

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

A 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: PARTICIPACIÓN CRIMINAL

RESUMEN: En el presente informe se desarrolla el tema de la Participación Criminal, haciendo un abordaje doctrinario, normativo y jurisprudencial del mismo. Abordándose entre otros puntos las diferentes teorías sobre el fundamento de la Punibilidad de la Participación, el principio de accesoriedad, así como las figuras de cómplice e instigador.

Índice de contenido

1 DOCTRINA.....	2
De la Participación Criminal.....	2
El Fundamento de la Punibilidad de la Participación.....	4
El principio de Accesoriedad y sus consecuencias.....	7
Comunicabilidad de las Circunstancia.....	9
De la participación del Cómplice y del Instigador.....	10
El Cómplice.....	10
El Instigador.....	12
2 NORMATIVA.....	14
Código Penal.....	14
Autor y coautores.....	14
Instigadores.....	14
Cómplices.....	14
Comunicabilidad de las circunstancias.....	15
3 JURISPRUDENCIA.....	16
Partícipe amplitud del criterio utilizado en nuestro Código Penal	16

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

Peculado, consideraciones acerca de los "partícipes" y aplicación de la teoría del dominio del hecho.....	18
Autoría y participación análisis sobre la evolución histórica de las diversas teorías que la han regulado	25
Complicidad Distinción con Encubrimiento.....	43
Análisis con respecto a la denominada "participativa" en el derecho comparado.....	44
Análisis conceptual en relación con autoría y participación teoría del conocimiento y principio de accesoriadad de la conducta del partícipe.....	74
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	79
Participación Criminal	79

1DOCTRINA

De la Participación Criminal

[J FIERRO,Guillermo]¹

“ La participación, en cualquiera de sus grados o formas en que se manifieste es, en esencia, un modo de delinquir.

No sólo el que ejecuta la acción típica es responsable de su actitud, sino también todos aquellos que de una forma u otra cooperan, contribuyen, a la producción de un resultado dañoso en un sentido efectivo, no importando que esa contribución resida exclusivamente en un actuar físico, ya que también puede ser intelectual, psíquico, o como se lo sabe denominar "moral".

Las disposiciones de índole general y referentes a la participación que contienen la totalidad de los códigos modernos importan una extensión legal de los tipos y con, ello, de la punibilidad establecida en las distintas figuras especiales, no sólo ya para aquellos que ejecuten la acción típicamente descrita por la ley como delictuosa, sino también para los que de cualquier

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

modo contribuyan a la consumación de un delito, y que sin esas disposiciones ampliatorias no podrían ser condenados (12).

Fácil es deducir entonces, luego de los conceptos vertidos anteriormente, la importancia fundamental que tiene para la "teoría de la participación" el tema de la causalidad.

¿Cuándo se contribuye o se coopera a la producción de un resultado? Hemos dicho que para que haya participación es condición "sine qua non" la existencia de una pluralidad de sujetos activos. Éstos, para ser tales, deben haber efectuado un aporte real para la consumación del delito. En otras palabras, deben haber agregado un eslabón a la cadena causal, y de acuerdo a la importancia de ese aporte o eslabón, tendremos el grado de participación de su ejecutor y su correlativa responsabilidad. De ahí, la exigencia de un mínimo de eficacia en la participación para que proceda su punibilidad.

[CASTILLO GONZALES, Francisco]²

Muy a menudo se emplea en la doctrina y en la legislación la palabra "participación" en dos sentidos. Unas veces se designa con este término a los participantes secundarios, con exclusión del autor. Así ocurre en el artículo 37 del Código Penal, que distingue entre autor y partícipe. En tal caso, el concepto de partícipe involucra solamente a los instigadores y a los cómplices. Otras veces, se utiliza el término "participación" o

"partícipe", en un sentido amplio, que involucra a autores y a partícipes en sentido estricto; vale decir, a instigadores y a cómplices. Los artículos 48 y 49 del Código Penal utilizan en este segundo sentido el concepto de "partícipe".

Hemos denominado nuestro trabajo, "La Participación Criminal en el Derecho Penal Costarricense". En él nos ocupamos de la participación en sentido estricto; esto es, del fenómeno de la instigación y de la complicidad, instituciones que tienen en común, en nuestro Derecho, ser conductas subordinadas a la del autor (el cual tiene siempre el dominio del hecho) y depender jurídicamente de la conducta del autor, en virtud del principio denominado de accesoriedad.

El Fundamento de la Punibilidad de la Participación

[CASTILLO GONZALES, Francisco]³

24.- La instigación y la complicidad son, respecto a la autoría, dispositivos amplificadores de la represión penal⁷⁰. Por tanto, cabe plantearse cuál es la razón por la que ellas deben ser punibles. Este problema se conoce con el nombre de fundamento de la punibilidad de la participación.

25.- Cuando nos preguntamos la razón por la cual se castiga al instigador y al cómplice, lo hacemos con un objetivo preciso: determinando por qué razón se castiga al partícipe, establecemos en que casos la represión deja un campo libre en las formas de participa-

Sobre la cuestión de saber cuál es el fundamento de la punibilidad del partícipe, se han dado varias respuestas.

A.- Leí teoría de la participación en la culpabilidad

26.-La teoría de participación en la culpabilidad ("Schiüdteilnahmetheorie") considera que debe castigarse al partícipe porque

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

condujo al autor a culpabilidad y a pena, además de haber participado en el hecho (peccat in se et alium peccare facit)⁷². La versión original de esta teoría sostiene que el instigador o el cómplice son punibles porque, al determinarlo o ayudarlo a cometer el hecho punible, corrompieron al autor.

La vieja teoría de la participación en la culpabilidad es hoy día obsoleta y contraria a la normativa de Códigos Penales, como el nuestro, que requiriendo para la accesoriedad únicamente que el hecho principal sea típico y antijurídico, no excluyen la participación en un hecho principal, cuyo autor es inculpable⁷³. Este argumento demuestra, a las claras, que el partícipe no es castigado por corromper al autor, puesto que puede existir participación a pesar de que éste, por ser inculpable, no haya sido corrompido. Dos razones más pueden añadirse en nuestro Derecho, de lege lata, para excluir esta teoría: la primera es que nuestro Código Penal no castiga ni la tentativa de instigación ni la tentativa de complicidad, situación incompatible con la existencia de un sistema en el que el fundamento de la punición del partícipe sea la corrupción del autor; la segunda es que el límite de la punibilidad de una conducta la encuentra nuestro Legislador en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado; por ello, no somete a pena (sino a medida de seguridad) al agente que actúa a pesar de ser absolutamente imposible la consumación de un delito (art. 24 Cód. pen.). Por tanto, una conducta solamente es punible en la medida en que esté en relación de causalidad con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, circunstancia que vale también para las formas de participación.

(...)

B.- Teoría de los positivistas italianos

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

28.- Los positivistas italianos quisieron dar un fundamento diferente a la punibilidad de los actos de participación (instigación y complicidad). El fundamento es la peligrosidad del delincuente o más precisamente lo que ellos llamaron "temibilidad", que es la resultante de la peligrosidad revelada por el delito cometido y de la posibilidad de que el agente vuelva a delinquir⁷⁹.

Para llevar este criterio a la participación, los positivistas parten de categorías criminológicas, según ellos, sacadas de la inducción de los hechos de la vida real⁸⁰. Ferri, el principal inspirador de la Escuela Positiva, partiendo de este método habla de la asociación criminal como criterio genérico. La asociación criminal existe cuando la actividad delictuosa es desarrollada por varios delincuentes y comporta tres categorías, de importancia creciente: la pareja criminal; la asociación para delinquir y la muchedumbre delincuente⁸¹. La pareja criminal, el caso más simple de delito colectivo, se da cuando un individuo de poderosa voluntad ("íncubo") se une con otro, de voluntad débil ("súcubo") y al que domina, para la comisión de un delito⁸². La asociación para delinquir puede ser permanente o transitoria. Si es permanente, estamos frente a la *societas sceleris* o "asociación para delinquir" en sentido estricto, que casi todos los códigos reprimen, de manera independiente, como el nuestro (art. 272 Cód. pen.), por el solo hecho de la asociación⁸³. Si la asociación es transitoria estamos frente a las categorías de autor, instigador y cómplice⁸⁴. La muchedumbre delincuente es un concepto importante en la vida moderna, medio propicio para la comisión de delitos colectivos. En la muchedumbre el individuo pierde su sentido moral y el control de sí mismo y en ella debe distinguirse entre el meneur, que domina y dirige los movimientos psíquicos y físicos de la muchedumbre, y aquellos que constituyen la masa, conjunto de individuos que son fácilmente influenciados por el clima psicológico que se crea en el tumulto⁸⁵.

29.- A pesar del esfuerzo por crear categorías "criminológicas"

referentes a la participación, el movimiento positivista resolvió el problema de la participación con un criterio de peligrosidad abstracta.

(...)

C- Las Teorías de la Causación

30.- La teoría de la causación (Venirsachungstheorie) parte del principio de que la participación es punible porque el instigador o el cómplice dan un aporte causal a la comisión del delito. Hay, pues, una relación de causalidad entre el acto de instigación o de complicidad y el hecho principal.

Sin embargo, y dependiendo de si se pone el acento en el hecho principal o en la acción del partícipe o en ambas cosas, hay varias corrientes doctrinales, que llegan a diferentes resultados.

El principio de Accesoriedad y sus consecuencias

[CASTILLO GONZALES, Francisco]⁴

Accesoriedad de la participación significa, que la contribución causal del instigador o del cómplice solamente es punible si ocurrió la comisión (en grado de consumación o de tentativa), de un hecho principal. El cómplice o el instigador son " motores o fermentos" del hecho principal, realizado por el autor. Accesoriedad es, en este sentido, sinónimo de "dependencia" de la acción del partícipe al hecho de autor principal o de referencia (Bezogenheit) de la acción del partícipe al hecho principal. La cuestión de la accesoriedad plantea, por tanto, dos problemas: en qué medida influye la punibilidad del hecho principal en la de participación y cómo influye la punibilidad del autor principal, en la punibilidad del partícipe¹³. El primer problema (influencia de la punibilidad del hecho principal sobre el acto de participación) se conoce con el nombre de accesoriedad general; el

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

segundo problema (influencia de la punibilidad del autor principal en el partícipe) se conoce con el nombre de accesoriidad especial (o comunicabilidad de las circunstancias).

* 1.- La accesoriidad en general (dependencia de la punibilidad del partícipe de un hecho punible principal).

38.- "Accesoriidad" es dependencia del acto de participación de un hecho principal, consumado o tentado, cometido por el autor principal. Esta dependencia se manifiesta en la circunstancia de que la pena aplicable, al cómplice o al instigador es, in abstracto, la misma que la pena que dispone la ley para el autor principal, aunque el Juez tiene la facultad de disminuirla discrecionalmente. El artículo 74 del Código Penal dispone que:

"Los autores e instigadores serán reprimidos con la pena que la ley señala para el delito.

Al cómplice le será impuesta la pena prevista para el delito, pero ésta podrá ser rebajada discrecionalmente por el Juez de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 y al grado de participación".

Desde luego, que la pena a imponer in concreto a cada uno de los que han participado en el hecho punible dependerá de las circunstancias que rodeen el hecho y de la culpabilidad del sujeto.

A) Posibles formas de accesoriidad

39.- De acuerdo a M.E. Mayer¹⁴ las posibles formas que podía asumir la accesoriidad son las siguientes:

a-1) La forma de accesoriidad mínima. En tal caso basta, para que exista accesoriidad, que el autor haya realizado un hecho previsto en la Ley como delito y sancionado con una pena, sin que sea necesario que ese hecho sea antijurídico.

a-2) La forma de accesoriedad limitada. En tal hipótesis el partícipe solamente es responsable si el autor realizó un hecho típico y antijurídico.

a-3) La forma de accesoriedad extrema. Aquí la punibilidad del partícipe depende de que el autor haya realizado una acción típica, antijurídica y culpable.

a-4) La forma hiperaccesoria, en la cual se exige el autor haya realizado una acción típica, antijurídica y culpable, pero la punibilidad del partícipe va a depender de las cualidades personales del instigado (autor), porque aquellas circunstancias agravantes o atenuantes que existan en la persona del instigado, lo van a ser también para el instigador o para el cómplice.

Comunicabilidad de las Circunstancia

[CALVO PICADO, Gerardo]⁵

En este aspecto también el artículo 49 condensa en forma clara la solución tanto doctrinaria como legislativa moderna, lo referente a la comunicabilidad de las circunstancias de la infracción, a los partícipes de la misma; salvo la observación que se hará.

Se trata de determinar en qué medida las diversas causas de modificación o de exención de pena aplicables al autor principal, van a influir la situación del partícipe, coautor o cómplice. Comúnmente se distingue entre las circunstancias personales, las circunstancias reales y las circunstancias mixtas. , A) ¿as causas de agravación, de atenuación o te exención puramente personales del autor, no se comunican al partícipe. Esta solución es perfectamente lógica ya que se trata de circunstancias que no modifican la criminalidad del acto principal, sino que manifiestan

las particularidades del caso del autor. Ello ocurre cuando existan circunstancias agravantes personales tales como la reincidencia, o atenuantes como la minoridad u otras.

B) Al contrario, las causas de modificación o de exención de pena que presentan un carácter real y que inciden consecuentemente sobre la criminalidad del acto principal, son comunicables al partícipe. Son por ejemplo circunstancias agravantes reales, en el caso de robo, la reunión, casa habitada, el portar armas, etc.

C) Las circunstancias mixtas son aquellas que, procediendo de la persona del autor, son constitutivas de la infracción principal en las que ellas constituyen una circunstancia agravante. Estas circunstancias modifican legalmente la penalidad aplicable al autor y al partícipe, pero a diferencia de otras legislaciones, nuestro código con acierto dispone que solamente si eran conocidas por el partícipe o partícipes. Es el caso de parricidio, la alevosía, el ensañamiento, la calidad de empleo o empleada doméstica del autor o autora, etc.

De la participación del Cómplice y del Instigador

[CALVO PICADO, Gerardo]⁶

El Cómplice

C) EL CÓMPLICE

En doctrina, la distinción entre cómplice y autor, no da lugar a controversia alguna: es autor aquel que realiza personalmente todos los elementos constitutivos de la infracción; tal es el caso por ejemplo, de varios ladrones que unen sus esfuerzos para transportar la caja fuerte de un banco. En tanto que es cómplice aquel que participa en la infracción, prestando al autor o

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible, pero sin cometer un acto constitutivo de la infracción. Sin embargo a veces sucede, sobre todo por vía de jurisprudencia, que este criterio simple es deformado por un doble movimiento de sentido inverso, ya que a veces se trata al cómplice como un autor y a éste como un cómplice.

La autoría siempre debe jugar un papel principal en relación con la infracción, lo que no sucede con la complicidad, la cual tiene un rol secundario o subsidiario, aun en la fase de ejecución. El cómplice lo hace facilitando la acción, pero no participa en ella plenamente, ya que sus actos son "extrínsecos" al hecho delictivo, mientras que el coautor toma una participación -más grande en la ejecución-.

Resulta difícil muy a menudo distinguir la calidad de cómplice o de autor que tiene una persona, según sea su mayor o menor colaboración prestada al autor para la realización del hecho punible. Así, la simultaneidad de acción y la asistencia recíproca "constituyen la perpetración misma de la infracción, lo que es propio de una coautortía y no de una complicidad".

La difícil distinción que se presenta para determinar como un caso de complicidad y no de autoría, la ayuda o la asistencia en la consumación de la infracción, se explica por consideraciones de orden práctico: Cuesta mucho en determinadas situaciones, especialmente en los actos de complicidad concomitantes a la infracción, distinguir el cómplice del coautor, y por consideraciones de política criminal: la jurisprudencia considera como un coautor aquel que, objetivamente, no es más que un cómplice para asegurar una represión mejor y más completa. También la jurisprudencia considera como coautores aquellos que han solamente ayudado y asistido al autor principal de la infracción para poder retener contra ellos la circunstancia agravante de reunión. Finalmente cuando el hecho principal no es castigable en la persona del autor, la jurisprudencia tiene al cómplice como un coautor, para no dejar sin sanción una actitud reprehensible. Sin

embargo lo propio sería concebir la asimilitud del cómplice al autor cuando las condiciones materiales de la ejecución son tales, que es imposible distinguir los roles de los diversos participantes.

Lo importante es recalcar entonces, que el cómplice es el individuo que, sin ejecutar personalmente los elementos constitutivos de la infracción imputable al autor, ha solamente facilitado la acción principal por actos de una importancia material secundaria. Nuestra legislación no indica de qué tipo de actos se trata, simplemente se indica "cualquier auxilio o cooperación" (artículo 47 C.P.).

El Instigador

B) EL INSTIGADOR

El instigador aquel quien intencionalmente determine a otro a cometer el hecho punible. Esta es la definición que sobre ese sujeto del delito da el artículo 46 de nuestro Código Penal y que resume bien lo que por instigador debe entenderse. Puede decirse también que el instigador es el que provoca a otra persona a la realización de la infracción, el cual resulta ser el autor material o directo de la misma. Es importante determinar que en esta forma de participación criminal, la actuación intencional – para efectos de definir al instigador– juega un papel preponderante, puesto que una actuación imprudente o culposa no daría lugar a su definición, pudiendo por el contrario convertirlo en un autor indirecto o mediato en los casos en que la ley así lo contemplara, como lo es la facilitación culposa a que alude el artículo 312 del Código Penal, pero que, por estar expresamente

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

contemplada como delictiva su conducta imprudente, al no actuar el funcionario con la debida diligencia, podría también denominársele "autor por omisión", quien en todo caso en el ejemplo dado, constituye un verdadero autor. La institución del instigador a veces resulta de difícil definición, puesto que su actuación puede configurar más bien un simple cómplice, según sea el carácter de la intención provocativa. Es así como la legislación francesa le da el trato de tal. Dispone el párrafo primero del artículo 60 del Código Penal francés que, "serán castigados como cómplices de una acción calificada, crimen o delito, aquellos que, por dádivas, promesas, amenazas, abusos de autoridad o de poder, maquinaciones o artificios culpables, hubieran provocado esta acción o dado instrucciones para cometerla". Resulta importante la distinción a efecto de determinar la consiguiente responsabilidad penal que puede derivar de su actuación, según que se le trate como cómplice o instigador. Para los franceses, al confundir ambos conceptos, el fundamento de la complicidad reposa sobre "el préstamo de la criminalidad del autor principal". La complicidad por provocación no constituye en sí misma un crimen o delito, ella no es más que una calificación dada a un cierto modo de participación a un hecho principal en la cual forma un simple accesorio. En consecuencia, cuando la ejecución de la infracción no ha tenido lugar o no ha comenzado por la inacción o el desistimiento del autor principal, no puede jurídicamente existir complicidad por provocación, no obstante la intención delictuosa persistente del cómplice y es lo que se expresa diciendo "que no hay tentativa de complicidad". Ante ello se han propuesto dos soluciones: a) transformar la provocación –acta de complicidad– en una infracción especial, punible ella misma, como se ha hecho para otras provocaciones (el caso nuestro arts. 115 y 271 del Código Penal); b) dar a la complicidad otro fundamento que la "criminalidad de préstamo absoluto", lo que permitiría asimilar la provocación que ha quedado sin efecto, a una tentativa de infracción. Así lo disponen las legislaciones belgas y alemanas.

