

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA: COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS

**RESUMEN:** El presente informe de investigación abarca un análisis doctrinario del principio de comunicabilidad de circunstancias con autores nacionales y extranjeros, además se adjunta la normativa aplicable al caso y se incorpora la jurisprudencia más relevante que desarrolla un análisis de la figura en estudio aplicada a casos concretos.

## Índice de contenido

|  |    |
|--|----|
| 1DOCTRINA.....   | 1  |
| a)El Principio de Comunicabilidad.....                               | 1  |
| b)Aplicación del principio según la Doctrina costarricense.....      | 2  |
| 2NORMATIVA.....  | 4  |
| a)Código Penal.....  | 4  |
| ARTÍCULO 49. Comunicabilidad de las circunstancias. ....             | 4  |
| 3JURISPRUDENCIA.....   | 4  |
| a)Aplicación de la Teoría del Conocimiento del hecho.....            | 4  |
| b)La Teoría de la participación en la jurisprudencia.....            | 15 |
| c)Las calidades de funcionario público se comunican al cómplice..... | 39 |

### 1 DOCTRINA

#### *a) El Principio de Comunicabilidad*

[FIERRO]<sup>1</sup>

“Es necesario para poder hablar de participación que el agente entienda a su acción como parte integrante del hecho total, vale decir, concurriendo a él mediante la convergencia con otras acciones que pueden ser típicas o no.

Pero lo cierto es que se requiere, al menos, una coincidencia de intenciones encaminadas hacia un común hecho delictivo. No obstante, de esta coincidencia genérica de las voluntades y de la concurrencia a un todo jurídicamente unitario, no cabe deducir concurrencia en absoluta igualdad de condiciones, pues pueden existir sensibles diferencias en las circunstancias personales que influyen sobre la punibilidad del hecho.

Deben distinguirse entre las diversas circunstancias que tienen que ser tenidas en consideración: las fácticas constitutivas de la figura, las personales que influyen en la calificación del hecho o que lo constituyen, y las personales que alterna en más o en menos su penalidad o que lisa y llanamente la excluyen.

Para resolver estos casos es necesario recurrir a ciertas reglas que determinan en qué supuestos las circunstancias que alteran la responsabilidad de los distintos partícipes se comunican entre ellos y en cuáles no. el conjunto de esas reglas constituyen el principio de la comunicabilidad.

Con respecto al primero de los supuestos, esto es, a las circunstancias fácticas que constituyen la figura, podemos decir que perteneciendo ellas al hecho y no estando referidas a los distintos partícipes en particular -aún cuando sean de naturaleza eminentemente subjetiva-, su aplicación abarca a todos por igual y, en consecuencia, son comunicables.

Con respecto a las circunstancias personales corresponde hacer una serie de sucesivas distinciones conforme a las soluciones establecidas por nuestra particular ley positiva en su artículo 48 del Código Penal."

#### ***b) Aplicación del principio según la Doctrina costarricense***

[CASTILLO GÓMEZ]<sup>2</sup>

"El problema de la comunicabilidad de las circunstancias se presenta en un hecho delictivo realizado en participación, cuando los sujetos que intervienen en él difieren unos de otros por su posición personal frente al delito cometido, de tal modo que éste puede adquirir distinta denominación para cada cual, o cuando concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad que no afectan por igual a todos los partícipes. La comunicabilidad de circunstancias se da del autor al partícipe (cómplice o

instigador); no de éstos al autor.

Existen tres posibles modos de solucionar el problema; el primero consiste en partir de la unidad del delito y del principio de accesoriedad, de tal modo que todos los partícipes responderán del mismo título delictivo realizado por el autor (teoría unitaria); el segundo, consiste en romper la unidad del delito y en hacer responder a cada uno por un delito distinto y autónomo, según el conocimiento del partícipe de las circunstancias del delito cometido por el autor principal, para que pueda ser afectado por éstas (teoría del conocimiento).

El artículo 49 del Código Penal regula la comunicabilidad de las circunstancias de un delito, del autor principal (autor directo, coautor, autor mediato, autor accesorio) a los partícipes (cómplice o instigador). Dice el artículo 49 del Código Penal:

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 concurran.

Las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho sólo se tendrán en cuenta respecto de quien, conociéndolas, presto su concurso.

El vigente artículo 49 del Código Penal fue tomado por nuestro Legislador del Proyecto Soler para Guatemala. El sistema que sigue la ley en ese artículo es mixto: respecto a las circunstancias personales constitutivas de la infracción y respecto a las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho, sigue la teoría del conocimiento. Con relación a "las relaciones, circunstancias o calidades personales cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, sigue la teoría pluralista, puesto que ellas solamente tienen influencia en los partícipes en quienes concurran.

No regula nuestro Legislador el tratamiento de calidades personales, no constitutivas de la infracción, cuyo efecto sea agravar la pena a imponer.

a-1) Las circunstancias personales constitutivas de la infracción y las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad."

## **2 NORMATIVA**

### **a) Código Penal**

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]<sup>3</sup>

#### **ARTÍCULO 49. Comunicabilidad de las circunstancias.**

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 solo se tendrán en cuenta respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso.

## **3 JURISPRUDENCIA**

### **a) Aplicación de la Teoría del Conocimiento del hecho**

[SALA TERCERA]<sup>4</sup>

Resolución 347-F-94

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

San José, a las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.-

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra ENRIQUE BETANCOURT ESCALONA, mayor, divorciado, vecino de Plaza González Víquez, carné de refugiado #071130114684, por los delitos de HOMICIDIO SIMPLE Y ROBO AGRAVADO en perjuicio de DONNA MARY WILKINSON TALLEY. Intervienen en la decisión del recurso los

*Centro de Información Jurídica en Línea*  
*Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

---

Magistrados Daniel González Álvarez, Presidente; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Mario Alberto Houed Vega; Alfonso Chaves Ramírez y Rodrigo Castro Monge. También intervienen el defensor público licenciado Omar Vargas Rojas y como defensor particular el licenciado Enrique Jaime Solano Vargas. Se apersonó el representante del Ministerio Público.-

RESULTANDO:

1.- Que el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda de San José en sentencia N 51-B-94 de las dieciséis horas con veinte minutos del trece de abril de mil novecientos noventa y cuatro, resolvió: POR TANTO: En virtud de lo expuesto, 392, 394, 395, 396, 398, 399, 512, 542 y 544 del Código de Procedimientos Penales, 22, 111, 213 incisos 2) y 3) del Código Penal, se declara a ENRIQUE BETANCOURT ESCALONA cómplice de los delitos de HOMICIDIO SIMPLE Y ROBO AGRAVADO cometidos en concurso material, en perjuicio de DONNA MARY WILKINSON TALLEY, y en tal carácter se lo condena a cumplir por la primera delincuencia el tanto de DIEZ AÑOS DE PRISION y por la segunda CINCO AÑOS DE PRISION, para un total de QUINCE AÑOS DE PRISION que deberá descontar previo abono de la preventiva que hubiere cubierto en el lugar y forma que determinen los respectivos reglamentos penitenciarios. Se lo condena además al pago de ambas costas del juicio y firme el fallo se ordena su inscripción en el Registro Judicial. Efectúese el cómputo de pena, enviándose copia del mismo y de la presente resolución al Juzgado de Ejecución de la Pena y al Instituto Nacional de Criminología, poniéndose el convicto a la orden de la citada Institución. SE ABSUELVE de toda pena y responsabilidad a ENRIQUE BETANCOURT ESCALONA del delito de INFRACCION A LA LEY DE ARMAS, que se le venía atribuyendo en perjuicio de la SEGURIDAD PUBLICA. Se resuelve éste hecho sin especial condenatoria en costas. HAGASE SABER. (Fs. licdos. Gilberto Corella Quesada, Jorge A. Chacón Laurito, Gerardo Calvo Picado y José Oviedo Álvarez, prosrio.)».-

2.- Que contra el anterior pronunciamiento el licenciado Omar Vargas Rojas, defensor público del imputado Enrique Betancourt Escalona interpuso recurso de casación por la forma. En el primer motivo, acusa falta de fundamentación. En el segundo motivo, se alega la incorporación de prueba ilegítima. En el tercer motivo, se alega violación de reglas de la sana crítica. Por lo que solicita que se anule la sentencia y se ordene el reenvío para una nueva sustanciación. El licenciado Enrique Jaime Solano Vargas, en su condición de defensor particular del acusado Betancourt

Escalona interpuso recurso de casación por la forma y por el fondo. En el recurso por la forma, alega violación de las reglas de la sana crítica y del principio de derivación. Por su parte, en el recurso por el fondo, en su primer motivo, acusa errónea aplicación del artículo 47 en relación con el 111, e inobservancia del artículo 30, todos del Código Penal. En el segundo motivo, alega errónea aplicación del artículo 22 y 76 e inobservancia del artículo 21, en relación con el 75, todos del Código Penal. Por lo que solicita que sea parcialmente casada la sentencia y se declare que en la especie lo que existe es un concurso ideal y en consecuencia se aplique únicamente la pena de diez años de prisión por ser la más grave.-

3.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, la Sala entró a conocer del recurso.-

4.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.-

Redacta el Magistrado Ramírez; y,

CONSIDERANDO:

I.- Recurso del licenciado Omar Vargas Rojas, defensor público del imputado Enrique Betancourt Escalona. Forma. Primer motivo. En cuanto a los reproches de falta de fundamentación formulados. Los elementos esenciales que señala el recurrente como no tomados en consideración por los juzgadores, en cuanto a lo declarado por el acusado (sea su excusa en sentido de que por estar enfermo el día de los hechos, le dieron las nueve de la mañana en su casa y que por ello no pudo estar presente en el lugar de los hechos, aspecto secundado por el testigo Andrés Alberto Betancourt Rodríguez), si bien ciertamente el fallo no hace expresa referencia a ello, es lo cierto que frente a los argumentos que lo informan, aún incluyendo mentalmente el reproche, la sentencia sustancialmente no resulta modificada, es decir, que los reproches no asumen la condición de esencialidad requerida, pues virtualmente, de acuerdo al análisis y valoración de la prueba utilizada en el mérito -como se dijo- no se modifica, de modo que la fundamentación vertida da buen soporte legal a la sentencia en cuanto a su validez se refiere, todo ello aparte de que nada en el fallo hace sostenible la tesis aducida.

Por estas mismas razones, y por no haber otras bases suficientes, no hay posibilidades razonables para aceptar que lo declarado por el coimputado Hernández Cambronero (en cuanto vincula al aquí imputado Betancourt en los hechos ocurridos) obedezca -como se reclama- a una venganza pues ellos son enemigos. En cuanto a los reparos respecto a la declaración del coimputado Tenorio Rojas, en realidad, el recurrente, no señala los puntos específicos de esa declaración que, como no sometidos a análisis, provocan en su criterio el vicio que acusa, pues no es suficiente con indicar que el Tribunal no señala por qué tomó la declaración de la instrucción de dicho acusado y no la del debate. En efecto aunque esta Sala ha señalado recientemente que en esos casos el tribunal debe justificar las razones por las que escoge una u otra indagatoria, lo cierto es que en la especie el recurrente no indica cuál es la trascendencia del defecto, es decir, no especifica cuál es el perjuicio que se le causó, ni de qué modo se ven afectados los fundamentos del fallo a raíz de esa situación, máxime que la declaración rendida en el sumario por Tenorio Rojas (así como las de los otros coimputados) se incorporó al debate sin objeción de la defensa (ver acta del debate, fs. 609 vto., lín. 24 a 30). Cabe señalar, finalmente, que el Tribunal tomó en cuenta, ciertamente, la prueba conducente a la demostración de la participación del imputado Betancourt, pero sobre esa prueba en concreto, en relación a los factores involucrantes que de la misma se desprenden y según se analiza en el fallo en contra del aquí acusado, absolutamente nada se combate, de manera que al no hacerse extensivas las censuras a esas apreciaciones de los jueces, no resultan entonces completas tales críticas. Consecuentemente, al no apreciarse yerros graves de fundamentación y no ser cuestionadas las valoraciones que de las respectivas probanzas utilizadas se hicieron en el mérito, el pronunciamiento conserva fundamentación apta y legal para afianzar su conclusión. Así, debe declararse sin lugar este motivo.-

II.- Segundo motivo. Se plantea, con apoyo en las violaciones de las respectivas leyes rituales invocadas, la "Incorporación de prueba ilegítima", expresando el recurrente que, pese a su oposición, el Tribunal incorporó la declaración del coimputado Tenorio Rojas, advirtiéndolo el a-quo que el artículo 385 del Código de Procedimientos Penales "no hacía ninguna distinción y por ello estaban facultados para incorporar la declaración de la instructiva o del debate, según consideran pertinente.". Apunta que una interpretación hermenéutica de dicha norma, lleva a concluir que "cuando el "prófugo, absuelto o condenado" haya declarado en el debate, es ésta la declaración que se puede incorporar"; que esa declaración incorporada fue fundamental y de

eliminársela la sentencia queda sin sustento, concluye el interesado. Tal como se apuntó en el motivo anterior, la incorporación en cuestión se hizo sin que mediara reserva de casación. Si bien el defensor se opuso (lo que no equivale a la reserva), posteriormente accedió a la incorporación de las declaraciones de todos los imputados (confr. acta del debate, f. 609 vto., lín. 24 a 30 y f. 610 fte., lín. 1 a 3). Por otra parte, la declaración de Peter Tenorio Rojas del sumario, en el debate seguido contra él y otros acusados, fue incorporada debido a las contradicciones en que incurrió (ver sentencia N° 200-3-92, a folio 424), de modo que ningún obstáculo impedía incorporarla en este juicio, resultando inadmisibles las tesis del recurrente en cuanto a que procedía únicamente incorporar la declaración de Tenorio rendida en el debate. Por ello, no es acertada la cita de la sentencia de esta Sala: V-50 F de las 10:10 hrs. del 12/3/87, que hace el defensor, pues en tal fallo se discutió y analizó otro punto jurídico distinto (que el citado artículo 385 "no autoriza incorporar al debate la declaración indagatoria rendida en la instrucción por un imputado con prórroga extraordinaria, resultando ilegal esa incorporación si se hace de oficio y contra el criterio de las partes, como concluye la cita del tratadista Núñez. ..."). Debe por lo dicho, declararse sin lugar este motivo.-

