

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: EL CONSENTIMIENTO DEL DERECHO HABIENTE

RESUMEN: El presente informe de investigación analiza el tema del consentimiento del derecho-habiente desde el punto de vista doctrinario, normativo y jurisprudencial, desde el primer punto se analiza su configuración, en la normativa se adjunta el artículo aplicable, y desde la jurisprudencia se aplica a casos concretos, analizándose aspectos como sus elementos, presupuestos y cuando este no resulta aplicable.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Reconocimiento del derecho a la libre determinación en el artículo 26 del Código Penal.....	1
b)Presupuestos del consentimiento.....	2
c)Análisis en el caso del derecho comparado.....	3
2NORMATIVA.....	3
a)Código Penal.....	3
Consentimiento del derechohabiente.	3
3JURISPRUDENCIA.....	4
a)El consentimiento del derecho-habiente en el caso de lesiones	4
b)Necesidad que el derecho al que se renuncia tenga el carácter de renunciabile.....	22
c)Inaplicabilidad del consentimiento de derechohabiente.....	26

1 DOCTRINA

a) Reconocimiento del derecho a la libre determinación en el artículo 26 del Código Penal.

[CASTILLO GONZALEZ]¹

“El artículo 26 de nuestro Código Penal dispone lo siguiente: “No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente puede darlo”

En la Exposición de Motivos del Código Penal del Dr. Guillermo Padilla, autor del Código de 1970, cita como fuente de nuestro artículo del Código Penal al artículo 50 del Código Penal italiano de 1930.

No cabe duda que el artículo 26 del Código Penal es manifestación del principio de libertad de acción que establece el artículo 28 de la Constitución Política e implica un reconocimiento claro del consentimiento del derecho-habiente como causa de justificación en nuestro derecho. El artículo 26 se encuentra ubicado en la Parte General del Código Penal, dedicado a las causas de justificación. La intención del legislador fue, entonces, convertir el consentimiento del derecho-habiente en una causa legal de justificación.”

b) Presupuestos del consentimiento.

[CASTILLO GONZALEZ]²

“El consentimiento del derecho-habiente solamente tiene validez si cumple con determinados presupuestos; existencia de un derecho personal, facultad de disposición, capacidad de disposición y libertad de disposición y conocimiento y voluntad respecto a la renuncia del bien jurídico. La validez del consentimiento está condicionada también a determinadas condiciones: que le consentimiento sea previo al acto del autor, que el consentimiento no sea revocado y que se haya manifestado en determinada forma.

Por presupuestos del consentimiento entendemos aquellos elementos fundamentales, referentes a la existencia del bien jurídico renunciable o a las condiciones subjetivas que debe tener el derecho-habiente para que su renuncia sea válida.”

c) Análisis en el caso del derecho comparado

[GUILLÉN RODRIGUEZ]³

"En Alemania, la jurisprudencia del Reichsgericht declaró repetidas veces que las intervenciones quirúrgicas, incluso practicadas conforme a las reglas científicas y del arte de curar, constituyen objetivamente el delito de lesiones, y que únicamente el consentimiento del ofendido puede privarles de su carácter ilegal. La misma jurisprudencia declara que el médico será responsable penal y civilmente cuando actúe sin el asentimiento del paciente. Pero como no siempre es posible obtener ese consentimiento, la jurisprudencia considera el consentimiento presunto como causa de justificación.

Jiménez de Asúa comenta que la misma posición de la jurisprudencia alemana ha sido acogida en Bélgica, Gran Bretaña y Estados Unidos."

2 NORMATIVA

a) Código Penal.

Consentimiento del derechohabiente.

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]

ARTÍCULO 26.

No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.

3 JURISPRUDENCIA

a) El consentimiento del derecho-habiente en el caso de lesiones

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]⁴

VOTO N° 531-2005 TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las once horas del nueve de junio dos mil cinco.

CONSIDERANDO

I.- El Juzgado Penal Juvenil de San José, según sentencia N° 93-2004 de las 10:00 horas del 18 de junio del 2004, declaró a J.A.A. autor responsable del delito de LESIONES CULPOSAS en perjuicio de E.A.G, donde le impuso la pena privativa de libertad de INTERNAMIENTO EN UN CENTRO ESPECIALIZADO POR EL PLAZO DE TRES MESES y en forma alterna se le impone la sanción SOCIOEDUCATIVA DE LIBERTAD ASISTIDA con una duración máxima de OCHO MESES; además de otras órdenes de orientación y supervisión por el mismo plazo. En caso de incumplimiento injustificado de lo aquí decretado y como medida alternativa, se aplicará como tal, TRES MESES DE PRISIÓN EN CENTRO ESPECIALIZADO. Por su parte, el Lic. VMOJ, Defensor Público del imputado, formula recurso de casación contra la citada sentencia, el cual reúne los requisitos exigidos por los artículos 444 y 445 del Código Procesal Penal, por lo que se admite para su conocimiento.

II. Como único motivo de casación por el fondo, se alega inobservancia del artículo 26 del Código Penal y errónea aplicación del artículo 128 del Código Penal, conforme los artículos 26 y 128 del Código Penal y, 369.i) y 443 del Código Procesal Penal. Refiere el recurrente que, el Juez Penal Juvenil al dictar la sentencia y realizar la fundamentación intelectual de los hechos acreditados, comete un grave error al imponer sanción con la calificación legal del artículo 128 del Código Penal, pues lo correcto debió ser, considerar que los hechos que se tiene como típicos no son antijurídicos, por la aplicación del artículo 26 del Código Penal como causa de justificación. En este sentido se dice en el recurso que, los hechos probados son ajustados a los elementos objetivos del consentimiento del derechohabiente, pero

en ningún momento lo consideró así en la fundamentación intelectual, a pesar de que la fundamentación fáctica y descriptiva sí lo consideran en forma obvia. Se considera en el recurso que el juzgador llega a cometer un error, pues debió aplicar el artículo 26 del Código Penal, donde se contempla la figura del consentimiento del derechohabiente. En la sentencia recurrida el error consiste en no tomar en cuenta la (actuación) situación del ofendido, en la que él y el testigo Luis Diego, con absoluta claridad manifiestan que el acusado estaba ebrio, situación esta que dispuso que Luis Diego decidiera no viajar más con el imputado, esto porque percibió el peligro al que se expondría si continuaba viajando con éste, pero aún así, y dándose cuenta en forma clara de lo que estaba sucediendo, el joven ofendido (sin que hasta ese momento hubiese viajado en el carro del imputado) por un sentimiento de amistad, voluntariamente decidió acompañarlo, donde nadie el pidió que lo hiciera. Este aspecto es el que el juez de instancia tiene en forma directa como hecho probado y no lo valora intelectivamente y es éste precisamente el vicio de la sentencia que se recurre, porque de haber valorado el a quo la decisión del ofendido, llegaría a la conclusión de que la conducta del acusado J.A.A. encaja en el artículo 26 del Código Penal y, aunque el juez de instancia considere que se tipifica el delito contenido en el artículo 128 del mismo cuerpo normativo citado, hay una causa de justificación para absolverlo de toda pena y responsabilidad. Aquí es donde radica el error en la aplicación del derecho de fondo, para dar paso a la corrección y la inmediata absolutoria del imputado.

III. EL MOTIVO SE DECLARA CON LUGAR, pero por razones diferentes a la expuestas, pues no resulta aplicable el consentimiento del derechohabiente como causa de justificación, sino, la puesta en peligro de un tercero aceptado por éste que conduce a la atipicidad, por lo que se absuelve al acusado de toda pena y responsabilidad. La parte esencial de la sentencia se recoge, indiscutiblemente, en los hechos -primero, segundo y tercero- tenidos por demostrados, los cuales fijan el siguiente cuadro fáctico:

"1) El día once de junio del dos mil, el acusado J.A.A. y el ofendido E.A.,G., luego de estar celebrando el cumpleaños de un amigo de nombre 'Roberto' con varios allegados más, desde tempranas horas de la noche anterior, en una de las casas de ellos, en la provincia de Alajuela, donde estaba la presencia del licor; al ser las tres de la madrugada aproximadamente, el testigo y amigo de ambas partes aquí en litigio LDCC, acompañaba en el

vehículo placa 279104, tomado por J.de la casa de sus padres y era conducido por el menor de edad y aquí acusado A.A, quien no contaba con permiso para la conducción de vehículos automotores y llevaba el mismo estando ebrio. 2) Que luego de la celebración que se tenían, todos los amigos, que eran en cantidad de seis o siete aproximadamente, deciden continuar de fiesta en un lugar en San José, eligiendo 'La Taberna' ubicada por las inmediaciones del ICE en la Sabana, negocio al cual llegan Luis Diego y el imputado Á.A, en el vehículo citado anteriormente; en el negocio departen por algún corto tiempo, escogiendo luego otro lugar en Escazú, para continuar en lo que estaban. A la salida de 'La Taberna' Luis Diego decide no acompañar más en ese vehículo al imputado, por la condición de embriaguez en la que se encontraba, incluso sus amigos insistieron en que no manejara y le quitaron las llaves del mismo, pero en un momento determinado, las obtuvo y por solidaridad y amistad, el ofendido E.A.G, lo acompañó. Circulaban por las inmediaciones del boulevard de Rohrmoser, en Pavas de esta jurisdicción. 3) Debido al estado de embriaguez de que se encontraba el aquí acusado, conducía con exceso de velocidad y a la falta de deber de cuidado, al pasar por las inmediaciones de Plaza Mayor, pierde el control del automotor al realizar una maniobra muy violenta, que invadió la jardinera o zona verde, pegó contra los arbustos, arrancó dos de ellos y se vuelca, resultando el aquí ofendido con diversas lesiones en su cuerpo, debiendo ser trasladado de emergencia al Hospital México, donde recibe atención Médica (sic)." (folios 242-243).

El cuadro fáctico expuesto, nos permite conocer por el fondo el alegato dirigido por la defensa pública en favor del imputado. Se señala que el error en la fundamentación intelectual de la sentencia se debe, sin lugar a dudas, a la falta de aplicación del consentimiento del derechohabiente como causa de justificación, conforme el artículo 26 del Código Penal, el cual dice:

"No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo".

El defensor público pretende se declare con lugar este motivo por los argumentos que expone. En este sentido, el Tribunal considera procedente la solicitud, pero conforme razones diferentes a las pretendidas en el recurso, porque lo que resulta aplicable es la figura de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, que dirige a la atipicidad de la conducta, no así el consentimiento del derechohabiente, que expone una causa de

justificación, donde la tipicidad persiste, pero el proceder del sujeto no resultaría antijurídico, debido a su justificación por parte del ordenamiento jurídico.

Para explicar un poco esta situación, tenemos que estudiar un poco la dogmática penal y aclarar conceptos relevantes. En efecto, partiendo de una aceptación de la teoría de la imputación objetiva para resolver casos imprudentes o de infracción del deber, así como los realizados con dolo, debemos tener presente los elementos que la conforman y le brindan razón de existencia.