2NORMATIVA

Código Penal⁷

Autor y coautores

ARTÍCULO 45.-

Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros, y coautores los que lo realizaren conjuntamente con el autor.

Instigadores

ARTÍCULO 46.-

Son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible.

Cómplices

ARTÍCULO 47.-

Son cómplices los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible.

Comienzo y alcance de la responsabilidad de los partícipes.

ARTÍCULO 48.-

Los partícipes serán responsables desde el momento en que el hecho se haya iniciado, según lo establecido en el artículo 19. Si el hecho, fuere más grave del que quisieron realizar, responderán por aquél, quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida.

Comunicabilidad de las circunstancias

ARTÍCULO 49.-

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

3 JURISPRUDENCIA

Partícipe amplitud del criterio utilizado en nuestro Código Penal

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁸

IX.- [...]. Si bien es cierto la doctrina en sentido estricto excluye de la categoría de "partícipes" a los coautores, quedando reservada para los cómplices e instigadores, no es esa la terminología que sigue nuestro Código Penal. Al aludir a los "partícipes", el artículo 49 no se refiere únicamente a los cómplices e instigadores, sino que incluye en él también a los coautores. Partir de lo contrario, implicaría llegar al absurdo jurídico que un coautor comete un ilícito especial (peculado, por ejemplo), mientras que el otro coautor, por ausencia de calidades personales, comete otro (estafa o robo, por ejemplo); en consecuencia, a actuaciones y voluntades simétricas, se estaría

dando diversa solución, solamente por la ausencia de una condición personal, como pretenden los recurrentes. La otra solución es menos congruente con la sistemática de la aplicación de la norma penal, porque consistiría en sancionar, ya no como coautor (vista la ausencia de las mencionadas condiciones especiales), sino como cómplice a quien en realidad tuvo dominio del hecho, incurriéndose así en una ficción para intentar resolver un problema de calificación, cual si se tratara de una cuestión de intervención en la acción ilícita; es decir, para suplir una falencia en la aplicabilidad de una calificación jurídica, se recurre a obviar o torcer la efectiva participación tenida por el agente. Antes bien, la figura del coautor está expresamente prevista en el artículo 45 de ese Código y su régimen de recriminabilidad por condiciones ajenas, al igual que para los instigadores y cómplices, está prefijado por los numerales 48 y 49 siguientes, que no hacen distinción en cuanto a los sujetos a que se refieren, por lo que habrá de entenderse que es a los aducidos en los artículos 45 (coautores), 46 (instigadores) y 47 (cómplices). Aparte de eso, el panorama es aún más claro si se confronta el artículo 71 de dicho Código, que se refiere indiferenciadamente a la personalidad del "partícipe" al fijar la pena, aludiendo a éste como figura siempre presente en una condenatoria (extendiéndolo incluso al autor único), lo que no sucedería si sólo aludiera a los cómplices o instigadores, de presencia eventual. En realidad, como se dijo, nuestro Código Penal utiliza la terminología "partícipes" en un sentido amplio, referida a todos los que hubieren intervenido en la realización del hecho punible, ya sea como autores, cómplices o instigadores, sin hacer la distinción que hace la doctrina al referirse al concepto jurídico de "partícipes". Por ende, el Código Penal sí contempla a los coautores en el artículo 49 (comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes) [...]."

Peculado, consideraciones acerca de los "partícipes" y aplicación de la teoría del dominio del hecho

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁹

"XVI. [...] No procede acoger estos reclamos : El Tribunal tuvo por demostrado que Carlos Salas Cerdas fue a RECOPE cuando supo de las "ayudas", siendo ahí atendido por Flores Solano, a quien le explicó la necesidad que tenía el Comité Distrital de Deportes y Recreación de Hatillo de treinta pares de zapatos, para usarlos en los proyectos de selecciones de muchachos jóvenes. Flores Solano llamó a Lépez Ferreto, quien le indicó a Salas Cerdas que lo podían ayudar con los zapatos y también con la reparación de algunas canchas y gimnasios, siendo que para eso el Comité tenía que presentar una solicitud y otros documentos, tema en el que insistió también Flores Solano. Posteriormente, cuando estuvo listo el cheque a favor del Comité, Róger llevó a Salas Cerdas a recogerlo y luego lo llevó a un negocio donde según él, estaba el encargado de realizar los trabajos a RECOPE. En ese lugar, Flores Solano le presentó a quien le dijo se llamaba "Edgardo Barbie" (y que según concluyó el Tribunal, era en realidad Ocampo Solano) y le pidió que le endosara y entregara el cheque a esa persona, solicitud que Salas Cerdas no aceptó. Posteriormente y ante la insistencia para que reintegrara los fondos del cheque, Salas Cerdas les indicó que en ese Comité tenían la costumbre de tener por lo menos tres cotizaciones antes de decidir a quién le daban un trabajo. Por esa razón, los involucrados aportaron tres cotizaciones falsas, induciendo de esta manera al Comité a escoger sin saberlo, a Ocampo Solano (folios 429 a 434 y 472 fte.). Finalmente, en sentencia se concluyó que Flores Solano, no obstante conocer los alcances del programa de vallas

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

publicitarias, prestó su colaboración para que los involucrados (entre los cuales figuran Quirós Quirós y Cruz Leitón), procedieran a sustraer los caudales públicos de la institución (folio 480 fte.). Para esta Sala, los hechos antes descritos constituyen una complicidad de peculado, tal y como lo apunta el Tribunal, no siendo indispensable para tales efectos, que el cómplice tenga también la administración de los fondos públicos. Sobre el tema de la complicidad en estas delincuencias, ha señalado esta Sede: "... Si bien es cierto la doctrina en sentido estricto excluye de la categoría de "partícipes" a los coautores, quedando reservada para los cómplices e instigadores, no es esa la terminología que sigue nuestro Código Penal. Al aludir a los "partícipes", el artículo 49 no se refiere únicamente a los cómplices e instigadores, sino que incluye en él también a los coautores. Partir de lo contrario, implicaría llegar al absurdo jurídico que un coautor comete un ilícito especial (peculado, por ejemplo), mientras que el otro coautor, por ausencia de calidades personales, comete otro (estafa o robo, por ejemplo); en consecuencia, a actuaciones y voluntades simétricas, se estaría dando diversa solución, solamente por la ausencia de una condición personal, como pretenden los recurrentes. La otra solución es menos congruente con la sistemática de la aplicación de la norma penal, porque consistiría en sancionar, ya no como coautor (vista la ausencia de las mencionadas condiciones especiales), sino como cómplice a quien en realidad tuvo dominio del hecho, incurriéndose así en una ficción para intentar resolver un problema de calificación, cual si se tratara de una cuestión de intervención en la acción ilícita; es decir, para suplir una falencia en la aplicabilidad de una calificación jurídica, se recurre a obviar o torcer la efectiva participación tenida por el agente. Antes bien, la figura del coautor está expresamente prevista en el artículo 45 de ese Código y su régimen de recriminabilidad por condiciones ajenas, al igual que para los instigadores y cómplices, está prefijado por los numerales 48 y 49 siguientes, que no hacen distinción en cuanto a los sujetos a que se refieren, por lo que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

habrá de entenderse que es a los aducidos en los artículos 45 (coautores), 46 (instigadores) y 47 (cómplices). Aparte de eso, el panorama es aún más claro si se confronta el artículo 71 de dicho Código, que se refiere indiferenciadamente a la personalidad del "partícipe" al fijar la pena, aludiendo a este como figura siempre presente en una condenatoria (extendiéndolo incluso al autor único), lo que no sucedería si sólo aludiera a los cómplices o instigadores, de presencia eventual. En realidad, como se dijo, nuestro Código Penal utiliza la terminología "partícipes" en un sentido amplio, referida a todos los que hubieren intervenido en la realización del hecho punible, ya sea como autores, cómplices o instigadores, sin hacer la distinción que hace la doctrina al referirse al concepto jurídico de "partícipes". Por ende, el Código Penal sí contempla a los coautores en el artículo 49 (comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes), por lo que correctamente procedió el tribunal al tener a A. M. como coautor del delito de peculado, aunque no fuera funcionario público, siéndole imputable tal condición, dado que conocía que R. A. D. B. y J. G. E. S. sí ostentaban esa calidad y en razón de su cargo tenían bajo su cuidado la administración de los bienes defraudados, y, aún así, tomó parte en la actividad ilícita.", (resolución # 565-F-94, de 16:15 horas del 12 de diciembre de 1994). Contrario a lo indicado por los recurrentes, en esta resolución no se está diciendo que no pueden existir cómplices o instigadores en el delito de peculado. Lo que se indica es, que las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos , entendiendo partícipes en un sentido amplio, es decir, comprensivo tanto de los autores como de los cómplices o instigadores. En este mismo sentido, también se ha señalado: "... 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

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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 A. M. -con el objeto de que el co-encartado ... U. V. (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 U. V. a la Municipalidad, para apropiarse de la diferencia correspondiente (...), de tal manera "...que el imputado A. cooperaba con U. V. 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..." (...). Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto, al apreciarse correctamente aplicado el derecho de fondo, procede rechazar el recurso interpuesto.", (Resolución 451-F-92, de 8:25 horas del 2 de octubre de 1992). A la luz de los precedentes antes citados, si el órgano sentenciador determinó con apego a las reglas de la sana crítica, que Flores Solano colaboró para que los involucrados (entre los cuales figuraban los aquí encartados y el mismo Lépiz Ferreto), extrajeran fondos públicos de la órbita de la Administración, sin duda alguna actuó como cómplice del delito de peculado, ya que no obstante no tener él la administración de esos fondos, sabía que los autores del hecho eran funcionarios públicos que disponían de los mismos. Por otra parte, la circunstancia de que el Tribunal

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

concluyera que Flores Solano no tomó parte del plan para extraer los fondos del programa, no nos lleva a concluir que no hubo un acuerdo entre Quirós Quirós, Cruz Leitón, Lépiz Ferreto y Molina Murillo, o que Flores Solano no participó en uno de los hechos investigados (como sin sustento lo concluyen los recurrentes). Lo que afirman los Jueces, es que Flores Solano fue simplemente un cómplice de otros sujetos, limitándose a favorecer un hecho ajeno sobre el cual no tenía el dominio del hecho. El error cometido por los recurrentes parte de comparar dos planos distintos, a saber, el de la coautoría (donde los coautores tienen el dominio del hecho sobre la base de una resolución delictiva común), con el de la complicidad (limitada al apoyo doloso que una persona le da a otra en el hecho antijurídico cometido por ésta, sin tener el dominio del hecho). Asimismo, tampoco hacía falta que Róger obtuviese alguna ventaja económica de la comisión del delito, en primer lugar, porque él solo figuró como cómplice y en segundo lugar, porque el tipo penal no prevé ese requisito ni siquiera para los autores del peculado (sobre el tema, véase lo expuesto en el tercer considerando de esta resolución). Por otra parte, si bien el testigo Salas Cerdas indicó en primer término que Lépiz Ferreto, el contratista y otra persona cuyo nombre no precisó, fueron los que le llevaron las cotizaciones falsas, indicando luego que fueron Flores Solano y Lépiz Ferreto, no puede perderse de vista que al avanzar su declaración, el testigo aclaró que no podía asegurar si Róger estaba con Lépiz Ferreto cuando éste llevó las cotizaciones (folios 264 última línea y 265 fte., primera línea). Por ello, no existe la contradicción que se denuncia en la declaración de este testigo. Sobre las mejoras realizadas en las instalaciones deportivas de la comunidad, basta decir que el hecho de que los fondos públicos se usaran para hacerlas no excluye la ilicitud de la conducta de los acusados, pues como se tuvo por demostrado (y se ha indicado de forma reiterada a lo largo de esta resolución), los dineros igualmente fueron sacados de la esfera de la administración sin causa legítima para ello, pues gracias a las maniobras de los

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

involucrados, la institución giró los cheques para pagar por un servicio de vallas publicitarias que no recibió. Finalmente, cabe reiterar que para condenar a Flores Solano, el Tribunal no requería tener por demostrado que él se apropió de los dineros pues éste no es un elemento del tipo penal. Así las cosas, se declara sin lugar el motivo. [...] XIX.- RECURSO POR LA FORMA. PRIMER MOTIVO . Falta de fundamentación, (folios 584 a 587 fte.): El Tribunal no analizó la certificación de la Dirección de Recursos Humanos de RECOPE, donde se indica que Flores Solano es misceláneo-2 y se describen sus funciones. Esa prueba es esencial, ya que de ella se deriva que Flores Solano no tenía la custodia, administración o percepción de los dineros de RECOPE y en ese tanto, no habría peculado. No es de recibo el alegato, por lo indicado en el considerando XVI.- de esta resolución. Para condenar a Flores Solano por complicidad en el delito de peculado, no hacía falta que él tuviese a cargo la administración de los bienes. XX.- SEGUNDO MOTIVO POR LA FORMA . Fundamentación contradictoria (folios 587 a 590 fte.): Aquí se reclama: 1) No se valoró la certificación mencionada en el considerando anterior. El Tribunal situó al encartado como ayudante de Lépiz Ferreto, conclusión que no resulta cierta pues la misma Yamileth Valverde Mora dijo que él laboraba en el Departamento de Relaciones Públicas, que le ayudaba a Lépiz Ferrero y que éste lo absorbió en sus funciones pero que en otras situaciones debía servir de chofer y hacer mandados. Según los recurrentes, Flores Solano, en el caso del Comité Distrital de Deportes de Hatillo, solo cumplió con sus funciones de misceláneo, pues se limitó a trasladar a los testigos a los lugares que su superior le indicó, sin que esto sea una colaboración para un delito. Además, según el mismo Tribunal, las donaciones no son ilícitas y no existía un plan de autor para los demás casos. Por ello, se equivoca al decir que sí lo había en ese caso específico. 2) No es posible el peculado por complicidad. 3) No se analizan los elementos del tipo penal en el caso de Flores Solano. Todo el análisis se hace únicamente con relación a los otros dos acusados. 3) Flores Solano era misceláneo, por eso,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

no configuran los elementos del tipo penal. No lleva razón los impugnantes : Con relación al primer reclamo debe estarse el quejoso a lo resuelto en el anterior considerando. Sobre el papel que desempeñaba Flores Solano, nótese que en sentencia se afirma que él ocupaba el cargo de misceláneo en el Departamento de Relaciones Públicas, bajo la dirección de Patricia González Villalobos y que además estaba asignado a la jefatura de actividades deportivas bajo la dirección de Lépiz Ferreto (folio 369 fte.). En ese mismo sentido, el Tribunal aceptó que Flores Solano fungía a veces como chofer y a veces como misceláneo de la empresa, indicando que "hacía mandados" de la institución (folio 470 fte.). Ahora, esto no significa, como lo entienden los quejosos de forma antojadiza, que su actuación en el caso del Comité de Deportes de Hatillo se haya reducido a cumplir con sus tareas de chofer o misceláneo. Por el contrario, como se apuntó en el anterior considerando (al cual deben estarse los impugnantes), las excedió ampliamente. Con relación a la legalidad de las "donaciones" y a la complicidad en el peculado también deben estarse a lo expuesto los considerandos VI.- y XVI.- de esta resolución. Finalmente, estima esta Sala que el Tribunal expuso con amplitud por qué los hechos encuadran en el tipo penal del peculado (así folios 472 a 481 fte.). Tras hacer un análisis de los verbos que contempla el tipo penal, del objeto material de la acción típica y la condición de funcionario público, los Jueces concluyeron que Flores Solano actuó con el doble dolo que exige la complicidad, pues por un lado, conocía y quería la realización de la acción típica para la cual presta su colaboración y por otro, conocía y quería ayudar para que los involucrados sacaran los fondos públicos de la órbita de la Administración. Sabía cuáles eran los alcances del programa de vallas publicitarias, sabía que los otros acusados eran funcionarios públicos y tenían bajo su administración los fondos de ese programa y les prestó una ayuda para que extrajeran los caudales públicos (folio 480 fte.). De esta forma no es cierto que el Tribunal no fundamentó el tema de la tipicidad de la conducta tratándose de Flores Solano. Se

declara sin lugar el motivo. "

Autoría y participación análisis sobre la evolución histórica de las diversas teorías que la han regulado

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA] ¹⁰

"Denuncia el impugnante la errónea aplicación del artículo 45 del Código Penal, en virtud de que el a quo declaró al justiciable GÓMEZ GUERRERO coautor del delito de violación agravada, tomando en cuenta que sujetó a la víctima mientras otro de los imputados que intervino en el hecho, la accedía carnalmente. Para arribar a esa conclusión los juzgadores aplicaron la teoría del dominio del hecho, olvidando que el delito de violación es de propia mano y, en consecuencia, no admite "la autoría mediata". Señala quien recurre que la conducta de su defendido debe calificarse como complicidad y solicita que así se declare y se adecue la pena a los parámetros establecidos en los artículos 47 y 74 del Código Penal. A fin de resolver el punto jurídico planteado, la Sala estima necesario realizar las consideraciones que se exponen de seguido. IV- SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN Y LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE PROPIA MANO .El problema de distinguir entre autores, coautores y partícipes, es decir, el objeto de la teoría de la participación, continúa siendo uno de los más arduos en la dogmática jurídico penal, a pesar de los constantes afanes doctrinarios y los notables avances científicos que se han obtenido, desde las tesis meramente causalistas afincadas en el positivismo, hasta la del dominio del hecho, aceptada hoy -en sus líneas generales- de modo casi unánime por los autores y seguida, aún con altibajos, por buena parte de la jurisprudencia europea y latinoamericana. Dentro de las cuestiones que se plantean a la

teoría de la participación tal vez ninguna suscita mayores dificultades que la categoría de los llamados "delitos de propia mano" ; dificultades que radican en hallar los fundamentos científicos de la existencia misma de esa clasificación, las notas esenciales que la caracterizan, las razones por las que un determinado tipo penal deba ser incluido en dicha clase y el modo en que les resultan aplicables las tesis generales que permiten distinguir entre autor y partícipe, postuladas por cada una de las teorías que hasta la fecha se han formulado. En el contexto de las discusiones y casi de manera cíclica, han surgido propuestas que niegan la necesidad dogmática de mantener esta categoría y rechazan, por ende, que exista delito que pueda calificarse como "de propia mano"; tesis minoritarias que, sin embargo, nunca han podido arraigar y han sido constantemente rebatidas por la mayoría de la doctrina y en forma unánime por la jurisprudencia (en este sentido, ver: ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal , Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1998, p. 433; BACIGALUPO, Enrique, Principios de derecho penal, parte general , 3º ed., Akal, Madrid, 1994, p. 227). Antes de examinar los problemas dogmáticos que envuelve la categoría de los delitos de propia mano, conviene efectuar un breve recuento de las tesis generales postuladas históricamente por la teoría de la participación, lo que, a su vez, permitirá identificar las respuestas que se han formulado en torno a esa clase de delitos y en el seno de cada una de las teorías. V-La influencia del positivismo naturalista en todas las áreas del pensamiento sirvió de base para que, en el ámbito de la dogmática jurídico penal, se afianzaran las teorías causalistas de la participación que buscaban aplicar la doctrina de la causalidad física (natural) a los fenómenos propios del derecho. En términos generales, estas teorías reducían el problema de la autoría y la participación a determinar los aportes causales hechos por cada uno de los intervinientes para producir el resultado. Así, y pretendiendo realizar distinciones de carácter material entre los diversos aportes posibles, se concluyó que autor era quien ponía