III.- Tercer motivo. Violación de reglas de la sana crítica. Respecto a esos cuestionamientos, concluye la Sala en la no existencia de los vicios acusados. En efecto, no solo se razonó acertadamente en relación a la participación del acusado Betancourt Escalona a través de la declaración de los coimputados Tenorio Rojas y Hernández Cambronero (de forma esencial como alega la defensa), sino que paralelamente se tuvieron en cuenta y por consiguiente valoraron, sin yerros detectables, otros elementos probatorios, sobre los cuales el recurrente nada objeta. Que a los juzgadores le merecieran credibilidad, por su espontaneidad, los dichos de esos coimputados, ello es resorte de sus propias atribuciones en virtud de los principios que informan el contradictorio y la inmediatez de la prueba, controlando únicamente la Sala -como es sabido- que en tal ponderación no se quebranten las reglas acusadas, aspecto no registrado. Por último, debe advertirse que en cuanto a las posibilidades de la existencia de un problema personal entre los coimputados Hernández y Betancourt (venganza del primero por enemistad con el segundo, en lo cual pone énfasis el recurrente y por ello que Hernández involucre a su defendido), ninguna fuente racional se desprende de la sentencia en ese sentido, ni concretamente la señala el recurrente, y como se dijo, la sentencia analizó, además de los



dichos de los citados Tenorio y Hernández, otros medios de prueba aptos tendentes a la demostración de la participación de Betancourt que no fueron objetados. Cabe pues, declarar sin lugar este motivo.-

IV.- Recurso del licenciado Enrique Jaime Solano Vargas, defensor particular del acusado Enrique Betancourt Escalona. Unico motivo por la forma. Violación de las reglas de la sana crítica y del principio de derivación. Se alega -en síntesis- que el Tribunal no tiene prueba directa de la participación de Betancourt, utilizando solo prueba indiciaria; que se incurre en vicios de derivación al sacar conclusiones no necesariamente extraídas de la prueba; que los indicios tenidos en cuenta no son graves, precisos y concordantes. Luego, expresa el defensor por cuáles indicios, en su criterio, el Tribunal condenó a su defendido, apuntando: "para que sea la Sala la que indique si se violó el principio de derivación y por ende la lógica del pensamiento humano en el caso que nos ocupa. (Nota el tema de la precisión no nos interesa, por lo tanto no será objeto de discusión por nuestra parte)." (sic); concluyendo en que, lo único concreto que, de los indicios que señala, se puede extraer es la participación de un cubano, indicio por demás vago, y que, en definitiva, el Tribunal concluye en que su defendido es el quinto hombre por tres razones: 1- es cubano, 2- vive por Plaza González Víquez, y 3- conocía a Arana del Rosal; que fuera de esas tres circunstancias no existe otro elemento indicativo de la responsabilidad de su defendido. Sin embargo, los reclamos, de cara a los fundamentos del pronunciamiento, no encuentran marco de adecuación propio y como representativos de los vicios acusados. Efectivamente, pese a que el recurrente deja por fuera (expresamente a cargo de la Sala la determinación del alcance del elemento decisivo de los indicios que apunta, cual es su precisión, lo que es incorrecto, pues significa para la Sala el hecho de valorar todos los elementos probatorios concurrentes a efecto de tal determinación, lo que obviamente excedería su ámbito funcional) la especial particularidad de la precisión de los indicios, es lo cierto que no se suministran acabadamente todas las fuentes circunstanciales o indiciarias en el caso concurrentes y que sí analizó, en detalle, la sentencia en todo su conjunto. En efecto, del fallo se advierte que el Tribunal realizó, tal como se requiere, un examen pormenorizado del cúmulo de indicios convergentes (se repite: y no solo los señalados en el recurso, que sí resultan aislados y por ende carentes de su proximidad jurídica y globalizante), cumpliendo así con la valoración judicial sobre todos los indicios, y no con el significado de cada uno de ellos en particular, actividad de los jueces que permite claramente a esta Sala la comprobación del iter lógico adoptado

para arribar a su conclusión decisoria. Y como lo ha expuesto esta Sala, refiriéndose a la apreciación global y no aislada del elemento indiciario: "Como se puede desprender de lo antes dicho, el principal obstáculo de esta apreciación conjunta no está en la toma de partido sobre la idoneidad de un indicio necesario sobre otro, sino en la suma y valor de los indicios para un fallo. Al realizarse esta evaluación entre los indicios puede producirse el efecto contrario, es decir, que un indicio afecta a otro en su sentido lógico o produce más de una explicación posible, o deja incertidumbre sobre el acomodo del resto de los indicios para la explicación necesaria, que según la sana crítica, debe realizarse en la conclusión judicial. El examen conjunto de los indicios no debe dejar, entonces, margen a la incertidumbre, a la duda, y esto es muy frecuente cuando los indicios tomados individualmente, y en suma (unidos unos con otros) produzcan más de una explicación de su existencia o enlace." (Confr.: V-516 F de 9:25 hrs. del 10/9/93). La forma en que el recurrente toma los únicos indicios que señala, sea individualmente, pueden producir varias explicaciones, naturalmente la que más conviene a sus intereses. Sin embargo, en el caso concreto, se observa del pronunciamiento en estudio que no solo se valoraron las circunstancias de que el acusado es cubano, que vive en los alrededores de la Plaza González Víquez y que conocía a Arana del Rosal (director del plan para el asalto conforme al fallo), como se alega, sino que también los juzgadores aunaron con acierto valorativo detalles precisos de su vinculación extraídos de las declaraciones del citado Arana (quien declaró que Betancourt era su amigo), y de los coimputados Tenorio y Hernández, como de otros aspectos de interés (especialmente los relatados en la sentencia a fs. 629 a 630), vinculantes con carácter de gravedad, precisión y concordancia, emanados de las deposiciones de Gerardina Chavarría Elizondo, el testigo Roberto Ortega Córdoba y los policías judiciales participantes de las respectivas pesquisas. A todo ello es factible adicionar un aspecto trascendente y unívoco que claramente se infiere del fallo, cual es, que los imputados Tenorio y Hernández, quienes de antemano a los hechos conocieron a Betancourt cuando les fue presentado por Arana del Rosal en los alrededores de la Plaza González Víquez, en ningún momento dichos coimputados entraron en duda, ni así se cuestiona, en cuanto a que la persona que les presentó Arana no fuera la misma que conocieron el día anterior y el mismo que estuvo en el vehículo el propio día de los hechos. Es decir, la identidad física e individualización de Betancourt y por ende su participación nunca estuvo en duda, extremos por demás, bien acreditados con la prueba indiciaria que, valorada globalmente, concurrió en el mérito. En razón de lo expuesto, este motivo debe declararse sin lugar.-

V.- Recurso por el fondo. Primer motivo. Acusa el defensor errónea aplicación del artículo 47 en relación con el 111, e inobservancia del artículo 30, todos del Código Penal. En síntesis, aduce que si bien, de acuerdo con los hechos acreditados, la conducta de su defendido tipifica como cómplice de robo "no tipifica como el delito de cómplice de homicidio.". Señala que para "condenar al imputado por cómplice del homicidio, era necesario acreditarle que participó aceptando las consecuencias de lo que los autores podían llegar a realizar.", sea que era necesario que tuviera el dolo de colaborar en el hecho cometido por un tercero (dolo de su propia acción), además de tener el dolo de la acción que iba a cometer el autor principal. Que dentro del plan de Arana del Rosal, no estaba matar a la ofendida y ello no se acreditó, ni que el imputado aceptara que los autores fueran a ultimar a la víctima. Por ello -dice- no se puede partir de que el acusado tuviere ese doble dolo, pues faltó acreditar el elemento subjetivo del tipo en cuanto a la complicidad de homicidio. Sin embargo, los argumentos del defensor no son admisibles. Tanto de los hechos probados como de su fundamentación de derecho (adecuación de aquéllos con los tipos penales y su punición, excepción que resulta y se tratará al conocer el segundo motivo de este recurso por el fondo formulado respecto de la violación de las reglas del concurso con relación al partícipe), con claridad se desprende que el aquí imputado aceptó y prestó decididamente su aporte o colaboración (consistente en labor de vigilancia y protección a los autores, incluso recibiendo para tal cometido un arma de fuego, así como del traslado del autor o autores principales de los hechos dolosos en el vehículo en que se encontraba); además, conoció de antemano a los hechos punibles ocurridos la utilización de armas por los autores del asalto, aunque no figurara en el plan criminal original causar la muerte de la ofendida, así como que fue llevado a conocer, el día anterior, el sitio donde se realizaría el hecho punible: en principio el robo. Igualmente quedó bien acreditado que, el día de los hechos, el acusado Betancourt fue trasladado de su domicilio (alrededores de Plaza González Víquez), al hotel Terminal, enrumbándose luego los acusados, primero hasta un lugar cercano al de la escena de los hechos donde quedó a la espera Arana del Rosal en su automotor, y luego en otro vehículo (tipo sedán) hacia el lugar de destino para la realización del hecho programado y aceptado (querido) por Betancourt, concretamente el robo con uso de armas de fuego por parte de los autores principales, habiendo recibido igualmente una arma de ese tipo, ubicándose el chofer del vehículo sedán (en que viajaba Betancourt) a unos cincuenta metros del lugar en que se cometería el delito, sea en "una posición estratégica para abandonar el

lugar" y en labor el aquí imputado de vigilancia y protección para el traslado de los autores, lo que efectivamente se hizo en dicho vehículo sedán una vez realizados los hechos punibles por el autor o autores, haciendo luego trasbordo al vehículo de Arana del Rosal, en el cual se trasladaron hasta Tres Ríos, recibiendo luego parte del botín de manos del director del plan criminal: Arana del Rosal, a quien previamente (al momento del último trasbordo) Betancourt, "hombre de confianza" de Arana del Rosal, le había hecho entrega del maletín ejecutivo sustraído por el autor o los autores a la víctima, e incluso recibió parte del botín. De la relación de esos hechos, evidentemente se desprende la participación dolosa del aquí imputado en su sentido estricto, es decir, que su dolo propio estuvo tanto dirigido a cooperar como cómplice en la realización de los hechos dolosos por el autor o los autores, como a la naturaleza dolosa de los hechos punibles principales (lo que alguna doctrina ha llamado el "doble dolo" del cómplice). Esto se desprende como consustancial de los hechos acreditados. Desde estas perspectivas 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.". Es indudable pues, que los elementos que como no probados se echan de menos, sí están presentes -y se valoraron jurídicamente- dentro de los hechos acreditados. Hubo pues, en el caso en estudio, una contribución causal clara en la realización de los hechos dolosos principales, de modo que en relación al aspecto subjetivo de la complicidad, el dolo del cómplice (Betancourt) no solo estaba presente en su propia acción, sino que también se extendió (abarcaba) a la acción o acciones principales y también a su resultado. Ahora, en relación al punto concreto del alegato de que para poder condenar el imputado por complicidad en el homicidio, "era necesario acreditarle que participó aceptando las consecuencias de lo que los autores podían llegar a realizar", tampoco puede otorgarse razón al recurrente, pues aparte de lo antes señalado, son aplicables al caso las prescripciones de los artículos 48 y 49 del Código Penal (teoría del conocimiento). Del contexto del fallo, especialmente de los hechos probados, se acreditó el conocimiento y la aceptación (querer) de Betancourt en su participación en los hechos dolosos de otros, hechos en los cuales se usarían armas, y de ahí que procede la aplicación de dicha teoría (del conocimiento), sea por aceptar 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, como en efecto ocurrió, por el hecho de portar armas aquéllos (incluso el propio Betancourt); lo anterior, en

unión o aplicación de lo dispuesto en el párrafo final del referido artículo 49, en cuanto dispone: "Las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho solo se tendrán en cuenta respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso.". De manera que, jurídicamente, no es posible, por el principio de accesoriadad 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 -como se pretende- 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 aquélla imputación, ni puede quebrar el principio de accesoriadad del partícipe (en este caso del cómplice) respecto de los injustos penales del autor o los autores. Y ha de tenerse presente, de otro lado, que la complicidad (materialmente desarrollada), en este caso concreto, aumentó el riesgo o las probabilidades de que el delito se realizara, pues creó más confianza de realización en el autor o autores a fin de producir el resultado. Las razones expuestas, son suficientes para declarar inadmisibile la tesis de la defensa y por ende este motivo.-

VI.- Segundo motivo. Se acusa errónea aplicación de los artículos 22 y 76 e inobservancia del artículo 21, en relación con el 75, todos del Código Penal. Apunta el defensor -en resumen- que de acuerdo con las reglas del concurso de delitos, según los razonamientos que expone, a su defendido solo se le puede condenar por las acciones de cooperación que realizó y no por las acciones realizadas por los autores del robo y homicidio. Que su patrocinado solo realizó una única acción de cooperación que violó dos disposiciones legales no excluyentes entre sí, pero con una única acción de colaboración, incurriendo en un concurso ideal. Sin embargo, en criterio de la Sala, no es posible otorgar razón al recurrente. Los argumentos expuestos en el Considerando anterior referida a la extensión del dolo del partícipe a la acción o acciones principales y por ende a los resultados de éstas, valen para el rechazo de este motivo. En efecto, son aplicables al caso del cómplice o partícipe las disposiciones contenidas en los artículos 48 y 49 del Código Penal, toda vez que de parte de Betancourt hubo aceptación (querer) de participar en los hechos dolosos de otros, en los que se usarían armas de fuego. Así según la teoría del conocimiento, esto es, que se acepta como una consecuencia probable de la acción emprendida por el autor o los autores el que se ocasionara una lesión e incluso la muerte de una persona, como efectivamente ocurrió, todo a consecuencia -en cuanto al cómplice- de la portación y uso de armas de fuego (al

igual que el mismo Betancourt), para la perpetración del ilícito en principio planeado. Y como también se dijo en el precedente Considerando, en virtud del principio de accesoriedad de la conducta del partícipe y en estricta aplicación de los citados artículos 48 y 49, no es dable jurídicamente sustraer la acción del partícipe, en este caso concreto, de las conductas del autor o autores de los hechos principales y sus resultados, dando así cabida a la aplicación de las reglas del concurso delictual por que se aboga, pues de admitirse tal tesis, implicaría dejar inoperantes los referidos artículos del Código Penal, además de que, si la responsabilidad del autor o autores participa del delito o delitos por el resultado, la conducta del aquí partícipe, dada la trascendencia y eficacia que tuvo la desplegada, tampoco puede quebrar ni el título de aquella imputación principal, ni por ende el principio de accesoriedad del partícipe con respecto de los injustos penales de aquéllos y sus resultados, pues -se repite- al aceptarse como una consecuencia probable por la portación y uso de armas de fuego que se produjera lesión o incluso la muerte de la persona, y en atención a lo determinante de la conducta del imputado que como partícipe se le encomendó y que efectivamente cumplió antes y después de los hechos, no hay entonces bases razonables, además de lo imperativo de las referidas normas penales, para estimar como desligadas e independientes sus acciones de las del autor o autores y que en esa condición debe juzgárselas de acuerdo al concurso ideal. Unido a ello, juega un papel importante -en este caso- el factor del aumento del riesgo o probabilidades de que el delito o delitos se realizaran, creando así más confianza en el autor o autores a fin de producir el resultado -aún más grave de los previstos como ciertamente sucedió- la referida y especial circunstancia de la portación de armas de fuego para la realización del injusto al que se prestó colaboración, incluyendo desde luego la oportuna espera para la eficaz huida de los participantes luego de cometidos los injustos, como efectivamente ocurrió, dando lugar esos motivos serios para incluso pensar en otro tipo de calificación legal aún más grave respecto de la participación del aquí juzgado como cómplice. No obstante, por provenir la impugnación de la defensa, aparte de la declaración abstracta que ello conllevaría, no se podría agravar su situación jurídica establecida en la sentencia de mérito (artículo 459 del Código de Procedimientos Penales), pero sí son circunstancias concurrentes y razonables para también desestimar la aplicación concursal pretendida. En virtud de lo expuesto, el motivo en estudio debe declararse sin lugar.-

POR TANTO:

Se declaran sin lugar los recursos interpuestos.-

**b) La Teoría de la participación en la jurisprudencia**

[SALA TERCERA]<sup>5</sup>

Exp: 02-001657-0647-PE

Res: 2007-00172

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas treinta minutos del veintiocho de febrero de dos mil siete.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Isabel Madriz Zúñiga, costarricense, cédula número 1-782-533, por el delito de Fraude de Simulación, en perjuicio de Mario Posla Fuentes. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados José Manuel Arroyo Gutiérrez, Presidente, Alfonso Chaves Ramírez, Magda Pereira Villalobos y las Magistradas Suplentes Rosario Fernández Vindas y Ana Eugenia Sáenz Fernández. También interviene en esta instancia el licenciado Mario Alberto Córdoba Zárate como apoderado especial judicial del querellante y actor civil. Se apersonó el representante del Ministerio Público.