IV. a otorgarle primordial relevancia a su examen como producto de la dogmática jurídico-penal (CHINCHILLA SANDÍ, Carlos, *La Culpa en Derecho Penal (Estudio del delito culposo; su configuración y elementos en la moderna teoría del delito)*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, se desarrolla un análisis dogmático del delito culposo o imprudente). Como lo señala ROXIN, a pesar de esa situación, "los esfuerzos científicos en la formación de conceptos, en la ordenación sistemática y en los resultados prácticos no ha producido aún tanto consenso y claridad como en la dogmática del delito doloso" (ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, tomo I, 1997, p. 997) . Según la concepción moderna, la cual podemos decir que es casi unánime, la imprudencia es un problema de tipo (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997) . En este sentido, se puede señalar que una conducta imprudente puede estar justificada o exculpada en el caso concreto; pero es en el tipo donde se determina si era imprudente (cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997) . La doctrina clásica, que permaneció en este terreno hasta la postguerra, apreciaba la imprudencia exclusivamente como una forma menos grave de la culpabilidad al lado del dolo (cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997) ; ello era así, debido a que el estudio del dolo y la imprudencia o culpa se remitían a los elementos de la culpabilidad. Fue posteriormente, esencialmente con WELZEL, como lo veremos más adelante, que esta comprensión varió y el dolo, por ende la culpa o imprudencia, fueron analizadas dentro de la tipicidad y se abandonó ese esquema de referencia desde la culpabilidad, convirtiéndose en un problema de tipo. Por culpa o imprudencia podemos entender una forma de obrar, de quien actúa con infracción al deber de cuidado, lo que anteriormente se identificaba como la negligencia, impericia o inobservancia de los deberes que le incumbían concretamente (cfr. TERRAGNI, Marco Antonio, *El delito culposo*, Buenos aires, 1998, p.17). Por ello, en el delito culposo "finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta

discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal (ver, BACIGALUPO ZAPATER, Principios de Derecho Penal. Parte General, Madrid, tercera edición, 1994, p. 241) . El Código Penal costarricense no sólo contempla supuestos de ilícitos penales dolosos, donde la realización del injusto se verifica mediante conocimiento y voluntad, sino que se cuenta con el llamado delito imprudente, donde el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo doloso, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado, esto quiere decir, por inobservancia del cuidado debido (cfr. BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 241; MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 1990, p. 287). En estos casos, el sujeto procede en forma descuidada y negligente, siendo el fundamento de la imputación el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. Por ello, en el delito culposo "finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal" (BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 241). El Código penal costarricense recoge dentro de su artículo 30, tanto, el dolo como la culpa o imprudencia. Dentro del estudio del delito imprudente, se debe de constatar la necesaria relación de causalidad entre el hecho dirigido bajo la infracción del deber de cuidado y el resultado lesivo, introduciendo el correspondiente estudio de la imputación objetiva del resultado como elemento identificador de la tipicidad objetiva del delito imprudente. Por otra parte, en la acción imprudente o culposa su resultado es previsible y evitable, cuando no le asisten estas cualidades, podemos estar ante supuestos del caso fortuito o fuerza mayor, donde se excluye la imputación objetiva del resultado. En lo ilícito del delito culposo es posible distinguir entre el disvalor de acción y el disvalor del resultado, paralelamente a como se hace en el campo del delito doloso. Sin embargo, para algunos, como en el caso de BACIGALUPO (Principios..., cit., p. 242), carece de sentido diferenciar el tipo subjetivo del tipo objetivo, debido a que esta bipartición en el delito doloso tiene sentido porque éste se caracteriza por la coincidencia básica entre lo querido y lo hecho por el autor. En el delito culposo, por lo contrario, lo que se muestra como esencial es la discrepancia entre lo querido y lo hecho por aquél. Lo anterior no significa que en lo ilícito del delito culposo no se puedan dar elementos subjetivos (cfr. BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 242 y 243).

La imprudencia o culpa contiene un momento negativo, representado por la falta de diligencia, de cuidado, de prudencia, que no debe

confundirse con la omisión de la acción. Es posible, por tanto, una acción positiva sin el debido cuidado, tanto como una omisión sin el cuidado exigido. Dicho de otra manera, en el delito culposo de comisión la falta de cuidado no afecta el carácter comisivo del hecho (BACIGALUPO, Principios..., cit., pp. 242-243). En definitiva, se habla de culpa o imprudencia en aquellos casos donde el sujeto procede en forma descuidada y negligente, siendo el fundamento de la imputación el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. Por ello, en el delito culposo "finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal" (ver, BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 241).

En el campo de la tipicidad del delito imprudente, inicialmente debe verificarse que el sujeto actuó sin dolo, porque, de lo contrario, si el autor obró con dolo no cabe la verificación de la adecuación respecto del tipo de un delito culposo. En esencia, la tipicidad del delito culposo requiere que el autor haya infringido un deber de cuidado. Si se trata además de un delito culposo con resultado de lesión, éste deberá ser objetivamente imputable a la acción (BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 243). Veamos cada uno de estos elementos:

1) La infracción del deber de cuidado . El primer elemento de la tipicidad, en los delitos imprudentes, es la infracción del deber de cuidado. En realidad los códigos penales no vienen a regular en forma específica el deber de cuidado, sino se expone un deber genérico cuya infracción resulta punible si se cumplen además los otros elementos del tipo penal que condicionan la punibilidad. Existen dos criterios para definir el deber de cuidado concreto; por una parte, tenemos el criterio objetivo, y, por otra, se tiene el criterio individual. Es de muestra preferencia lo relativo al criterio individual donde el deber de cuidado dependerá de las capacidades y conocimientos especiales del autor concreto. Esta situación enfocada de manera inversa, sería, "no infringe el deber de cuidado, el que, de acuerdo con sus capacidades y conocimientos, no podía haber previsto la realización del tipo" (BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 244).

2) El riesgo permitido. En la realidad social puede hablarse de un riesgo permitido, constituido por la tolerancia social de un cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos. El tráfico de

vehículos representa un grado mayor de riesgo de accidentes que la circulación a pie; esto es claramente reflejado en las estadísticas sobre las causas de muerte, donde la principal se ubica en la conducción de vehículos automotores, sin embargo, esta actividad se asume como un riesgo socialmente adecuado debido a las ventajas que globalmente produce a la vida social (BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 245; REYES ALVARADO, Yesid, Imputación objetiva, Santa Fé de Bogotá, segunda edición, 1996, pp. 90-99; en igual sentido, haciendo alusión a otros casos de acciones peligrosas ejecutadas diligentemente, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1990, p. 109). En la dogmática penal se considera dentro del riesgo permitido el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (principio de confianza). En otras palabras: aquél que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringirá el deber de cuidado (BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 245; REYES, Imputación..., cit., pp. 141-143). En este sentido, BACIGALUPO al hablar de la circulación -medio en el cual se presenta una gran cantidad de delitos imprudentes-, nos ilustra la situación anterior con un claro ejemplo, veamos: "el automovilista que atraviesa un cruce de calles a velocidad permitida y con la luz en verde no infringe el cuidado debido si no ha tomado precauciones especiales para el caso de una eventual infracción por parte de otro automovilista (por ejemplo, atravesar la calle a pesar de la luz roja que indica detenerse)" (Principios..., cit., p. 245; en igual sentido, REYES, Imputación..., cit., pp. 142-143).

3) La imputación objetiva del resultado. Cuando se trata del caso de los delitos de resultado -que son los que ahora nos ocupan, como es el caso de las lesiones culposo-, entre la acción y el resultado debe mediar una relación de causalidad. Esta relación debe permitir, en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido por el autor de la conducta que lo ha causado. (MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1993, p. 212). "La relación de causalidad entre acción y resultado y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido" (la cursiva ha sido suplida) (MUÑOZ CONDE, Derecho Penal..., cit., p. 212). Hay casos en los cuales se complica la identificación de esta relación de causalidad entre acción y resultado y, a su vez, la imputación objetiva del resultado al autor de la acción; para solucionar estos problemas, se han elaborado diversas teorías, entre ellas encontramos las reconocida teoría de la equivalencia de las condiciones o condicio sine qua non y la teoría de la causación

adecuada.

Lo que ahora nos interesa resaltar, es el aspecto de la imputación objetiva y su aplicación al campo de los delitos imprudentes. El estudio de la imputación objetiva se traslada en el tiempo desde finales de los años veinte, con la publicación de la obra de LARENZ en 1927. Este autor reclamó como criterio determinante para adscribir un hecho al sujeto que opera en derecho el "juicio de imputación", otorgándole un sentido distinto del que tiene el juicio sobre la preexistencia de una relación de causalidad (JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal, Madrid, 1996, p. 23). Para JAKOBS, LARENZ parte de que el juicio de imputación es aquel por el cual se determina si un hecho es obra de un sujeto (JAKOBS, La imputación..., cit., p. 23). Por ello, "la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad", su esencia se representa por la libertad, en cuanto significa autodeterminación. Ello posibilita imputar al hombre su hecho como "propio" y hacerle responsable del mismo. Sólo a quien tiene voluntad, a la persona, puede serle imputado algo (JAKOBS, La imputación..., cit., p. 24). El juicio de imputación sobre el hecho se configura como un juicio teleológico. Para LARENZ, el hecho se presenta así como un todo teleológico, es decir, como un conjunto variado de causas y efectos que halla conjunción a través de la relación con los fines de la voluntad (JAKOBS, La imputación..., cit., p. 24). LARENZ va más allá que HEGEL, pues considera que el concepto de imputación es objetivo, pues no sólo comprende la imputación de hechos conocidos y queridos sino también los que podrían haber constituido objeto de la voluntad, o sea, los hechos imprudentes (JAKOBS, La imputación..., cit., p. 24).

En definitiva, debemos partir de la existencia de una necesaria relación de causalidad entre la acción y el resultado, así como la existencia de una relación específica entre éste y aquélla (lo que conocemos como imputación objetiva). Por su parte, las teorías clásicas llegaron a decir que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una relación de causalidad, es decir, una relación de causa a efecto idéntica a la observable en los sucesos de la naturaleza (BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 116). La teoría de la causalidad se completa mediante correctivos de naturaleza no causal, sino normativa, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la teoría de la imputación objetiva. "La teoría de la imputación objetiva procura, por el contrario, determinar el

fundamento y el lugar donde debe llevarse a cabo una corrección de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad, sobre la base de principios deducidos de la naturaleza de la norma y del fin de protección de la misma" (BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 116). En el estudio de las teorías de la causalidad, hay muchas de ellas que han tratado de dar respuesta a la pregunta de la relación de causalidad. Dentro de las más importantes encontramos la teoría de la equivalencia de las condiciones (condicio sine qua non), así como la teoría de la causalidad adecuada y la de la causalidad relevante (ver un completo desarrollo de estas teorías en, REYES, Imputación..., cit., pp. 8-16, 22-30) Como correctivo de las dos anteriores encontramos la teoría de la relevancia típica, la cual trata de adaptar la causalidad natural a las necesidades del derecho penal. Por su parte, la teoría de la imputación objetiva es consecuencia de la teoría de la relevancia; su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad por una relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales (BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 121). A pesar de ello, la teoría de la imputación objetiva no ha venido a zanjar el problema de la causalidad natural. Cuando se trata de los llamados delitos de resultado, en los cuales la acción típica ha de producir el resultado típico, consistente en la lesión del objeto sobre el que aquélla recae, habrá de seguir estableciendo siempre, antes de analizar la relación de imputación objetiva, la causalidad. En estos casos, la causalidad constituye un presupuesto previo de la imputación objetiva del resultado (JAEN VALLEJO en FRISCH WOLFGANG, Tipo penal e imputación objetiva, Madrid, 1995, p. 10). En este marco la verificación de la causalidad natural no es sino un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Una vez comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar los siguientes elementos:

a) Si la acción ha creado un peligro (o riesgo) jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; algunos prefieren hablar de un "riesgo típicamente relevante".

