticamente entendido, esto es, 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. Aspectos 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. Aspectos subjetivo: Se debe precisar si hay dolo directo, indirecto, o eventual, es decir, si la conducta del el autor satisface las exigencias del aspecto cognoscitivo del hecho, así como los elementos del aspecto volitivo, de acuerdo al tipo de dolo.

c.1. Causas de atipicidad: La tipicidad dolosa también tiene una cara negativa, la cual atiende los casos en los que 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 adecua 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 que se debe 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 de que se trata con los medios elegidos, si tenía la posibilidad de conocer la amenaza que la conducta representaba para los bienes jurídicos, o prever el resultado, así como establecer si actuó con culpa conciente o inconsciente.

b.3. Causas de atipicidad: La culpa también tiene un lado negativo, el cual se refiere a los casos en que 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 objetiva de estos tipos puede variar según se trate de una *omisión propia*, los cuales son tipos de pura omisión, donde no se analiza si el resultado ni la causalidad hipotética o nexo de evitación (imputabilidad objetiva) o tipos de *omisión impropia* en los cuales 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 debe determinar si el agente actuó con dolo, así como 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, siendo 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, examinar si dicha conducta es antijurídica, esto es, 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 el analista si la conducta es formalmente antijurídica y si no lo es, cual figura justifica al agente. Si se reúnen los elementos objetivos y subjetivos exigidos por la causa de justificación respectiva y si afirmada la antijuridicidad, 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 conocimiento 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, 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 ello 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 2 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, estableciéndose si existe coautoría, autoría mediata, complicidad, etc.

8. UNIDAD Y PLURALIDAD DE CONDUCTAS TÍPICAS

Si se presentan casos en los que 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, sean de naturaleza penal (penas o medidas de seguridad), o civil (responsabilidad civil derivada de la conducta punible). Siendo necesario establecer si el autor de la conducta típica, antijurídica y culpable (responsable) es imputable o inimputable, así como la posibilidad es de 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.

VELASQUEZ VELAZQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2.^a edición, 2004