Resultando:

1.- Que mediante sentencia N° 129-06 dictada a las once horas del catorce de marzo de dos mil seis, el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, numerales 218 en relación al 216 del Código Penal, 11, 40, 42, 311 inciso d, 30 inciso J del Código Procesal Penal SE SOBRESEE A ISABEL ZUÑIGA MADRIZ por el delito de Fraude de Simulación que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de Mario Posla Fuentes, sin especial condenatoria en costas, quedan los gastos procesales a cargo del Estado. Se declara sin lugar acción civil resarcitoria. Notifíquese."

2.- Que contra el anterior pronunciamiento la licenciada María Gabriela León Mora en su condición de representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación. Solicita se anule la sentencia y se ordene el reenvío para nueva sustanciación.

3.- Que verificada la deliberación respectiva, la Sala entró a conocer del recurso.

4.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes; y,

Considerando:

I.- El apoderado especial judicial de Mario Posla Fuentes, quien figura como actor civil, impugna la sentencia de sobreseimiento decretada en este asunto a favor de la justiciable Isabel Madriz Zúñiga, a través de la cual se declaró extinguida la acción penal en virtud de que la coencartada Corina Zúñiga Ross en su oportunidad reparó integralmente el daño causado por el delito que se acusa. Expone el recurrente, como primer agravio, que antes de la audiencia preliminar se procuró arribar a un acuerdo conciliatorio con Zúñiga Ross, quien se comprometió a declarar sobre los hechos que se le atribuían, cancelarle al ofendido una suma de dinero y donarle la mitad del inmueble objeto del conflicto. Ya en la audiencia preliminar se estableció además que la otra mitad del bien le sería donada a la cojusticiable Madriz Zúñiga, haciendo así que la totalidad del inmueble fuera devuelta al patrimonio de la familia Posla Madriz. Por su parte, Madriz Zúñiga se opuso siempre a la conciliación que, por último, fue arbitrariamente rechazada por el juez penal, aduciendo que los acuerdos pactados imponían que dicha justiciable consintiera, aceptando la donación. A pesar de los recursos ejercidos contra lo resuelto, se mantuvo la negativa a homologar la propuesta y esto obligó al actor civil a acudir a otra medida alternativa, planteando el acuerdo, al inicio del debate, como una reparación integral del daño que, a fin de cuentas, favoreció -según el criterio del a quo- a la coimputada que nunca expresó deseos de conciliar ni hacer ninguna reparación. Concluye el quejoso que las actuaciones del juez penal vulneraron el debido proceso, pues no podía negarse a homologar la conciliación pactada. En el segundo motivo, continuación del anterior, expone el recurrente que en virtud de la reparación integral se sobreseyó a la justiciable Zúñiga Ross, pero con expresa referencia a que lo hecho por ella fue "resarcir proporcionalmente" el patrimonio del ofendido, es decir, el daño causado por esa encartada y no por la coindiciada Madriz Zúñiga, quien no quiso participar en el arreglo. Se extrae del libelo de la acción civil que subsistían otras pretensiones de carácter económico a demandar, pues no fueron satisfechas, a saber: el daño moral, el pago de ambas costas y otras expectativas "... que no eran de orden económico, pero que sí eran de gran importancia para la víctima..." (sic, folio 1051). La sentencia recurrida ignoró estos argumentos, olvidando que la reparación integral debe ser "a entera satisfacción" del ofendido y no de los jueces, así como que en este caso no se reparó integralmente el daño, sino solo la parte proporcional que le correspondió a una de las acusadas. Tampoco se tomó en cuenta -según se indica en el



tercer motivo del recurso- que la víctima en este caso se opuso a la aplicación del efecto extensivo de la medida alterna y, como cuarta protesta, se aduce que el tribunal, en su voto de mayoría, fue amplio al razonar por qué debía descartarse la existencia de una cosa juzgada, pero no lo fue para explicar por qué tenía que operar dicho efecto extensivo. Por su parte, el Ministerio Público también impugna lo resuelto por estimar que el fallo no explica las razones por las que se consideró que los efectos de dicha reparación integral debían extenderse a Madriz Zúñiga. Además, el propio sobreseimiento inicial en cuanto a Zúñiga Ross estableció que el patrimonio del ofendido fue "resarcido proporcionalmente" y no se pronunció ese fallo acerca de los hechos que se investigan. Acuden los jueces a motivaciones contradictorias cuando afirman, por un lado, que el primer sobreseimiento no produjo cosa juzgada respecto de Madriz Zúñiga, para luego sostener que posee un efecto extensivo.

II.- A fin de pronunciarse acerca de los reclamos planteados, conviene señalar, en breve resumen que, según lo describe la pieza acusatoria, el ofendido Mario Posla Fuentes fue cónyuge de la imputada Isabel Madriz Zúñiga y durante su relación matrimonial adquirieron un bien inmueble que se inscribió a nombre de la última en el Registro Público. Posteriormente y con el propósito de extraer el inmueble de la masa de bienes gananciales, la indiciada Madriz Zúñiga decidió donarlo simuladamente a su madre, la cojusticiable Corina Zúñiga Ross, actuando ambas en esto de común acuerdo. Por último, Madriz Zúñiga formuló demanda de divorcio omitiendo enlistar como bien ganancial la referida finca y despojando así a su cónyuge del derecho al cincuenta por ciento que le correspondía sobre el inmueble en virtud de la disolución del vínculo matrimonial. Estos datos constituyen la base fáctica discutida en el proceso y en la que descansan las sentencias de sobreseimiento que declararon la extinción de la acción punitiva.

III.- El primer alegato del recurso del actor civil se orienta a cuestionar la negativa del juez penal a homologar el acuerdo conciliatorio al que arribó el ofendido con su suegra y coimputada Corina Zúñiga Ross, rechazo que, según el impugnante, vulneró el debido proceso. La Sala no comparte la argumentación. El acuerdo, visible a partir del folio 748, estableció que Zúñiga Ross donaría a Posla Fuentes el 50% del inmueble objeto del litigio, además de cancelarle la suma de dos millones de colones y comprometerse a declarar en la audiencia preliminar, detallando los actos ilícitos que realizó. Tanto el juez penal como el tribunal que, aunque declaró inadmisibles el recurso de apelación, se pronunció respecto del fondo de lo discutido (ver folio 837), rechazaron la propuesta tras considerar que se colocaba en situación de desigualdad a la coindiciada Isabel Madriz Zúñiga, ya que la restante mitad del

inmueble (que le correspondería a ella como bien ganancial), quedaba supeditada a que aceptara la donación que su madre también le haría a su favor. La Sala estima que el acuerdo, en efecto, implicaba una notoria desigualdad, pero no por las razones que expusieron los juzgadores que se pronunciaron sobre el tema, sino por las condiciones evidentemente leoninas y excesivas que se pretendió imponer. A través de tal "conciliación" no solo se procuró reconocer de forma inmediata y material el derecho reclamado por el ofendido (sin necesidad de declaratoria judicial del carácter ganancial del bien) e indemnizarlo con el pago de una suma de dinero, sino además obtener de Corina Zúñiga Ross claras manifestaciones que incriminaran a su hija, la coindiciada Madriz Zúñiga, aspecto este que se evidencia con la lectura de la "declaración jurada" que se aportó junto con la misma propuesta conciliatoria (ver folio 754), donde la declarante reconoció el fraude de simulación e hizo saber que actuó de ese modo por hacerle un favor a su hija. Salta a la vista que este último extremo del acuerdo adolecía de una abierta ilegalidad, desde que ninguna de las medidas alternas en las que se demanda la intervención de la víctima, exige que el acusado declare puntualmente sobre los hechos que se le atribuyen. Algunas (como la suspensión del proceso a prueba) solo demandan que admita tales hechos, lo cual no es sinónimo de rendir una declaración amplia y detallada. La posibilidad de requerir manifestaciones de esta naturaleza la tiene de forma exclusiva el Ministerio Público a través del criterio de oportunidad establecido en el aparte b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, que permite prescindir de la persecución cuando: "Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita". En el presente caso, amén de que no concurre ninguno de los presupuestos de fondo determinados por la ley, resulta claro que el querellante y actor civil pretendía alcanzar concesiones que ni siquiera el propio Ministerio Público podría legalmente procurar, es decir: además de la restitución del derecho del que se dice despojado y de un monto de dinero como indemnización, buscaba que Corina Zúñiga Ross colaborara con las investigaciones proporcionando datos y eventuales elementos probatorios útiles para incriminar a su hija, contra quien continuaría la persecución penal (y a pesar de que la conducta de ambas era idénticamente reprochable). Desde esta perspectiva, el acuerdo propuesto implicó entremezclar el

instituto de la conciliación con una suerte de criterio de oportunidad cuyo uso le está vedado al querellante y al actor civil, pues se trata de una medida excepcionalísima restringida a cierto tipo de criminalidad y a la que solo puede recurrir el acusador público en las hipótesis estrictamente determinadas por la ley. Esta misma combinación ilegítima de dos institutos pone de relieve lo excesivo y desigual de dicho acuerdo, pues, se reitera, la justiciable Zúñiga Ross no solo restituiría en definitiva el derecho pretendido por la víctima y la indemnizaría con una suma no despreciable de dinero, sino que se comprometía a servirle como fuente de elementos de prueba ("testigo de la corona" o delatora), facilitando así la persecución penal contra una coimputada. Como se dijo, ni siquiera el Ministerio Público tendría asidero legal para demandar ese tipo de pretensiones y mucho menos lo posee el acusador privado o el actor civil. De esta suerte, el rechazo de la "conciliación" propuesta fue acorde con el derecho, pues los tribunales no pueden permitir que una parte se aproveche del temor y la vulnerabilidad de otra para imponerle condiciones a cambio de renunciar a la persecución penal; condiciones que, por lo demás, son exorbitantes, desmedidas y significan desnaturalizar el instituto de la conciliación y hacer uso ilegítimo de un criterio de oportunidad que no le está autorizado al querellante y al actor civil. Así las cosas, se desestima el reclamo.

IV.- Los restantes alegatos deducidos en los recursos, tanto por el actor civil como por el Ministerio Público, se refieren a la fundamentación del fallo de mérito, a los efectos extensivos de la reparación integral del daño y al consentimiento de la víctima, entre otros aspectos que se abordarán de seguido. Ya se expuso en el Considerando anterior que la negativa de los juzgadores a homologar el "acuerdo conciliatorio" que el ofendido pretendió hacer con la imputada Corina Zúñiga Ross, se apegó a derecho, aunque no por las razones que en su oportunidad se esgrimieron, sino por el carácter ilegítimo de una de las condiciones que se quería hacer valer. En virtud del rechazo jurisdiccional de la propuesta, el querellante y actor civil optó por reiterarla al inicio del debate, pero presentándola como una reparación integral del daño. Atinadamente, aunque, de nuevo, con fundamentos erróneos, el tribunal de juicio rechazó las pretensiones de que se hiciera declarar a la imputada sobre los hechos (ver folio 882) y, por último, se acogió la solicitud una vez que las partes excluyeron esa cláusula y se sobreseyó a Corina Zúñiga Ross, quien ya había cumplido todas las demás condiciones (donación al ofendido de la mitad del inmueble y pago de dos millones de colones). El proceso continuó contra Isabel Madriz Zúñiga hasta que, al celebrarse el nuevo debate respecto de ella, el a quo rechazó la solicitud de la defensa de declarar la existencia de

cosa juzgada, en virtud del sobreseimiento dispuesto a favor de Zúñiga Ross, pero estimó que debía sobreseérsela atendiendo al efecto extensivo de la reparación integral del daño que en su momento hizo su madre. Estos datos del proceso deben tenerse presentes para comprender los motivos que orientarán la decisión del asunto.