b) Si el resultado producido es la realización del mismo peligro (o riesgo) (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Estos dos puntos de partida son deducidos del fin de protección de la norma penal. Con ello se quiere decir que, esta sólo prohíbe

acciones que creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que hubiera podido evitarse (BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 121; REYES, Imputación..., cit., pp. 106-107, 204-217). Para MARTÍNEZ ESCAMILLA el ámbito de protección de la norma, o como lo llama ROXIN "pertenencia del resultado al ámbito de protección jurídico-penal" o "alcance del tipo", es un "criterio ulterior o independiente de los utilizados para la comprobación de la realización del riesgo, relación ésta que ha de ser previamente afirmada para que el presente criterio entre en juego" (MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, La imputación objetiva del resultado, Madrid, 1992, pp. 341-342). Cuando se habla de imputación objetiva se estudian los criterios de creación de un riesgo no permitido, la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma. Según BACIGALUPO (Principios..., cit., pp. 121-124), con el primer criterio se puede dar solución a aquellos casos en que el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida. Como ejemplo se pueden citar: el médico inyecta indebidamente procaína al paciente, produciendo su muerte que también hubiera producido de haberse empleado novocaína que era lo aconsejable; el automovilista, conduciendo a más velocidad de la permitida, atropella al ciclista borracho, que igual hubiera sido atropellado no obstante que el conductor llevase el vehículo a la velocidad permitida. En estos dos ejemplos, el resultado sólo puede imputarse al médico o al automovilista si se demuestra claramente que, con su acción indebida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado. Por medio del segundo criterio, se solucionan casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que se transforma en un resultado lesivo, no procede imputar este resultado si no se produce dentro del ámbito de protección de la norma. En este sentido, todos los resultados que caen fuera del ámbito de protección normal que se previó al dictar la norma penal deben ser excluidos del ámbito jurídico penal relevante. Los casos a los que afecta este problema son muy diversos y complejos, van desde la provocación imprudente de suicidios (se deja una pistola al alcance de un depresivo que se suicida con ella) la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (el sujeto que decide voluntariamente subir a un vehículo conducido por una persona que se encuentra en evidente estado de ebriedad, luego éste realiza una maniobra imprudente y se accidenta, donde resulta lesionado el acompañante), hasta los daños sobrevenidos posteriormente a consecuencia del resultado dañoso principal producido (la madre de la víctima del accidente muere de la impresión al saber lo ocurrido a su hijo).

V. Relevante resulta indicar que, este Tribunal de Casación, desde tiempo atrás, propiamente en el voto N° 122-F-99 del 9 de abril de 1999, así como en el voto N° 2004-317 de 1° de abril del 2004 y, por supuesto, este voto que ahora nos ocupa, han tomado partido por la aplicación de la teoría de la imputación objetiva. Pero lo realmente importante es que, en los tres casos, se da respuesta a dos aspectos que siempre han inquietado de los opositores de la imputación objetiva; en primer lugar, se reclama la falta o ausencia de efectos prácticos de la teoría de la imputación objetiva y, en segundo lugar, se reclama que esta imputación objetiva proyecta una ampliación injustificada de la responsabilidad penal, trasladando la discusión al plano objetivo con desprecio del elemento subjetivo. Para responder cada uno de estos cuestionamientos, inicialmente se tiene que partir que estamos ante una verdadera teoría, la cual logra concretar principios científicos y, por supuesto, reglas prácticas, para ser aplicadas a una generalidad de situaciones o casos (esencia de la dogmática) y no únicamente, como se podría pensar o reclamar, en soluciones casuísticas. Luego de lo dicho, en respuestas de aquellos dos escollos que se exponen en contra de la teoría de la imputación objetiva, debemos decir lo siguiente; cuando se cuestiona los efectos prácticos de esta teoría para resolver casos concretos, podemos decir que, en la jurisprudencia que hemos citado anteriormente de este Tribunal de Casación, la teoría de la imputación objetiva ha sido un eficaz instrumentos para dar respuesta práctica a situaciones concretas, logrando una adecuada y correcta decisión en el ámbito de nuestro Derecho penal y legislación -incluida la Constitución Política-. Por otra parte, un tema sumamente controversial, resulta de la crítica acerca de la ampliación de la responsabilidad penal, donde el fin de la imputación objetiva sería el incluir, más que excluir, situaciones cotidianas que no resultan comprendidas dentro de una responsabilidad objetiva y, por lo tanto, adelante ese estudio y sienta una no querida responsabilidad objetiva. Esta recurrente crítica ha logrado sus adeptos, pero parte de supuestos falsos y de una interpretación incorrecta acerca del contenido de la imputación objetiva. En efecto, el primer problema surge por la confusión entre los conceptos imputación objetiva, responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva; lógicamente, el primero de ellos no se relaciona, en ningún momento, con los siguientes y, podríamos decir, se aleja de éstos. Pensar en la imputación objetiva es muy diferente a equipararla con responsabilidad objetiva y, mucho menos, pensar en sustituir la responsabilidad subjetiva por aquella. Ante el estudio de una conducta determinada, la imputación objetiva constituye el primer eslabón que analizaremos frente a los elementos de la teoría del delito, y, en caso de que la misma no se haga presente, o sea, no exista

imputación objetiva del resultado a la acción realizada, el estudio terminará en este momento por surgir la atipicidad de la conducta; por el contrario, en el caso que se verifique esta imputación objetiva, no es más que un dato que dirige la atención al estudio de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y, finalmente, culpabilidad, donde se establecerá la responsabilidad subjetiva del autor del hecho. En respuesta al segundo cuestionamiento que venimos analizando, tenemos que, en los dos casos anteriores y, el que ahora corresponde conocer en casación, se trata de situaciones donde se aplica la teoría de la imputación objetiva, con el efecto de restringir la responsabilidad penal, en lugar de ampliarla como se ha querido decir de la imputación objetiva; obteniendo como resultado, la determinación de una conducta atípica, y excluyendo la aplicación impositiva de responsabilidad penal, proveniente del Derecho penal. Como vemos, más que ampliar la responsabilidad penal, en los dos casos anteriores y, en el presente, la utilización de la teoría de la imputación objetiva ha servido para limitar los efectos de la responsabilidad criminal; muy en consonancia con las posiciones garantistas de nuestro sistema penal y procesal penal.

V. Desarrollo dogmático de la "autopuesta en peligro" y la "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste". Teniendo claro los alcances de la teoría de la imputación objetiva, así como su contenido propio de regulación y los casos de excepción, resulta de vital importancia introducirnos al estudio de las figuras de la autopuesta en peligro y la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (en este sentido, se pueden consultar la siguientes obras, ROXIN, Derecho Penal..., cit., 1997; JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, 1995; CANCIO MELIÁ, Manuel, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal, Barcelona, 1998; MUÑOZ, Derecho Penal..., cit., 1993; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal. Parte General, Managua, tomo I, 2000). Cuando hablamos de estas figuras, lógicamente estamos haciendo remisión a la misma teoría de la imputación objetiva, donde podemos extraer una combinación de la teoría del incremento del riesgo y la del fin de protección de la norma. En este sentido, podríamos pensar que una conducta que ha creado un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado, donde el resultado producido, causalmente hablando, es la realización de ese peligro o riesgo jurídicamente desaprobado creado por la acción. Sin embargo, en ciertos casos, podría fracasar la imputación en el alcance el tipo, porque el mismo no llega a contemplar resultados de los producidos, pues no está dirigido a impedir tales sucesos, ello, dentro del ámbito de protección de la norma penal (ver, ROXIN,

Derecho Penal... cit., pp. 386-387). En el caso de la participación en una "autopuesta en peligro", quien participa realiza una acción secundaria, dependiente o accesoria de la principal realizada por el sujeto que ejecuta su autopuesta en peligro. Esta construcción surge de ROXIN, donde expone que en los casos de la participación en una autopuesta en peligro, siempre resultará impune, pues la acción principal de autolesión es, a su vez, impune (ver, ROXIN, Derecho Penal..., cit., pp. 387-388; CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima..., cit., pp. 177-180). Parte ROXIN del análisis de la instigación o cooperación en el suicidio (v. gr.; A aconseja a B que atravesase un lago con hielo quebradizo. Si al hacerlo el temerario B, pero se da perfecta cuenta del peligro, encuentra la muerte, la consecuencia lógica es que A no tendría responsabilidad en los hechos, por su acción impune), donde el Derecho penal alemán presenta como principio impune la participación en el suicidio, sea en una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, por lo que no puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa (cfr., ROXIN, Derecho Penal..., cit. P. 387). Se exponen como ejemplos de la participación en la autopuesta en peligro -dolosa- de la víctima los siguientes; i) A y B llevaron a cabo una competeción con motos, estando ambos bebidos, pero aún en estado de plena imputabilidad. Durante la carrera B sufrió un accidente mortal por su propia culpa, ii) A le entrega a B para su propio consumo heroína, cuya peligrosidad tienen clara ambos. B se inyecta la sustancia y muere por ello (ver, ROXIN, Derecho Penal..., cit., pp. 388-389). En definitiva, cuando estamos ante el caso de la participación en una autopuesta en peligro siempre resulta impune la conducta, lo cual no es de efecto inmediato en el caso de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. En este último caso, estamos ante un sujeto que no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo (ver, ROXIN, Derecho Penal..., cit., p. 393). Como consecuencia de lo anterior, no en todos los casos la conducta resulta impune, sino que deben concurrir determinados requisitos: en primer lugar, es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro; en segundo lugar, que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido, y no de otro distinto; finalmente y en tercer lugar, quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo. Si se dan estos requisitos, el sujeto habrá "asumido el riesgo (ver, ROXIN, Derecho Penal..., cit., pp. 393; en igual sentido, CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima..., cit. P. 180). Podemos señalar algunos ejemplos de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, veamos: i) Un pasajero quiere que un barquero le lleve por el río durante una tempestad. El barquero lo desaconseja, aludiendo a los

peligros, pero el cliente insiste en su deseo, el barquero emprende el arriesgado intento, el bote vuelca y el pasajero se ahoga. ii) El acompañante conmina al conductor a que vaya a velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a una cita. A consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en el que resulta muerto el acompañante. iii) Un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta lesionado en un accidente causado por estado alcohólico del conductor (estos casos son expuestos por ROXIN, Derecho Penal..., cit., pp. 393-394). En todos estos casos estamos ante conductas que reúnen los requisitos antes citados, por lo que las mismas son impunes. La jurisprudencia alemana resolvía estos casos bajo las reglas del consentimiento o la idea de la previsibilidad, de ahí la posición asumida por CASTILLO GONZÁLEZ (El consentimiento del derechohabiente en materia penal, San José, 1998, pp. 63, 65 y 67) quien refiere que el consentimiento del derechohabiente debe ser comunicado al autor del hecho, aunque resultan suficientes los actos concludentes, por ejemplo; A conociendo el estado de ebriedad agudo en que se encuentra B, se monta en el auto conducido por éste y ocurre un accidente en que A es lesionado. La lesión de A, producida culposamente por B, está justificada por el consentimiento del derechohabiente. En este ejemplo que desarrolla y resuelve CASTILLO GONZÁLEZ, llega a la conclusión de aplicar una causa de justificación, por lo que la conducta resulta ser típica, pero no antijurídica; como lo hacía la jurisprudencia alemana. Esta posición es asumida por el defensor público del imputado en su recurso. Sin embargo, con el desarrollo posterior de la teoría de la imputación objetiva, la cual asumimos plenamente, llegaríamos a una conclusión diferente, pues la conducta resultaría atípica por no existir esa imputación objetiva del resultado, debido a su exclusión por no corresponder al ámbito de protección de la norma penal, la cual no protege o cubre la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, al existir actuación libre y voluntaria del tercero en el peligro generado por otro.