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

una "causa" del resultado, en tanto que los partícipes en sentido estricto (cómplices e instigadores) solo suministraban "condiciones". Las críticas de que dichas diferencias no eran más que artificiales (pues todo aporte es, al fin, causal, amén de que dejan de lado los factores subjetivos), condujo a la teoría de la "equivalencia de las condiciones", que propone, en resumen, considerar autor a todo aquel que realice cualquier contribución causal al resultado, según ciertas fórmulas como la *conditio sine qua non*, la causalidad como condición y otros correctivos introducidos por diversos autores (cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, 2º ed., Bogotá, 1996, pp. 16-34, quien distingue entre la equivalencia de las condiciones como teoría de la imputación y como mero reconocimiento formal de una característica del proceso causal). La tesis, en último término, desembocó en un criterio unitario y extensivo de autor que, en consecuencia, negaba la posibilidad de distinguir entre autores y partícipes (estos últimos, en virtud de su aporte causal, deberían ser considerados autores) y a pesar de que el propio legislador les dispensase un tratamiento separado, no solo como figuras jurídicas conceptualmente independientes, sino además en cuanto a las eventuales consecuencias penales del actuar de cada uno. Dentro de una doctrina semejante tampoco tenía sentido referirse a delitos de propia mano, ni aun a la autoría mediata, pues la condición de autor del delito no la definía el legislador, sino la causalidad física o natural, de modo que quien hiciese una contribución causal -de cualquier naturaleza- debería ser considerado autor, aun cuando para delimitar la culpabilidad penal fuese necesario recurrir a los correctivos y fórmulas a que antes se hizo referencia. Señala CREUS: "La primera solución que se presenta en la evolución histórica de los últimos cien años es una puramente causal, que viene atada a la teoría de la equivalencia de condiciones; quien haya aportado algo para el proceso causal, será autor, con lo cual, en principio, toda contribución a él, de cualquier categoría que sea, convierte al partícipe en autor; es un concepto extensivo, en el cual todo interviniente activo

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

aparece como autor. La crítica a esta solución se produce desde un doble punto de vista: teóricamente reduce el delito a un mero acontecer causal, sin consideración a otros elementos que lo conforman (Gallas); en la práctica extiende desmesuradamente la autoría. Se encuentran en el derecho comparado leyes que han adoptado este criterio, pero que, sin embargo, no han dejado de tratar en forma distinta a algunos de los intervinientes activos respecto de otros, pero no porque ese distinto tratamiento provenga de un diferente concepto de 'personaje' del delito, sino de disposiciones que atenúan las penas de algunos de los autores en función de la particular intensidad de la voluntad criminal o de la calidad de su aporte causal" (CREUS, Carlos, Derecho penal, parte general , 3º ed., ASTREA, Buenos Aires, 1994, p. 394-395) .Un concepto unitario de autor cuyo origen se remonta a la teoría de la equivalencia de las condiciones se mantiene aún, particularmente respecto de los delitos culposos, pues se considera que es autor de ellos quien aporta cualquier contribución causal al resultado, aunque se exige que tal aporte debe constituir una violación del deber de cuidado. Precisamente a raíz de ello, se descarta la figura de los partícipes en este tipo de delitos. La posición, sin embargo, ya ha originado las críticas de ciertos sectores doctrinales (ver, en este sentido: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado , en LA AUTORÍA, LA TIPICIDAD, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, 1997, pp. 152- 173). La negativa a reconocer -a contrapelo de lo establecido en los textos legales- diferencias sustanciales entre autor y partícipe (o considerando las normas que se refieren a los partícipes como simples causas de atenuación de la pena), condujo, por un lado, a las teorías subjetivas, que pretendieron sustentar la distinción en criterios tales como el del interés ("animus auctoris", "animus socii") -que, en general, no resuelve el problema de quien actúa por sí solo, pero en interés ajeno-, el del dolo, entendido como la intención del sujeto actuante (dolo subordinado del partícipe); y, por otro, a la búsqueda infructuosa de ciertos parámetros objetivos, dentro de

las propias corrientes causalistas-naturalistas, que permitiesen otorgar un distinto valor a los aportes causales (v. gr.: causalidad adecuada). La superación del influjo positivista sobre las ciencias sociales, que hizo posible a estas adoptar sus propios métodos científicos, reafirmando el aspecto valorativo de las acciones humanas al operar sobre la realidad (o el mundo del "ser"), abrió paso a teorías, que, en mayor o menor grado, según sus diversos sostenedores, restaron utilidad a las ideas de mera causación natural, para acentuar el aspecto teleológico-normativo. Corresponden a estas corrientes el concepto extensivo de autor, elaborado por SCHMIDT, para quien "... cualquiera que lleva a cabo antijurídica y culpablemente una realización del tipo y con ella (materialmente hablando) una lesión de un bien jurídico, debería ser declarado autor" (citado por ROXIN, Op. cit., p. 26); así como otras que normalmente se engloban dentro de la llamada teoría formal-objetiva, y que, en síntesis, proponen considerar autor al que realice la conducta descrita en el tipo penal, o algunos de sus actos ejecutivos descritos, de modo que: "... cómplice es el que, interviniendo activamente en el delito, aun en algunos casos en el desarrollo de la acción en sí misma, no se puede decir que la haya realizado. De alguna manera estos conceptos aparecen regidos por los mecanismos de la causalidad típica; figuradamente se puede decir que autor es quien ha reunido en sí (en su conducta) todos los elementos causales que, en el caso, se hayan aportado para 'causar' aquello que el tipo describe como modificación del mundo exterior, pudiéndose afirmar de él, por consiguiente, que es el que 'mata'

en el homicidio, se 'apodera' en el hurto, 'perjudica' engañando en la defraudación, etc.; en tanto que es cómplice el que, habiendo aportado alguno de aquellos elementos, no ha desplegado por sí la mecánica total del proceso causal u originado su despliegue con aquel carácter o en la medida antes indicada, siempre con relación a la acción típica principal (el que alcanzó el arma con que el autor mató, cuidó de que nadie interrumpiera el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

apoderamiento del autor, suministró el documento falsificado que el autor usó para perjudicar engañando en la defraudación).” (CREUS, Op. cit., p. 396) .El concepto extensivo de autor propugnado por SCHMIDT niega la existencia de delitos de propia mano, pues para él todos los tipos penales admiten la autoría mediata; mientras que la teoría formal objetiva puede dar lugar a distintas soluciones, según se entienda que el autor debe realizar personalmente la conducta descrita en el tipo (lo que conlleva negar la autoría mediata; en este sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal, parte general , 5º ed., EDIAR, Buenos Aires, 1987, p. 571), o a criterios extensivos de autor, si se estima que basta con que el sujeto “tome parte” en alguno de los actos ejecutivos del delito, conforme se examinará más adelante (en este sentido: BACIGALUPO, Enrique, Manual de derecho penal , TEMIS-ILANUD, Bogotá, 1984, p. 180; CREUS, Op. cit., p. 396; MIR PUIG, Santiago, Derecho penal, parte general , P.P.U., Barcelona, 1990, p. 390).Ulteriores manifestaciones de teorías material-objetivas retomaron la trascendencia de la contribución causal al resultado como factor distintivo de la autoría y la participación, a fin de evitar los excesos de la teoría formal objetiva, recurriendo a criterios como los de “mayor importancia objetiva”, “mayor peligrosidad objetiva”, “necesidad de la aportación causal”, etc., con lo cual no hacen sino revivir, en última instancia, la distinción entre causa y condición, lo que, sin embargo, se plasmó en legislaciones positivas (ejemplo de ello son aquellas que distinguen la complicidad primaria y la secundaria).De lo expuesto se infiere que las clasificaciones de las distintas corrientes, aun cuando se basen en factores lógicos, epistemológicos o metodológicos que comparten, no obedecen a posturas únicas: no existe “una” teoría causalista, o “una” formal-objetiva, o “una” material-objetiva, sino diversas corrientes de pensamiento que, pese a originarse en postulados comunes, dentro de su propia óptica ofrecen distintas soluciones a la teoría de la participación -a veces contradictorias, no obstante basarse en principios similares-, al tiempo que se han

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

esbozado diversas teorías eclécticas o mixtas, cuyo estudio no interesa profundizar aquí. (Ver: ROXIN, Op. cit. , p. 75 a 77). La tesis del "dominio del hecho" , que se inscribe dentro de las teorías material-objetivas, busca conciliar aspectos objetivos y subjetivos. HEGLER fue el primer autor en utilizar ese concepto de autoría, refiriéndolo a aquel que, "... como autor imputable y no coaccionado ha sido 'señor del hecho en su concreta manifestación'..." (Citado por ROXIN, ibídem , p. 79) , y que resultaba aplicable tanto a los delitos dolosos como a los culposos. El criterio del dominio del hecho se extendió a las conductas culposas hasta WELZEL y la teoría finalista que lo comprendió -en términos generales- relacionándolo con los caracteres de convergencia y dominio funcional, aunque sentó las bases por las que en la actualidad se define la autoría y la coautoría al señalar que existen requisitos objetivos y subjetivos que deben satisfacerse para calificar a un sujeto como "autor" o "coautor" y descartó la aplicación de la idea de dominio en los delitos realizados con culpa. Sin embargo, el propio WELZEL introdujo modificaciones a su doctrina que lo acercaron a las teorías subjetivas y, de hecho, llegó a rechazar la autoría mediata en muchos de los supuestos ahora admitidos (ver: ROXIN, ibidem , p. 87 y 88). En la actualidad, la teoría del dominio del hecho se ha impuesto en la dogmática jurídico-penal, pero entiende como "autor" a "... quien retiene en sus manos el curso, el 'si' y el 'cómo' del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto; dicho más brevemente, el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho (Samson). Este criterio exige siempre una valoración que debe concretarse frente a cada tipo y a cada forma concreta de materializar una conducta típica. No puede fundarse en criterios puramente objetivos ni puramente subjetivos, sino que abarca ambos aspectos y requiere una concretización en el caso efectivamente dado" (ZAFFARONI, Op. cit ., p. 572) . Señala CREUS que, a pesar de su raigambre finalista: "La teoría material-objetiva, que no puede llegar a coincidir ni confundirse con la formal-objetiva, es la del dominio del hecho,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

para la cual justamente es autor quien tiene ese dominio, aun cuando, en el caso concreto, se haya limitado, en el aspecto ejecutivo, a realizar un aporte que se adecue al concepto de causalidad típica (se puede entonces sostener que es autor quien no 'mató', no se apoderó' o no 'engañó' en cuanto en sus manos haya estado el dominio del hecho), quien no haya dominado el hecho, no puede ser autor, por más que su aporte haya sido causal. Quien no reúna en su conducta las características de ese poder, no será más que partícipe (en sentido estricto). Esta tesis, si bien apoya su fundamentación en el concepto de acción final, no necesariamente constituye un desarrollo de ella; aun cuando con una concepción 'causalista', se la podría llegar a asumir dentro de ciertos límites, que, claro está, no permitirían la concidencia de las consecuencias, como puede ser la gran amplitud que los sostenedores de la teoría de la acción final (finalismo) hacen asumir a la figura del autor mediato... La teoría del dominio del hecho, si bien es una de las más modernas en el panorama de la doctrina penal, ha recorrido ya un largo camino de perfeccionamiento. Implica reconocer al autor como 'señor de la realización del tipo', carácter que sólo asume el que 'mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado 'típico', se coloca en ese papel. En el delito con pluralidad de partícipes todos son cooperadores, pero, entre ellos, únicamente es autor quien 'dolosamente tiene en sus manos el curso del suceso 'típico pudiendo voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado total'..." (CREUS, Op. cit. , p. 396-397) .Asimismo, indica BACIGALUPO : "La teoría del dominio del hecho fue introducida en la dogmática hispano parlante por Luis Jiménez de Asúa. Su elaboración se debe a Welzel. La teoría reconoce antecedentes en Hegler; Herman Bruns; Hellmuth Von Weber y Lobe. Para la teoría del dominio del hecho, autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de ese dominio del hecho. Según Welzel 'tiene dominio sobre el hecho el que en base a su decisión de voluntad lo realiza finalmente'. Junto al dominio del hecho

entran en consideración como especiales elementos de la autoría los elementos subjetivos personales de la autoría (los elementos subjetivos de lo injusto, por ejemplo) y los elementos objetivos personales de la autoría (por ejemplo, la calidad de funcionario, médico, etc.)." BACIGALUPO, Manual... , Op. cit., p. 190). El carácter objetivo-subjetivo de la teoría ha sido recalcado insistentemente por la doctrina, al señalar que "...aunque el dominio del hecho supone un control final (subjetivo), no requiere sólo la finalidad, sino también una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho. Maurach resume el sentido de la teoría diciendo que es autor, porque tiene el dominio del hecho, quien tiene dolosamente en sus manos el curso del suceso típico" (MIR PUIG, Santiago, Op. cit . , p. 391) .VI- El objeto directo de la dogmática jurídica está constituido por la ley positiva. De allí que su tarea primaria consiste en construir sistemas operativos que le permitan al intérprete captar el correcto sentido de la ley, con arreglo a los principios fundamentales, y aplicarla en consecuencia. Ninguna teoría o doctrina será válida -entiéndase operativa- si se enfrenta o contrapone a las normas positivas que constituyen su objeto, pues en tal caso sus conclusiones, por científicas que puedan catalogarse, habrán de inscribirse en propuestas de lege ferenda o en estudios de criminología o política criminal; sin que con lo dicho se pretenda desconocer la importancia de las funciones críticas de la dogmática e incluso su eventual papel de orientadora de las tareas legislativas. Las teorías recién citadas -de manera resumida y parcial, pues existe una gran variedad de tesis sobre la participación delictiva que no es preciso enumerar aquí-, constituyen construcciones científicas que pretenden conceptualizar lo que ha de entenderse por autor (y coautor) o partícipe, conforme a lo que el propio legislador ha establecido para distinguir cada una de las categorías. Ciertamente la ley ha dispuesto un diverso tratamiento (conceptual y eventualmente punitivo) para el autor y los restantes sujetos que intervengan en el hecho punible como cooperadores e instigadores y es ese trato

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

diferenciado lo que impulsó el estudio dogmático de la participación. De lo anterior se colige que si el legislador -cual ocurre en nuestro medio- distinguió entre varias modalidades de partícipes en un delito -en general, es decir: autores, coautores, cómplices e instigadores-, conminándolos, de ser el caso, con una diferente respuesta penal, ello obedece a que no siguió un criterio "unitario de autor"; en otros términos, no consideró que toda "contribución causal" al hecho fuese por sí misma suficiente para calificar a los "contribuyentes" como autores o coautores. Los artículos 1 y 2 de nuestro Código penal

prescriben que "Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente" , y que "No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal" . De tales normas se obtiene, por un lado, la función de garantía del tipo penal y el principio de legalidad, en su forma lata y estricta, y, por otro, el deber de interpretar restrictivamente los preceptos penales, de donde se colige, a su vez, el rechazo de nuestro legislador a cualquier concepto extensivo de autor. El afán garantista de la ley se reafirma en el artículo 45 del Código Penal, que ordena considerar como autor del hecho punible "... tipificado como tal ..." a: "... quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros y, coautores los que lo realizaren conjuntamente con el autor " . Las construcciones dogmáticas de las que anteriormente se dio cuenta, no persiguen otra cosa sino definir qué significa realizar el hecho punible , permitiendo así distinguir entre autor y coautor -por un lado- y cómplice e instigador, que son contemplados por el legislador como otros posibles intervinientes, a los que brinda un trato separado (arts. 46 y 47 ibidem). Por otra parte, en el marco de un Estado democrático de derecho, no puede entenderse que la definición de un tipo penal se limite al verbo en que se materializa la conducta, sino que la ley establece -asimismo con carácter restrictivo- quién puede ser su autor, las modalidades de la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

acción, el resultado -de ser el caso, en los términos que se expondrán más adelante- y los demás requisitos -subjetivos u objetivos- que ameriten una respuesta penal, y que no podrán ser interpretados ampliativamente -a través de analogía u otros métodos-, sin vulnerar los principios de legalidad criminal y seguridad jurídica. En esta tesitura, las construcciones dogmáticas resultan admisibles, en tanto no contraríen los principios mencionados. Así -y dejando de lado la autoría mediata, expresamente prevista en la ley mediante la fórmula "sirviéndose de otro u otros"-, resulta claro que la teoría del dominio del hecho, como factor definitorio de la autoría y la coautoría, no vulnera ninguno de los principios antedichos pues ella no aparea significados distintos del realizar un hecho o concurrir "conjuntamente" a su realización. No cabe duda de que quien ejecuta el hecho en forma personal o "de modo conjunto" con su autor (ya sea por convergencia o dominio funcional), tiene el pleno dominio de aquel y puede, por sinonimia, calificarse como su realizador (autor o coautor), sin que con ello se extienda ningún concepto. La redacción del texto de la ley no significa necesariamente que el legislador haya optado por la teoría formal objetiva -o ninguna otra de modo específico- para definir al autor (como aquel que realiza el tipo penal en su parte externa y objetiva), pues, conforme se indicó, la tesis del dominio del hecho y las restantes construcciones doctrinales, no tienen otro propósito que desentrañar quién "realiza" el hecho (con arreglo al propio señalamiento positivo) y, más bien, el criterio del dominio involucra un concepto restrictivo de autor (ontológico, u "óntico", en terminología de ZAFFARONI, Op. cit., p. 570, sin que tales conceptos tengan una correlación "causalista"), tomando en cuenta no solo las manifestaciones exteriores de la conducta, sino sus componentes subjetivos. De hecho, el legislador introdujo la frase de que se debe realizar el hecho punible "tipificado como tal", haciendo referencia a la necesidad de practicar un examen de cada tipo específico incluso para definir la autoría. Por estas razones, la Sala no ha tenido reparo alguno en admitir la teoría