V.- En lo que concierne al motivo base de la sentencia impugnada, es preciso hacer las siguientes reflexiones. El artículo 30 del Código de rito establece las distintas causas por las que se extingue la acción penal y en el inciso j) recoge: "... la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso. Esta causal procede siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida o de la suspensión del proceso a prueba...". El instituto de la reparación integral del daño plantea varios problemas, particularmente en virtud de que el legislador no previó de forma expresa la hipótesis de que se trate de delitos en los que intervinieron varios coautores o partícipes y sea solo uno de ellos quien efectúe la reparación. La Sala se ha pronunciado sobre el tema en algunos supuestos muy específicos como los examinados en las sentencias No. 250-99, de 9:38 horas de 5 de marzo de 1999 y la No. 180-01, de 9:25 horas de 16 de febrero de 2001, en las que se señaló la existencia del efecto extensivo a los demás imputados de la reparación integral hecha por uno de ellos, aunque en el segundo fallo se destacó que tal efecto extensivo opera siempre y cuando al momento de efectuarse la reparación, los restantes justiciables (que no repararon) estuviesen en condiciones de acogerse a esa forma de solucionar el conflicto. Con esta última frase la Sala pretendía destacar, porque así se infiere del caso concreto y de las reflexiones en torno de la irretroactividad de la ley penal adjetiva, que una persona ya condenada por un delito, a través de sentencia firme, no podía revertir esa condena por la reparación integral que hiciese posteriormente un coimputado a quien se juzgó después y se benefició con la extinción de la acción penal. La reparación hecha por este coencartado no es un hecho nuevo ni se enmarca en ninguna de las otras causales previstas en la ley para revisar una condena. En fecha más reciente (sentencia No. 270-06, de 9:10 horas de 29 de marzo de 2006) y con una integración parcialmente distinta, la Sala expuso que la reparación integral constituye una circunstancia personal que no se extiende a los acusados que no se acogieron a la medida. Se dijo allí que: "... no se quebrantó el principio de igualdad de trato a los imputados toda vez que ambos,

aunque en diversos momentos (uno en el debate realizado en los meses de julio y agosto del 2004 y el otro en el debate que se efectuó en noviembre) tuvieron las mismas opciones procesales, solamente que fueron empleadas de modo diverso. Mientras que la defensa de Orlando Monge Porras optó por discutir en el contradictorio los hechos acusados, la de Naranjo Chinchilla solicitó al Tribunal, con éxito, la aplicación de una solución alternativa que le permitiera evitar el juicio. Finalmente, si el órgano jurisdiccional se equivocó o no al aceptar la petición (pues en la acusación se señalaba que los acusados usaron un arma blanca para intimidar al ofendido y lograr así la sustracción de la radiograbadora que portaba, así folios 26 vuelto), es un problema que no incide en lo aquí decidido. Nótese que con independencia de lo que se estime sobre ese extremo, la reparación integral del daño que efectuó Naranjo Chinchilla no incidiría en la situación de Monge Porras, ya que se trata de una causa personal de extinción de la acción penal, de forma tal que en casos de coautoría y participación la aplicación de este instituto alcanza solamente a los sujetos en quienes concurre. Dicho en otras palabras, el hecho de que se le aplique a uno de los responsables no significa necesariamente que el beneficio deba extenderse a los demás involucrados, máxime en un caso como el presente, donde las etapas procesales para solicitar su aplicación precluyeron sin que Monge Porras o su defensa mostraran su interés al respecto". Lo que se expuso en esta última sentencia es, a juicio de los suscritos magistrados, correcto en la medida en que se trataba del procedimiento de revisión que formuló un condenado pretendiendo favorecerse con el efecto extensivo de la reparación que otro acusado hizo después de la condena del primero; sin embargo, no se comparte el argumento de que los efectos de la medida alterna posean un carácter personalísimo. El motivo para rechazar las pretensiones de un individuo condenado en la hipótesis recién citada es en realidad simple: el efecto de la reparación integral del daño es la extinción de la acción penal y tal acción solo puede extinguirse mientras se encuentre pendiente. La firmeza de la sentencia condenatoria apareja, evidentemente, la extinción de la acción penal. Una vez recaída dicha firmeza, no hay ninguna acción punitiva que extinguir y, por ende, las medidas a las que puedan acudir los justiciables que aún no han sido enjuiciados y que tengan por efecto extinguir la acción penal, solo pueden favorecerlos a ellos, pues son los únicos sobre los que pende todavía el ejercicio de la persecución; mas no puede favorecer a los que ya fueron sentenciados, pues en lo que a ellos concierne no hay ninguna acción que pueda extinguirse, desde que lo fue a través de la condena. Lo mismo sucede en cuanto a quienes fueron juzgados con arreglo al Código de Procedimientos Penales de 1973 (que no contemplaba medidas alternativas) y se encuentran con

que sus coautores -juzgados después- se beneficiaron con una medida alterna y fueron sobreseídos, pues aquéllos, amén de que ya no pende en su contra una acción penal, tampoco pueden pretender reabrir sus procesos para que se les aplique el nuevo Código Procesal en condiciones de igualdad con sus copartícipes, desde que la retroactividad de las normas penales solo se refiere a las de carácter sustantivo que resulten más favorables y no a las procesales que se rigen estrictamente por el principio de temporalidad (su vigencia en los rangos de tiempo fijados por el legislador).

VI.- En nuestro medio, se ha propuesto que el efecto extintivo de la acción que genera la reparación integral del daño es personalísimo y que tal carácter se deriva de la comunicabilidad de las circunstancias: "Otro aspecto de relevancia es si otros partícipes que no toman parte en la reparación integral del daño, se benefician también con el dictado del sobreseimiento. Aplicando lo establecido en el párrafo 2) del Art. 49 C.P. de 1970, debe concluirse que en tal supuesto los otros partícipes no se benefician con la existencia de la reparación integral, puesto que ésta debe estimarse como una circunstancia personal que excluye la penalidad con respecto al partícipe que la realiza" (LLOBET, Javier, Proceso penal comentado, UCI, San José, 1998, p. 198). La Sala respeta esta tesis, pero no la comparte. El instituto de la comunicabilidad de las circunstancias es de naturaleza enteramente sustantiva y referida a factores contemplados también en la ley de fondo, objeto de estudio de la teoría de la participación. Se trata de circunstancias que agravan, atenúan, disminuyen o excluyen la penalidad y que se encuentran recogidas expresamente en cada uno de los tipos penales o en las normas de carácter general que disponen, entre otras, causas de atenuación, agravación o exculpación y se refieren a elementos del contenido de injusto de la conducta tipificada o del grado de culpabilidad (v. gr.: el ánimo vindicativo en el homicidio, la emoción violenta con la que actúa uno de los intervinientes en el delito, la existencia de ciertas relaciones familiares entre el ofensor y la víctima, el uso de determinados medios para ejecutar el hecho que agrava su penalidad, entre muchos otros factores). A través de la norma el legislador pretende resolver cuándo y en qué condiciones las circunstancias que afectan o excluyen la penalidad pueden transmitirse de un interviniente en la conducta punible a otro. Ahora bien, la extinción de la acción penal es un instituto de naturaleza procesal que ningún vínculo posee con los elementos sustantivos recién citados. Así, por ejemplo, determinar si la acción prescribió para todos o para uno de los enjuiciados (porque para hablar de este tema de la extinción se requiere que exista o se pretenda dar inicio a un proceso penal) es un punto que ningún

interés posee para la teoría de la participación, ni se ha propuesto nunca que la prescripción deba comunicarse o no de un imputado a otro. Tampoco pretendió el legislador resolver ese problema a través de la comunicabilidad de las circunstancias, sino que previó un régimen específico para regular la extinción de la acción penal (e incluso de la pena), con arreglo a las particulares circunstancias del proceso y de cada uno de los acusados. Lo mismo ocurre con todas las restantes causas que extinguen la acción penal (la reparación integral del daño, el desistimiento de la querrela, la muerte del imputado, el aplicar un criterio de oportunidad, el cumplimiento de la suspensión del proceso a prueba, la conciliación y todas las demás que establece el artículo 30 del Código Procesal Penal), pues ninguna de ellas se relaciona con la comunicabilidad de las circunstancias recogida en la ley de fondo. Ni una sola de esas causas es un "elemento constitutivo de la infracción" o que agrave, disminuya o excluya su penalidad. Su efecto no es sobre la penalidad (por razones de contenido de injusto o culpabilidad), sino sobre la posibilidad de ejercicio de la acción penal; es decir, posee eficacia de índole estrictamente procesal y no sustantiva. Dicho con otros términos, el concepto de circunstancias que afectan la penalidad, que menciona el artículo 49 del Código Penal, no tiene relación alguna con las que afectan el ejercicio de la acción penal o determinan su extinción. Las primeras conforman un tema de fondo, propio de discutirse en sentencia para fijar la eventual penalidad de un partícipe, mientras que las otras son un punto a examinar antes de dar inicio a un proceso o en cualquier fase de su curso a fin de establecer si es posible continuar (o promover) el ejercicio de la acción o puede tenérsela por extinguida. Se sigue de lo dicho que invocar la comunicabilidad de las circunstancias para asignar un carácter personalísimo a las formas de extinción de la acción penal, supone confundir conceptos e institutos completamente distintos que no se relacionan entre sí.

VII.- Descartada la idea de que la comunicabilidad de las circunstancias pueda servir de base al argumento de que las formas de extinción de la acción penal posean efectos personalísimos, resulta preciso analizar el marco normativo y la naturaleza misma de cada una de las causales que generan ese efecto. Desde luego, la Sala no pretende agotar aquí semejante estudio, sin embargo, puede adelantarse que la mayoría de las hipótesis que recoge el artículo 30 del Código Procesal Penal sí reviste un efecto personalísimo, no porque se trate de elementos que no puedan transmitirse a otros acusados en virtud de lo previsto en el artículo 49 del Código Penal (ya se indicó que esta norma no es aplicable en este tema), sino porque afectan de manera particular la posibilidad de ejercicio de la acción penal respecto de sujetos

específicos. Así ocurre, por ejemplo, con la muerte de uno de los indiciados, el desistimiento de la querrela en delitos de acción privada, el pago del máximo previsto para la multa, la aplicación de un criterio de oportunidad para uno de los justiciables, el cumplimiento del plazo por el que se suspendió el proceso a prueba, el indulto, la conciliación, el incumplimiento de los plazos máximos fijados para la investigación preparatoria o la no reapertura del proceso luego de dictado el sobreseimiento provisional. Todos esos supuestos impiden continuar la acción penal en cuanto a las personas concretas que se vieron afectadas por la causal extintiva, pero de ninguna manera inciden sobre la posibilidad de perseguir a los demás acusados que no sufrieron esa afectación. Las razones para que esto sea así son obvias e incluso alguna medida, como el criterio de oportunidad, persigue más bien renunciar al ejercicio de la acción contra un justiciable a cambio de contar con mayores elementos de prueba para perseguir a los demás. En cambio, otras causales sí pueden poseer un efecto extensivo o, en algunos casos, para ser más precisos, una eficacia que cubre a todos los imputados por igual. Así sucede, por ejemplo, con la amnistía, la revocatoria de la instancia privada, la muerte del ofendido en los casos de delitos de acción privada o, como se verá, la reparación integral del daño. La amnistía, por su carácter general, beneficia a todos los partícipes de los delitos amnistiados. No se trata de que el efecto se extienda de uno a otro, sino que la causa cubre a cierto tipo de hechos punibles y a todos sus intervinientes. La revocatoria de la instancia privada puede cubrir también a todos los partícipes del hecho punible denunciado, según lo dispone el párrafo 4 del artículo 17 del Código Procesal Penal. La muerte del ofendido en los delitos de acción privada, sin que sus herederos la continúen, extinguiría la posibilidad de perseguir el hecho respecto de todos los partícipes. Conforme se aprecia, definir si la extinción de la acción penal posee un efecto extensivo, uno que cubra por igual a todos los partícipes en el delito o bien uno personalísimo, supone el estudio de cada una de las causales y, en ocasiones, del caso específico sometido a análisis, por lo que es incorrecto asumir, a priori, que todos los supuestos establecidos en la ley tienen una eficacia personalísima. En buena medida, lo que ha de examinarse es si la causal hace referencia exclusiva a elementos de naturaleza objetiva, subjetiva o a una combinación de ambos. Así, por ejemplo, en la hipótesis de la amnistía es evidente el presupuesto objetivo, de forma tal que la causal, antes que referirse a personas determinadas, se relaciona con el delito como tal y, por ende, se extingue la posibilidad de perseguirlo. El pago del máximo de la multa, a pesar de que se relaciona con un aspecto objetivo establecido en la norma penal de fondo, da primacía al elemento subjetivo, pues la sanción reviste, de por



sí, ese carácter personal, de manera que solo afecta a quien realizó el pago. La prescripción, por su parte, combina tanto elementos de naturaleza objetiva (en virtud de que los plazos se determinan a través de lo previsto en la norma penal de fondo y, por ello, puede extinguirse la acción respecto del delito como tal y, desde luego, de todos los eventuales partícipes) como otros que se relacionan con el imputado específico, una vez que se inició formalmente el proceso y que pueden dar origen a suspensiones o interrupciones del cómputo del plazo (v. gr.: por rebeldía o por realizar actos para entorpecer el curso normal del debate), hipótesis en la que la causa extintiva se individualiza y afecta solo a esa persona concreta.

VIII.- La reparación integral del daño causado con el hecho punible es una forma de extinguir la acción penal que reviste particularidades propias y amerita, por ende, singular y expreso análisis. Se inscribe dentro de las medidas inspiradas en el principio de solución del conflicto, al igual que la conciliación (las otras causales extintivas se basan en principios diversos, razón de más que impide limitarse a un estudio genérico y comprensivo de todas ellas), pero se diferencia de la última en que, por su propia naturaleza, puede realizarse una única vez, mientras que sí es posible conciliar en diversas oportunidades, dentro del mismo proceso, y cada una con los distintos acusados. En efecto, es inherente al concepto de "reparación integral del daño" el que solo pueda efectuarse una vez, desde que resulta inconcebible que un daño se repare "integralmente" en repetidas ocasiones. El vocablo "integral" tiene las acepciones de "global" y "total" y, por ende, reparado un daño en esas circunstancias, la víctima no puede aspirar a que se le repare por segunda vez, en tanto ello significaría propiciarle un enriquecimiento injusto. Es en este punto donde surgen los problemas cuando, en los casos de delitos con pluralidad de autores o partícipes, uno de ellos decide efectuar una reparación integral; problemas que se acentúan cuando no todos los eventuales responsables son enjuiciados conjuntamente. Así, puede ocurrir que se inicie el proceso contra uno solo de los individuos, mientras que el segundo se encuentra ausente, rebelde o no ha sido identificado. El primer sujeto puede optar por reparar integralmente el daño, logrando así extinguir la acción penal. Ahora bien, negar, sin más, el efecto extensivo de la medida al segundo sujeto, implicaría cerrarle la posibilidad de que, una vez que se le tenga como justiciable, opte por acogerse a la medida de reparación integral del daño. Es obvio, como se dijo, que no podría hacerlo, pues el daño ya fue enteramente reparado y el ofendido no puede aspirar a un enriquecimiento injusto y aunque es cierto que sería posible acudir a otras medidas (v. gr.: la conciliación o la suspensión del proceso a prueba, en los casos