VI. En el caso concreto subjúdice, estamos hablando de un hecho culposo o imprudente, identificado por la infracción al deber de cuidado, conducido por la figura de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, donde el sujeto no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo, abandonando la figura de la autopuesta en peligro. En este supuesto, no necesariamente, como se dijo en el considerando anterior, se produce la atipicidad de la conducta,

pues deben concurrir algunos requisitos esenciales mencionados en el considerando anterior (ver, Tribunal de Casación Penal, voto N° 122-F-99 del 9 de abril de 1999). En consecuencia, el proceder de la víctima A.G, conforme se describe en la relación de los hechos tenidos por probados, acepta en forma clara y directa el riesgo de subir al vehículo conducido por el imputado J.A.A. en evidente estado de ebriedad. Esta condición del imputado resultaba fácilmente perceptible, tanto que el ofendido y el testigo Calvo Calvo así lo expresan en sus declaraciones recogidas en la sentencia, lo que motivó que este último se negara a subir al automotor que manejaba el imputado, a pesar de ser el acompañante que viajaba con el mismo desde Alajuela, aunque en aquel momento no se encontraba en la situación de evidente ebriedad. No obstante la negativa del testigo Calvo Calvo, el ofendido, quien no fue invitado o exigido por el imputado o cualquier otra persona a subir al vehículo, decide reafirmar su amistad y solidaridad con aquél, y sube al automotor; resultando que ante una maniobra peligrosa el vehículo vuelca, resultando el ofendido con serias lesiones. Por otra parte, señalamos la necesaria existencia de tres requisitos (ROXIN los identifica como dos -Derecho Penal..., cit., p. 395-; en el mismo sentido, Cancio Meliá, Conducta de la víctima..., cit., p. 180, quien comenta la posición de Roxin y llega a señalar tres elementos, los cuales corresponden, en forma idéntica a la descripción de Roxin, simplemente descompone uno de estos elementos en dos, lo que brinda una mayor claridad en la explicación, desde nuestro punto de vista), los cuales vamos a reflejar en el caso a resolver para obtener el resultado final, veamos; i) Es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro. En el caso en estudio, como se ha expuesto anteriormente, la víctima sí conocía, en forma amplia, el peligro que generaba el imputado, al pretender conducir su vehículo en un evidente estado de ebriedad; ii) La lesión deber ser consecuencia del riesgo asumido, y no de otro distinto. De igual forma, la lesión que sufriera el ofendido fue producto o resultado del riesgo que él asumió al subir al automotor guiado por el encartado, pues su estado alcohólico lo dirigió a realizar una maniobra peligrosa, la que provocó que el vehículo volcara y el ofendido resultara seriamente lesionado; iii) Por último, quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo. Lo que resulta aplicable en el presente caso, pues el ofendido tenía la posibilidad de no participar en ese hecho, con la simple negativa de subir al vehículo, porque el mismo no fue presionado para hacerlo, o, más evidente todavía, no ofrecerse a subir al automotor del imputado, por razones de amistad y lealtad a un amigo -imputado- que se encontraba en manifiesto estado de ebriedad. Es por ello que, el anterior cuadro fáctico nos permite

aplicar la figura de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, donde resulta, como consecuencia incuestionable del análisis del caso y la presencia de los requisitos de la figura dicha, la atipicidad de la conducta realizada por el imputado J.A.A. En consecuencia se declara con lugar el único motivo por el fondo, se ABSUELVE DE TODA PENA Y RESPONSABILIDAD al encartado J.A.A. por el delito de LESIONES CULPOSAS en perjuicio de E.A.G. Son los gastos del proceso a cargo del Estado.

VII. Por la forma se plantea un único motivo, el cual es idéntico al motivo por el fondo, por lo que su conocimiento y resolución se realizó en los considerandos anteriores a los cuales se remite.

VIII. VOTO SALVADO DEL JUEZ SOJO PICADO.

El suscrito, Guillermo Sojo Picado, Juez del Tribunal de Casación a.i., de modo respetuoso se aparta del voto de mayoría que suscriben los señores jueces Chinchilla Sandí y Dobles Ovares, y procede a emitir un pronunciamiento diverso con fundamento en las siguientes consideraciones: Si bien coincido con el voto de mayoría, según el cual en el caso concreto no es posible aplicar el consentimiento del derecho-habiente tal y como se alega en el recurso, tampoco es posible resolver el proceso con fundamento en la teoría de la imputación objetiva, específicamente por la autopuesta en peligro o de un riesgo que ha sido aceptado por un tercero, en la terminología empleada por Roxin, y por ende dictar una sentencia absolutoria como lo resuelve el voto de mayoría. Se considera que la acción del menor tal y como está planteada en los hechos probados probados del fallo, no son atípicos (por la aplicación de una autopuesta en peligro tal y como lo razona el voto de mayoría), ni tampoco puede llegar a afirmarse que exista una causa de eliminación de la antijuricidad, tal y como se plantea en el recurso de casación; esto es, por existencia del consentimiento del derecho-habiente. De modo breve, y en primer lugar. procedo a razonar mi voto del porqué estimo no existe un consentimiento del habiente, y en segundo lugar, analizo la cuestión de la inexistencia de una imputación objetiva por la autopuesta o asunción del riesgo, en este caso del ofendido E.A.G. 1- Inaplicación del consentimiento del derecho-habiente en el sub-exàmine. Señala el recurrente que en la especie el Tribunal sentenciador omitió aplicar el artículo 26 del Código Penal, aplicando erróneamente el numeral 128 del mismo Código. Luego de transcribir los hechos probados del fallo, dice el recurrente que en la especie el juzgador debió resolver el asunto aplicando una

causal de eliminación de la antijuricidad, toda vez que no se considera la actuación del ofendido, en la que él y el testigo de cargo, con absoluta claridad manifiestan que el justiciable estaba ebrio, situación esta que dispuso al testigo Luis Diego para decidir no viajar más con el imputado, esto obviamente porque percibió el peligro a que se expondría, siendo que ofendido quien hasta momento no había viajado con el justiciable decidió acompañarlo, sin que nadie le pediera que lo hiciera. Se alega que el ofendido de modo voluntario asumió el peligro. Los reclamos deben ser denegados por cuanto en la especie no es posible aplicar la causal del consentimiento del derecho habiente. Se define el consentimiento del derecho-habiente como la facultad que tiene el sujeto de excluir de la esfera de protección de las normas penales, en forma jurídicamente relevante, un bien jurídico que le pertenece y del cual puede disponer. Por regla se puede disponer de aquellos bienes jurídicos de naturaleza personal. A modo de ejemplo, en caso de La Vida, aún cuando se trata de un bien que pertenece al particular es indisponible. En este sentido opina la doctrina lo siguiente: " La vida es un bien jurídico perteneciente al particular, pero indisponible. Esa indisponibilidad queda de manifiesto en la punición del homicidio por piedad. El artículo 116 C.p. castiga, con pena de seis meses a tres años de prisión, al que movido por un sentimiento de piedad, matara a un enfermo grave e incurable, ante pedido serio e insistente de éste, aún cuando medie vínculo de parentesco. En el homicidio por piedad, el ofendido consiente en la acción del autor, y en el resultado muerte. Sin embargo, a pesar de ese consentimiento el hecho es punible. Lo cual revela, entonces, que no produce efecto alguno (fuera de disminuir la pena en el homicidio por piedad, si se dan los otros requisitos), el consentimiento del derecho-habiente en los delitos dolosos contra la vida". (cf. Castillo Gonzalez, Francisco. El Consentimiento del Derecho-Habiente. Editorial Juritexto. 1998. p. 122) Establecida la existencia de bienes indisponibles, en el caso concreto que se conoce en esta sede de casación, no es posible acceder en que el ofendido, por la circunstancia de haber estado de acuerdo en trasladarse con el acusado en el vehículo, aún conociendo que estaba en estado de ebriedad, esté disponiendo eventualmente de su propia vida o consintiendo posibles lesiones, pues aún cuando se pudiese discutir asumió el riesgo dado el estado de ebriedad del acusado, es lo cierto que pudiese prever que iba a suceder el accidente la circulación. No es posible hablar de que consintiera la lesión a su integridad corporal. Lo anterior obliga al rechazo del reclamo.

2- Imputación objetiva por la asunción del riesgo o autopuesta en peligro. Coincidimos con algunos autores en señalar que el hasta hace poco tiempo el delito imprudente ocupaba un lugar secundario en el derecho penal, y este estaba consagrado fundamentalmente al

delito doloso. En palabras de Muñoz Conde, el delito imprudente era un quasi delictum, más afín al derecho civil que al derecho penal. (cf. Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte General Tirant lo Blanch. Valencia, 1993, p. 257). Para 1930 Engisch decía que los delitos culposos eran casi imposibles por la poca frecuencia con que se presentaban. Sin embargo, modernamente la situación ha cambiado, esto debido al proceso de industrialización, con la consiguiente manipulación de maquinas, así como la aparición de una sociedad de considerable aumento en los riesgos, de tal modo que el delito imprudente, especialmente aquél asociado con el tráfico vehicular, ha pasado a un primer plano. El tráfico automovilístico representa actualmente una de las fuentes principales de peligro para la vida, la salud, la integridad física y el patrimonio de las personas. Señala Muñoz Conde que ante el aumento cualitativo de este tipo de delincuencia, la doctrina no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que planteaba, toda vez que las teorías penales y la dogmática jurídico penal se habían desarrollado sobre el delito de doloso fundamentalmente. (cf. al respecto: Muñoz Conde, Op. Cit. p 258). Desde esa perspectiva, estimo que no es posible resolver el caso concreto considerando únicamente la contribución que pudiese haber dado la victima, especialmente en este asunto en que se trata de un menor de edad en que la comprensión de las consecuencias de un hecho no es la misma que pudiese tener una persona adulta. Por otro lado, el menor precisamente por esa condición nunca pudo representarse se modo completo que pudiese haber sucedido el accidente de la circulación, de modo que no es posible interpretar que renunciara a la protección que el ordenamiento jurídico le brinda. De ahí que aceptar que el menor con la acción subirse al vehículo conociendo que el sentenciado estaba en estado de ebriedad, esté renunciando a la protección del ordenamiento, es prácticamente hacer desaparecer la idea de bien jurídico, y establecer de modo irrestricto que cualquiera puede disponer de los medios de protección que el ordenamiento brinda. Coincidimos con la opinión de algunos autores, entre ellos Bustos Ramírez al afirmar que el principio de autoresponsabilidad - entendido como que quien no toma las precauciones correspondientes a su responsabilidad respecto de sus bienes no queda protegido - lo que hace es desnaturalizar las bases mismas del derecho penal, pues este dejaría de ser protección de bienes jurídicos para tutelar básicamente al imputado y no a la victima, asumiendo el Estado un papel pasivo y ausente en la protección que el ordenamiento debe brindar. La idea de la autoresponsabilidad lo que hace es partir de la falsa idea de que el bien jurídico no merece protección alguna por el comportamiento del sujeto titular de ese bien- lo que no es posible considerar especialmente cuando se trata de un