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

del dominio del hecho como factor de distinción de autores (coautores) y partícipes en una variedad de tipos penales, ya que no infringe los principios de legalidad criminal y seguridad jurídica, ni conlleva, por supuesto, inadmisibles analogías, ni conceptos extensivos de autor. VII- Debe reconocerse que ninguna construcción dogmática ha logrado ofrecer una teoría de la participación capaz de brindar conceptos distintivos de autor y partícipes que puedan aplicarse a todas las categorías o clases de delitos (salvo la concepción unitaria o unificada, que ni siquiera se adecua a la mayoría de las legislaciones positivas). El punto legal de apoyo de ciertas corrientes de la teoría formal objetiva radica en la expresión contenida en algunos Códigos que señalan como autor del delito a "quien tome parte directa en su ejecución" (v. gr. el anterior código español y el argentino) y ello explica, en buena medida, por qué tales sectores arribaron a un concepto extensivo de autoría, pues lo cierto es que también los partícipes toman parte en la ejecución del hecho (cfr. BACIGALUPO, Manual ..., p. 181) pero puede ocurrir que un autor no ejecute por sí mismo la conducta, cual sucede en la autoría mediata que, sin embargo, se considera admitida en esos ordenamientos, lo que pone de relieve la inutilidad de la noción legal para conceptualizar las diversas formas que puede asumir el autor de un delito y distinguirlas de la simple participación. Nuestro Código, conforme se indicó, señala como autores a quienes realicen el hecho tipificado; terminología que resulta preferible a la anterior y que es, en términos generales, la asumida en el artículo 28 párrafo 1º del nuevo Código penal español, aun cuando insiste en considerar coautores al instigador y al cómplice necesario, lo que dio pie a que ciertos tratadistas destaquen la diferencia entre la definición "legal" y la "ontológica" de autor (cfr. MIR PUIG, Op. cit., p. 387; de igual modo, BACIGALUPO, Manual ..., p. 188, apunta la necesidad de recurrir a criterios distintos de los señalados en la ley: "Demostrar que 'tomar parte en la ejecución del hecho' no es un criterio idóneo para caracterizar al autor no es difícil. La ejecución del hecho es todo lo que va desde el

comienzo de la ejecución hasta la consumación. Sin duda que durante este transcurso pueden los diversos concurrentes participar de muy distinta manera, es decir, como autores o como cómplices: luego tomar parte en la ejecución no es más que tomar parte; todavía resta saber qué parte se ha tomado en la ejecución, si la del autor o la del partícipe en sentido estricto. Para esta segunda operación, es decir, para determinar qué parte se ha tomado en la ejecución la ley no proporciona ninguna pauta; la solución debe extraerla el intérprete de la materia regulada por las normas y no de las reglas mismas, pues estas no la dan y en realidad ni pueden ni necesitan darla. Quién es autor y quién es cómplice o instigador es determinable prejurídicamente"). Este mismo tratadista advierte contra el riesgo de considerar que el concepto de autor -como lo proponen algunos seguidores de la teoría formal objetiva- se infiere con el solo análisis de los tipos de la parte especial, pues ellos están estructurados suponiendo un único autor y no resuelven, por sí mismos, el problema del concurso de varios sujetos. Precisamente por las razones dichas resulta necesario recurrir a herramientas dogmáticas que, respetuosas de los principios esenciales que rigen el ordenamiento jurídico penal, permitan determinar en sus caracteres genéricos y frente a cada supuesto concreto, cuál de los diversos aportes "causales" de cada sujeto ha de considerarse como de autoría (o coautoría), instigación o complicidad. Conforme se ha venido exponiendo, la doctrina del dominio del hecho proporciona criterios útiles en esta tarea al considerar como autor (coautor o autor mediato) a quien tiene ese dominio final, e instigador o cómplice a los sujetos que no lo poseen. Por supuesto, se plantea el problema de definir qué debe entenderse por tener "dominio del hecho" y, entre los sostenedores de la teoría, se han propuesto distintas soluciones. En la actualidad, sin embargo, se acepta que el criterio corresponde a un "concepto abierto", no en el sentido de "indeterminado" o "cambiante", sino que a él se llega a través de un método descriptivo -y no definitorio, prefijado- que reclama la valoración del caso concreto y es capaz de admitir nuevos

elementos de contenido sin alterar la idea esencial. Además, incorpora principios regulativos u orientadores que funcionan cuando la descripción es insuficiente, en virtud de que la cantidad de elementos relevantes para determinar el dominio del hecho es tan grande que se sustrae a un juicio generalizador; estos principios deberán ser considerados por el juez al momento de examinar el caso concreto (cfr. ROXIN , Op. cit. , pp. 144-146; BACIGALUPO , Manual ..., p. 185) .A este método descriptivo corresponden las nociones citadas en el Considerando V de que autor es quien "tiene poder de decisión", tiene "dolosamente en sus manos el curso del suceso típico", el "si y el cómo" del hecho, "asume la conducción consciente del fin", etc, que resaltan la necesidad de considerar aspectos subjetivos (la dirección de la causalidad) y objetivos (la forma en que se desarrolla en cada caso esa causalidad y la posición relativa del autor frente a otros sujetos concurrentes).El dominio del hecho puede recaer sobre la acción (autoría), la voluntad de otro (autoría mediata) o traducirse en un dominio funcional por división del trabajo, que supone un común acuerdo delictivo y la ejecución de una parte del plan global, aunque esa parte no constituya un acto típico en sentido estricto (coautoría).VIII-Ahora bien, como se adelantó, el criterio del dominio del hecho es adecuado para distinguir la concurrencia de personas en la comisión de múltiples hechos punibles (diferenciando entre autor y partícipes), pero no en todos.Existen ciertos delitos en los que no puede sostenerse que sus autores tienen dominio del hecho y otros en los que, aun cuando el sujeto puede poseerlo -desde

el punto de vista fenomenológico- razones derivadas de la propia estructura del tipo y del principio de legalidad penal, impiden considerarlo autor.Antes de examinar esos dos diversos supuestos, conviene mencionar algunos principios de la teoría de la participación que la doctrina actual acepta pacíficamente y que resultan de interés: 1) tanto el autor directo como el autor mediato deben reunir todos los caracteres que el tipo exige para

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ser autor. 2) En la coautoría, cada uno de los coautores debe reunir en sí los requisitos que el tipo exige para ser autor (cfr., entre otros: ZAFFARONI , Op. cit ., p. 576; BACIGALUPO , Manual ..., p. 197: "La coautoría es propiamente autoría. Por lo tanto, los elementos de la autoría deben ser compartidos por el coautor. En este sentido el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo... así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto"; del mismo autor: Lineamientos de la teoría del delito , Editorial Juricentro, San José, 1985,, p. 117; JESCHECK , Op. cit . , Vol. II, p. 940; WESSELS, Johannes , Autoría y participación , en LA AUTORÍA, LA TIPICIDAD, Op. cit., p. 184; CREUS , Op. cit ., p. 335). 3) Las formas de participación son accesorias de la autoría (accesoriedad limitada, interna y externa). Precisamente, como se verá, muchas de las limitaciones que reconoce la teoría del dominio del hecho pueden reconducirse a estos principios y se relacionan con el concepto restrictivo de autor y el principio de legalidad penal. Retomando la exposición, se dijo antes que existen ciertos delitos en los cuales, no obstante existir por supuesto un autor, este no tiene el dominio del hecho y, en consecuencia, la teoría que se comenta deviene inaplicable. Corresponde esta categoría a la de los delitos culposos pues se considera que, dada la naturaleza del tipo, el agente no dirige ni decide su conducta orientada a la finalidad típica, incluso en los supuestos de culpa consciente o con representación y por ello no puede pensarse en un dominio del suceso (cfr. JESCHECK , Op. cit ., p. 900; aunque en nuestro medio y de lege ferenda, CASTILLO propone considerar la culpa consciente como una forma de dolo eventual : El dolo , Editorial Juritexto, San José, 1999, p. 303). En esta clase de delitos los criterios para decidir la autoría son por completo diversos de los postulados por la teoría del dominio del hecho y por ello se hablará de violación del deber de cuidado, desprecio por los bienes jurídicos ajenos, imprudencia, negligencia, impericia,

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

etc.; y se desemboca, finalmente, en un criterio unitario de autor, según el cual merece ese calificativo quien aporte una contribución causal al resultado; de allí que resuma ZAFFARONI que "... en tanto la autoría dolosa se basa en el dominio del hecho, la culposa lo hace en la causación del resultado" (Op. cit , p. 577) .Por supuesto, el criterio se atempera exigiendo que el aporte constituya una violación del deber de cuidado. Cobra aquí especial importancia el principio de accesoriedad de la participación que presupone la existencia de un hecho principal dolosamente cometido (consumado o en tentativa) y que recoge nuestro derecho positivo al descartar la posibilidad de un delito culposamente tentado y determinar el tipo doloso, tanto de las figuras del instigador y el cómplice como del hecho principal cuya realización determinan o para la cual prestan auxilio (artículos 24, 46, 47 y 48 del Código Penal).En virtud de lo anterior, ni la participación (ni la coautoría) cabe en los delitos culposos y la concurrencia de personas que, culposamente, contribuyan a producir el resultado las convierte a todas en autoras, aun cuando la magnitud del aporte de cada una amerite ser considerado para determinar la pena.Algunos sectores doctrinarios y jurisprudenciales, en particular españoles, sostienen la necesidad de distinguir entre autores y partícipes en los delitos culposos (ver: MIR PUIG , Op. cit ., p. 141; LUZÓN PEÑA , Op. cit ., pp. 153-173) .Sin embargo debe recordarse que el anterior Código penal español (art. 565) seguía un sistema de numerus apertus en la consideración del delito culposamente cometido, según el cual todo delito doloso ejecutado con imprudencia era merecedor de pena (cfr. BACIGALUPO , Op. cit ., Lineamientos..., p. 129) ; criterio que varió en el artículo 12 del nuevo Código promulgado en aquel país en 1995, que recoge el sistema de numerus clausus al disponer que "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley" , cual ocurre en nuestro derecho, que opta por establecer de modo específico los delitos culposos.En cualquier caso, conforme se indicó, las pretensiones de distinguir entre autor y partícipes en esta categoría de delitos son

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

inadmisibles en el ordenamiento costarricense que, por definición, limita la concurrencia de esas formas a los tipos dolosos. Tampoco han logrado acogida las propuestas de admitir formas de autoría mediata culposa (ver resumen de algunas de las principales corrientes en CASTILLO , Francisco, La autoría mediata , Universidad de Costa Rica, San José , pp. 165-167) . IX- El segundo grupo de delitos en los que los criterios del dominio del hecho resultan insuficientes o su aplicación da lugar a efectos que vulneran el principio de legalidad criminal, según la doctrina mayoritaria, está constituido por los delitos especiales, los de omisión (propia e impropia) y los delitos de propia mano. También se incluyen los tipos que requieren especiales elementos subjetivos de lo injusto o de la autoría (v. gr.: los delitos intencionados). En los supuestos referidos, la sola circunstancia de que uno de los sujetos que intervienen posea la capacidad de decidir "el si y el cómo", el "curso de la acción" o las demás nociones que normalmente se utilizan para describir el dominio del hecho, es insuficiente para que pueda considerársele autor, pues la estructura propia de los tipos penales respectivos demanda la concurrencia de ciertos rasgos, elementos o caracteres específicos que definen y restringen la autoría, complementando el simple señalamiento de este concepto contenido en la parte general. ROXIN estima que los delitos de omisión se inscriben dentro de los que algunos sectores doctrinales denominan "de infracción de deber", donde "...no todo aquel que omite viene en consideración como autor, sino exclusivamente aquel al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo" (Op. cit ., p. 496) y concluye que la aplicación de la idea del dominio del hecho en las omisiones "... es imposible desde el principio: no haciendo nada, no cabe dirigir, configurándolo, el curso de la acción. La dirección, con dominio, del acontecer presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en aquel que se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso" (Ibídem , p. 500) , de tal modo que, según el autor de cita, la situación de los

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

delitos omisivos no difiere de los culposos en punto a determinar si es posible o no que exista en ellos un dominio del hecho, aunque ciertas corrientes doctrinales minoritarias lo admiten en algunos supuestos (cita algunas de ellas: CASTILLO , Op. cit ., La autoría..., pp. 159-163) .En los delitos especiales propios la autoría se define por una cualidad específica exigida por el tipo penal al agente, en virtud de la cual le incumbe una obligación que lesiona cuando realiza el delito.Esa cualidad especial (v. gr.: funcionario público, médico, deudor, juez, testigo, perito, intérprete, etc.) es una circunstancia constitutiva del tipo -a diferencia de lo que ocurre en los delitos especiales impropios, donde resulta una causa de agravación- que demanda, entonces, el examen de cada tipo específico para determinar quién puede ser su autor. En otros términos, según la doctrina mayoritaria, solo puede ser autor quien reúna la cualidad exigida y no otro que no la posea, aun cuando detente el dominio del hecho.Corresponden a estos supuestos los casos típicos que ROXIN engloba en la categoría de delitos de infracción de deber (Op. cit ., p. 417) y, en resumen, puede decirse que el criterio para definir al autor deriva de la específica obligación que le compete al agente en virtud de la cualidad típicamente considerada y no del eventual dominio del hecho que otro (extraneus) pueda tener, aunque por supuesto este último pueda ser cómplice o instigador.Carece de interés abordar aquí el problema de la comunicabilidad de las circunstancias que tanto quehacer ha dado a la doctrina y a la jurisprudencia; baste decir que incluso los propugnadores de la teoría del dominio del hecho reconocen que esta enfrenta ciertas limitaciones en virtud de las cuales no resulta aplicable en determinadas categorías de delitos, o bien el criterio es en tales casos insuficiente pues, además de él, se requiere la concurrencia de otros rasgos, caracteres o cualidades para lograr definir la autoría."

Complicidad Distinción con Encubrimiento

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]¹¹

"[...] cabe decir que, contrario a lo que discute el gestionante, existe suficiente prueba que permite acreditar con la certeza necesaria tanto la existencia del hecho, como su responsabilidad en el mismo, pues, independientemente que durante la ejecución del asalto no realizara acción alguna, como lo refieren los testigos que cita ([...]), es lo cierto que, con el propósito de facilitar o hacer posible la consumación del ilícito (robo agravado), procedió de inmediato a coadyuvar a los co-sentenciados conduciendo a toda velocidad el vehículo en el que viajaban y huyendo del lugar. Véase acá que la complicidad en el hecho delictivo no solo se presenta previo a su realización (v.g. actos preparativos), sino que la misma también se puede suscitar durante su ejecución, es decir puede ser sobreviniente, siempre que el ilícito no se haya consumado. Este tipo de complicidad es lo que la doctrina denomina "sucesiva", y se presenta cuando "ocurre con posterioridad al inicio de los actos preparativos o de ejecución y antes de la terminación del delito (consumación material)" (CASTILLO GONZALEZ, Francisco, "La participación criminal en el derecho penal costarricense", Juritexto, San José, Costa Rica, 1993, p. 116). Solo se estará ante un delito de encubrimiento (Arts. 322 a 325 del Código Penal), si la participación o colaboración prestada por el sujeto se suscita una vez consumado el hecho, cosa que no sucede en el caso que nos ocupa, pues precisamente la acción realizada por R.S. fue durante la ejecución de los hechos, dirigida a permitir la consumación del

ilícito, así como a asegurar las resultas del ilícito de él, lo mismo que a evitar la detención de sus compañeros. La conducta ejecutada por R.S. en consecuencia se encuadra, tal y como correctamente lo determina el Tribunal de mérito, dentro de la figura de Cómplice del delito de Robo Agravado, en tanto lo realizado consistió en "prestar al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible" (Art. 47 del Código Penal). En este mismo orden, mas que un cuestionamiento objetivo sobre la fundamentación y el razonamiento vertido por el Tribunal en sentencia, el sentenciado no solo expone su propia versión sobre los hechos, sino que también se da a la tarea de analizar subjetivamente la prueba evacuada e incorporada al debate; análisis al cual agrega la valoración de las fotocopias aportadas en su escrito de revisión; todo con el propósito de demostrar, cosa que no logra hacer, ni se deriva de los elementos de juicios que examina, que su presencia en el lugar fuera casual (cobro de un dinero)."

Análisis con respecto a la denominada "participativa" en el derecho comparado

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA] ¹²

"X-El primer tratadista en esbozar el concepto de "delitos de propia mano", bajo esa nomenclatura, fue BINDING, quien se limitó a sostener que ciertos tipos penales solo pueden ser realizados a través de un comportamiento personal o movimiento corporal del autor, incluyendo en esa categoría, entre otros, al prevaricato, la deserción, el adulterio, el incesto y "las demás acciones deshonestas", pero negándose a señalar un común denominador por estimar que se hacía necesaria una más profunda investigación (cfr. ROXIN , Op. cit ., p. 435, quien hace ver, no obstante, que la problemática de estos delitos se remonta a los juristas

medievales italianos) .En la actualidad, la doctrina es unánime en considerar que el criterio del dominio del hecho es insuficiente para determinar la autoría en los delitos de propia mano, así como en reconocer que esta categoría en realidad existe(ver: CASTILLO , Op. cit ., La autoría..., p. 147; ROXIN , Op. cit ., p. 433) .El problema radica, sin embargo, en que no se ha logrado aún formular un concepto claro de lo que constituye un "delito de propia mano" que comprenda las particularidades de cada uno de los tipos que normalmente se encasillan en esa clasificación, ni existe tampoco unanimidad en torno a cuáles delitos concretos ameritan ese calificativo. ROXIN , al actualizar en 1994 su obra que aquí se ha venido citando, afirma que los delitos de propia mano siguen siendo "los hijastros" de la teoría de la participación (Op. cit ., p. 711) y es que, en efecto, el estudio de esta temática se encuentra en franco descuido y la mayoría de los juristas se limitan a dar por sentada la existencia de la categoría, cediendo tal vez ante lo difícil y escabroso del problema. Ahora bien, debe advertirse que la circunstancia de que no siempre se logre comprender a cabalidad un fenómeno, en modo alguno puede llevar a ignorarlo ni a que se pretenda extender a él la aplicación de teorías, como la del dominio del hecho, si resulta claro que ciertos tipos penales incorporan otros criterios que deben concurrir típicamente, pues tal postura no solo sería acientífica e ilógica por apelar a un argumentum ad ignorantiam , sino, peor aún, contraria al principio de legalidad criminal, a la interpretación restrictiva de las normas que debe prevalecer y a la función de garantía de la tipicidad penal. Tiene razón ROXIN cuando afirma que "... la tozudez con la que se han reafirmado los delitos de propia mano a pesar de su insuficiente fundamentación teórica habla en favor de que hay algo correcto subyacente" (Op. cit ., p. 436) .El mismo autor resume algunos de los intentos dogmáticos por aprehender la naturaleza y características esenciales de la clasificación que se comenta: "WELZEL habla de delitos en los que 'no es la producción de un resultado guiada finalísticamente, sino el llevar a cabo físicamente, como tal, un