que la ley lo autoriza), también lo es que para aplicarlas se requiere ineludiblemente la aquiescencia de la víctima, en cuyas manos quedaría decidir si se extingue o no la acción penal o se continúa hasta una eventual condena. Salta a la vista que en esas condiciones se coloca al segundo imputado en una situación de completa desigualdad, pues a pesar de que se cumplan todos los presupuestos para aplicar la medida alterna de la reparación integral, la propia naturaleza del instituto hace imposible acudir a él por segunda vez. Frente a esa desigualdad en que se coloca al justiciable, es asimismo evidente que a la víctima se le reconocería una ventaja y un poder desmedidos, muy alejados de la idea del legislador de rescatarla del olvido y del plano secundario en que se hallaba, pues dicho rescate no significa otorgarle posibilidades exorbitantes de actuar ni introducir alteraciones sustanciales en el equilibrio de poder dentro del proceso, en perjuicio de la parte más débil: el imputado. Es imperativo recordar aquí por qué el legislador, inspirado en las ideas de diversas corrientes criminológicas y tendencias internacionales de política criminal, estableció la posibilidad de extinguir la acción penal a través de la reparación del daño: lo fue tras considerar que en ciertos casos el interés de la víctima puede verse adecuadamente satisfecho con esa medida, en vez de la imposición al acusado de una pena. Se trata, según se apuntó líneas atrás, de introducir el principio de solución del conflicto como uno de los parámetros básicos del proceso penal. Ahora bien, si es ese el principio inspirador de la norma y el que ha de regir su interpretación, resulta obviamente contradictorio que la víctima, luego de ver satisfecho el interés en cuya virtud se creó el instituto -es decir, se le reparó el daño causado-, pueda, sin embargo y haciendo depender esto de su exclusiva voluntad, continuar o propiciar que se continúe el proceso contra otro justiciable que no hizo reparación alguna. Dicho con otras palabras: si la medida se basa en la idea de que la víctima, en ciertos delitos, puede verse completamente satisfecha (y solucionado el conflicto) con la mencionada reparación integral, resultaría una incoherencia que el proceso subsista persiguiendo a otros copartícipes del hecho punible, pues aquí ya no se estaría propiciando ninguna solución del conflicto ni tutelando ningún interés legítimo de la víctima, sino, a lo sumo, cohonestando un afán vindicativo personal. Ciertamente, la reparación del daño no hace desaparecer la lesividad del delito ni sus restantes elementos sustantivos (de allí que la existencia de la reparación, por sí sola, no justifica el efecto extensivo de la medida), pero si el legislador la recogió como una causa que pone fin a la acción penal porque soluciona el conflicto, porque la víctima de forma expresa señaló su acuerdo (haciendo así evidente que ese era su interés) y solo puede llevarse a cabo una única vez, ha de

concluirse que tanto el análisis de la naturaleza misma del instituto, del principio que lo inspira y de las consecuencias que propicia, impone reconocer que, cuando se realiza la reparación integral, los efectos extintivos de la acción punitiva pueden extenderse a todos los imputados (con las excepciones que luego se apuntarán), aunque no hayan participado en ella y siempre y cuando, desde luego, se encuentre pendiente la acción penal (lo que implica negar cualquier efecto extensivo a personas que ya fueron condenadas por el mismo delito). Lo anterior no significa coartar o menguar ningún derecho de la víctima, sino valorarlo en su justa dimensión, dentro de un proceso penal con aspiraciones sistemáticas. Tanto la figura de la reparación integral como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, conllevan el reconocimiento de un poder con eficacia jurídica a la víctima, al extremo de que puede poner fin al ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. En el caso de la reparación integral, ese poder se manifiesta en aceptar que se le repare el daño sufrido, "a entera satisfacción" suya, en vez de tener que esperar a una sentencia que puede no serle favorable; pero hasta allí llega dicho poder. Pretender que, a pesar de que uno de los acusados reparó integralmente el daño, pueda la víctima reservarse la facultad de continuar la persecución contra otros encartados o propiciarla, implica desnaturalizar por completo el instituto y avalar un abuso. De allí que resulte inaceptable el alegato del querellante de que el ofendido debe consentir en cuanto al efecto extensivo de la extinción de la acción penal. Ese efecto se produce o no, con arreglo a los principios que rigen el instituto, pero de ningún modo depende del consentimiento de la víctima, pues tal extremo se halla fuera de su ámbito de disponibilidad. Por otra parte, si bien la reparación integral y las demás medidas alternas no constituyen un derecho del imputado que pueda aplicarse de forma automática, con su sola voluntad (todas ellas demandan varios requisitos); lo cierto es que, cuando concurren los presupuestos establecidos en la ley, la negativa a permitir que el justiciable tenga acceso a ellas es un acto arbitrario que quebranta de forma grosera el principio de legalidad procesal. En la hipótesis de la reparación, ya se indicó que, puesto que solo puede llevarse a cabo una vez, el consentimiento que se espera de la víctima se restringe al hecho puro y simple de aceptar o rechazar dicha reparación de cualquiera de los imputados, pero no a que se aplique un eventual efecto extensivo a los restantes, ya que el conflicto al que se refiere la ley y que se pretende resolver en la vía penal a través de este instituto específico, es el que surge como producto del delito y no el que, por razones personales, pueda tener la víctima con alguno de los acusados. Argumentar que esos otros justiciables (los que no repararon), podrían plantear otro tipo de reparación integral (v. gr.: una de

carácter simbólico), significa desconocer el concepto mismo del instituto y desnaturalizarlo, acudiendo a lo que en realidad no sería más que una conciliación, que, por otra parte, no procede en todos los casos en los que sí se encuentra autorizada la reparación integral. Amén de ello, cualquier traslado patrimonial, aunque fuere simbólico, a favor de la víctima que ya fue íntegramente reparada, implicaría un enriquecimiento injusto que el derecho no puede propiciar.

IX.- En virtud de esa problemática que plantea la reparación integral del daño, es indispensable retomar la línea de análisis aplicada a las otras causas extintivas de la acción penal. Desde este punto de vista, la propia existencia de los problemas reseñados en el Considerando anterior, evidencia que el instituto posee un elemento de naturaleza objetiva que es, precisamente, el que impide que distintos imputados puedan acogerse de forma separada y sucesiva a la medida alterna. Dicho elemento es el del daño causado por el delito, el cual, como resulta obvio, no atañe a la persona del justiciable (como sí lo hace, por ejemplo, la pena), sino a la entidad misma del hecho como fenómeno histórico recogido en una norma penal y que lesiona el patrimonio. Ese daño es único e indivisible, asciende a un monto patrimonialmente cuantificable y la ley demanda que se le repare de forma integral. De allí la imposibilidad, lógica y jurídica, de que pueda ser resarcido en distintas oportunidades, sin que ello signifique un enriquecimiento injusto para la víctima. En cambio, otras medidas inspiradas en el principio de solución del conflicto sí parten exclusivamente de elementos de carácter subjetivo o relacionados con la persona del imputado, como ocurre en la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, pues aunque en ambas pueden mediar acciones reparadoras, el fundamento de las medidas es el acuerdo y el cumplimiento de lo pactado, los compromisos asumidos por el justiciable o las condiciones impuestas, mas no la reparación en sí misma, que puede ser incluso de carácter meramente simbólico. De allí que la víctima pueda conciliar con uno de los acusados y negarse a hacerlo con otro, ponderando factores como la mayor o menor participación en el delito, las muestras de arrepentimiento o cualquier otra razón que mueva al ofendido a arribar a un acuerdo. Pero en la hipótesis de la reparación integral del daño, la consideración de esos otros elementos personales se encuentra lógicamente excluida, pues, en primer lugar, la víctima no puede escoger cuál de los indiciados hará esa reparación y negarle esa posibilidad a los otros. Debe limitarse a aceptarla o no aceptarla, sin importar de cuál de los justiciables provenga. En segundo lugar, como se ha repetido, la reparación es integral, de la totalidad del daño y solo podrá hacerse una vez y, por último, ya el legislador consideró (dejando

esto a la decisión libre y voluntaria de la víctima) que la medida pondría solución definitiva al conflicto. Podría argumentarse que es injusto que acusados que no estuvieron dispuestos a reparar o incluso se opusieron a que otro de los justiciables lo hiciera, se beneficien del efecto extintivo de la acción penal, a raíz del pago hecho por un coimputado. Sin embargo, amén de que la ley civil contiene mecanismos para que quien hizo el pago cobre la parte proporcional al que, sin pagar, se benefició de los efectos del instituto; lo cierto es que ya el Estado, a través de la norma que autoriza la medida, delegó en la víctima la facultad de decidir si acepta o no la reparación integral como modo de poner fin al conflicto, demostrando con ello que (salvo cuando se consideran ciertas condiciones subjetivas que luego se analizarán) no existe un particular interés público de que en ciertos supuestos restringidos (delitos patrimoniales sin grave violencia sobre las personas y delitos culposos) se llegue necesariamente a la imposición de una pena, si el conflicto puede solucionarse a través de otros medios, concretamente: que se repare el daño causado. Conviene también recalcar que es la víctima la llamada a decidir si acepta o no la medida, desde que la ley exige que la reparación integral sea hecha a su "entera satisfacción". El requisito de su aquiescencia revela, de nuevo, el reconocimiento legal a su poder decisorio en la forma de resolver el conflicto, pero no se trata del pacto hecho con un imputado específico (como la conciliación) o el consentimiento para que uno de ellos se someta a ciertas condiciones (como la suspensión del proceso a prueba), sino de un dato objetivo: la reparación integral del daño hecha antes del juicio oral. Asimismo, ha de entenderse que si la víctima acepta la propuesta del acusado, está también aceptando que se le reparó integralmente el daño surgido del delito. La ley, de manera clara y expresa, hace referencia a una "reparación integral", no a una proporcional, simbólica o por partes alícuotas respecto de cada imputado. Desde luego, es posible que los distintos enjuiciados se distribuyan entre sí las cargas parciales de la suma a entregar, pero esto, a los fines de la norma, es irrelevante. Tampoco admite la ley aceptaciones condicionadas de la víctima: debe limitarse, como se dijo, a aceptar o a rechazar la propuesta, de manera pura y simple. Si la acepta, lo hace en el entendido de que lo que recibió corresponde a una reparación integral, aunque en la realidad el monto recibido sea inferior o incluso superior al valor del daño particular o social causado con el delito. Lo anterior implica, también, que los jueces deben ser cautelosos al acoger la medida alterna, constatando que la aceptación de la víctima fue pura y simple y sin condiciones contrarias a la ley o a los principios que inspiran y rigen el instituto. En el presente caso, como se dijo, la aplicación del mecanismo extintivo de la acción penal fue propuesto, de manera

expresa, por la propia víctima, quien señaló que se daba por íntegramente reparado, reconociendo así que el daño se reparó por completo (ver folio 883). Lo que, desde luego, no podía hacer la víctima era limitar los efectos de la reparación a una sola de las imputadas, pues esto, conforme se expuso, escapa a su esfera de disponibilidad.

X.- Ahora bien, es preciso señalar que la reparación integral del daño no se agota en el elemento objetivo que recién se examinó. Ese elemento señala tan solo la posibilidad de que, en principio, la medida alterna posea un efecto extensivo a los demás acusados que no repararon, pero junto a él, el legislador contempló otras condiciones que sí revisten una naturaleza subjetiva, relacionadas con la persona específica y que constituyen limitaciones a dicho efecto extensivo. En primer término, y en virtud de la reforma introducida por la Ley No. 8156 de 30 de octubre de 2001, se demanda, como requisito para acogerse a la medida, que el justiciable no se haya beneficiado del mismo instituto o de la suspensión del proceso a prueba en los cinco años anteriores. Por ende, quien no cumpla con ese presupuesto no puede favorecerse del efecto extensivo de la reparación integral que hizo un coimputado. La razón para que esto sea así, además del expreso señalamiento del legislador, posee un fundamento lógico, pues lo cierto es que un sujeto en esas condiciones no podría pretender válidamente realizar por sí mismo una reparación integral del daño en ningún proceso, ya se trate de uno en que figure junto con otros acusados o de uno en el que aparezca como único encartado (porque se trate de un delito con un solo interviniente). Es decir, si él, en todo caso, enfrenta un impedimento legal para acogerse de modo personal y por sus propios medios a una reparación integral del daño (como causal extintiva de la acción, pues es obvio que la posibilidad de reparar, si así lo desea, siempre la posee, al igual que puede ser uno de los efectos de la condena, estableciéndola como un deber), tampoco puede favorecerse de los efectos de aquella que hizo quien sí podía jurídicamente someterse a la medida. Aquí no se produce ninguna desigualdad, pues lo cierto es que dicha persona no se encuentra en condiciones iguales a las del coencartado que cumple con las exigencias legales para acogerse a la medida. En segundo lugar, existe otro factor que, aunque de raigambre objetiva, también se relaciona con el imputado concreto y es el relativo al estadio procesal en que puede admitirse la reparación: antes de que se celebre el debate respecto del justiciable específico. Superada esta etapa, precluye la posibilidad de someterse o de beneficiarse de la medida, aunque se encuentre aún pendiente la acción penal. Así, si la persona fue condenada e interpone recurso de casación y, en el ínterin, un coimputado que no ha sido sometido a juicio repara integralmente el daño, el primero no

puede pretender beneficiarse de los efectos de tal reparación, pues su oportunidad personal de acogerse al instituto ya feneció. Por último, cual ocurre con todas las medidas alternas, se requiere ineludiblemente el consentimiento claro, libre, voluntario e informado del justiciable, pues ha de recordarse que la realización del debate es uno de sus derechos fundamentales. Esto significa que, aunque se presenten las condiciones objetivas y subjetivas que permitirían reconocer el efecto extensivo de la medida, no debe decretarse un sobreseimiento oficioso y ello no solo porque, como se dijo, el acusado posee un derecho fundamental a que se discuta en juicio el hecho que se le atribuye (de forma que pueda, incluso, demostrarse allí su inocencia o hacer evidente que fue víctima de una denuncia calumniosa), sino también en virtud de que existe una consecuencia asociada a la reparación integral que puede perjudicar sus intereses, a saber: que necesariamente deberá inscribirse en el Registro Judicial el sobreseimiento que se originó en los efectos de la medida alterna, a la que, por ende, no podrá acudir de nuevo durante los próximos cinco años. En resumen, y recapitulando lo dicho, la reparación integral posee un sustrato objetivo (el daño social o particular causado por el delito) que impone reconocer efectos a la extinción de la acción penal que cobijan o se extienden a los coimputados que no efectuaron la reparación, siempre y cuando estos últimos: a) satisfagan los requisitos de carácter personal establecidos en la ley, es decir, que en los cinco años anteriores no se hayan beneficiado de esa misma medida o de la suspensión del proceso a prueba; b) se encuentre pendiente en cuanto a ellos la acción punitiva; c) se halle la causa en un estadio procesal en que ellos, por sí mismos, podrían en abstracto hacer la reparación - antes del juicio oral-; y, d) soliciten de forma expresa o manifiesten su entera conformidad con la aplicación del efecto extensivo, a sabiendas y previamente informados de que se les inscribirá en el Registro Judicial y no podrán hacer nuevo uso del mismo instituto ni de la suspensión del proceso a prueba durante los próximos cinco años.