menor de edad - pues tal ello lleva a estigmatizar a la víctima para una tutela únicamente al que causó de modo directo el daño, por su acción imprudente, y se le despoja de los bienes que el Estado debe proteger. (cf. Bustos Ramírez, Victimología, p 24). En otros términos, de aceptarse que en la especie el responsable de los hechos y por ende debe asumir el riesgo de su conducta es única y exclusivamente el menor ofendido, crea una distorsión en el sistema penal, pues se deja de analizar la responsabilidad del autor y de los hechos, para someter a juicio a la víctima. Si bien es cierto que existe una tendencia a analizar en el derecho penal la actuación de la víctima y la contribución que pudo tener en el hecho delictivo, esto no implica dejarla desprotegida, sin un análisis crítico de los hechos y de la responsabilidad del autor. Véase que en el caso concreto, el menor ofendido si bien pudo apreciar que el acusado estaba en estado de ebriedad, y aún así aceptó acompañarlo en el vehículo, " por solidaridad" , hace evidenciar que el menor perjudicado no pudo nunca pensar que pudiese suceder un percance con las consecuencias físicas que se derivan del proceso, y en todo caso, el estado de ebriedad y el exceso e velocidad - según se tuvo por probado en la sentencia recurrida - hacen que el justiciable pierda el control del automotor volcándose, hechos que son producto de la acción en violación al deber de cuidado atribuible al imputado y no propiamente al ofendido. Con fundamento en lo expuesto, me separo de los razonamiento del voto de mayoría, y estimo que debe declararse sin lugar el recurso de casación que interpone la defensa pública a favor del sentenciado.

POR TANTO:

Por mayoría, se declara con lugar el único motivo por el fondo, en consecuencia, se ABSUELVE DE TODA PENA Y RESPONSABILIDAD al imputado J.A.A. por el delito de LESIONES CULPOSAS en perjuicio de E.A.G. Son los gastos del proceso a cargo del Estado. El juez Sojo Picado salva el voto.

b) Necesidad que el derecho al que se renuncia tenga el caracter de renunciabile

[SALA TERCERA]⁵

Resolución 358-F-91

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

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las once horas cuarenta minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y uno.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Geovanni Enrique Arce García, mayor, unión libre, empacador, vecino de Pavas, cédula 1-737-843 por el delito de Coacción en daño de R. L. A.. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados: Daniel González Alvarez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Mario Alberto Houed Vega, Alfonso Chaves Ramírez y Rodrigo Castro Monge. Son partes, además del procesado su defensora Lilliana García Vargas y Jorge Segura Román, en representación del Ministerio Público.-

Resultando:

1.- Que mediante sentencia dictada a las 15:20 hrs. del 10 de diciembre de 1990, el Juzgado Segundo Penal de San José, resolvió: "Por Tanto: En mérito a lo expuesto y artículos 39 de la Constitución Política, 1, 11, 16, 21, 30, 45, 71 a 74 y 193 del Código Penal, 392, 393, 395, 396, 399 y 421 del Código de Procedimientos SPenales, se declara a Geovanni Arce García autor responsable del delito de Coacción cometido en perjuicio del menor R. L. A., y como tal se le impone el tanto de un año de prisión que deberá descontar en el lugar y forma que señalen los respectivos reglamentos penitenciarios, previo abono de la preventiva sufrida, si la hubiere, todo ello de conformidad con el artículo 193 del Código Penal. Se le condena al pago de ambas costas, quedando a cargo del Estado los gastos del proceso. Una vez firme la sentencia inscribábase en el Registro Judicial de Delincuentes. Por reunir el acusado los requisitos que establecen los artículos 59, 60 y 62 del Código Penal se le concede el beneficio de Ejecución Condicional de la Pena por un período de prueba que se fija en tres años, debiendo hacersele en su oportunidad las advertencias del beneficio concedido y los motivos que producen su cesación. Con el dictado de la sentencia quedan notificadas las partes. Dra. Alicia María Monge Fallas. Juez. María Carmona González. Sria.".-

2.- Que contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de casación por el fondo, la licenciada Lilliana García Vargas, en su condición de defensora pública del procesado. Reclama en su único motivo la violación del artículo 193 del Código Penal en relación

con el 39 de la Constitución Política, por estimar que a pesar de que la conducta atribuida a su defendido "...resulta a todas luces grosera e incluso detestable, también lo es que de acuerdo con el principio de legalidad, no se puede condenar a alguien por un hecho que no está definido como delito...esto sucedió en el presente caso, ya que se confundieron los medios con los fines". Solicita se case la sentencia y se absuelva de toda pena y responsabilidad a su defendido.

3.- Que la vista solicitada se realizó a las 9:30 hrs. del 11 de junio del año en curso.

4:- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo que dispone el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, la Sala se planteó las cuestiones deducidas en el recurso, declarándolo con lugar.

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

Redacta el Magistrado Houed Vega, y;

Considerando:

En el único motivo de su recurso por el fondo, la defensora pública del sentenciado Geovanni Arce García reclama la violación del artículo 193 del Código Penal en relación con el 39 de la Constitución Política, por estimar que a pesar de que la conducta atribuida a su defendido "...resulta a todas luces grosera e incluso detestable, también lo es que de acuerdo con el principio de legalidad, no se puede condenar a alguien por un hecho que no está definido como delito...esto sucedió en el presente caso, ya que se confundieron los medios con los fines". (ver f. 46 fte.). Agrega la impugnante que se requieren tres elementos básicos para que se configure el delito de Coacción los medios (que pueden ser violencia física, moral o amenazas graves), la acción (por la que el sujeto activo pretende compeler a alguien); y los fines (que son que el coaccionado haga, no haga o tolere algo a lo que no está obligado), elementos que, de acuerdo con su criterio, no se observan en este asunto. Los hechos que la juzgadora de mérito tuvo por acreditados en su sentencia, básicamente son los siguientes: Que el menor R. L. A., de once años de edad, le

solicitó al imputado Arce García que le prestara su bicicleta con el fin de disfrutar de un paseo, a lo que éste accedió con la condición de que aquél se dejara quemar con un cigarrillo. El menor aceptó la propuesta y seguidamente el imputado le produjo ocho quemaduras circulares de aproximadamente 0.4 cms. de diámetro en la mejilla izquierda, que no le dejaron marca indeleble ni le ameritaron incapacidad alguna (ver fs. 39 vto y 40 fte). El razonamiento utilizado por la a-quo para justificar su decisión condenatoria, radica -en síntesis- en que el ofendido es un niño de escasos recursos económicos, que deseoso de disfrutar de un paseo en bicicleta, toleró que se le quemara -a lo que no estaba obligado-, con tal de usar momentáneamente un vehículo que no estaba dentro de sus posibilidades, no pudiendo medir el alcance de su aceptación a sufrir dolor, debido a su corta edad y porque a cambio se le ofreció un gozo que, como niño que es, deseaba fuertemente (ver en especial f. 42 vto.). Ante la anterior situación, expresa la juez que cabe afirmar que la voluntad del menor no fue externada libremente, si no que fue "...coaccionada de tal modo, que prefirió disfrutar de un placer propio de su edad tolerando a cambio lesiones en su cuerpo, lo que revela por parte del acusaco una conducta anómala, cargada de agresividad..." (f. 42 vto. líneas 18 a 22), que lo hacen responsable del delito de Coacción. Ahora bien, es cierto que por ser el anterior ilícito un delito contra la libertad de determinación de las personas, la obligación, la abstención o la tolerancia exigidas por el autor, deben ser contra la voluntad de la víctima -Ver art. 193 del Código Penal, Parte Especial, Lerner, 1977, p. 1988; y ob. de Breglia Arias y Gauna, Código Penal comentado, anotado y concordado, ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 479 y 480), lo que no implica en modo alguno, admitir (por interpretación en sentido contrario) que se reconozca en un caso como el presente, la causa de justificación a que se refiere el artículo 26 del Código Penal (consentimiento del derecho habiente) por estar de por medio bienes o derechos que son absolutamente indisponibles e irrenunciables. Sin embargo, aparte de llamar la atención a esta Sala que las lesiones en el rostro del menor no dejaran ninguna secuela o marca, ni produjeran incapacidad, debe reconocerse que la impugnante lleva razón en cuanto afirma que el niño aceptó, sin presión alguna, la propuesta del imputado, pudiendo elegir libremente no someterse al trato cruel e inhumano que éste le puso como condición para prestarle su bicicleta, por lo que en tales circunstancias no puede configurarse el ilícito de Coacción sino únicamente el de Lesiones, que en este asunto -por no haberse producido incapacidad alguna- se reduce a la Contravención del artículo 374 del Código sustantivo (Lesiones levísimas) ya que no se está ante los delitos que contemplan los artículos 123 a 125 del mismo cuerpo legislativo (Lesiones gravísimas, graves o

leves). Pero apreciándose que el plazo de prescripción de la acción penal por esa contravención ya venció, resulta estéril efectuar el correspondiente testimonio de piezas. Por todo lo expuesto, se declara con lugar el recurso por violación de leyes sustantivas. Se anula la sentencia y en consecuencia, resolviendo el fondo del asunto, se absuelve de toda pena y responsabilidad a Geovanny Arce García del delito de Coacción que se le atribuyó, cometido en perjuicio del menor R. L. A.. Cancélese su anotación en el Registro Judicial de Delincuentes.-

Por Tanto:

Se declara con lugar el recurso por violación de leyes sustantivas presentado por la defensora pública. Se anula la sentencia y en consecuencia, resolviendo el fondo del asunto, se absuelve de toda pena y responsabilidad a Geovanny Arce García del delito de Coacción que se le atribuyó, cometido en perjuicio del menor R. L. A.. Cancélese su anotación en el Registro Judicial de Delincuentes.

c) Inaplicabilidad del consentimiento de derechohabiente

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]⁶

Res: 2005-0531

Exp. 00-601464-0500-TC-(3)

TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las once horas del nueve de junio dos mil cinco.

RECURSO DE CASACION interpuesto en la presente causa seguida contra J . A . A, mayor, vecino de Alajuela, por el delito de LESIONES CULPOSAS, en perjuicio de E . A . G. Intervienen en la decisión los jueces Carlos Chinchilla Sandí, Víctor Dobles Ovares y Guillermo Sojo Picado. Se apersonó en el recurso de casación el Licenciado Víctor Manuel Ortega Jiménez, Defensor Público de sentenciado.