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

acto reprobable, lo que constituye el injusto determinante'; como ejemplos aduce los del perjurio, así como adulterio, incesto, actos lúbricos entre hombres y deserción...MAURACH entiende que los delitos de propia mano son, 'por lo general, no delitos de resultado, sino de mera actividad, en los que el desvalor de acción (está) en primer plano'; el resultado es más bien jurídicamente neutro, y el desvalor se fundamenta por estarle vedado precisamente al autor efectuar la acción. Incluye en este grupo a...(incesto)...(actos lúbricos entre hombres y casos agravados)... (yacimiento con mujer privada de razón o sentido)... (falso testimonio, perjurio). LANGE sustenta la postura de que, en algunos tipos, 'de la naturaleza de las cosas resulta que su acción sólo (puede) cometerse total o parcialmente de propia mano', aduciendo los delicta carnis, los delitos de pura actividad y el perjurio como supuestos de este género. Panorama semejante presentan los partidarios de otras teorías de la autoría. MEZGER se remite a la fundamentación dada por WELZEL y menciona los...(abusos sexuales con menores de veintiún años confiados al propio cuidado), y... (mendicidad)...descartando en cambio los...(adulterio) (e incesto). Hellmuth MAYER considera que un delito es de propia mano 'cuando la comisión de ajena mano no cabe subsumirla en la descripción del tipo'; pero también somete a este concepto los delitos de propia mano, mencionando por lo demás sólo al perjurio... SCHRÖDER define a los delitos de propia mano como 'aquellos en los que de la interpretación del tipo concreto resulta que sólo el efectuar de propia mano la acción punible realiza el desvalor del delito'...BAUMAN renuncia a una definición sustancial y llama delitos de propia mano a los que 'sólo pueden ser cometidos por el sujeto que actúa directamente'..." (Op. cit ., pp. 433-434) . Por su parte, JAKOBS señala que en todo autor deben concurrir siempre, junto a los elementos generales de la autoría, los que caracterizan el tipo (v. gr.: la causación dolosa del resultado en los delitos de resultado o la ejecución de un movimiento corporal) y concluye que deberán aparecer: "1. Los elementos de la autoría de los delitos especiales... 2. El dolo (propósito) fundamentador

del tipo... 3. Ejecutar el hecho de propia mano en los delitos comisibles sólo de propia mano... 4. Tipificaciones de acción y del autor... 5. Todos los especiales elementos subjetivos del delito..." (JAKOBS , Günther, La autoría , en ESTUDIOS DE DERECHO PENAL GENERAL, Editorial Jurídica Bolivariana, 1997, pp. 31-32) . Añade que el injusto en los delitos de propia mano consiste en "... emprender físicamente un acto reprobable, y lo constituye porque el acto indica una actitud defectuosa con respecto a obligaciones personalísimas o tabúes" (Ibídem , p. 38) , por lo que a su juicio, se acercan a los delitos de "infracción de deber", aunque reconoce que existen supuestos que son de propia mano "sólo en virtud de la ley" , mencionando la "embriaguez plena" (es decir, el colocarse voluntariamente en estado de embriaguez, ibídem , p. 40). Probablemente, sin embargo, ha sido el propio ROXIN quien emprendió el primer examen sistemático del problema. Su metodología -que, sin embargo, merece algún reparo, como se expondrá más adelante- consistió en estudiar los distintos fundamentos teóricos que la doctrina y la jurisprudencia alemana han señalado a los delitos de propia mano, así como las diversas hipótesis concretas que tradicionalmente se han incluido en esa categoría con el propósito de hallar cuál es su característica común. Así, su análisis le permitió concluir que las distintas explicaciones dogmáticas de los delitos de propia mano pueden reconducirse a tres criterios esenciales: 1) teoría del tenor literal; 2) teoría del movimiento corporal y 3) teoría de la intensidad. La primera doctrina renuncia a la posibilidad de dar un concepto material de la categoría de los delitos de propia mano, por falta de un denominador común, y sostiene que es preciso recurrir a la interpretación de los tipos concretos. Postula, entonces, que "...un delito es comisible sólo de propia mano cuando, conforme al tenor literal del precepto, ya no cabe decir de un extraneus -por intensamente que coopere- que ha efectuado la acción descrita en el tipo" (Op. cit ., p. 436) . Entre los sostenedores de esta teoría se menciona a BINDING, quien afirmaba "Me gustaría saber si aquel que ha inducido a una violación se jactaría de haber gozado

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

a la víctima" (citado por ROXIN , ibídem) . Contra esta propuesta gramatical se advierte que, si bien el carácter de propia mano de un delito solo puede obtenerse a partir del análisis de los preceptos concretos, pues son ellos los que describen la figura central de la acción, el considerar unilateralmente al uso lingüístico o lenguaje común significaría desconocer el problema de la variabilidad de los usos idiomáticos que, además, sigue leyes evolutivas por completo distintas a las jurídicas. Además, estima ROXIN que no puede suponerse que el legislador, al redactar los tipos, tuviera en mente delimitar las formas de participación. La teoría del movimiento corporal parte de la distinción entre delitos de resultado y de actividad y considera que en estos últimos, por agotarse en determinados actos corporales, solo puede ser autor quien realice personalmente la acción. Considera ROXIN que este criterio, si bien aprovechable, no toma en cuenta que sobre las simples acciones puede existir dominio, tanto como sobre los resultados y que no se comprende por qué ha de atribuírsele injusto a un movimiento corporal por sí solo, pues más bien este a lo sumo podría ser determinante para el injusto debido a su desvaloración ético-social. Añade que cuando el legislador castiga una mera acción (que, en otro supuesto, podría considerarse un acto preparatorio) es insostenible que le sea indiferente el resultado externo producido por ella, sino que puede considerar el peligro que supone para el bien jurídico. Por último, la teoría de la intensidad postula que ciertos actos denotan "... una especial energía volitiva criminal que fundamenta la autoría y reside sólo en aquel que realiza el elemento en su propia persona" (Ibídem , p. 443) . El criterio, desarrollado por HEGLER a partir de una sentencia del Tribunal alemán, no ha encontrado eco en ningún otro autor y contra él se aduce, por supuesto, que la autoría no es una "culpabilidad incrementada" y que, además, la "energía volitiva criminal" puede eventualmente ser mayor, en un caso concreto, en el cómplice o instigador que en el propio autor. En la segunda fase de su estudio, ROXIN intenta desentrañar las notas comunes a algunos tipos delictivos que

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

tradicionalmente se califican como de propia mano y concluye que pueden reducirse a los siguientes grupos: a) los delitos de autor jurídico-penal, en los cuales el legislador no castiga una acción determinada sino una "actitud" personal o forma de vida (v. gr.: vagancia, desocupación, juego). Se trata de tipos de mera actividad en los que no se requiere

ningún resultado ni lesión a un bien jurídico, de manera que quienes intervengan en el hecho sin reunir esas "actitudes" solo pueden responder como instigadores o cómplices. b) Los delitos vinculados a determinado comportamiento, sin lesión de bien jurídico, y se distinguen de los anteriores en que, si bien no se requiere daño de un bien tutelado, sí existe una acción punible de contornos precisos definida por la ley. En esta categoría se situarían conductas como la sodomía entre adultos, el incesto, la zoofilia, pues ROXIN se adhiere al criterio de que conceptos como las "buenas costumbres", el "bien común", la "dignidad de la persona" no constituyen bienes jurídicos ya que por estos se entenderán solo "... estados valiosos, perfilables, materializados en la realidad y por eso susceptibles de menoscabo mediante el actuar externo, como la vida, la salud, la propiedad, la libertad de formación de voluntad, el adecuado funcionamiento de los órganos estatales y similares" (Ibídem , p. 447) .c) Por último, se menciona otro grupo de delitos llamados "de propia mano inauténticos" que constituyen una subclase de los delitos de infracción de deber y entre los que se incluirían la deserción, el falso testimonio, el perjurio, incumplimiento del deber de alimentos, omisión de auxilio, ofensa al sentimiento religioso, comisión de un delito en estado de embriaguez plena y otros. La característica peculiar de estos tipos -que requieren la acción realizada en forma personal, por lo que no es incorrecto considerarlos de propia mano- radica en que lo decisivo para la autoría es la vulneración de un deber especial extrapenal. Al actualizar su obra en 1994, y tras analizar otras aproximaciones dogmáticas al tema que proponen reagrupar los delitos de propia

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

mano en diversos subtipos, ROXIN reconoce, de nuevo, que no es posible reducirlos a un punto de vista unitario y estima que su enfoque, como intento de iniciar una investigación sistemática, se mantiene (cfr. *ibídem* , pp. 711-714). El mérito del estudio del autor que se comenta (seguido en nuestro país por CASTILLO , Op. cit ., La autoría..., pp. 150-151) consiste en proponer una aproximación más científica al problema de los delitos de propia mano; sin embargo, una crítica que podría formularsele, desde el punto de vista metodológico, es el de circunscribir su examen a ciertos supuestos que la doctrina tradicionalmente encasilló en aquella categoría y que, a pesar de reconocer cierto valor a las teorías del tenor literal y del movimiento corporal, luego no las retoma. Además, se parte de una clasificación entre delitos de mera actividad y de resultado que se encuentra ya superada, en lo que se refiere a los conceptos que definen cada uno de los objetos de comparación, y que no corresponde a lo que la doctrina entiende hoy como "actividad" o "resultado", conforme se expondrá más adelante. Analizadas sus conclusiones en la actualidad y no obstante que pudiera reconocerse su clasificación como certera, resulta claro que tanto los delitos "de autor" como los ligados a un comportamiento sin lesión de un bien jurídico, serían sencillamente inconstitucionales en nuestro medio y no podrían subsistir. En efecto, la represión penal de un hecho que, por sí mismo, sea incapaz de dañar o poner en peligro un bien jurídico tutelado, sería contraria a los principios de necesidad y lesividad contenidos en el párrafo segundo del artículo 28 de la Constitución Política. El principal problema radica en los alcances de la clasificación de los delitos ligados al comportamiento, que depende, en primer término, de lo que haya de entenderse por "bien jurídico" y, en segundo lugar, de la forma en que se ha de interpretar ese valor a partir de los textos legales. Lo cierto es que la propia noción de bien jurídico posee tanta variabilidad como el lenguaje mismo, tanto en sus alcances como en la calificación formal o material de su contenido. Si se admite en nuestro medio la posición de ROXIN los únicos delitos de propia

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

mano que deberían (podrían) existir son los que él denomina "inauténticos" y que, a fin de cuentas, no son más que delitos especiales propios de propia mano. Sin embargo, ello deja por fuera aquellos tipos en los que aunque se exige una cualidad o condición específica del autor, el fundamento de la punibilidad no descansa en el incumplimiento de un deber; aspecto en el que se profundizará más adelante. XI- Otros autores, como JESCHECK distinguen tres formas de delitos de propia mano: "... por una parte, aquellos tipos que requieren una propia intervención corporal del autor en el hecho, por ejemplo, el delito de embriaguez..., la huida del lugar del accidente..., la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas..., el incesto..., los abusos deshonestos sobre personas incapaces de ofrecer resistencia... El segundo grupo de delitos de propia mano lo constituyen los tipos que no requieren un comportamiento corporal, pero sí personal. Entre ellos cuentan la bigamia..., la prevaricación... y la injuria... El tercer grupo lo integran los delitos de falso testimonio, en los que el Derecho procesal requiere una actuación personal... En los delitos especiales propios y en los de propia mano sólo pueden ser autores, coautores o autores mediatos sujetos cualificados o, respectivamente, que actúen personalmente, mientras que la participación (inducción y complicidad) resulta siempre posible... ". JESCHECK, Op. cit ., vol. 1, pp. 361-362) . La doctrina hispanoamericana, por lo general, sigue las teorías del tenor literal, del movimiento corporal (aunque no en el sentido en que la capta ROXIN, sino más bien cercana a la expuesta por JESCHECK) o una yuxtaposición de ambas, como puede apreciarse de las citas que se introducen a continuación: "Siguiendo a Vives, los delitos especiales y de propia mano se caracterizan porque en ellos el sujeto activo delimita el círculo de los posibles autores. Delimitación que tiene lugar a través de la acción tipificada, que se configura como acción del sujeto especificado. De manera que, por imperativo del propio tipo, lo realizan exclusivamente los actos de dicho sujeto. Por lo que se torna inadecuado hablar de delitos especiales

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

y de propia mano compuestos de varios actos, de los que unos pueden ser realizados por el sujeto cualificado y otros por un extraño. El sujeto activo en tales delitos, por la estructura de la proposición típica, es sujeto de la totalidad de la acción" (ORTS BERENGUER, Enrique, El delito de violación , Universidad de Valencia, Valencia, 1981, p. 83-84) . "Hay algunos tipos legales de comisión dolosa, que, sin embargo, no admiten la autoría mediata... Los delitos llamados de propia mano, esto es, aquellos injustos que exigen ser realizados personalmente, como es el caso de los abusos deshonestos y, en general, de los llamados delicta carnis..." (BUSTOS RAMÍREZ, Juan , Manual de Derecho Penal, parte especial , Editorial Ariel, 3º ed. Barcelona, 1989, p. 287) . BACIGALUPO , luego de señalar que los delitos de propia mano pueden considerarse una "variedad de los delitos especiales" (Op. cit ., Principios..., p. 217) afirmó que la existencia misma de esta clase de tipos: "... es excepcionalmente discutida. Delitos de propia mano serían, en principio, sólo aquellos en los que la única manera posible de autoría reside en la realización corporal de la acción típica... Esta categoría ha sido confundida a menudo con la de los delitos especiales (de infracción de deber)" (Ibídem , p. 227) . Otros autores exponen: "La pretendida incompatibilidad entre concepción restrictiva de autor y autoría mediata sólo puede surgir para quienes identifiquen incorrectamente realización del tipo con ejecución física (directo-corporal) de éste. La base del concepto restrictivo de autor debe constituir la idea de realización -y no la de ejecución física- de la correspondiente figura delictiva... Será el sentido de cada tipo en particular el que nos indique si la realización de éste exige de modo indispensable una ejecución directa o se satisface también con una actuación mediata... Es significativo que incluso algún penalista que rechaza la construcción de la autoría mediata, reconozca expresamente, no obstante, que 'en general la interpretación restrictiva de la figura de delito no excluye el empleo de un instrumento, sobre todo cuando la actividad criminal es definida en función de un resultado'. Se habla a este respecto del 'fenómeno de la

mecanización del iter criminis'. Con frecuencia el agente no lleva a cabo su obra con sus propias manos. A veces las fases extremas de la agresión del objeto material, la confía a medios mecánicos, a fuerzas de la naturaleza, a animales, y del mismo modo también (añadimos nosotros) a otras personas que actúan como instrumento. Pero no siempre la estructura del respectivo tipo lo consiente. Existen, por ejemplo, delitos de propia mano -son característicos los delicta carnis- que exigen una determinada actitud física del agente, una contigüidad espacial entre autor y víctima... De este modo la cuestión de los límites dentro de los cuales resulta admisible una autoría mediata se traduce en un problema de parte especial, como lo es en general, según dejamos dicho, el concepto material de autor en sentido estricto" RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, El autor mediato en Derecho Penal español, en ESTUDIOS DE DERECHO PENAL GENERAL, Editorial Jurídica Bolivariana, 1997, p. 15-16) . "Los delitos de propia mano no aceptan la autoría mediata, pues en ellos... el 'ejecutor' (material), es decir el 'realizador del tipo', tiene que coincidir necesariamente con el autor..." (CREUS, Op. cit., p. 405) .XII- De lo expuesto hasta aquí se obtiene que la existencia de la categoría de los delitos de propia mano es aceptada pacíficamente en la doctrina jurídico penal, tanto por los propugnadores actuales de la teoría formal objetiva (cfr. cita de RODRÍGUEZ MOURULLO en el Considerando anterior) como

por los que sostienen la teoría del dominio del hecho. Determinar si este último criterio (dominio) se excluye o no en esta tipología o es insuficiente, corresponde a una cuestión de matices. Para algunos autores las particularidades propias de esta clase especial de delitos imponen recurrir a criterios distintos de aquellos que constituyen los rasgos generales del dominio del hecho, el cual, en consecuencia, resulta excluido (v. gr.: en parte ROXIN, Op. cit., p. 383) ; para otros lo que ocurre es que, además de poseer tal dominio, resulta indispensable que quien lo detente realice el delito en forma personal (WELZEL y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

STRATENWERTH, citados por BACIGALUPO , Op. cit ., Manual..., p. 187) .Por último, otro sector considera que no existen razones para excluir el dominio del hecho, pero interpretan que en los delitos de propia mano solo lo posee quien ejecute personalmente la acción prohibida; en otros términos, en estos casos dominio del hecho es sinónimo de realización personal de la conducta, de manera que quien intervenga ejecutando otros actos distintos de los descritos en el tipo (por ejemplo, el individuo que no tenga acceso carnal en el incesto) carece del dominio del hecho y por lo tanto no puede catalogarse como autor, con prescindencia de la naturaleza y necesidad de las acciones por él llevadas a cabo encaminadas a lograr la ejecución del delito. Siguiendo este criterio, BACIGALUPO se refiere al famoso caso de la "celestina de Hamburgo" (propuesto para fines dogmáticos por LISZT y que suele citar la mayoría de los autores que abordan el tema) quien induce a un marinero a tener relaciones sexuales con su propia hermana aprovechándose de que estos últimos desconocían el vínculo que los unía. Concluye BACIGALUPO (Op. cit . Manual..., p. 187 y Principios..., p. 227) que en este caso el único que posee el dominio del hecho es el marinero ya que es él quien accede carnalmente a su hermana (tal como lo exige el tipo penal), aunque es "inculpable" debido a su ignorancia del ligamen consanguíneo (diríamos nosotros que evidentemente actúa sometido a un error de tipo que, por supuesto, excluye el dolo); mientras que "la celestina" no puede ser autora mediata por carecer del dominio del hecho (de acceder carnalmente), ni instigadora en virtud de la ausencia de dolo del marinero. El resultado en cuanto a los delitos de propia mano -y para lo que aquí es de interés- será siempre el mismo, sea que se considere que la realización personal de la acción descrita en el tipo constituye precisamente el dominio del hecho o es un plus que deberá concurrir con este: se excluye tanto la autoría mediata como la coautoría de quien no ejecute personalmente aquella conducta. La diferencia estriba en que el concepto de BACIGALUPO sobre el dominio del hecho en estos supuestos es más restringido, pues lo reconoce de modo exclusivo a quien realice la acción

típica en forma personal, mientras que la otra corriente no niega que el sujeto pueda poseer (desde el punto de vista objetivo o material) ese dominio, pero concluye que es imposible sindicarlo como autor (coautor) atendiendo a que no realiza el comportamiento personal o corporal descrito en el tipo. XIII- El artículo 156 del Código Penal (antes de la reforma introducida mediante Ley N° 7899 de 3 de agosto de 1999, la cual no es aplicable en la especie) reprime al que "... tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima fuere menor de doce años; 2) Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir; 3) Cuando se usare de violencia corporal o intimidación". Por su parte, el artículo 158 agrava el delito cuando se cometa "con el concurso de una o más personas". El problema de definir si lo descrito en las normas constituye o no un delito de propia mano, amerita varias consideraciones previas. Tradicionalmente se suele clasificar los delitos siguiendo diversos criterios. Así, por un lado y en atención al ámbito potencial de autores, se distingue entre delitos comunes, especiales y de propia mano. En los comunes el legislador no identifica al autor mediante ninguna característica específica, sino que recurre al anónimo "el que..." , dando a entender que cualquier persona puede ser autora. En los delitos especiales propios el tipo restringe el ámbito posible de la autoría, de manera que ya no cualquiera podrá ser considerado autor, sino solo ciertos sujetos que reúnen algunas características especiales (v. gr.: testigo, perito, médico, deudor, etc.), mientras que en los especiales impropios cualquier individuo puede ser autor, pero si ostenta además una condición especial expresamente prevista, la pena se agravará. Los delitos de propia mano, por su parte, como ya se ha examinado, se diferencian de los comunes en virtud de que el ámbito potencial de autores se limita a aquellos que realicen la acción corporal descrita en el tipo o deban intervenir en forma personal, aunque no se requiera un acto meramente corporal. Asimismo, se distinguen de los especiales por cuanto en estos últimos, por lo general, al