XI.- Conforme se expuso, la extensión de los efectos de la reparación integral a los coimputados que no la efectuaron, no depende del consentimiento de la víctima (este solo se demanda para aceptar la reparación en sí, con prescindencia del acusado de quien provenga), pero sí requiere el consentimiento claro, expreso e informado del justiciable que pretenda favorecerse de dicho efecto extensivo. Aquí ha de añadirse que el hecho de que el legislador no contemplara expresamente la situación de pluralidad de imputados al regular el instituto que se comenta, no obedece a olvido o descuido, sino que resultaba innecesario, tomando en cuenta los orígenes de la medida alterna, los principios que la

inspiran y rigen su interpretación y el dato objetivo del que se parte. Antes bien, si la ley indicara que la medida solo favorece al imputado que repara personalmente el daño, habría trastocado por completo su naturaleza, echando por tierra el principio de la solución del conflicto y beneficiando a los justiciables con mayor poderío económico, en tanto que los copartícipes que no lo poseyesen no tendrían más opción que cumplir una pena o depender de las decisiones y la aquiescencia de la víctima para aplicar alguna otra medida como la conciliación o la suspensión del proceso a prueba, todo lo cual pone de relieve, nuevamente, el desacierto de sostener que la reparación integral nunca tiene efectos extensivos. Y es que, conviene destacarlo, a diferencia de otras causales extintivas que se relacionan de modo directo con un imputado específico y que solo a él le atañen, porque se parte de su subjetividad (por ejemplo: la conciliación y la suspensión del proceso a prueba), la reparación integral del daño combina un elemento que no hace referencia a un justiciable concreto (cualquiera de ellos puede realizarla, pero solo opera una única vez para todos los involucrados en el conflicto), sino a un dato objetivo que se relaciona con el delito como hecho generador de daños, constitutivo de la fuente del conflicto y que se soluciona con la medida reparadora. Ahora bien, el legislador también contempló otros elementos que sí se vinculan a una persona específica y que impiden que el efecto extensivo opere de forma indiscriminada, en particular aquellos que definen un límite temporal en el que puede hacerse uso de la medida (una vez en cinco años). En este supuesto, aunque el conflicto surgido entre las partes pueda entenderse satisfactoriamente solucionado con la reparación que hizo uno de los justiciables, la persecución del otro (el que no reparó y, en todo caso, no podía legalmente hacerlo con el fin de favorecerse de la extinción de la acción) se justifica en otras razones de política criminal, ya no de solución del conflicto, sino de evitar que la medida se utilice, especialmente por sujetos con cierto poderío económico, para incurrir en acciones punibles, a sabiendas de que podrán librarse de una eventual sanción haciendo un pago monetario. Estas consideraciones se encuentran en el origen de la reforma legal que fijó un plazo de cinco años por el que se inscribirá en el Registro Judicial la reparación integral, sin que dentro de ese término pueda hacerse nuevo uso de esa medida o de la suspensión del proceso a prueba.

XII.- En el presente caso, como se expuso, la encartada Corina Zúñiga Ross efectuó una reparación integral del daño que, por las razones dichas en los Considerandos anteriores, tiene la virtud potencial de extender sus efectos extintivos de la acción punitiva a la cojusticiable Madriz Zúñiga. Afirman ambos recurrentes que se



trató de una "reparación proporcional" y que así se estableció en la primera sentencia de sobreseimiento (la que se dictó a favor de Zúñiga Ross), pero tal alegato no es de recibo. El inciso j) del artículo 30 del Código Procesal Penal no establece ninguna figura de "reparaciones proporcionales" ni pueden crearla las partes ni los jueces. La causa de extinción de la acción penal es estrictamente la reparación integral y sobre este punto, ha de repetirse que la persona llamada a definir dicho carácter integral no es el imputado, el Ministerio Público o los tribunales, sino la víctima. La suma que se entregue puede ser superior o inferior al daño causado, es decir que no es preciso que corresponda con exactitud al monto real. Basta que el ofendido la acepte para que se entienda que la considera una reparación integral y, como también se dijo, no puede formular ningún tipo de condicionamiento ni mucho menos reservarse, cual lo pretenden quienes recurren, la facultad de perseguir a otros copartícipes, pues su consentimiento, se reitera, solo está referido a la aceptación del pago que se le hizo, reparando integralmente el daño que se le causó. De cualquier modo, además de que en este asunto el ofendido, de forma expresa, se dio por "íntegramente reparado" (ver folio 883), debe recordarse que el daño material concreto que se discutía corresponde al derecho que afirma detentar la víctima sobre la mitad de un inmueble y la imputada Corina Ross Zúñiga no solo le traspasó esa porción del bien, sino que le entregó dos millones de colones. Alegar ahora que también se pretendía cobrar a la otra imputada el daño moral, las costas y "otros daños" que "sin ser materiales tienen importancia para la víctima" -que la Sala no comprende cuáles puedan ser, y más bien sugiere un eventual afán vindicativo-, es improcedente, pues tales consideraciones debió hacerlas el querellante antes de aceptar la reparación en los términos que, según se observa de las constancias del proceso, él mismo promovió. Tampoco entiende la Sala cómo puede sostenerse que una de las imputadas reparó el daño según la parte que le correspondía, cuando el daño es uno solo e indivisible, con responsabilidad solidaria y sin posibilidades de deslindar, para efectos de resarcimiento patrimonial, porciones separadas (recuérdese que entre ambas imputadas, según se acusó, suscribieron una escritura simulando la donación del inmueble), amén de que, se reitera, una figura semejante no existe en la ley procesal, no la pueden crear las partes ni los jueces y si el ofendido estimaba que sus pretensiones a la reparación no se verían satisfechas, lo que correspondía era que rechazara la propuesta. Por último, el consentimiento de la víctima no se refiere a ningún efecto extensivo de la extinción de la acción penal, conforme se expuso en el Considerando anterior, sino al simple hecho de que la reparación que recibió la satisfaga y este requisito se cumple con la sola aceptación de su parte de la

medida alterna, que involucra el reconocimiento de que se reparó enteramente el daño causado por el delito. Las razones dichas imponen declarar sin lugar el recurso interpuesto por el querellante y actor civil.

XIII.- El Ministerio Público, por su parte, acusa al fallo de falta de fundamentación y, en este extremo, sí ha de acogerse el reproche, aunque no por las razones que expone la impugnante. En efecto, estima la Sala que la sentencia no se encuentra debidamente motivada, pues, conforme se expuso en el Considerando IX, la posibilidad de extender los efectos de la medida alterna a los imputados que no se acogieron a ella, no es automática, como parece haberlo entendido el a quo, en su voto de mayoría. Es preciso establecer, en primer término, si concurren los presupuestos subjetivos que permitirían aplicar el instituto y, en segundo lugar, se demanda el consentimiento expreso, claro, libre e informado del justiciable, tomando en cuenta que la eventual sentencia que acoja el efecto extensivo deberá inscribirse en el Registro Judicial y le impedirá hacer nuevo uso de la medida de la reparación integral o de la suspensión del proceso a prueba por un plazo de cinco años. En el presente caso, aunque el fallo se originó en la solicitud de la defensa de Madriz Zúñiga, lo cierto es que sus pretensiones se encaminaban a obtener una declaratoria de cosa juzgada que descartó, correctamente, el tribunal. De esta suerte, el resultado que se obtuvo no es ni podía ser idéntico al pedido por el defensor y el tribunal no examinó ninguno de los aspectos mencionados (para determinar la procedencia del efecto extensivo) ni requirió el consentimiento de la justiciable, en los términos y para los propósitos que ya fueron expuestos. Así las cosas, procede acoger el recurso del Ministerio Público. Se anula la sentencia impugnada y se ordena reenviar las diligencias al a quo, para que el tribunal competente, de previo a resolver lo que corresponda o celebrar un eventual juicio de reenvío, si fuere necesario, determine si es la voluntad de la imputada Madriz Zúñiga favorecerse de la reparación integral realizada y se le advierta de las consecuencias que ello implica.

Por Tanto:

Se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto por el querellante y actor civil. Se acoge la impugnación del Ministerio Público y, en consecuencia, se anula la sentencia de sobreseimiento impugnada y se ordena reenviar las diligencias al a quo, para que el tribunal competente, de previo a dictar lo que corresponda o celebrar un eventual juicio de reenvío, si fuere necesario, determine si es la voluntad de la imputada Madriz Zúñiga favorecerse de la reparación integral realizada y se le

advierta de las consecuencias que ello implica. La Magistrada Fernández Vindas salva el voto.- NOTIFÍQUESE.-

José Manuel Arroyo G.

Alfonso  
Magda Pereira V.

Chaves

R.

Rosario  
Ana Eugenia Sáenz F.

Fernández

V.

VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA ROSARIO FERNANDEZ VINDAS

Concurro con mi voto respecto a lo resuelto en el primer motivo del recurso de casación planteado por el querellante y actor civil. Difiero en cuanto al segundo motivo de dicho recurso, el que estimo debe acogerse, en la forma que de seguido expongo. Estimo que la circunstancia de que una de las personas acusadas como autor o partícipe del delito haya acordado con el ofendido la solución alternativa al juicio, que configura la reparación integral del daño, no puede acarrearle a este, sea a la víctima, la imposición de tal acuerdo con respecto a otro u otros copartícipes o coautores, por esa sola circunstancia. En otras palabras, difiero de la decisión que le concede "un efecto extensivo" propio de los recursos, a dicha forma alternativa de solución del conflicto generado por el delito. Lo contrario atenta contra la naturaleza misma de este instituto, que pretende que sean las mismas partes las que lleguen a una solución, en forma libre, no impuesta. Es evidente que no existe ninguna solución, cuando en vez de estimarse la voluntad de las partes, de ambas, a una de ellas se le impone tal alternativa, simplemente por haberlo acordado con otro coimputado. Considero que la posición de la mayoría de esta Sala, es consecuencia de asumir que una vez que se ha reparado el daño integral ocasionado por el delito, por uno de los acusados, no es posible hacer una nueva reparación por parte de los otros coimputados, que no participaron en ese primer acuerdo y, por ello, dado que sería injusto impedirle a estos tal salida alternativa del proceso penal, se estima razonable concluir

que por haberse reparado todo el daño, ya el ofendido no podría recibir ninguna otra reparación y, por ende, está obligado a aceptar que los otros imputados se beneficien de ello, con solo que estos, unilateralmente, estén de acuerdo en que se les aplique, y no se hayan beneficiado dentro de los cinco años anteriores de esta medida o de la suspensión del proceso a prueba. Posición que obvia la esencia misma de este instituto, que es la participación activa de la víctima del delito, así como de la persona o personas a quien se les atribuye este, en el arribo a la solución del conflicto que produjo la conducta reputada como delictiva, retrotrayendo las cosas, hasta donde es posible, a la situación previa a esa acción. Por ello, no puede verse la reparación integral del daño como una simple transacción económica o civil, de modo que el pago pecuniario realizado por un sujeto implique el término del proceso penal respecto a todos los implicados, aunque no participaran en acuerdo alguno con la víctima. Tampoco procede considerar que la reparación integral del daño particular o social causado, implica siempre un pago en términos económicos, pues la exigencia legal, acorde con la esencia de esta solución del conflicto, es que esa reparación integral del daño lo sea "a entera satisfacción de la víctima", inciso j del artículo 30 del Código Penal, de modo que es posible que la persona afectada por el delito se de por satisfecha de diversas formas, aún con acciones simbólicas, pues lo importante es que a la solución se llegue por acuerdo entre los implicados, acusado y ofendido, de forma libre, y no impuesta, pues la imposición sería contraria al encuentro de la solución por las mismas personas involucradas, y, por ende, a la finalización del conflicto creado por la conducta delictiva. Debe tenerse presente que la finalidad de esta salida del proceso penal, sin juicio, no es la de acelerar la terminación del proceso penal (lo que es una consecuencia práctica del instituto) sino la de devolverle a la víctima (y, por qué no, también al imputado del delito) su derecho a intervenir activamente, y no solo en forma pasiva, en el proceso penal, con acuerdos que ellos mismos generen para recuperar el bienestar personal, o social, afectados por la producción del hecho delictivo. Por ello, resulta inadmisibles "extender" la solución al conflicto acordada entre la víctima y un imputado, a otro coimputado, que no participa en forma alguna de tal solución, excluyendo a la persona ofendida de toda intervención al respecto. Ciertamente, no sería razonable impedirle a un coimputado que pueda acordar con la víctima una reparación integral del daño, por la simple circunstancia de que otro imputado ya hubiera reparado tal daño, pero ello no se puede solucionar imponiéndole a la víctima tal alternativa de "solución", respecto de quien no manifiesta en forma alguna su deseo de acordar tal reparación. Estimo que basta con interpretar en una forma amplia lo que

significa "reparación integral del daño", para aceptar la posibilidad de que otros coimputados puedan a su vez acordar con el ofendido tal reparación, salvaguardando la esencia de esta solución alternativa del conflicto, que requiere el acuerdo de ambas partes, para que realmente exista tal solución. En este sentido, nos dice Javier Llobet: "Se dice que la reparación hace innecesaria la imposición de una pena, surgiendo como una tercera vía además de las penas y las medidas de seguridad. Lo anterior, puesto que realiza un aporte significativo en la recuperación de la paz jurídica (Prevención de integración), pues sólo cuando el daño ha sido reparado, la víctima y la generalidad consideran superada la perturbación social generada por el hecho. Por otro lado, se señala que la reparación tiene un efecto resocializante, pues obliga al autor a enfrentarse a las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima [...]. Importante es mencionar que el concepto de reparación del que se parte, tanto dentro del abolicionismo como de la defensa de la tercera vía del Derecho Penal, es más amplio que el de la mera indemnización monetaria del daño, puesto que se comprenden también supuestos de reparación simbólica, fomentándose el diálogo autor-víctima como forma de superación del conflicto." (LLOBET RODRIGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*. Tercera edición. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2006, p. 68). También el Profesor Henry Issa El Khoury se inclina por una reparación integral del daño en sentido amplio, que atienda a la situación de la víctima, al decir: "Desde otro punto de vista (sentido amplio), la reparación integral puede concebirse como todo pago, compensación o acuerdo que deje satisfecha a la parte que la exige. Dentro de la filosofía que plantea el Código del 96 pareciera que el sentido amplio es la forma adecuada de interpretar el mandato de "reparación integral". Verlo de otra manera sería volver los ojos al Estado, nuevamente, para que sea el Poder Público quien decida, en vez de la víctima, cuándo hay una reparación integral, con lo cual nuevamente se estará expropiando el derecho de la víctima u ofendido de decidir." (ISSA EL KHOURY, Henry. "La causal del daño como causa de extinción de la acción penal" En: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S. A., San José, Costa Rica, primera edición, noviembre de 1996, páginas 203 y 204). Por otro lado, el Código Procesal Penal de 1996 se inscribe dentro de las nuevas tendencias, que reconocen el derecho a la víctima a participar activamente de la solución del conflicto, estableciendo formas alternativas para ello, en las que la intervención de la parte ofendida es esencial. Así, tenemos la suspensión del proceso a prueba, la conciliación y la reparación integral del daño, que tienen en común el acuerdo entre las partes y la exclusión de la posibilidad de una condena, pues generan la