RESULTANDO:

1. Que mediante resolución dictada a las diez horas del dieciocho de junio de dos mil cuatro, el Juzgado Penal Juvenil de San José, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, artículos 39 de la Constitución Política, 1, 11, 16, 30, 45, 71 a 74 y 128 del Código Penal, 1, 2, 4, 7 al 10, 12 al 16, 18, 20 al 29, 44, 45, 54, 68, 100 al 108, 121 al 123, 125, 131 y 140 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, 324, siguientes y concordantes del Código Procesal Penal, se declara a la persona acusada: J.A.A.AUTOR RESPONSABLE del delito de LESIONES CULPOSAS en perjuicio de E.A.G; Por ello se le impone la pena privativa de libertad de INTERNAMIENTO EN UN CENTRO ESPECIALIZADO POR EL PLAZO DE TRES MESES y en forma alterna se le impone la sanción socioeducativa de LIBERTAD ASISTA: "Esta medida, cuya duración máxima será de ocho meses, consiste en otorgar la libertad al menor de edad, quien queda obligada a cumplir con programas educativos y recibir orientación y seguimiento del Juzgado, con asistencia de especialistas del programa de Menores de Edad de la Dirección General de Adaptación Social". Sanción que se impone por el plazo de ocho meses. Asimismo, se le impone en forma simultánea las siguientes ordenes de orientación y supervisión por el mismo plazo: a) abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos y para ello se deberá someter a un tratamiento que le ayude a eso; b) Como mínimo dos veces a la semana asistirá a un grupo de Alcohólicos Anónimos de la localidad; la asistencia a las terapias, la demostrará a la Trabajadora Social en el momento correspondiente. En caso de incumplimiento injustificado de lo aquí decretado y como medida alternativa, se aplicará como tal, tres meses de prisión en centro especializado. La ejecución de las sanciones alternativas queda a cargo de los Funcionarios del Programa de Sanciones Alternativas para menores de edad de la Dirección General de Adaptación Social. Se le Informa al joven sancionado Á.A, que en caso de incumplimiento injustificado de las sanciones no privativas de libertad, éstas se revocaran y se aplicará la sanción principal de internamiento, como incumplimiento por el plazo antes expuesto a saber TRES MESES en Centro especializado. Firme esta resolución, envíense las copias de estilo al programa supra indicado y remítase él expediente al juez de Ejecución de la Sanción de San José. NOTIFIQUESE. Lic. Álvaro Ramírez Largaespada. Juez."

2. Que contra el anterior pronunciamiento el Licenciado Víctor Manuel Ortega Jiménez interpuso recurso de casación.

3. Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 450 del Código Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en la revisión .

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

REDACTA el Juez CHINCHILLA SANDI; y

CONSIDERANDO

I.- El Juzgado Penal Juvenil de San José, según sentencia N° 93-2004 de las 10:00 horas del 18 de junio del 2004, declaró a J.A.A. autor responsable del delito de LESIONES CULPOSAS en perjuicio de E.A.G, donde le impuso la pena privativa de libertad de INTERNAMIENTO EN UN CENTRO ESPECIALIZADO POR EL PLAZO DE TRES MESES y en forma alterna se le impone la sanción SOCIOEDUCATIVA DE LIBERTAD ASISTIDA con una duración máxima de OCHO MESES; además de otras órdenes de orientación y supervisión por el mismo plazo. En caso de incumplimiento injustificado de lo aquí decretado y como medida alternativa, se aplicará como tal, TRES MESES DE PRISIÓN EN CENTRO ESPECIALIZADO. Por su parte, el Lic. Víctor Manuel Ortega Jiménez, Defensor Público del imputado, formula recurso de casación contra la citada sentencia, el cual reúne los requisitos exigidos por los artículos 444 y 445 del Código Procesal Penal, por lo que se admite para su conocimiento.

II. Como único motivo de casación por el fondo, se alega inobservancia del artículo 26 del Código Penal y errónea aplicación del artículo 128 del Código Penal, conforme los artículos 26 y 128 del Código Penal y, 369.i) y 443 del Código Procesal Penal. Refiere el recurrente que, el Juez Penal Juvenil al dictar la sentencia y realizar la fundamentación intelectual de los hechos acreditados, comete un grave error al imponer sanción con la calificación legal del artículo 128 del Código Penal, pues lo correcto debió ser, considerar que los hechos que se tiene como típicos no son antijurídicos, por la aplicación del artículo 26 del Código Penal como causa de justificación. En este sentido se dice en el recurso que, los hechos probados son ajustados a los elementos objetivos del consentimiento del derechohabiente, pero en ningún momento lo consideró así en la fundamentación

intelectiva, a pesar de que la fundamentación fáctica y descriptiva sí lo consideran en forma obvia. Se considera en el recurso que el juzgador llega a cometer un error, pues debió aplicar el artículo 26 del Código Penal, donde se contempla la figura del consentimiento del derechohabiente. En la sentencia recurrida el error consiste en no tomar en cuenta la (actuación) situación del ofendido, en la que él y el testigo Luis Diego, con absoluta claridad manifiestan que el acusado estaba ebrio, situación esta que dispuso que Luis Diego decidiera no viajar más con el imputado, esto porque percibió el peligro al que se expondría si continuaba viajando con éste, pero aún así, y dándose cuenta en forma clara de lo que estaba sucediendo, el joven ofendido (sin que hasta ese momento hubiese viajado en el carro del imputado) por un sentimiento de amistad, voluntariamente decidió acompañarlo, donde nadie el pidió que lo hiciera. Este aspecto es el que el juez de instancia tiene en forma directa como hecho probado y no lo valora intelectivamente y es éste precisamente el vicio de la sentencia que se recurre, porque de haber valorado el a quo la decisión del ofendido, llegaría a la conclusión de que la conducta del acusado J.A.A. encaja en el artículo 26 del Código Penal y, aunque el juez de instancia considere que se tipifica el delito contenido en el artículo 128 del mismo cuerpo normativo citado, hay una causa de justificación para absolverlo de toda pena y responsabilidad. Aquí es donde radica el error en la aplicación del derecho de fondo, para dar paso a la corrección y la inmediata absolutoria del imputado.

III. EL MOTIVO SE DECLARA CON LUGAR, pero por razones diferentes a la expuestas, pues no resulta aplicable el consentimiento del derechohabiente como causa de justificación, sino, la puesta en peligro de un tercero aceptado por éste que conduce a la atipicidad, por lo que se absuelve al acusado de toda pena y responsabilidad. La parte esencial de la sentencia se recoge, indiscutiblemente, en los hechos -primero, segundo y tercero- tenidos por demostrados, los cuales fijan el siguiente cuadro fáctico:

"1) El día once de junio del dos mil, el acusado J.A.A. y el ofendido E.A.,G., luego de estar celebrando el cumpleaños de un amigo de nombre 'Roberto' con varios allegados más, desde tempranas horas de la noche anterior, en una de las casas de ellos, en la provincia de Alajuela, donde estaba la presencia del licor; al ser las tres de la madrugada aproximadamente, el testigo y amigo de ambas partes aquí en litigio Luis Diego Calvo Calvo, acompañaba en el vehículo placa 279104, tomado por J.de la casa de

sus padres y era conducido por el menor de edad y aquí acusado A.A, quien no contaba con permiso para la conducción de vehículos automotores y llevaba el mismo estando ebrio. 2) Que luego de la celebración que se tenían, todos los amigos, que eran en cantidad de seis o siete aproximadamente, deciden continuar de fiesta en un lugar en San José, eligiendo 'La Taberna' ubicada por las inmediaciones del ICE en la Sabana, negocio al cual llegan Luis Diego y el imputado Á.A, en el vehículo citado anteriormente; en el negocio departen por algún corto tiempo, escogiendo luego otro lugar en Escazú, para continuar en lo que estaban. A la salida de 'La Taberna' Luis Diego decide no acompañar más en ese vehículo al imputado, por la condición de embriaguez en la que se encontraba, incluso sus amigos insistieron en que no manejara y le quitaron las llaves del mismo, pero en un momento determinado, las obtuvo y por solidaridad y amistad, el ofendido E.A.G, lo acompañó. Circulaban por las inmediaciones del boulevard de Rohrmoser, en Pavas de esta jurisdicción. 3) Debido al estado de embriaguez de que se encontraba el aquí acusado, conducía con exceso de velocidad y a la falta de deber de cuidado, al pasar por las inmediaciones de Plaza Mayor, pierde el control del automotor al realizar una maniobra muy violenta, que invadió la jardinera o zona verde, pegó contra los arbustos, arrancó dos de ellos y se vuelca, resultando el aquí ofendido con diversas lesiones en su cuerpo, debiendo ser trasladado de emergencia al Hospital México, donde recibe atención Médica (sic)." (folios 242-243).

El cuadro fáctico expuesto, nos permite conocer por el fondo el alegato dirigido por la defensa pública en favor del imputado. Se señala que el error en la fundamentación intelectual de la sentencia se debe, sin lugar a dudas, a la falta de aplicación del consentimiento del derechohabiente como causa de justificación, conforme el artículo 26 del Código Penal, el cual dice:

"No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo".

El defensor público pretende se declare con lugar este motivo por los argumentos que expone. En este sentido, el Tribunal considera procedente la solicitud, pero conforme razones diferentes a las pretendidas en el recurso, porque lo que resulta aplicable es la figura de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, que dirige a la atipicidad de la conducta, no así el consentimiento del derechohabiente, que expone una causa de justificación, donde la tipicidad persiste, pero el proceder del

sujeto no resultaría antijurídico, debido a su justificación por parte del ordenamiento jurídico.

Para explicar un poco esta situación, tenemos que estudiar un poco la dogmática penal y aclarar conceptos relevantes. En efecto, partiendo de una aceptación de la teoría de la imputación objetiva para resolver casos imprudentes o de infracción del deber, así como los realizados con dolo, debemos tener presente los elementos que la conforman y le brindan razón de existencia.