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

autor ciertamente le incumbe un deber jurídico que vulnera al ejecutar el hecho, aunque puede ocurrir que un delito especial propio sea, además, de propia mano (v. gr.: el prevaricato). Otro criterio distingue entre delitos de resultado y de mera actividad (que no deben confundirse con los de peligro). No ha existido un consenso dogmático sobre la forma en que deba entenderse este último punto y, en cierta medida, ya se adelantaron algunos de los problemas que plantea (ver Considerando X). En realidad, puede afirmarse que existen dos maneras de entender la clasificación: la doctrina mayoritaria actual califica como delitos de resultado a aquellos en los que el tipo presupone "... la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado de la acción y separable de ella espacio-temporalmente" (JESCHECK , Op. cit ., vol. 1, p. 355; en similares términos: ROXIN , Derecho penal, parte general , T. I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 328, aunque no entiende que el resultado deba producirse en el objeto sobre el cual recae la conducta, sino que lo define como una "consecuencia de lesión o puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor") . Por su parte, los delitos de mera actividad son aquellos en los que "... la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella" (ROXIN , ibídem) y, añade JESCHECK : "... el delito de actividad puede hallarse configurado de forma que el solo hacer alcance ya al objeto de la acción..., sin que este menoscabo se conciba como resultado típico" (Op. cit ., vol. 1, p. 357) . Los problemas se suscitan por cuanto, en la concepción original, los delitos de mera actividad eran considerados "formales", es decir se les definía como aquellos en los que el legislador sancionaba una simple conducta, aun cuando no hubiese daño o peligro para un bien jurídico tutelado. Esta postura debe desecharse pues, conforme se expuso en el Considerando X, los principios de lesividad y necesidad consagrados en el artículo 28 de la Constitución Política, proscriben todo intento de sancionar acciones si no atentan contra un bien jurídico. Desde luego, cuando se propuso el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

criterio que se comenta, incluso las legislaciones liberales contenían normas punitivas que reprimían meras conductas o formas de vida (v. gr. vagancia y otras como las mencionadas por Roxin que se citaron en el mismo Considerando X) y por ello la distinción entre delitos de resultado y de simple actividad, entendida de esa forma, tenía asidero positivo, aun cuando no se discutiese su evidente inconstitucionalidad o, en cualquier caso, su roce con principios fundamentales. Hoy –y al menos en ciertos ordenamientos positivos, incluido el costarricense– pocos vestigios podrán hallarse de ese tipo de delitos. Precisamente a raíz de los reparos que pueden aducirse contra la clasificación, tal cual se la entendía en su forma original, la doctrina y la jurisprudencia han hecho ver que en realidad todos los delitos son de resultado cuando se atiende a que deben siempre proteger los bienes jurídicos ante su lesión o puesta en peligro (es decir, en todos los casos deberá aparecer alguna de estas dos formas de "resultado": daño o peligro). Desde este punto de vista y aun en los delitos de mera actividad, la acción típica misma es siempre un resultado (cfr. CASTILLO, Op. cit., La autoría..., p. 148), a saber, la realización del tipo y el daño al bien jurídico tutelado (ROXIN, Op. cit., Derecho..., p. 329). En el delito de violación, por ejemplo, concurre la lesión a bienes jurídicos como la libertad de determinación en el ámbito sexual e incluso a otros bienes que el derecho tutela (v. gr.: el sano desarrollo físico, psicológico y sexual de los menores) que, en esta perspectiva, constituiría el "resultado" del hecho punible. En otras figuras penales, la puesta en peligro del bien jurídico será el resultado. Ahora bien, teniendo presente las observaciones anteriores, ellas no significan que la clasificación "delitos de mera actividad" y de "resultado" deba desecharse por completo. Al contrario, constituye un criterio útil y fundamental cuando se le comprende o conceptúa de otra manera, desligada de la consideración del bien jurídico y que se atiende a la circunstancia de si el tipo penal exige que se produzca un "resultado", ya no en el bien que se tutela (que siempre ha de existir), sino en el

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

objeto de la acción (JESCHECK) o que, en cualquier caso, sea diferenciable y separable -en los planos espacial y temporal- de la conducta misma (ROXIN). Así, por ejemplo, el homicidio es un delito de resultado pues entre la conducta que realiza el agente (disparo, suministro del veneno, etc.) y el resultado que debe producirse en el objeto de la acción (es decir,

la muerte de la víctima) existe una separación temporal y espacial claramente perceptible, con prescindencia de su eventual cercanía. El propio tipo penal advierte que se reprime ese resultado necesario (dar muerte) y la conducta puede asumir múltiples formas que, por sí solas, no agotan la descripción típica (disparo, suministro del veneno, uso de fuerza, etc.). También corresponden a este grupo delitos como los daños, la estafa, las injurias -que requieren el conocimiento por parte de la víctima de las acciones injuriosas-, e incluso los delitos de peligro concreto, como los referidos a la falsedad documental en los que se exige como resultado -separable de la conducta de falsificar o alterar- la posibilidad de perjuicio (no para el bien jurídico, sino para otras personas). Por el contrario, en los delitos de mera actividad, como el abuso deshonesto por ejemplo, el tipo no exige ningún resultado en el objeto de la acción (la víctima) o de alguna otra índole que trascienda o vaya más allá de la acción misma (v. gr.: del tocamiento) y de la que se halle separada espacial y temporalmente. Es preciso considerar siempre y comprender con claridad estas dos formas de conceptualizar la tipología "delitos de mera actividad" y "delitos de resultado", pues de lo contrario es fácil incurrir en equívocos. De igual modo, debe tenerse presente que el criterio -entendido del modo que se viene exponiendo- ha de diferenciarse de otra categoría: los delitos de peligro no son lo opuesto a los delitos de resultado, ni pueden identificarse con los de mera actividad. Existen figuras de peligro que constituyen, como se vio, delitos de resultado. La contraparte de los tipos de peligro son los delitos de lesión o daño y los fundamentos o criterios que se utilizan para

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

distinguirlos son diversos de los que sustentan la tipología "resultado" y "mera actividad". Precisamente este último criterio de clasificación que se comenta posee utilidad para nuestros efectos, pero desde un punto de vista negativo: aun cuando existen delitos de mera actividad que no son de propia mano, se acepta por lo general que los delitos puros de resultado no son de propia mano (cfr.: CASTILLO , Op. cit ., La autoría..., p. 148) .En otros términos, si se estima que el delito de violación es de resultado, tal dato sería indicativo de que no es de propia mano. Ahora bien, es claro que el tipo contenido en el artículo 156 del Código penal es de mera actividad .En efecto, el fundamento de la punición lo constituye un simple hacer: tener acceso carnal , sin que sea preciso que produzca en el objeto de la acción (la víctima) ninguna consecuencia distinta del mero acceso, ni separable de él temporal o espacialmente (ni siquiera, por ejemplo, la ruptura de ningún tejido). Tampoco se requiere, en general, que concurra ningún otro resultado (en los términos que lo entiende ROXIN), que trascienda o vaya más allá del referido acceso carnal. El delito, de hecho, se consuma desde el momento en que hay acceso, aunque sea solo parcialmente (vale aclarar que, por supuesto, admite la tentativa pues la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad no dice nada en cuanto a la fragmentabilidad de la conducta). Los eventuales resultados que produjese el acceso carnal (v. gr.: grave daño en la salud de la víctima) solo son considerados por el legislador para agravar la pena imponible, constituyendo así esta última hipótesis un delito cualificado por el resultado. La doctrina reconoce a la violación como uno de los típicos ejemplos de delitos de mera actividad (cfr.: ROXIN , Op. cit ., p. 328; JESCHECK , Op. cit ., p. 357. Considera la violación delito de resultado y, por tanto, no de propia mano: CHINCHILLA, Carlos , La autoría en el derecho penal costarricense , IJSA, San José, 1999, p.131, nota 289 , aunque no brinda ninguna explicación ni cita las fuentes en que indica basarse). XIV- Desde otra perspectiva, corresponde analizar si el precepto contenido en el artículo 156 del Código Penal establece

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

algún tipo de delimitación en torno al ámbito de autores posibles. Ciertamente el uso del anónimo "el que" podría sugerir que nos hallamos ante un delito común del cual, en consecuencia, cualquier persona podría ser autora. Sin embargo, la restricción en punto a la autoría surge de la propia acción típica: tener acceso carnal que la doctrina mayoritaria define como la penetración del miembro viril en el ano o la vagina y por ello se señala que autor del delito solo puede ser el hombre y no la mujer (ver cita de algunas posiciones contrarias en LLOBET-RIVERO, Comentarios al Código Penal, Juricentro, San José, 1989, pp. 218-223 y sobre la violación inversa -mujer que se hace acceder-, cfr. ANTOLISEI, MANFREDINI, FONTÁN BALESTRA, MAGGIORE, RANIERI, MANZINI, CONTIERI, MOLINARIO, BENI CARVALHO, citados por MARTÍNEZ, Lisandro, Derecho Penal sexual, Temis, Bogotá, 1977, p. 192). Es este el motivo de que la norma fuese reformada en 1999 para contemplar no solo el mantener el acceso, sino el "hacerse acceder", así como la introducción de objetos distintos del miembro viril. Para autores como ROXIN la violación no encaja en los delitos de propia mano, puesto que no se aviene con ninguna de las características restrictivas que él señalara a esa categoría (no se trata del incumplimiento de un deber, ni un tipo penal de autor y sí hay un bien jurídico que se vulnera). En cierta doctrina hispanoamericana ocurre lo que a primera vista podría parecer un contrasentido, ya que a pesar de que se admite pacíficamente que la violación constituye un delito de propia mano y que (según la mayoría de los autores) solo puede ser realizado por el varón, también se acepta que la mujer pueda ser coautora si ejecuta un acto esencial o necesario para que se produzca el acceso carnal. Sin embargo, tal contrariedad es solo aparente pues lo cierto es que la consideración de la mujer como coautora no deriva de que posea el "dominio del hecho", sino de específicas normas legales imperantes en algunos ordenamientos (Argentina, España) que distinguen la complicidad en primaria y secundaria según la magnitud, la intensidad o el valor del aporte causal en la ejecución del hecho. Así, cierta categoría de cómplices (los necesarios) son

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

elevados expresamente por el legislador al nivel de coautores y por ello no solo la mujer (incapaz de ser, por sí sola, autora) sino también otros sujetos que no tengan acceso carnal con la víctima (por ejemplo, quien la sostiene mientras es accedida) serán considerados en aquella condición de coautoría. Otro motivo no menos importante que abona en favor de esa tesis, también de orden positivo, consiste en que las legislaciones dichas definen (o definían) al autor no solo como aquel que realice el delito, sino a quien "tome parte en su ejecución" . Puesto que actos como la violencia o de carácter intimidatorio son contemplados por la ley como medios típicos para realizar el delito (que admite, por tanto, ser fragmentado), quien los ejecute, aunque sea distinto de la persona que mantiene el acceso carnal, es coautor por tomar parte en la acción ejecutiva. La doctrina de esos países se ha visto obligada, entonces, a distinguir entre la "verdadera" coautoría y la llamada "coautoría participativa" que corresponde a los cómplices o instigadores que, por expresa disposición legal, serán considerados autores, en virtud del aporte con el que contribuyen al hecho (cfr. MIR PUIG , Op. cit ., p. 387-388) . Así, sostiene ORTS BERENGUER : "Es al seccionar el acontecimiento natural de la acción típica, cuando se comprende, sin sombras que esparzan la obscuridad, el problema de la autoría en la violación. La acción típica es de competencia indivisa del sujeto activo varón; pero el acontecimiento natural, -aplicar fuerza por ejemplo-, podrá ser llevado a término por otra persona. Al conectar lo anterior con la incidental intervención de otra mujer, se descubre de inmediato que la calificación de autora le es incompatible. Pero si interpone fuerza, v. gr., contribuirá con 'un acto sin el cual no se hubiera ejecutado la violación'... Nada restringe, por consiguiente, la participación de la mujer en el delito de violación, dentro de los parámetros indicados; y, con mayor motivo, podrá desempeñar una tarea de complicidad, cuando preste ayuda eficaz al autor, pero no indispensable, o de encubrimiento" (Op. cit ., p. 84. Ver, del mismo autor : Delitos contra la libertad sexual , Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

143-144, donde se refiere a las modificaciones legales introducidas en España al delito de violación en 1989 que expresamente contemplan a la mujer como sujeto activo). En términos similares se expresa SPROVIERO cuando señala: "El concepto de autoría se extiende no sólo a quien se presenta como materializando el acto o intentándolo, sino aun a aquellos que prestan su cooperación a favor del agente, mediante la ejecución de actos, o consintiéndolos cuando están encaminados a la concreción criminosa. Pertenecían a esta clase aquellos que se prestaron al sometimiento de la víctima, poniéndola a disposición de los propósitos del autor o provocaron la corrida de terceros que pudieran ser ocasionales testigos presenciales del hecho delictivo. En tales casos, la asimilación por extensión resulta plausible y la pena adjudicada a quienes materializaron la violación se hará extensiva para aquellos que coadyuvaron con la ayuda o auxilio prestado. La comisión también puede resultar por omisión, al callar u ocultar el ilícito del cual son sabedores como consecuencia de una participación pasiva. No significa ello que necesariamente se les involucre como autores, pues de acuerdo a la modalidad y razones de asistencia al autor, bien pueden aparecer con un papel no ya protagónico, sino de complicidad, cabiéndole, también una responsabilidad emergente, pero en una gradación que consulte objetivamente su participación" (SPROVIERO,

JUAN H., Delito de violación , Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p, 120-121) .Y luego añade: "El autor guarda en el hecho características particulares en su relación con la causalidad y contribuye excluyentemente a un resultado, que si bien se logra con el auxilio de partícipes, queda sometido al rigorismo que las previsiones respectivas señalan a aquel título, no siendo similar la situación que genera o deriva de la actividad de los partícipes...Dado que la violación es un delito caracterizado de propia mano, no puede ser calificada la conducta de quienes no fueron autores, de coautoría, sino como de participación necesaria..." (Ibídem , p. 124). CREUS indica : "Aunque ya

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

dijimos que como autor material directo únicamente puede actuar el hombre, esa limitación no se extiende a los partícipes en los grados de coautoría participativa (p. ej., quien despliega la violencia para que otro logre el acceso) o complicidad (p. ej., quien facilita instrumentos para desplegar la violencia), ni al instigador, que pueden ser personas de uno u otro sexo" Derecho penal, parte especial , T. I, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 195-196) . "La violación es un delito de propia mano en el que solo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la acción corporal descrita en el tipo, es decir, el acceso carnal. Pero nada impide que rijan aquí las reglas generales de la participación y que quepan la inducción y la cooperación necesaria o complicidad (sujetando a la víctima, forzándola o intimidándola para que otro la acceda carnalmente)." MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial , Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 398) . "Sujeto activo. Un varón maduro genitalmente. Se trata de un delito de propia mano que solo puede ser realizado mediante una determinada actuación corporal del sujeto; por ello únicamente puede ser sujeto activo el varón y pasivo la mujer. Ello no implica que, como partícipes puedan responder también mujeres u otros hombres que no hayan yacido con la víctima" (QUERALT JIMÉNEZ, Joan , Derecho penal español , Vol. 1, BOSCH, Barcelona, 1986, p. 150) . "Sujeto de este delito puede ser cualquiera, no sólo un hombre, sino también una mujer cuando obre en concepto de inductora o cooperadora" (CUELLO CALÓN, Eugenio , Derecho penal , BOSCH, T. II, 13º ed., Vol. 2, Barcelona, 1972, p. 577) . También BUSTOS RAMÍREZ cataloga a los "delicta carnis" como de propia mano, aunque admite la coautoría de la mujer (Op. cit ., pp. 139 y 287) . Ya se vio (Considerando VII) que, precisamente, la norma que define al autor como aquel que "tome parte" en el hecho fue el punto de apoyo legal de la teoría formal objetiva; que lleva a un concepto extensivo de autor pues lo cierto es que los partícipes, al igual que aquel, toman parte en la ejecución del delito y que en realidad es inútil y equívoco para obtener un concepto de autoría, al extremo de que la frase fue eliminada en el código

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

actual español. Por su parte ZAFFARONI , luego de referirse a la violación como el "más claro" ejemplo de los delitos de propia mano en tanto que "limitaciones de carácter legal al principio del dominio del hecho como caracterización de la autoría" , introduce la figura del "determinador" (que pretende distinguir del instigador y deducirla de una norma del Código penal argentino) para reprimir ciertas conductas que de otro modo serían impunes, dado que la naturaleza del delito no admite la autoría mediata (Op. cit ., p. 579) . BACIGALUPO, en una de sus obras y a pesar de lo que se expondrá más adelante, también consideró a la violación como ejemplo clásico de delito de propia mano (Op. cit ., Principios..., p. 227) aunque, a diferencia de ZAFFARONI no excluye a esta categoría del criterio del dominio del hecho, sino que entiende que solo quien tenga acceso carnal posee ese dominio (Ibídem) .Ahora bien, el ordenamiento jurídico costarricense no hace distinción alguna entre los grados de complicidad, de modo que el valor, la intensidad o la magnitud del aporte causal de un individuo es incapaz, por sí solo, de convertirlo en coautor de un delito.En algunos tipos penales la definición (de autoría o complicidad) habrá de hacerse conforme a los criterios del dominio del hecho, valorando el caso concreto; pero en aquellos que se consideran de propia mano, la simple colaboración sin que se realice la conducta típica -y por necesaria que sea la ayuda para ejecutar el delito- constituirá siempre complicidad y, claro, es también posible la instigación. XV- En nuestro medio, el autor FRANCISCO CASTILLO ha negado en su oportunidad el carácter de propia mano al delito de violación.Para ello, no obstante reconocer -implícitamente- que se trata de un delito de mera actividad (en tanto no lo excluye de la categoría por considerarlo de resultado) y que solo puede ser realizado por el varón, estima que por ser esta una simple cualidad física y no jurídica, "... ella no implica que el Legislador esté estableciendo por su medio un mandato o deber especiales..." (Francisco Castillo. Op. cit ., La autoría..., p. 151-152) .Esa posición concluye, entonces, que la mujer puede ser autora mediata si se sirve de un mediador que sí

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

posee la cualidad física descrita en el tipo (es decir, de un varón). Los suscritos estimamos, en primer término, que con esa tesis se confunde la categoría de los delitos especiales propios con la de propia mano, olvidando que ambas poseen distintos fundamentos. En efecto, es cierto que en los delitos especiales propios subyace el incumplimiento de un deber como factor fundamental de la punición y que tal deber le viene impuesto al agente en virtud de una cualidad especial de naturaleza jurídica (funcionario, perito, etc.). Desde esta perspectiva, las cualidades físicas no pueden tomarse en cuenta para definir los delitos especiales propios (comúnmente llamados "de infracción de deber"), a menos que se estimase que el ordenamiento establece deberes a los individuos atendiendo a que sean hombres o mujeres y respuestas penales en caso de desacatar su obligación. Cuando el hombre accede carnalmente a otra persona contra la voluntad de esta, o en las demás circunstancias que establece el artículo 156 del Código Penal, no está infringiendo ningún deber que le competa (salvo el mero desacatamiento de la norma primaria prohibitiva). Pero el error consiste en trasladar al campo de los delitos de propia mano consideraciones que solo tienen cabida en el ámbito de los delitos especiales propios (lo que, a fin de cuentas, llevaría a desconocer la existencia de aquella primera categoría, cosa que, sin embargo, no hace el autor de comentario). El verdadero punto medular del problema consiste en determinar si la exigencia en el tipo de una cualidad física (por ejemplo: la de varón o mujer) que debe poseer el agente para poder ser castigado como autor de un delito, constituye o no una delimitación del ámbito potencial de autores. La respuesta ya viene dada en la tautología anterior, pues si un tipo penal determina que la conducta solo puede ser realizada por una mujer o por un hombre, ya está restringiendo el círculo de posibilidades. Así ocurre, por ejemplo, con el delito de aborto procurado (artículo 119 del Código penal) que solo puede ser cometido por una mujer que se halle en estado de embarazo, por lo que constituye un delito de propia mano que requiere intervención personal. Quien