extinción de la acción penal. Puede afirmarse que la reparación integral del daño no es más que una específica forma de conciliación, pues la base de ambas es el acuerdo de las partes en una propuesta que sirva para solucionar la situación conflictiva creada entre ellas como consecuencia de la acción delictiva, siendo consustancial a ambas la participación activa de los contendientes en esa propuesta. Ciertamente, hay otros institutos que también extinguen la acción penal, como la prescripción, el principio de oportunidad, la amnistía, el indulto, al revocatoria de la instancia privada, entre otros, cuya esencia no radica en los acuerdos entre las partes para solucionar el conflicto, por lo que no debe confundirse con aquéllos, donde lo esencial es que las víctimas y los ofensores o acusados lleguen por ellos mismos a la solución, correspondiendo al Tribunal el favorecer tal posibilidad, pero no imponerlas, pues ello iría en contra de su misma esencia, al no lograr el fin buscado de "restaurar la armonía social entre sus protagonistas", tal y como lo enuncia el artículo 7 del Código Procesal Penal, que dice: "Solución del conflicto. Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas." Por lo expuesto, concluyo que no es aceptable darle un "efecto extensivo" a la solución del conflicto acordada entre el ofendido y la señora Corina Zúñiga Ross, a fin de que dicho acuerdo también cobije a la señora Isabel Madriz Zúñiga, con quien aquél no llegó a acuerdo alguno que implique una solución alternativa, que restaure la armonía entre ellos. Aún tratándose de recursos (que no se relacionan en nada con el instituto que nos ocupa), el efecto extensivo no tiene tales alcances, pues ello dependerá de que el recurso no se base en motivos exclusivamente personales (artículo 428 del código Procesal Penal). Por otra parte, tratándose del principio de oportunidad (que difiere de la alternativa de solución que nos ocupa), el artículo 23 del Código Procesal Penal solo reconoce su extensión a todos los imputados, cuando se basa en la insignificancia del hecho, sea, cuando no se sustenta el instituto en acuerdo alguno entre el imputado y el Ministerio Público, o en una circunstancia personal, sino en una circunstancia exclusivamente objetiva, la insignificancia del hecho. Acorde con lo expuesto, concluyo que la circunstancia de que la señora Corina Zúñiga Ross acordara con el ofendido la reparación integral del daño, con anterioridad al juicio en contra de la coimputada Madriz Zúñiga, no impedía que esta y el ofendido pudieran a su vez arribar a una solución de ese tipo, antes del juicio, ello conforme al criterio amplio de reparación del daño, al que hemos aludido. En ausencia de acuerdo alguno entre estos últimos, no es procedente extender la solución del conflicto -ni sus

consecuencias- acordada por la señora Zúñiga Ross y el señor Posla Fuentes, a la señora Madriz Zúñiga, quien no llegó a ningún acuerdo con el ofendido, que implique una solución lograda entre las partes a fin de restaurar la armonía entre ellas. En consecuencia, acojo el segundo motivo del recurso de casación planteado por el querellante y actor civil. Anulo la sentencia de sobreseimiento dictada a favor de la imputada Isabel Madriz Zúñiga, y dispongo el reenvío para que continúe el proceso, artículo 450 del Código Procesal Penal. De la misma forma, acojo el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, en cuanto a este aspecto.

**c) Las calidades de funcionario público se comunican al cómplice**

[SALA TERCERA]<sup>6</sup>

V-451-F-92

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

San José, a las ocho horas veinticinco minutos del dos de octubre de mil novecientos noventa y dos.-

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra JOSE ANTONIO ULLOA VINDAS, mayor, unión libre, chofer, vecino de 25 Millas de Limón, cédula de identidad número 7-051-422, por CUATRO DELITOS DE PECULADO Y ONCE DELITOS DE PECULADO EN LA MODALIDAD de DELITO CONTINUADO, cometidos en perjuicio de LOS DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA; contra JOSE MARIA LIZANO VILLANEA, mayor, casado, vecino de Hatillo, San Jose, cédula de identidad número 9-054-632, por el delito de USO DE DOCUMENTO FALSO, cometido en perjuicio de LA FE PUBLICA; contra SAMUEL FONSECA AGUILAR, mayor, casado, Agente de Ventas, vecino de la Unión, Cartago, cédula de identidad número 3-129-783, por DOS DELITOS DE PECULADO EN GRADO DE COMPLICIDAD, cometido en perjuicio de LOS DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA; contra ARMANDO GERARDO ALVAREZ MORALES cc. ANGULO ALVAREZ , mayor, casado, vecino de Limón, cédula de identidad número 9-050-735; contra LUIS ALBERTO SERRANO GONZALEZ, mayor, casado, técnico en electrónica, vecino de Sabanilla, San José, cédula de identidad número 1-469-644; contra MARVIN ULISES BARQUERO VARELA, mayor, ebanista, vecino de Desamparados, San José, cédula de identidad número 1-564-430; contra AMADO GRANADOS GONZALEZ, mayor, casado, labora en construcción, vecino de Miramar, Puntarenas, cédula de identidad número 6-060-204; contra ROGELIO GONZALEZ ROJAS, mayor, casado,

empresario de equipo pesado, vecino de Sixaola, Limón, cédula de identidad número 6-234-571; contra ALEXIS FERNANDO MORA MENDEZ, mayor, vecino de Curridabat, San José, cédula de identidad número 1-575-855; contra HECTOR GUTIERREZ MESEN, mayor, soltero, comerciante, vecino de San Sebastián, San José, cédula de identidad número 1-520-683; contra GUILLERMO ESPINOZA JIMENEZ, mayor, divorciado, mecánico automotriz, vecino de Tibás, San José, cédula de identidad número 2-150-045, todos por el delito de COMPLICIDAD EN PECULADO, en perjuicio de LOS DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA.- Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Daniel González Alvarez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Mario Alberto Houed Vega, Alfonso Chaves Ramírez y Rodrigo Castro Monge.- Intervienen además, los licenciados Roberto Soto Salazar, Ricardo Moyano Sanclemente y Roy A. Jiménez Oreamuno como representantes de los imputados Armando Alvarez Morales, José Antonio Ulloa Vindas y José María Lizano Villanea y el Doctor José María Tijerino Pacheco en representación del Ministerio Público.-

RESULTANDO:

1.- Que mediante sentencia número 40-92 dictada a las veintitrés horas del seis de marzo del año en curso, el Tribunal Superior de Limón, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, artículos 39 de la Constitución Política, 1, 22, 30, 45, 47, 57, 58, 59, a 63, 74, 71 excepto los incisos e) y f), 76, 77, 80 inciso 3), 82 inciso 2), 208, 345, 352, 356 y 363 del Código Penal, 320 inciso 4), 392, 393, 395, 396, 397, 398, 399 y 544 del Código de Procedimientos Penales, se declara a JOSE ANTONIO ULLOA VINDAS autor responsable de CUATRO DELITOS DE PECULADO cometidos en perjuicio de los DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA, imponiéndosele las penas de TRES AÑOS DE PRISION por cada uno de estos delitos; de ONCE DELITOS DE PECULADO EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO cometidos en perjuicio de los DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA, por los que se le impone la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION, sea un total de DIECISEIS AÑOS DE PRISION que por las reglas del CONCURSO MATERIAL en que fueron cometidos tales delitos, se REDUCEN A DOCE AÑOS DE PRISION. De la misma forma, se ABSUELVE DE PENA Y RESPONSABILIDAD a este mismo acusado, de CUATRO DELITOS DE PECULADO cometidos en perjuicio de los DEBERES DE LA FUNCION PYBLICA (SIC), y se le SOBRESEE de TRES DELITOS DE COMPLICIDAD EN PECULADO en perjuicio de LOS DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA. Al imputado JOSE MARIA LIZANO VILLANEA se le declara AUTOR RESPONSABLE de un DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO cometido en perjuicio de la FE PUBLICA, por el que se le impone la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION. Se le SOBRESEE de TRES DELITOS DE PECULADO en perjuicio de los DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA y se le SOBRESEE también de un DELITO DE HURTO SIMPLE cometido en



perjuicio de la MUNICIPALIDAD DE TALAMANCA. Al imputado ARMANDO GERARDO ALVAREZ MORALES conocido como ANGULO ALVAREZ, se le declara AUTOR RESPONSABLE del delito de COMPLICIDAD EN PECULADO cometido en perjuicio de los DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA, por el que se le impone la pena de TRES AÑOS DE PRISION. Al imputado SAMUEL FONSECA AGUILAR se le declara AUTOR RESPONSABLE de DOS DELITOS DE PECULADO EN SU GRADO DE COMPLICIDAD cometido en perjuicio de los DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA, imponiéndosele UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION por cada delito, sea un total de TRES AÑOS DE PRISION. A LUIS ALBERTO SERRANO GONZALEZ Y MARVIN ULISES BARQUERO VARELA se les SOBRESEE, a cada uno de ellos, del delito de COMPLICIDAD EN PECULADO en perjuicio de los DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA. A los imputados AMADO GRANADOS GONZALEZ, ROGELIO GONZALEZ ROJAS, ALEXIS FERNANDO MORA MENDEZ Y HECTOR GUTIERREZ MESEN, así como a GUILLERMO ESPINOZA JIMENEZ, se les ABSUELVE a cada uno de UN DELITO DE COMPLICIDAD EN PECULADO en perjuicio de los DEBERES DE LA FUNCION PUBLICA. Las penas impuestas las descontarán los condenados en los lugares y formas que indiquen los respectivos reglamentos carcelarios, previo abono de la preventiva sufrida. Se concede a SAMUEL FONSECA AGUILAR el beneficio de EJECUCION CONDICIONAL DE LA PENA, por un período de CUATRO AÑOS, siempre y cuando durante el mismo no cometa nuevo delito doloso sancionado con prisión mayor de seis meses. Por otro lado, SE INHABILITA a los imputados JOSE ANTONIO ULLOA VINDAS Y JOSE MARIA LIZANO VILLANEA para obtener cargos, empleos o comisiones públicas, por el término de DIEZ AÑOS. Son las costas del proceso a cargo de los condenados. A los imputados MARVIN ULISES BARQUERO VARELA Y GUILLERMO ESPINOZA JIMENEZ póngaseles de inmediato en libertad, si otra causa no lo impide. Una vez firme, inscríbese este fallo en el Registro Judicial de Delincuentes. Luis D. Bermúdez Coward. Presidente. Zayra Sevilla Mora. René Reyes Cajina. Teresa Rodríguez Mayorga. Pro-sria.".-

2.- Que esta Sala mediante resolución número 400-A de las diez horas con veinticinco minutos del catorce de agosto del año en curso, en cuanto al recurso interpuesto por el licenciado Roberto Soto Salazar como defensor del acusado, Armando Gerardo Alvarez Morales, declaró inadmisibles el segundo y cuarto motivos por la forma y dió trámite al primer y tercer motivos, así como, también admitió su alegato por el fondo, así como el recurso por el fondo del sentenciado José María Lizano Villanea y declaró inadmisibles el recurso del Licenciado Ricardo Moyano Sanclemente. Por su orden, en el recurso admitido del licenciado Roberto Soto Salazar en su primer motivo admitido, aduce la violación de los artículos 106, 400 incisos 5), 395 inciso 3) todos del Código de Procedimientos Penales, por cuanto en la parte considerativa, así como en la dispositiva del fallo, el Tribunal se limitó a condenar

a su defendido, omitiendo todo pronunciamiento en cuanto se refiere al beneficio de la condena de ejecución condicional de la pena solicitado. En su tercer motivo admitido, aduce bajo el título "Ausencia de una determinación precisa y motivada del fallo", la violación de los artículos 395 inciso 3) en relación con el 106, 400 inciso 2) y 341 todos del Código de Procedimientos Penales, pues el requerimiento de elevación a juicio en sus puntos 3 a 6, no obstante aludir a la adulteración de once facturas por parte del imputado Alvarez Morales "...en ninguno de estos acápite, hace mención a cuales facturas, es decir de donde son esas facturas, a que número de facturas se refiere, que fecha, suscritas por quien, en fin no detallan éstas, solo se limita la acusación a mencionar once facturas en abstracto..."; además que en el punto 24 en donde se alude a la confección del cheque N° 345279 por parte del co-encartado José Antonio Ulloa Vindas para el pago de una compra ficticia, no se indica el mes en que se dieron los hechos, sin que sea pertinente la apreciación del tribunal dice el recurrente, al considerar que con el auto de elevación a juicio se subsanaron tales defectos, ya que es el requerimiento el que dá los límites o parámetros para resolver, según su criterio. Solicitó sea casada la sentencia por la forma. Por el fondo, en su único motivo alega la violación de los artículos 471 inciso 1) y 2), 482, 395 inciso 2) y 3), 400 inciso 4) y 106 del Código de Procedimientos Penales, además del 49 y 359 del Código Penal, por inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva. Solicita sea casada la sentencia por el fondo. En cuanto al recurso del imputado José María Lizano Villanea en su primer motivo por el fondo, alega la violación del artículo 363 en relación con el 45 del Código Penal, por errónea aplicación de los supracitados. En su segundo motivo aduce la violación del artículo 356 del Código Penal, por errónea aplicación de la ley sustantiva, pues no obstante haber condenado al encartado Lizano Villanea únicamente por el delito de uso de documento falso, se le impuso con pena accesoria la inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por diez años, aspecto este último que no contempla el citado numeral 356.- Solicita se proceda a casar la resolución recurrida, absolviendolo por ser claro que su conducta no se ajusta a un tipo penal, ni se acreditó ser su autor y la pena accesoria que se le impuso es ilegal.-

3.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.-

4.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.-

Redacta el Magistrado Castro Monge y,

CONSIDERANDO:

I.- Recurso interpuesto por el Licenciado Roberto Soto Salazar, en su condición de defensor del imputado Armando Gerardo Alvarez Morales c.c Angulo Alvarez. Por razones de técnica procesal se entra a conocer en primer término el recurso por la forma. En el primer motivo (folio 1008 vuelto), se aduce la violación de los artículos 106, 400 inciso 5), 395 inciso 3) todos del Código de Procedimientos Penales, al adolecer el fallo de falta de pronunciamiento en cuanto se refiere al beneficio de la condena de ejecución condicional de la pena. El reclamo resulta de recibo. Consta en la transcripción del acta de debate a folio 1043, línea 21, que el defensor del encartado Alvarez Morales solicitó a su favor al momento de emitir conclusiones, sentencia absolutoria o en su defecto la concesión del "beneficio", por lo que resolviendo a favor de los intereses del reo, estima esta Sala en razón del momento procesal y al no existir ningún motivo que haga suponer lo contrario, que se refería al Beneficio de Condena de Ejecución Condicional de la Pena. Ahora bien, el Tribunal dentro de sus facultades discrecionales, tiene la potestad de otorgar o no el beneficio (cuando se encuentre autorizado legalmente y además lo estime del caso); sin embargo, está en la obligación de pronunciarse de manera expresa, en aquellos casos en que se haya solicitado ese beneficio. En el fallo en examen, incorrectamente no se resolvió al respecto (ver folio 965 vuelto, línea 10 y siguientes); no obstante, tal circunstancia en nada afecta el contenido total del fallo como lo pretende el impugnante, pues ese pronunciamiento sólo guarda relación con la pena impuesta, en cuanto a que una vez fijada ésta, el tribunal de mérito debió analizar lo correspondiente al beneficio solicitado. Así las cosas, debe acogerse el recurso por la forma; se declara con lugar el reclamo y se ordena el reenvío para que el Tribunal se pronuncie con base en el contenido del fallo, sobre el aspecto omitido con arreglo a derecho.-

II.- En el tercer motivo se reclama bajo el título "Ausencia de una determinación precisa y motivada del fallo", la violación del artículo 395 inciso 3) en relación con el 106, 400 inciso 2) y 341 todos del Código de Procedimientos Penales, pues el requerimiento de elevación a juicio en sus puntos 3 a 6, no obstante aludir a la adulteración de once facturas por parte del imputado Alvarez Morales "...en ninguno de estos acápite, hace mención a cuales facturas, es decir de donde son esas facturas, a que número de facturas se refiere, que fecha, suscritas por quien, en fin no detallan éstas, solo se limita la acusación a mencionar once facturas en abstracto..."; además que en el punto 24 en donde se alude a la confección del cheque N° 345279 por parte del co-

encartado José Antonio Ulloa Vindas para el pago de una compra ficticia, no se indica el mes en que se dieron los hechos, sin que sea pertinente la apreciación del tribunal dice el recurrente, al considerar que con el auto de elevación a juicio se subsanaron tales defectos, ya que es el requerimiento el que dá los límites o parámetros para resolver, según su criterio. En cuanto al aspecto en que se sustenta el reproche, la jurisprudencia de la Sala con base en nuestro sistema procesal, admite la posibilidad de que mediante el auto de elevación a juicio se subsane aquellos defectos de que adolece el requerimiento de elevación a juicio, con el objeto de evitar nulidades innecesarias, evitando así repetir todo el procedimiento, por lo que se señala que "...todos los posibles defectos y omisiones del requerimiento fiscal pueden ser subsanados por el auto de elevación a juicio, cuando éste realiza también una descripción circunstanciada del hecho, por haberse opuesto la defensa. En esas circunstancias, cualquier defecto de la acusación puede ser corregido por el instructor, ya que ambas piezas (el requerimiento y el auto de elevación a juicio) constituyen la base de la acusación... En consecuencia, aún frente a omisiones o defectos graves en la descripción del hecho contenida en el Requerimiento Fiscal, nuestro sistema no prevé la nulidad si el auto de remisión subsana los defectos..." (Sala Tercera, V-137-F de las nueve horas diez minutos del 24 de abril de 1992). Examinada la presente causa, se observa (ver folio 557 vuelto, línea 4 a 559 frente, línea 18) en el auto de elevación a juicio, la descripción del contenido de la acusación incluidos los aspectos que respecto a las facturas, extraña el recurrente. Por último, en cuanto se refiere al punto 24 del requerimiento, su gestión no resulta de recibo: en primer lugar, porque los hechos ahí descritos no tienen ninguna relación con la participación del imputado Alvarez Morales, de tal manera que sobre ese aspecto no se encuentra legitimado para reclamar por carecer de interés y por otra parte, si bien es cierto que en el requerimiento se aprecia una omisión en cuanto al mes del año 1984 en que fue confeccionado el cheque N° 345279, tal aspecto en nada afecta el conocimiento del contenido de la acusación. En consecuencia, al no estarse en presencia de los vicios alegados, debe rechazarse este motivo.

III.- Recurso por el fondo. En el único motivo (folio 1007), el impugnante alega inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, específicamente de los artículos 471 inciso 1) y 2), 482, 395 inciso 2) y 3), 400 inciso 4) y 106 del Código de Procedimientos Penales, además de 49 y 359 del Código Penal, por estimar que para ser autor del delito de peculado, resulta indispensable tener la condición de funcionario público, lo que no ostenta Alvarez Morales. Además, sostiene que bajo el supuesto de

"...que no quedó del todo demostrado en el plenario" que el citado imputado adulterara las facturas, por lo que se estaría en presencia del delito de falsificación de documento privado y no de un peculado, en grado de complicidad. El reproche resulta manifiestamente improcedente. En efecto, de manera incorrecta, se cita en sustento del reclamo tanto artículos de forma, como de fondo; se omite la cita de las disposiciones del Código represivo aplicadas en el fallo; se cuestiona el elenco que tuvo por acreditado el Tribunal de instancia y en cuanto a la aplicación del numeral 359 del Código represivo, se omiten los fundamentos lógico-jurídicos que darían sustento al reproche. Sin embargo, no obstante lo expuesto resulta del caso señalar, que como correctamente lo cita el Licenciado Soto Salazar, 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." y en el caso en estudio, se tuvo por acreditado que el imputado Alvarez Morales -con el objeto de que el co-encartado José Antonio Ulloa Vindas (quien laboraba como Ejecutivo Municipal de la Municipalidad de Talamanca) se apropiara de dinero que se le confió, -pues en su condición de encargado de las oficinas de "Matra y Cía. Ltda" en la ciudad de Limón, alteraba las facturas que por compra de repuestos la Municipalidad efectuaba a dicha empresa, haciendo constar montos superiores a los que efectivamente se había adquirido, presentándolas Ulloa Vindas a la Municipalidad, para apropiarse de la diferencia correspondiente (ver folio 941 vuelto), de tal manera "...que el imputado Alvarez cooperaba con Ulloa Vindas para que éste actuara de la forma en que lo hacía presentando a la Municipalidad cobros mayores a los que realmente tenía que responder esa Corporación y que incluso le ayudaba a obtener el dinero en efectivo productos (sic) de los cheques que giraba la Municipalidad a la Empresa Matra..." (folio 946 vuelto, línea 7 a 12). Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto, al apreciarse correctamente aplicado el derecho de fondo, procede rechazar el recurso interpuesto.

IV.- Recurso del encartado José María Lizano Villanea: En el primer extremo de la impugnación, bajo la letra A), se alega la

errónea aplicación del artículo 363 en relación con el 45, ambos del Código Penal, pues la afirmación contenida en el fallo de "que el documento es falso en virtud de que el cheque no fue librado con causa alguna, sin embargo en nada incide esto sobre un hecho cierto, de que el documento, el cheque si fue debidamente expedido. El afirmar que los motivos o razones para hacerlo no existían, de que presuntamente no sería (sic) destinado su producto a la consecución de un fin de la Administración Municipal, no vicia el carácter verdadero del documento, no es el fin en si mismo un elemento de veracidad del documento, para el caso del documento equiparado que como señala la doctrina... no tiene mas(sic) fe pública que un documento privado por lo que el cheque como tal, como orden incondicional de pago, no tiene el fin de probar el acto que beneficia a la administración, sino solo prueba su contenido mismo... Así si el título, el cheque fue emitido por quien correspondía y en modo alguno su contenido esencial (destinatario, monto) fue modificado no podríamos hablar de falsedad del documento...Que el beneficiario no lo hubiera endosado, tampoco es un elemento de tipicidad, no produce falsedad alguna, la naturaleza verdadera del titulo(sic) no es modificada en su contenido esencial por el hecho de que el instrumento no sea hecho efectivo por quien corresponda, esto supone otra conducta pues lo que ocurre es usar indebidamente un DOCUMENTO VERDADERO y ...precisamente el numeral 363 supone el uso, pero de un documento falso, no del verdadero"; además, dice el recurrente, tampoco se logró probar ante la ausencia de dictamen pericial, que el encartado Lizano Villanea haya hecho uso del documento, ya que tal conclusión se sustenta únicamente en la circunstancia de que el cheque presenta una firma y un número de cédula que corresponden a la de él, de manera que se viola así el artículo 45 del Código ibídem, al atribuir la condición de autor a quien no se pudo acreditar que realizara los actos típicos. Para concluir, refiere el recurrente que tampoco quedó demostrado que el co-imputado Espinoza Jiménez no haya efectuado el endoso, al no existir una prueba de grafoscopía que permita determinar la falsedad de la firma, por lo que hay ausencia de prueba tanto en la falsedad, como en la autoría por su uso; estos los argumentos esgrimidos. El reclamo no resulta de recibo. Incorrectamente se mezclan en un mismo motivo aspectos de forma y fondo, incumpliendo con lo dispuesto en el numeral 477 del Código de Procedimientos Penales, que señala la obligación de indicar de manera separada, cada motivo junto con sus fundamentos, así como se pretende a través de esta vía, que la Sala revalore el material probatorio con el objeto de modificar las conclusiones que contiene la resolución recurrida, lo que no resulta factible en esta instancia, en donde únicamente se analiza sobre la base fáctica contenida en el fallo, la aplicación del derecho de fondo, de manera que tampoco resulta

procedente la inclusión como aquí se hace, de aspectos que no se encuentran demostrados. No obstante lo expuesto, cabe indicar que en lo pertinente se aprecia en la sentencia "...Que el imputado José María Lizano Villanea obtuvo de la Municipalidad de Talamanca, los cheques LQ 370946 de 26 de abril de 1984, por 15.000,00 y el cheque 370974 de fecha 30 de mayo de 1984 por 19.525,00 supuestamente para la reparación de vehículos del Ministerio con motivo del convenio cooperativo existente entre la Municipalidad y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Con el primer cheque el imputado Lizano Villanea adquirió unos repuestos en San José, toda vez que el beneficiario del mismo, Guillermo Espinoza Jiménez se lo endosó, siendo que Lizano Villanea se apoderó ilegítimamente de los susodichos repuestos y del dinero que se le dio como vuelto, con motivo del cambio de ese cheque, el cual no se logró precisar. El segundo cheque no tenía verdadera causa de emisión y en el mismo se falsificó la firma del beneficiario, siendo que Lizano Villanea lo cambio en esas condiciones en las oficinas centrales del Banco nacional de Costa Rica..."(ver folio 942 frente, línea 28 a vuelto, línea 13), por lo que se concluyó que en cuanto al apoderamiento de los repuestos y del dinero obtenido por el cambio del primer cheque, se había incurrido en el delito de hurto simple, pero como el mismo ya estaba prescrito, se dictó sentencia de sobreseimiento y "...En lo referente al cheque 370974, es lo cierto que el imputado Lizano Villanea hizo uso de un documento falso, toda vez que el mismo no fue librado con causa alguna y el beneficiario no lo endosó, siendo que no obstante ello, el imputado Lizano lo hizo efectivo" (folio 957 frente, línea 18 a 22). El artículo 363 del Código Penal, regula el delito de Uso de Documento Falso y dispone que "Será reprimido con uno a seis años de prisión, el que hiciere uso de un documento falso o adulterado", de tal manera que basta para incurrir en el citado ilícito, la concurrencia de dos elementos: por una parte, que el documento sea falso o adulterado y por otra, que se haga uso del mismo a sabiendas de su falsedad; tales circunstancias se aprecian en el caso en examen, ya que el encartado Lizano Villanea no obstante conocer la falsedad del documento, no sólo en cuanto a su libramiento, sino además en lo referente al endoso, aun así procedió a hacerlo efectivo. El señor Lizano Villanea sustenta su reproche en la circunstancia de que el citado cheque N° 370974, fue confeccionado por quien correspondía, por lo que estima que independientemente de la finalidad por la que fue librado, no resultaba falso. Sin embargo, incluso dejando de lado tal circunstancia, prevalece el aspecto referente a la falsedad del endoso, aspecto que era del conocimiento de Lizano Villanea, en el momento en que cambió el cheque. En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, se rechaza este motivo del recurso.

V.- En el segundo extremo, bajo la letra B), se reprocha la errónea aplicación del artículo 356 del Código Penal, pues no obstante haber condenado al encartado Lizano Villanea únicamente por el delito de uso de documento falso, se le impuso como pena accesoria la inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por diez años, aspecto este último que no contempla el citado numeral 356. Efectivamente, asiste razón al recurrente. El delito por el que fue condenado (Uso de Documento Falso, artículo 363 del Código Penal) no contempla la posibilidad de imponer la pena accesoria de inhabilitación que dispone el numeral 356 citado, de manera que esa disposición respecto a él, resulta erróneamente aplicada (ver folio 966 vuelto, líneas 3 a 5). Así las cosas, al no estar facultado el a-quo para aplicar la pena de inhabilitación al sancionado Lizano Villanea por no estar contemplada la situación en el supuesto del numeral 356 ibídem, procede casar la sentencia en punto a esa inhabilitación para obtener cargos, empleos o comisiones públicas, la cual se deja sin efecto. En los demás extremos, se mantiene incólume el fallo.

POR TANTO:

Se declara con lugar el primer motivo del recurso por la forma interpuesto por el Licenciado Soto Salazar y se rechazan los demás motivos de forma y fondo de su recurso. Se ordena el reenvío de la causa al Tribunal a-quo para que únicamente, en cuanto al imputado ARMANDO GERARDO ALVAREZ MORALES, emita pronunciamiento acerca de la solicitud de la defensa de éste, para que se le concediera el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena. Se declara con lugar el segundo motivo por el fondo y se rechaza el primero del recurso del encartado Lizano Villanea. Se casa la sentencia, únicamente en lo referente a la pena de inhabilitación impuesta al encartado JOSE MARIA LIZANO VILLANEA para obtener cargos, empleos o comisiones públicas, la cual se deja sin efecto. En los demás extremos, se mantiene incólume el fallo.

#### **FUENTES CITADAS**



- 1 FIERRO Guillermo J. Teoría de la Participación Criminal. Buenos Aires. Editorial EDIAR. 1964. pp 323-325.
- 2 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. La Participación Criminal en el derecho. San José. Editorial Juritexto 1 ed. 1993. pp 60-62.
- 3 Asamblea Legislativa. Código Penal. Ley :4573 del 04/05/1970
- 4 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA San José, Resolución 347-F-94 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2007-00172 las diez horas treinta minutos del veintiocho de febrero de dos mil siete.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, V-451-F-92 de las ocho horas veinticinco minutos del dos de octubre de mil novecientos noventa y dos.