IV. Teoría de la imputación objetiva. Cuando nos referimos a la imprudencia o culpa, es importante mencionar que actualmente el desarrollo y estudio científico de este tipo de delitos ha sobrepasado las expectativas que se tenían, llegando a volcarse muchos juristas a otorgarle primordial relevancia a su examen como producto de la dogmática jurídico-penal (CHINCHILLA SANDÍ, Carlos, *La Culpa en Derecho Penal (Estudio del delito culposo; su configuración y elementos en la moderna teoría del delito)*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, se desarrolla un análisis dogmático del delito culposo o imprudente). Como lo señala ROXIN, a pesar de esa situación, "los esfuerzos científicos en la formación de conceptos, en la ordenación sistemática y en los resultados prácticos no ha producido aún tanto consenso y claridad como en la dogmática del delito doloso" (ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, tomo I, 1997, p. 997). Según la concepción moderna, la cual podemos decir que es casi unánime, la imprudencia es un problema de tipo (ver, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997). En este sentido, se puede señalar que una conducta imprudente puede estar justificada o exculpada en el caso concreto; pero es en el tipo donde se determina si era imprudente (cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997). La doctrina clásica, que permaneció en este terreno hasta la postguerra, apreciaba la imprudencia exclusivamente como una forma menos grave de la culpabilidad al lado del dolo (cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 997); ello era así, debido a que el estudio del dolo y la imprudencia o culpa se remitían a los elementos de la culpabilidad. Fue posteriormente, esencialmente con WELZEL, como lo veremos más adelante, que esta comprensión varió y el dolo, por ende la culpa o imprudencia, fueron analizadas dentro de la tipicidad y se abandonó ese esquema de referencia desde la culpabilidad, convirtiéndose en un problema de tipo. Por culpa o imprudencia podemos entender una forma de obrar, de quien actúa con infracción al deber de cuidado, lo que anteriormente se identificaba como la negligencia, impericia o

inobservancia de los deberes que le incumbían concretamente (cfr. TERRAGNI, Marco Antonio, *El delito culposo* , Buenos aires, 1998, p.17). Por ello, en el delito culposo «finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal (ver, BACIGALUPO ZAPATER, Principios de Derecho Penal. Parte General , Madrid, tercera edición, 1994, p. 241) . El Código Penal costarricense no sólo contempla supuestos de ilícitos penales dolosos, donde la realización del injusto se verifica mediante conocimiento y voluntad, sino que se cuenta con el llamado delito imprudente , donde el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo doloso, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado , esto quiere decir, por inobservancia del cuidado debido (cfr. BACIGALUPO, Principios... , cit., p. 241; MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General , Barcelona, 1990, p. 287). En estos casos, el sujeto procede en forma descuidada y negligente, siendo el fundamento de la imputación el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. Por ello, en el delito culposo «finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal» (BACIGALUPO, Principios... , cit., p. 241). El Código penal costarricense recoge dentro de su artículo 30, tanto, el dolo como la culpa o imprudencia. Dentro del estudio del delito imprudente, se debe de constatar la necesaria relación de causalidad entre el hecho dirigido bajo la infracción del deber de cuidado y el resultado lesivo, introduciendo el correspondiente estudio de la imputación objetiva del resultado como elemento identificador de la tipicidad objetiva del delito imprudente. Por otra parte, en la acción imprudente o culposa su resultado es previsible y evitable , cuando no le asisten estas cualidades, podemos estar ante supuestos del caso fortuito o fuerza mayor , donde se excluye la imputación objetiva del resultado. En lo ilícito del delito culposo es posible distinguir entre el disvalor de acción y el disvalor del resultado , paralelamente a como se hace en el campo del delito doloso. Sin embargo, para algunos, como en el caso de BACIGALUPO (Principios..., cit., p. 242) , carece de sentido diferenciar el tipo subjetivo del tipo objetivo , debido a que esta bipartición en el delito doloso tiene sentido porque éste se caracteriza por la coincidencia básica entre lo querido y lo hecho por el autor. En el delito culposo, por lo contrario, lo que se muestra como esencial es la discrepancia entre lo querido y lo hecho por aquél. Lo anterior no significa que en lo ilícito del delito culposo no se puedan dar elementos subjetivos (cfr. BACIGALUPO, Principios..., cit., p. 242 y 243) .

La imprudencia o culpa contiene un momento negativo , representado por la falta de diligencia, de cuidado, de prudencia, que no debe confundirse con la omisión de la acción. Es posible, por tanto, una acción positiva sin el debido cuidado, tanto como una omisión sin el cuidado exigido. Dicho de otra manera, en el delito culposo de comisión la falta de cuidado no afecta el carácter comisivo del hecho (BACIGALUPO, Principios... , cit., pp. 242-243). En definitiva, se habla de culpa o imprudencia en aquellos casos donde el sujeto procede en forma descuidada y negligente, siendo el fundamento de la imputación el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. Por ello, en el delito culposo «finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal» (ver, BACIGALUPO, Principios... , cit., p. 241).

En el campo de la tipicidad del delito imprudente, inicialmente debe verificarse que el sujeto actuó sin dolo, porque, de lo contrario, si el autor obró con dolo no cabe la verificación de la adecuación respecto del tipo de un delito culposo. En esencia, la tipicidad del delito culposo requiere que el autor haya infringido un deber de cuidado . Si se trata además de un delito culposo con resultado de lesión, éste deberá ser objetivamente imputable a la acción (BACIGALUPO, Principios... , cit., p. 243). Veamos cada uno de estos elementos:

1) La infracción del deber de cuidado . El primer elemento de la tipicidad, en los delitos imprudentes, es la infracción del deber de cuidado . En realidad los códigos penales no vienen a regular en forma específica el deber de cuidado, sino se expone un deber genérico cuya infracción resulta punible si se cumplen además los otros elementos del tipo penal que condicionan la punibilidad. Existen dos criterios para definir el deber de cuidado concreto ; por una parte, tenemos el criterio objetivo , y, por otra, se tiene el criterio individual . Es de muestra preferencia lo relativo al criterio individual donde el deber de cuidado dependerá de las capacidades y conocimientos especiales del autor concreto. Esta situación enfocada de manera inversa, sería, " no infringe el deber de cuidado, el que, de acuerdo con sus capacidades y conocimientos, no podía haber previsto la realización del tipo" (BACIGALUPO, Principios... , cit., p. 244).

2) El riesgo permitido. En la realidad social puede hablarse de un riesgo permitido, constituido por la tolerancia social de un cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos. El tráfico de vehículos representa un grado mayor de riesgo de accidentes que la circulación a pie; esto es claramente reflejado en las estadísticas sobre las causas de muerte, donde la principal se ubica en la conducción de vehículos automotores, sin embargo, esta actividad se asume como un riesgo socialmente adecuado debido a las ventajas que globalmente produce a la vida social (BACIGALUPO, Principios... , cit., p. 245; REYES ALVARADO, Yesid, Imputación objetiva, Santa Fé de Bogotá, segunda edición, 1996, pp. 90-99; en igual sentido, haciendo alusión a otros casos de acciones peligrosas ejecutadas diligentemente, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1990, p. 109). En la dogmática penal se considera dentro del riesgo permitido el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (principio de confianza). En otras palabras: aquél que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringirá el deber de cuidado (BACIGALUPO, Principios... , cit., p. 245; REYES, Imputación... , cit., pp. 141-143). En este sentido, BACIGALUPO al hablar de la circulación -medio en el cual se presenta una gran cantidad de delitos imprudentes-, nos ilustra la situación anterior con un claro ejemplo, veamos: "el automovilista que atraviesa un cruce de calles a velocidad permitida y con la luz en verde no infringe el cuidado debido si no ha tomado precauciones especiales para el caso de una eventual infracción por parte de otro automovilista (por ejemplo, atravesar la calle a pesar de la luz roja que indica detenerse)" (Principios... , cit., p. 245; en igual sentido, REYES, Imputación... , cit., pp. 142-143).

3) La imputación objetiva del resultado. Cuando se trata del caso de los delitos de resultado -que son los que ahora nos ocupan, como es el caso de las lesiones culposo-, entre la acción y el resultado debe mediar una relación de causalidad. Esta relación debe permitir, en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido por el autor de la conducta que lo ha causado. (MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1993, p. 212). "La relación de causalidad entre acción y resultado y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido" (la cursiva ha sido suplida) (MUÑOZ CONDE, Derecho Penal... , cit., p. 212). Hay casos en los cuales se complica la identificación de esta relación de causalidad entre acción y resultado y, a su vez, la imputación objetiva del resultado al autor de la acción; para solucionar

estos problemas, se han elaborado diversas teorías, entre ellas encontramos las reconocida teoría de la equivalencia de las condiciones o condicio sine qua non y la teoría de la causación adecuada .

Lo que ahora nos interesa resaltar, es el aspecto de la imputación objetiva y su aplicación al campo de los delitos imprudentes. El estudio de la imputación objetiva se traslada en el tiempo desde finales de los años veinte, con la publicación de la obra de LARENZ en 1927. Este autor reclamó como criterio determinante para adscribir un hecho al sujeto que opera en derecho el "juicio de imputación" , otorgándole un sentido distinto del que tiene el juicio sobre la preexistencia de una relación de causalidad (JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* , Madrid, 1996, p. 23). Para JAKOBS, LARENZ parte de que el juicio de imputación es aquel por el cual se determina si un hecho es obra de un sujeto (JAKOBS, *La imputación...* , cit., p. 23). Por ello, "la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad", su esencia se representa por la libertad, en cuanto significa autodeterminación. Ello posibilita imputar al hombre su hecho como "propio" y hacerle responsable del mismo. Sólo a quien tiene voluntad, a la persona, puede serle imputado algo (JAKOBS, *La imputación...* , cit., p. 24). El juicio de imputación sobre el hecho se configura como un juicio teleológico. Para LARENZ, el hecho se presenta así como un todo teleológico, es decir, como un conjunto variado de causas y efectos que halla conjunción a través de la relación con los fines de la voluntad (JAKOBS, *La imputación...* , cit., p. 24). LARENZ va más allá que HEGEL, pues considera que el concepto de imputación es objetivo , pues no sólo comprende la imputación de hechos conocidos y queridos sino también los que podrían haber constituido objeto de la voluntad, o sea, los hechos imprudentes (JAKOBS, *La imputación...* , cit., p. 24).

En definitiva, debemos partir de la existencia de una necesaria relación de causalidad entre la acción y el resultado , así como la existencia de una relación específica entre éste y aquélla (lo que conocemos como imputación objetiva). Por su parte, las teorías clásicas llegaron a decir que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una relación de causalidad , es decir, una relación de causa a efecto idéntica a la observable en los sucesos de la naturaleza (BACIGALUPO, *Principios...* , cit., p. 116). La teoría de la causalidad se completa mediante correctivos de naturaleza no causal , sino normativa , es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza

de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la teoría de la imputación objetiva. "La teoría de la imputación objetiva procura, por el contrario, determinar el fundamento y el lugar donde debe llevarse a cabo una corrección de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad, sobre la base de principios deducidos de la naturaleza de la norma y del fin de protección de la misma" (BACIGALUPO, Principios... , cit., p. 116).