"causare" el aborto será penado conforme a las previsiones del artículo 118 y el que, de alguna manera, auxilie a la mujer sin que con su conducta pueda decirse que "causa" el aborto, no podrá ser tenido como coautor del delito del artículo 119, sino como partícipe, por más que -objetiva o materialmente hablando- pueda decirse que tenía dominio del hecho. Por otra parte, admitir que la mujer pueda ser autora mediata del delito de violación, contraría el principio que la doctrina acepta pacíficamente de que el autor mediato debe reunir en sí todas las características exigidas al autor típicamente previsto, pues se estaría concluyendo que la mujer puede ser autora mediata de un delito del que nunca, por definición, podrá ser autora directa, al menos con la redacción del tipo penal aplicable en este caso, antes de la última reforma introducida al artículo 156 ibídem. Sin embargo, con prescindencia de las diversas interpretaciones que se han dado al tema de la comunicabilidad de las circunstancias, no es posible pretender que la "cualidad" de hombre (cuando viene demandada por el tipo) sea imputable o transferible a una mujer si esta tiene conocimiento de aquella. Bastaría preguntarse en qué caso podría desconocer una mujer que el sujeto que ejecuta un acceso carnal, para el que ella presta su ayuda, es un hombre; o cuándo podría ignorar el hombre que ayuda a una mujer en estado de embarazo a "procurarse" su aborto que esta es, de hecho, una mujer. Estas consideraciones son de importancia cuando se tiene presente que otro de los principios generales de la teoría de la participación es que, para poder ser catalogado como coautor, el sujeto deberá reunir en sí los rasgos, características o cualidades que el tipo penal exige para el autor. También, finalmente, apuntan a la correcta solución del caso planteado en este recurso. Si se admite que la mujer no puede ser coautora de una violación (en los términos contenidos en el artículo 156 del Código Penal antes de la reforma que se le introdujo y aun en ciertos supuestos de los que se mantienen) por el hecho de que sujete los brazos de la víctima mientras el hombre la accede carnalmente (dado que nunca podría ser autora directa), sería absurdo sostener que si quien

sostiene al sujeto pasivo es otro hombre, él es coautor porque sí reúne la característica física requerida por el tipo penal, dando así una solución diversa atendiendo solo al sexo del tercero que interviene. Y estos razonamientos evidencian que no es en concreto la cualidad de ser hombre

la que otorga al delito de violación su carácter de propia mano, sino la acción típica descrita que consiste en acceder carnalmente a otro, conducta que solo puede ser llevada a cabo por un varón y debe ser realizada a través de un comportamiento corporal y personal (reiteramos: en los términos establecidos por el tipo antes de la reforma). Algunos consideran que cualquier remisión a los tipos penales concretos cuando se examinan los problemas de la autoría y la participación, es síntoma de que se siguen los criterios de la teoría formal objetiva, ahora en franca decadencia (ver, por ejemplo: CHINCHILLA, Op. cit., p. 131). Sin embargo estimamos que la propia teoría del dominio del hecho, aun cuando introduzca ideas generales, fruto de una interpretación sistemática, no deja de lado la consideración de los tipos penales específicos y es a partir de ellos que elabora sus clasificaciones y reconoce sus límites, es decir, aquellas clases de delitos en las que sus criterios no son capaces de brindar soluciones satisfactorias o respetuosas del principio de legalidad criminal; de otro modo sus proposiciones carecerían de todo valor dogmático y constituirían un ejercicio mental sin ninguna verdadera utilidad práctica. La teoría (aún con sus variantes en distintos autores) ha demostrado ser capaz de ofrecer respuestas lógicas, favorables a un concepto restrictivo de autor y tomando en cuenta no solo los datos que se derivan de los tipos penales específicos, del estudio sistemático del ordenamiento y del caso concreto y de allí que constituya un instrumento útil en la Administración de Justicia; pero cuando, en algunas ocasiones, da preeminencia a unos factores en detrimento de otros, ha generado críticas como, por ejemplo, la que señalara CREUS: "... dentro de nuestra cultura jurídica, lo más notable... es que el concepto de legalidad con que tiene que

trabajar la teoría del dominio del hecho no coincide del todo con el que es corriente. Por ello no es raro que sea el abandono del principio de legalidad (al devaluar la consideración del tipo), el defecto que Núñez le encuentra a ella; circunstancia que no se deja de señalar en una serie de presunciones que la doctrina madre (es decir la alemana) ha elaborado con relación a la prefiguración del dominio, como es la de su existencia en quien ha realizado inmediatamente el tipo (Welzel)" (Op. cit ., parte general, p. 398) . Si los tipos penales, como afirma ROXIN , "...describen acción y persona del autor, y los preceptos de participación, con respecto a aquéllos, se presentan como causas de extensión de la pena..." (Op. cit ., Autoría..., p. 384) resulta claro que no debe descuidarse su análisis, pues no en todos los casos puede caracterizarse al autor por su dominio del hecho (ver: ibídem , p. 383) .XVI- Finalmente, cabe preguntarse si quien, como en la especie, interviene en el hecho sujetando a la víctima o ejerciendo intimidación mientras otro la accede carnalmente, posee en realidad dominio del hecho. Para BACIGALUPO, como ya se vio (Considerando XII), la respuesta -en general, de acuerdo con los textos del autor que se han citado- sería negativa pues en los delitos de propia mano tal dominio solo puede tenerlo el sujeto que realice personalmente la conducta descrita en el tipo (en la especie, quien ejecuta el acceso carnal). Dicha postura, que pretende no excluir la tesis del dominio del hecho en esta categoría de delitos, se inspira en motivos de orden lógico, que se expondrán de seguido. Antes, sin embargo, conviene detenerse aunque sea brevemente para examinar algunos problemas relativos a la coautoría por dominio funcional del hecho. Esta se da, como es sabido, cuando existe acuerdo previo (expreso o tácito) y distribución de tareas para cometer el delito. La sola intervención en los actos preparatorios no funda la coautoría, al igual que, como se ha dicho reiteradamente, tampoco esta surge por la circunstancia de que el sujeto intervenga en la realización del delito pues esa característica puede ser compartida con los partícipes (cómplices o instigadores). Piénsese, por ejemplo, en el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

caso del llamado "campana" quien, pese a intervenir mientras se ejecuta el robo, puede asumir el carácter de coautor o de cómplice, aspecto que deberá determinarse a través del análisis del caso concreto y el plan de autor, según lo propone la teoría del dominio del hecho (cfr.: ZAFFARONI , Op. cit ., p. 576; ROXIN , Autoría..., p. 310) .Si no es la mera concurrencia en la ejecución del delito lo que funda la coautoría, tampoco lo es la circunstancia de que el interviniente no haya impedido, pudiendo hacerlo, su comisión ya que tal poder de impedir lo puede tener no solo el coautor, sino cualquier partícipe (instigador o cómplice) e incluso personas por completo ajenas al hecho; aspecto en que la doctrina es pacífica (cfr. ROXIN , Autoría..., p. 340 y s.s.) .Lo que define el codominio funcional (y la coautoría, por ende) es la circunstancia de que el aporte que cada uno de los concurrentes hace al delito "... es de naturaleza tal que, conforme al plan concreto del hecho, sin ese aporte el hecho no podría haberse realizado..." (ZAFFARONI , Op. cit ., p. 576) o, en palabras de ROXIN : es coautor aquel "... con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido" (Op. cit ., Autoría..., p. 309) , de tal modo que si retira su aporte puede anular el plan conjunto y por ello "tiene el hecho en sus manos".Y aquí cabe preguntarse: ¿quién, además del propio testigo, puede tener dominio del hecho sobre su falsa declaración al extremo de ser coautor de ella?Resulta claro que aquel que, por ejemplo, le indicó al testigo lo que debía decir para hacer creíble su falso testimonio a lo sumo puede responder como instigador (si lo determinó a cometer el delito) o cómplice, por la ayuda prestada, pero él por sí mismo carece del dominio del hecho.Idéntica respuesta ha de darse a quien hace gestos al testigo durante su declaración para orientarlo, por muy esencial que pueda considerarse ese aporte, ya que sigue siendo el deponente el único capaz de decidir en cuanto al hecho (incluso dejando de lado la naturaleza especial y de propia mano del delito, pues es al testigo y no al tercero -cómplice- a quien le incumbe el deber de decir verdad).Lo mismo ha de afirmarse respecto del delito de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

violación y de allí que sea sostenible la postura de BACIGALUPO a la que se viene haciendo referencia: si el tipo reprime a quien ejecute el acceso carnal, esa acción -y recuérdese que se trata de un delito de mera actividad- no es, como tal, divisible entre varios, de modo que cada uno tenga dominio sobre el acceso que realiza el otro y que, retirando su aporte, sea capaz de frustrar el plan común. De hecho sería hasta cierto punto más fácil catalogar como coautor a quien ejerce actos de violencia o intimidación para permitir que otro tenga acceso carnal con la víctima, desde una perspectiva formal-objetiva, cuando se considera que tales actos son contemplados por el tipo penal como medios típicos y, por ello, quien los ejecuta "toma parte" en la ejecución del delito; sin embargo, como ya se vio (Considerando XIV) tal propuesta es inadmisibile en nuestro derecho. Incluso en España y en los países latinoamericanos, donde aún rige la "coautoría participativa" (es decir, cómplices elevados a la categoría de coautores) la jurisprudencia -al igual que la doctrina, incluso la que ha sido citada en esta sentencia- fueron claras en sostener que quien coadyuva para que otro tenga acceso carnal es "cooperador" -cómplice- "necesario" (es decir: coautor por disposición legal, que en nuestro medio no existe pues el artículo 47 del Código punitivo define al cómplice como quien preste cualquier auxilio o cooperación para realizar el hecho, sin que trascienda lo esencial o leve que pueda ser el aporte) y no como un coautor "real" (cfr. ORTS, Op. cit., Delitos contra la libertad..., p. 141). Ahora bien, en la segunda edición de su obra publicada en 1999: Derecho Penal, parte general (Editorial Hamurabi, Buenos Aires, pp. 512-513) BACIGALUPO, citando jurisprudencia española que llegó a admitir la coautoría e incluso la autoría mediata en la violación, asume una postura menos comprometida y luego de referirse a los criterios de Roxin y de Jakobs (citados en el Considerando X de este voto), concluye que si bien la existencia de la categoría de los delitos de propia mano ya no se discute, persisten los problemas de definir cuáles tipos deben enmarcarse en ella y que el único que "parece estar

fuera de duda" es el falso testimonio. El tratadista, sin embargo, no expone ningún motivo de fondo que permita excluir la violación de la tipología dicha y sus citas jurisprudenciales solo reflejan que el tema ha sufrido vaivenes en el tratamiento que le ha dispensado el Tribunal Supremo Español, sin una orientación clara (así: se admitió la coautoría en dos sentencias de 1987; la autoría mediata en una de 1994 pero, a la vez, reafirmaron el carácter de propia mano sendos fallos de 1992 y 1994; *Ibíd.*, p. 513). Debe tenerse presente, en cualquier caso, conforme se expuso en su oportunidad, que el nuevo Código Penal español modificó sustancialmente la definición del delito. Desde nuestro punto de vista puede concluirse, con base en los diversos argumentos expuestos, que el delito de violación es, en efecto, de propia mano: requiere que el autor realice personalmente una acción corporal, de modo que quien intervenga sin efectuar por sí mismo la conducta solo ha de responder como partícipe. XVII- Finalmente, cabe hacer una breve referencia a las modificaciones que el legislador introdujo en el artículo 156 del Código Penal que tipifica el delito de violación, reforma que no es aplicable para juzgar este asunto. La lectura de la norma reformada permite inferir con facilidad que las nuevas conductas que ahora se reprimen son el "hacerse acceder"

y la introducción por vía vaginal o anal de uno o varios dedos u objetos. "Tener acceso carnal" sigue siendo una figura de propia mano y del propio texto se colige, ahora con mayor claridad aún, que solo puede ser ejecutado por el varón que realice la acción corporal descrita (introducir su miembro viril en el ano o la vagina). La conducta de "hacerse acceder" viene a ampliar el círculo posible de autores (podrán ser hombres o mujeres) pero es también un delito de propia mano; de hecho no es más que la contrapartida de tener acceso carnal. Se requiere aquí la realización de un acto estrictamente corporal y personal, a saber el de utilizar el propio cuerpo para hacer que el sujeto pasivo ejecute sobre él el acceso carnal. Quien, por ejemplo, colabore

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sujetando a la víctima o prestando cualquier otro tipo de cooperación, sin que él o ella misma se "haga acceder" no es coautor del delito, sino partícipe. En lo relativo a la introducción de objetos distintos del miembro viril, la situación amerita un enfoque algo diverso, en principio, pues nada obsta para que en forma conjunta y simultánea, dos o más personas introduzcan el mismo objeto (por ejemplo, que ambos sujeten e inserten juntos un objeto en el ano o la vagina del sujeto pasivo), en cuyo caso ambos serán autores simultáneos o convergentes, ya que no puede hablarse de una coautoría por división funcional -aun cuando exista acuerdo previo-, sino que cada uno de los agentes realiza por sí mismo la acción típica. Lo mismo ocurre si uno de los sujetos introduce un objeto en una cavidad (v. gr., vagina) y el restante en la otra (ano), pues ambos serán autores de su propia conducta y, desde luego, en términos generales, pueden fungir como cómplices entre sí. En otro supuesto, si uno de los intervinientes sujeta a la víctima mientras el otro introduce sus dedos u otro objeto, en realidad no existe ningún motivo de orden lógico o jurídico para brindar una solución distinta a que si se tratase de la introducción del miembro viril y, por ello, debe catalogársele como cómplice. En esta hipótesis también nos hallamos frente a un tipo que exige una acción corporal o personal en la que solo quien la realiza ostenta el dominio del hecho (si se parte de la posición general de BACIGALUPO en cuanto a los delitos de propia mano, ya estudiada) y, en consecuencia, constituye un delito de mera actividad y de propia mano aunque siempre, conforme se ha reiterado en esta sentencia, admite formas participativas como la complicidad y la instigación. XVIII- En el presente caso, el a quo tuvo por demostrado, en lo que resulta de interés, que el coimputado Gómez Guerrero no accedió carnalmente a la víctima, sino que ejerció violencia sobre ella, sujetándola mientras Juan Carlos Madrigal Fallas la accedía carnalmente. A pesar de ello, declaró a Gómez coautor del delito de violación agravada, atendiendo a que su participación fue necesaria y actuó en conjunto con Madrigal (cfr.

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

folio 103), criterios que, conforme se ha venido exponiendo, no son suficientes para deslindar la autoría de la participación y ni siquiera para fundar el codominio funcional del hecho. Así las cosas, procede acoger este motivo del recurso. Se casa la sentencia de mérito, en cuanto declaró a RAFAEL ÁNGEL GÓMEZ GUERRERO coautor del delito de violación agravada y en su lugar, aplicando lo dispuesto en el artículo 47 del Código Penal, se le declara CÓMPLICE DEL DELITO DE VIOLACIÓN AGRAVADA, EN PERJUICIO DE MARLENE SALAZAR CAMBRONERO. Ahora bien, visto que el artículo 74 del Código Penal señala que al cómplice le corresponderá la pena prevista para el autor, la que podrá ser rebajada discrecionalmente por los juzgadores; así como también tomando en cuenta las especiales circunstancias de hecho y de derecho de este asunto señalados en la sentencia, la calidad y naturaleza de los actos de colaboración en los que incurrió, pues se limitó a sujetar a la víctima y a cubrirle la boca con el propósito de que Madrigal Fallas pudiese realizar el acceso carnal, conforme al artículo 71 ibídem, estima la Sala que la sanción impuesta al justiciable GÓMEZ GUERRERO, debe disminuirse y fijar en definitiva el tanto de diez años de prisión, que deberá cumplir en la forma dispuesta en sentencia. Se toma en cuenta, además, que los juzgadores impusieron la pena mínima prevista para el delito de violación agravada al autor."

Análisis conceptual en relación con autoría y participación teoría del conocimiento y principio de accesoriedad de la conducta del partícipe

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA] ¹³

" I.- MOTIVO ÚNICO por la forma : Falta de fundamentación o fundamentación contradictoria . El defensor público Milton Enrique Castro Serrano, en representación del imputado Miguel Ángel Azofeifa Cedeño, formula el presente recurso de casación por la forma con base en los artículos 443, 444, 445, 446, 450, 451, siguientes y concordantes del Código Procesal Penal, 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el numeral 8 inciso h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y acusa falta de fundamentación por lo siguiente: a) que el Tribunal de Juicio no expone con la amplitud requerida cuál es el asidero legal para implicar al encartado Azofeifa Cedeño como cómplice en los delitos de lesiones graves calificadas y agresiones con arma calificadas. b) Argumenta también que el Tribunal de Juicio no analizó que el imputado Azofeifa Cedeño nunca tuvo posibilidad de asumir el resultado de las acciones propias del otro imputado Álvaro Antonio Umaña Alvarado. El presente reclamo debe declararse sin lugar . El punto a) no es de recibo porque en el fallo de mérito se expone con amplitud que el imputado Azofeifa Cedeño participó de los hechos acusados. Se tiene como probado que los imputados Álvaro Antonio Umaña Alvarado y José Alejandro Alfaro Soto abordaron el vehículo Honda Civic, color rojo modelo 1987, con permiso de taxi SJP 2692, que se encontraba a escasos metros de los hechos, el cual era conducido por el encartado Miguel Azofeifa Cedeño, quien de común acuerdo con aquel -y en caso de ser necesario- estaba esperando para facilitarles la huida a

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ambos asaltantes, siendo que luego de ver frustrado el robo del vehículo Honda Civic placa temporal 510491 y de realizadas las agresiones y lesiones acusadas, cumplió con su cometido. El imputado esperó en un taxi conducido por él, a una distancia razonable, a los demás mientras realizaban los hechos ilícitos de marras. Supo de la frustración del robo y de las demás acciones ilícitas desplegadas por el otro encartado Umaña. Tuvo conocimiento previo del robo que se realizaría, y así prestó su ayuda, aceptando los resultados que podrían darse al llevar Umaña un arma de fuego (ver Hecho Probado quinto, visible a folio 615). En este sentido no lleva razón el recurrente en tanto el Tribunal de Juicio sí realiza una pormenorizada explicación de la figura de la complicidad y del por qué la conducta del encartado Azofeifa Cedeño se adecua a aquella. Fundamenta el Tribunal sus consideraciones en distintos criterios doctrinales, y concluye que: " El coautor debe reunir las mismas condiciones que el autor, debe existir un plan común para la realización del hecho, para el cual el coautor presta una colaboración objetiva y tiene condominio, en tanto el complice (sic) hace un aporte doloso al injusto de otro, no realiza la acción típica ni tiene dominio del hecho. Responsabilizar a Miguel Azofeifa como autor sólo sería posible, aplicando un concepto extensivo, según el cual "autor" es todo aquel que haga un aporte al delito, sea como autor o como partícipe, es decir eliminando toda distinción entre autor y partícipe. Lo anterior atenta contra el Principio de Proporcionalidad que debe imperar en el Derecho Penal, pues de acuerdo al mismo las personas son responsables de sus acciones en materia penal proporcionalmente al daño causado y así no es equiparable el daño causado por un simple colaborador que el causado por el autor de un delito. En este caso concreto no es proporcional atribuir el mismo grado de responsabilidad a quienes participaron de los hechos directamente, por ejemplo Alvaro Umaña, que acciona el arma amenazando para robar, agrede a dos personas y lesiona gravemente a otra y al aquí imputado que lo que hace es sentarse en su vehículo a esperar que los otros actúen y les ayuda

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

a escapar. No se demostró que existiera un plan previo de acuerdo al cual los imputados se distribuyeran las funciones pero si se demostró que el imputado, previo acuerdo, prestó ayuda para que los dos autores escaparan impunes. Su participación es dolosa porque él se percata de lo que está sucediendo y aún así permanece en el lugar para ayuda Umaña y Alfaro (sic). A efecto de determinar la pena correspondiente es necesario tomar en cuenta varias circunstancias de conformidad no sólo con el artículo 71 del Código Penal sino también con el 24, el 73, el 74, y el 75 del mismo cuerpo de leyes ." (Cfr. folio seiscientos cuarenta y tres del tomo segundo del expediente). Si bien es cierto en el Considerando Tercero de la sentencia aquí recurrida el Tribunal explica la diferencia entre la autoría y la complicidad (con el fin de establecer que el imputado no es coautor de los delitos atribuidos sino tan solo cómplice) y deja con ello sin fundamento el motivo alegado por el señor defensor público, esta Sala encuentra erróneo el criterio del Tribunal. De los hechos probados y de la aplicación de la tesis del codominio funcional y la responsabilidad objetiva del hecho se deduce claramente que el imputado Azofeifa Cedeño actuó en calidad de coautor y no simplemente de cómplice. Sin embargo, al no haber sido alegado ello por el Ministerio Público y en aplicación del principio de no reforma en perjuicio esta Sala omite pronunciamiento al respecto. El argumento b) de la Defensa Pública tampoco es de recibo por cuanto de la sentencia se desprende en forma clara la participación de Azofeifa Cedeño en los hechos que se atribuyen, así como su conocimiento y aceptación de las acciones desarrollados por los otros partícipes. El Tribunal de Juicio efectivamente tiene por acreditado que el imputado esperó en el taxi conducido por él, a una distancia razonable, a los autores de los hechos, mientras éstos incurrieran en los ilícitos acusados; él los observó y ante la frustración del robo y la realización de las amenazas y las lesiones, los ayudó a huir del lugar, transportándolos hasta otro lugar no determinado. El encartado Azofeifa tenía conocimiento previo del robo que se trataría de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

llevar a cabo y de los resultados posibles al portar el imputado Umaña un arma de fuego. No es aceptable la tesis de que al ser realizadas las agresiones y las lesiones por parte del imputado Umaña, se elimina la responsabilidad de Azofeifa. Como lo explicó el Tribunal de Juicio no se acusa una coautoría sino una complicidad al tener conocimiento de los actos realizados por los encartados Alvaro Antonio Umaña Alvarado y José Alejandro Alfaro Soto y aún así prestar la ayuda descrita para que estos escaparan del lugar de los hechos. Tanto de los hechos probados establecidos en el fallo recurrido como de su fundamentación de derecho 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, así como del traslado de los otros partícipes de los hechos dolosos en el vehículo en que se encontraba. Igualmente quedó bien acreditado en el fallo que el encartado Azofeifa se ubicó en el taxi que conducía a una distancia corta del lugar en que se cometería el delito, sea en una posición estratégica para abandonar el lugar y en labor de vigilancia y protección para el traslado de los otros imputados, lo que efectivamente se hizo en dicho vehículo una vez realizados los hechos. Esta Sala ya ha señalado que en casos como el que nos ocupa, la acción del cómplice se halla inmersa en el conocimiento del acto ilícito por realizar a cargo de los autores y las posibles consecuencias del mismo. Al respecto se señaló mediante el Voto 347-F de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del nueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro lo siguiente: " 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

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

existe la participación, pues así lo exige el principio de accesoriidad 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 (...) 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 (...), "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 aquellos (...). De manera que, jurídicamente, no es posible, por el principio de accesoriidad 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 accesoriedad 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 compli cidad (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. ". Por las consideraciones anteriores debe ser rechazado el recurso de casación de la Defensa Pública. "

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Participación Criminal

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]

Con la aprobación del Procurador General de la República, Dr. Román Solís Zelaya, damos respuesta al oficio DM-A-XMA-0169 de fecha 14 de abril del año en curso, suscrito por la Licda. Xinia Montano Alvarez, Asesora de su Despacho, mediante el cual se solicita el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría General sobre el proyecto de Tratado de Extradición entre Costa Rica y Colombia.

I.-

Cuestiones Preliminares.

La suscripción de la propuesta que se nos pone en conocimiento, resulta oportuna en vista de que vendría a sustituir el vetusto Tratado de esta índole suscrito por ambos países, y que fuera aprobado por nuestro país por medio de la ley N° 60 del 13 de julio de 1928.

Además, precisa indicar que el texto analizado es prácticamente el mismo que nuestro país en días recientes le propuso a la República

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Federativa del Brasil, en donde se observa la incorporación de varias de las recomendaciones dadas por este Organismo Asesor al analizar tanto el proyecto de tratado de extradición propuesto por el gobierno brasileño, como la propuesta costarricense; por tal motivo, para una mejor ilustración, nos permitimos adjuntarle una copia de la opinión jurídica 029-2000 del 23 de marzo del año en curso.

No empuje lo anterior, adicionalmente se formularán algunos comentarios con la intención de que el proyecto sea lo más completo y técnico posible.

II.-

Comentario de algunos artículos.

1.-

La exclusión del encubrimiento y la inclusión de la instigación, como formas de participación criminal.

El párrafo segundo del artículo 1º expresa que "La Extradición alcanza a los procesados o condenados como autores, cómplices o encubridores del delito cometido fuera del territorio nacional". Dicha redacción, sin lugar a dudas, obedece a una recomendación hecha por este Despacho en la ya citada Opinión Jurídica 29-2000. Sin embargo, procede enfatizar algo que no se había advertido antes con respecto al tema de los encubridores y a la exclusión de la instigación como forma participativa criminal.

En efecto, en aquella oportunidad, este Organismo Consultivo concluyó que tanto a la propuesta costarricense como a la similar brasileña, se le debían añadir las formas de participación contenidas en la Ley de Extradición, entre ellas al encubridor.

Ahora que de nueva cuenta se nos pide criterio jurídico sobre el tema de las formas de participación criminal, nos hemos percatado de un error por partida doble en la reseñada opinión jurídica: insistimos en la inclusión del encubridor, y no fuimos enfáticos – al contrario– en sugerir la inclusión del instigador. Tal y como indica con acierto el profesor Francisco Castillo González(1), en

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

nuestro país sólo la instigación y la complicidad(2) son concebidas como formas de participación criminal(3), aunque existen tipos penales especiales que castigan otros modos de participación o de complicidad como delitos independientes(4).

(1) CASTILLO GONZALEZ (Francisco) La Participación Criminal en el Derecho Penal Costarricense, San José, Editorial Juritexto, primera edición 1995, p 85

(2) Son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer un delito (artículo 46 del Código Penal), y son cómplices los que den al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del delito (artículo 47 del Código Penal).

(3) Para la profesora Cecilia Sánchez Romero, la participación es el aporte doloso que se hace al injusto igualmente doloso de otro, de ahí su carácter accesorio; expresa a su vez que esta es una categoría dogmática que se caracteriza por estudiar el problema de aquellos que, tomando parte en el delito, no realizan la acción típica. Por último, afirma que lo que delimita el ámbito de la participación con respecto a la autoría es el dominio del hecho, porque los partícipes toman parte antes de o durante la ejecución, pero sin tener el dominio del hecho. SANCHEZ ROMERO (Cecilia) Derecho Penal Parte General Doctrina y Jurisprudencia, San José, Editorial Jurídica Continental, primera edición, 1999 p 133.

(4) Tales como la ayuda al suicidio (art. 115), el soborno (art. 315), el favorecimiento de evasión (art. 325), entre otros, todos del Código Penal.

En cuanto al encubrimiento, hemos de precisar que antiguamente era concebido como una forma de participación criminal; por ello se le ubicaba en la parte general de los Códigos Penales junto a la complicidad y la instigación. Posteriormente, se determinó que como el encubrimiento es una conducta que acaece cuando ya se ha ejecutado el delito, no puede considerarse una forma de participación.

Por ello, los códigos modernos lo han conceptualizado como un delito independiente, tal es el caso de Costa Rica, que lo define mediante cuatro formas delictivas: el favorecimiento personal

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

(artículo 320), la receptación (artículo 321), la receptación de cosas de procedencia sospechosa (322) y el favorecimiento real (artículo 323), todas estas conductas contenidas en el Código Penal.

Por lo anteriormente expresado, recomendamos que en el artículo comentado se estatuya que la extradición abarca además de los autores y los cómplices, a los instigadores del delito cometido, ya que estos últimos no fueron incluidos en el proyecto de marras(5); además por las razones citadas, debe eliminarse el término "encubridores", ya que este tipo de delincuencia se encuentra definido en varios artículos del Código Penal que se ubican en la parte especial de dicho cuerpo normativo y no en la parte general.

(5) Por un error de técnica legislativa el artículo 2º de la Ley de Extradición incurre en este mismo yerro.

En esa inteligencia, también debe tenerse por reformada la Opinión Jurídica 29-2000 de 23 de marzo del año que corre, en los términos señalados.

Finalmente, creemos conveniente proponer la siguiente redacción, con el agregado que se lee al final, resaltado en negrita:

"La Extradición alcanza a los procesados o condenados como autores, cómplices o instigadores del delito cometido fuera del territorio nacional de cada Parte Contratante."

2.-

La nacionalidad fraudulenta.

Aunado a lo dicho en la opinión jurídica que se adjunta, sobre el tema de la nacionalidad fraudulenta utilizada como medio para evitar la extradición, hemos de agregar que de acuerdo con lo estipulado por la Ley de Opciones y Naturalizaciones, en su artículo 18, es al Registro Civil al que en sede administrativa le corresponde anular la naturalización obtenida fraudulentamente, a solicitud expresa de la Procuraduría General de la República; en esta misma línea de pensamiento, la cancelación de la carta de

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

ciudadanía puede ser apelada ante el Tribunal Supremo de Elecciones el cual agota la vía administrativa, y le abre la opción al interesado para que acuda a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ante este panorama, lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 6° vaciaría de contenido al reseñado artículo 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones, ya que aquel faculta al juez para que a la hora de decidir sobre la extradición, valore si esta fue adquirida con el deliberado propósito de impedir dicha solicitud; o sea, le confiere la potestad de calificar como espuria o ilegítima la naturalización de una persona. Lo anterior, a nuestro juicio, implica una violación impropia de competencias que deviene contraria a la seguridad jurídica. En otro orden de ideas, procede advertir que como el artículo del proyecto permite que el juez penal -que conoce la solicitud de extradición- se pronuncie sobre una conducta eventualmente delictiva, sea la adquisición fraudulenta de la nacionalidad para evitar la extradición, ello atentaría contra la sumariedad y agilidad que caracteriza el proceso extradicional: por un lado, no nos imaginamos al juez que conoce de las diligencias de extradición realizando análisis de culpabilidad, porque ello es impropio en esa sede; por el otro lado, la expedición del proceso extradicional no debe quedar sujeto a la investigación sobre la fraudulencia o no de la adquisición de la nacionalidad, ni mucho menos que el solicitado sufra detención provisional mientras tal investigación se dirime.

Conforme a lo anteriormente expuesto, nuevamente exteriorizamos nuestras reservas en lo que atañe a la disposición examinada

3.-

Causas de denegación obligatoria.

Queremos llamar la atención sobre una omisión que aparece en el texto propuesto por las autoridades costarricense y que había pasado inadvertido incluso para este Organismo Asesor; nos referimos concretamente a la no mención de la pena de muerte, la pena perpetua y las penas crueles y degradantes, como causales de

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

denegación obligatoria de la solicitud de extradición.

En efecto, ni dentro del elenco de causales de denegación obligatoria, ni del de causales de denegación facultativa, así como tampoco como texto independiente, se establecen los eventos arriba citados. Creemos que por su trascendencia -así como se han dedicado artículos autónomos a los delitos militares, políticos y fiscales- la pena de muerte, la pena perpetua y las penas crueles y degradantes -conceptos que derivan del tenor del canon 40 constitucional-, deben quedar definidos en forma independiente de las causales de denegación obligatoria y facultativa.

Ahora bien, sobre el particular, debe recordarse que el rigor de tal prohibición puede aminorarse en el sentido de que el juzgador puede válidamente condicionar la entrega del extraditable, a cambio de que el Estado requirente haga promesa formal de que no aplicará ninguna de esas penas, imponiendo en su lugar una sanción acorde a nuestro ordenamiento constitucional.

Con ocasión de la tantas veces citada Opinión Jurídica 29-2000, se vertió un comentario sobre la causal contenida en el inciso a) aparte 2 del artículo 7º, y sobre el particular se dijo:

"El inciso 2) del artículo 7º dispone que no será posible conceder la extradición de una persona cuando sobre ella hubiere recaído sentencia firme en la Parte requerida, o en otro Estado, por los mismos hechos que motivaron la solicitud de extradición. Nos interesa para su estudio, el primer supuesto:

"a.

-

La sentencia sea absolutoria."

Consideramos que esta causal es innecesaria, y sobre todo con el sesgo de condición sine qua non que le otorga al frase final del inciso 2) del artículo 7º: "... siempre que en este mismo caso:"

Independientemente del resultado final del juicio, si la persona ya fue juzgada por los hechos que sirvieron de base al pedido de

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

extradición, ello impide una nueva valoración judicial sobre los mismos."

En vista de que en el presente proyecto se repite el mismo tema -y en el mismo artículo- sugerimos respetuosamente su reforma, que sería en los siguientes términos:

"2.-

Cuando sobre la persona reclamada haya recaído sentencia firme en la Parte requerida, o en un tercer Estado por los mismos hechos por los que se haya presentado la solicitud de extradición siempre que en este mismo caso:

a. La pena privativa de libertad impuesta haya sido objeto de gracia, indulto o amnistía sobre la totalidad o sobre parte no cumplida".

El supuesto establecido en el inciso c) del aparte 2 del artículo 7° no parece encajar con el tema que contiene el inciso 2); es decir, lo allí dispuesto no debe ser una condición para denegar la extradición por haber recaído sentencia firme. La inteligencia del artículo sugiere que el inciso c) del aparte 2 sea más bien un aparte 3, por la autonomía temática ya indicada.

4.-

Sobre el principio de especialidad y su excepción.

Interesa llamar a reflexión sobre lo dispuesto en el aparte a) del artículo 9° del proyecto. Al igual que se comentó en la Opinión Jurídica 29-2000, la declaración prestada por la persona entregada con respecto a los hechos en cuestión no debe entenderse como una solicitud de consentimiento de ésta, sino más bien, una puesta en autos; sin que ello implique la intimación de cargos que forzosamente debe hacerse al solicitado de la extradición ampliativa en su contra.

Elogiamos el añadido que se observa en el aparte c) del artículo 9° del proyecto, en el sentido de garantizar a la persona entregada y contra quien se formula una ampliación de cargos,

todas las ventajas que la condición de acusado le confiere. En ese sentido, resulta ilustrativo citar que el caso de la extraditable Freitas de origen brasileño, ha provocado que la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal fije las reglas de cómo se le pondrá en conocimiento a la extraditada, en su país de origen, de las nuevas pretensiones del Gobierno brasileño. Aún el tema no se ha resuelto, mas el voto N° 208-2000 de 17 de marzo del año en curso, sentó las bases de que la extraditada debe ser puesta en autos de la nueva gestión, por parte del juez costarricense, pudiendo nombrar hasta en ese momento un abogado de su confianza.

5.-

Aplazamiento de la extradición.

Lo dispuesto en el artículo 15, en lo que respecta a la suspensión de la prescripción de la acción penal o de la pena, encuentra asidero -al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico- en lo señalado en el inciso d) del artículo 34 del Código Procesal Penal. Aún y cuando se entiende, por lógica, que dicha prescripción se suspenderá en el Estado requirente, valdría la pena señalarlo expresamente.

6. Plazos de detención preventiva.

Se observa una incongruencia entre los plazos estipulados en los apartes 4 y 5 del artículo 18. Por un lado, en el aparte 4, se dispone un plazo de ochenta días dentro del cual deberá presentarse la solicitud de extradición; a renglón seguido, en el aparte 5, se estatuye que se decretará la libertad del solicitado, si en el plazo de sesenta días no se hubiere recibido la solicitud de extradición. Sugerimos que se establezca un solo plazo de 60 días, por ser el que se acostumbra en este tipo de disposiciones. Finalmente, no debe olvidarse que aún este plazo de 60 días puede ser ampliado, ante la posibilidad de presentar información adicional, según lo permiten los apartes 1 y 2 del artículo 12.

7. Retroactividad de la aplicación del presente proyecto.

En el artículo 22 se debe mejorar la redacción del aparte 3). Si se escoge la opción con efecto retroactivo, lo subrayado es

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

innecesario, ya que las partes son las que deciden que supuesto debe prevalecer. La doctrina que inspira el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, indica que la irretroactividad es la regla, a menos que se desprenda una intención diferente. Esa intención diferente se observa en la decisión conjunta de ambas Partes Contratantes, de optar por la retroactividad del Tratado.

Reciba Ud. señora Ministra, las seguridades de nuestra mayor estima.

Cordialmente,

Licdo. José Enrique Castro Marín
Ruiz Leal

Licdo. Manrique

Procurador
Asistente

Asesor

FUENTES CITADAS

1J FIERRO,Guillermo. Teoría de la Participación Criminal. Ediar Sociedad Anónima, Editora Comercial Industrial y Financiera. 1964.pp.24.25.

2 CASTILLO GONZALES, Francisco. La Participación Criminal en el Derecho Penal Costarricense. Editorial Juritexto. 1993.pp.9

3 CASTILLO GONZALES, Francisco. La Participación Criminal en el Derecho Penal Costarricense. Editorial Juritexto. 1993.pp.33.34.35.36.39.

4 CASTILLO GONZALES, Francisco. La Participación Criminal en el Derecho Penal Costarricense. Editorial Juritexto. 1993.pp.45.46.47.

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

5 CALVO PICADO, Gerardo. La Participación Criminal. REVISTA JUDICIA. (52)1990.PP.125.

6 CALVO PICADO, Gerardo. La Participación Criminal. REVISTA JUDICIA. (52)1990.PP.121.122.

7 Ley N° 4573. Código Penal. Costa Rica, del 04/05/1970.

8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 565-F-94, de las dieciséis horas con quince minutos del doce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°2006-00700, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del siete de agosto de dos mil seis.

10 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .Resolución N°2000-1427, de las diez horas del quince de diciembre del dos mil.

11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2000-00430, de las diez horas con diez minutos del veintiocho de abril del dos mil.

12 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .Resolución N° 2000-1427, de las diez horas del quince de diciembre del dos mil.

13 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .Resolución N° 2001-00099, de las nueve horas cuarenta minutos del veintiséis de enero de dos mil uno .