En el estudio de las teorías de la causalidad, hay muchas de ellas que han tratado de dar respuesta a la pregunta de la relación de causalidad. Dentro de las más importantes encontramos la teoría de la equivalencia de las condiciones (condicio sine qua non), así como la teoría de la causalidad adecuada y la de la causalidad relevante (ver un completo desarrollo de estas teorías en, REYES, Imputación... , cit., pp. 8-16, 22-30) Como correctivo de las dos anteriores encontramos la teoría de la relevancia típica, la cual trata de adaptar la causalidad natural a las necesidades del derecho penal. Por su parte, la teoría de la imputación objetiva es consecuencia de la teoría de la relevancia; su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad por una relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales (BACIGALUPO, Principios... , cit., p. 121). A pesar de ello, la teoría de la imputación objetiva no ha venido a zanzar el problema de la causalidad natural. Cuando se trata de los llamados delitos de resultado, en los cuales la acción típica ha de producir el resultado típico, consistente en la lesión del objeto sobre el que aquélla recae, habrá de seguir estableciendo siempre, antes de analizar la relación de imputación objetiva, la causalidad. En estos casos, la causalidad constituye un presupuesto previo de la imputación objetiva del resultado (JAEN VALLEJO en FRISCH WOLFGANG, Tipo penal e imputación objetiva, Madrid, 1995, p. 10). En este marco la verificación de la causalidad natural no es sino un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Una vez comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar los siguientes elementos:

a) Si la acción ha creado un peligro (o riesgo) jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; algunos prefieren hablar de un "riesgo típicamente relevante".

b) Si el resultado producido es la realización del mismo peligro (o riesgo) (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Estos dos puntos de partida son deducidos del fin de protección de

la norma penal . Con ello se quiere decir que, esta sólo prohíbe acciones que creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que hubiera podido evitarse (BACIGALUPO, Principios... , cit., p. 121; REYES, Imputación... , cit., pp. 106-107, 204-217). Para MARTÍNEZ ESCAMILLA el ámbito de protección de la norma , o como lo llama ROXIN "pertenencia del resultado al ámbito de protección jurídico-penal" o "alcance del tipo" , es un "criterio ulterior o independiente de los utilizados para la comprobación de la realización del riesgo, relación ésta que ha de ser previamente afirmada para que el presente criterio entre en juego" (MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, La imputación objetiva del resultado , Madrid, 1992, pp. 341-342). Cuando se habla de imputación objetiva se estudian los criterios de creación de un riesgo no permitido , la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma . Según BACIGALUPO (Principios... , cit., pp. 121-124), con el primer criterio se puede dar solución a aquellos casos en que el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida. Como ejemplo se pueden citar: el médico inyecta indebidamente cocaína al paciente, produciendo su muerte que también hubiera producido de haberse empleado novocaína que era lo aconsejable; el automovilista, conduciendo a más velocidad de la permitida, atropella al ciclista borracho, que igual hubiera sido atropellado no obstante que el conductor llevase el vehículo a la velocidad permitida. En estos dos ejemplos, el resultado sólo puede imputarse al médico o al automovilista si se demuestra claramente que, con su acción indebida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado. Por medio del segundo criterio , se solucionan casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que se transforma en un resultado lesivo, no procede imputar este resultado si no se produce dentro del ámbito de protección de la norma. En este sentido, todos los resultados que caen fuera del ámbito de protección normal que se previó al dictar la norma penal deben ser excluidos del ámbito jurídico penal relevante. Los casos a los que afecta este problema son muy diversos y complejos, van desde la provocación imprudente de suicidios (se deja una pistola al alcance de un depresivo que se suicida con ella) la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (el sujeto que decide voluntariamente subir a un vehículo conducido por una persona que se encuentra en evidente estado de ebriedad, luego éste realiza una maniobra imprudente y se accidenta, donde resulta lesionado el acompañante), hasta los daños sobrevenidos posteriormente a consecuencia del resultado dañoso principal producido (la madre de la víctima del accidente muere de la impresión al saber lo ocurrido a su hijo).

V. Relevante resulta indicar que, este Tribunal de Casación, desde tiempo atrás, propiamente en el voto N° 122-F-99 del 9 de abril de 1999, así como en el voto N° 2004-317 de 1° de abril del 2004 y, por supuesto, este voto que ahora nos ocupa, han tomado partido por la aplicación de la teoría de la imputación objetiva. Pero lo realmente importante es que, en los tres casos, se da respuesta a dos aspectos que siempre han inquietado de los opositores de la imputación objetiva; en primer lugar, se reclama la falta o ausencia de efectos prácticos de la teoría de la imputación objetiva y, en segundo lugar, se reclama que esta imputación objetiva proyecta una ampliación injustificada de la responsabilidad penal, trasladando la discusión al plano objetivo con desprecio del elemento subjetivo. Para responder cada uno de estos cuestionamientos, inicialmente se tiene que partir que estamos ante una verdadera teoría, la cual logra concretar principios científicos y, por supuesto, reglas prácticas, para ser aplicadas a una generalidad de situaciones o casos (esencia de la dogmática) y no únicamente, como se podría pensar o reclamar, en soluciones casuísticas. Luego de lo dicho, en respuestas de aquellos dos escollos que se exponen en contra de la teoría de la imputación objetiva, debemos decir lo siguiente; cuando se cuestiona los efectos prácticos de esta teoría para resolver casos concretos, podemos decir que, en la jurisprudencia que hemos citado anteriormente de este Tribunal de Casación, la teoría de la imputación objetiva ha sido un eficaz instrumento para dar respuesta práctica a situaciones concretas, logrando una adecuada y correcta decisión en el ámbito de nuestro Derecho penal y legislación -incluida la Constitución Política-. Por otra parte, un tema sumamente controversial, resulta de la crítica acerca de la ampliación de la responsabilidad penal, donde el fin de la imputación objetiva sería el incluir, más que excluir, situaciones cotidianas que no resultan comprendidas dentro de una responsabilidad objetiva y, por lo tanto, adelante ese estudio y sienta una no querida responsabilidad objetiva. Esta recurrente crítica ha logrado sus adeptos, pero parte de supuestos falsos y de una interpretación incorrecta acerca del contenido de la imputación objetiva. En efecto, el primer problema surge por la confusión entre los conceptos imputación objetiva, responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva; lógicamente, el primero de ellos no se relaciona, en ningún momento, con los siguientes y, podríamos decir, se aleja de éstos. Pensar en la imputación objetiva es muy diferente a equipararla con responsabilidad objetiva y, mucho menos, pensar en sustituir la responsabilidad subjetiva por aquella. Ante el estudio de una conducta determinada, la imputación objetiva constituye el primer eslabón

que analizaremos frente a los elementos de la teoría del delito, y, en caso de que la misma no se haga presente, o sea, no exista imputación objetiva del resultado a la acción realizada, el estudio terminará en este momento por surgir la atipicidad de la conducta; por el contrario, en el caso que se verifique esta imputación objetiva, no es más que un dato que dirige la atención al estudio de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y, finalmente, culpabilidad, donde se establecerá la responsabilidad subjetiva del autor del hecho. En respuesta al segundo cuestionamiento que venimos analizando, tenemos que, en los dos casos anteriores y, el que ahora corresponde conocer en casación, se trata de situaciones donde se aplica la teoría de la imputación objetiva, con el efecto de restringir la responsabilidad penal, en lugar de ampliarla como se ha querido decir de la imputación objetiva; obteniendo como resultado, la determinación de una conducta atípica, y excluyendo la aplicación impositiva de responsabilidad penal, proveniente del Derecho penal. Como vemos, más que ampliar la responsabilidad penal, en los dos casos anteriores y, en el presente, la utilización de la teoría de la imputación objetiva ha servido para limitar los efectos de la responsabilidad criminal; muy en consonancia con las posiciones garantistas de nuestro sistema penal y procesal penal.

V. Desarrollo dogmático de la "autopuesta en peligro" y la "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste". Teniendo claro los alcances de la teoría de la imputación objetiva, así como su contenido propio de regulación y los casos de excepción, resulta de vital importancia introducirnos al estudio de las figuras de la autopuesta en peligro y la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (en este sentido, se pueden consultar la siguientes obras, ROXIN, Derecho Penal... , cit., 1997; JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, 1995; CANCIO MELIÁ, Manuel, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal, Barcelona, 1998; MUÑOZ, Derecho Penal... , cit., 1993; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal. Parte General, Managua, tomo I, 2000). Cuando hablamos de estas figuras, lógicamente estamos haciendo remisión a la misma teoría de la imputación objetiva, donde podemos extraer una combinación de la teoría del incremento del riesgo y la del fin de protección de la norma. En este sentido, podríamos pensar que una conducta que ha creado un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado, donde el resultado producido, causalmente hablando, es la realización de ese peligro o riesgo jurídicamente desaprobado creado por la acción. Sin embargo, en ciertos casos, podría fracasar la imputación en el alcance el tipo, porque el mismo no llega a contemplar resultados de los

producidos, pues no está dirigido a impedir tales sucesos, ello, dentro del ámbito de protección de la norma penal (ver, ROXIN, Derecho Penal... cit., pp. 386-387). En el caso de la participación en una "autopuesta en peligro" , quien participa realiza una acción secundaria, dependiente o accesoria de la principal realizada por el sujeto que ejecuta su autopuesta en peligro . Esta construcción surge de ROXIN, donde expone que en los casos de la participación en una autopuesta en peligro, siempre resultará impune, pues la acción principal de autolesión es, a su vez, impune (ver, ROXIN, Derecho Penal... , cit., pp. 387-388; CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima... , cit., pp. 177-180). Parte ROXIN del análisis de la instigación o cooperación en el suicidio (v. gr.; A aconseja a B que atravesase un lago con hielo quebradizo. Si al hacerlo el temerario B, pero se da perfecta cuenta del peligro, encuentra la muerte, la consecuencia lógica es que A no tendría responsabilidad en los hechos, por su acción impune), donde el Derecho penal alemán presenta como principio impune la participación en el suicidio, sea en una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, por lo que no puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa (cfr., ROXIN, Derecho Penal... , cit. P. 387). Se exponen como ejemplos de la participación en la autopuesta en peligro -dolosa- de la víctima los siguientes; i) A y B llevaron a cabo una competeción con motos, estando ambos bebidos, pero aún en estado de plena imputabilidad. Durante la carrerra B sufrió un accidente mortal por su propia culpa, ii) A le entrega a B para su propio consumo heroína, cuya peligrosidad tienen clara ambos. B se inyecta la sustancia y muere por ello (ver, ROXIN, Derecho Penal... , cit., pp. 388-389). En definitiva, cuando estamos ante el caso de la participación en una autopuesta en peligro siempre resulta impune la conducta, lo cual no es de efecto inmediato en el caso de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste . En este último caso, estamos ante un sujeto que no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo (ver, ROXIN, Derecho Penal... , cit., p. 393). Como consecuencia de lo anterior, no en todos los casos la conducta resulta impune, sino que deben concurrir determinados requisitos: en primer lugar, es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro; en segundo lugar, que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido, y no de otro distinto; finalmente y en tercer lugar, quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo. Si se dan estos requisitos, el sujeto habrá "asumido el riesgo (ver, ROXIN, Derecho Penal... , cit., pp. 393; en igual sentido, CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima... , cit. P. 180). Podemos señala algunos ejemplos de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste ,

veamos: i) Un pasajero quiere que un barquero le lleve por el río durante una tempestad. El barquero lo desaconseja, aludiendo a los peligros, pero el cliente insiste en su deseo, el barquero emprende el arriesgado intento, el bote vuelca y el pasajero se ahoga. ii) El acompañante conmina al conductor a que vaya a velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a una cita. A consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en el que resulta muerto el acompañante. iii) Un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta lesionado en un accidente causado por estado alcohólico del conductor (estos casos son expuestos por ROXIN, Derecho Penal... , cit., pp. 393-394). En todos estos casos estamos ante conductas que reúnen los requisitos antes citados, por lo que las mismas son impunes. La jurisprudencia alemana resolvía estos casos bajo las reglas del consentimiento o la idea de la previsibilidad, de ahí la posición asumida por CASTILLO GONZÁLEZ (El consentimiento del derechohabiente en materia penal , San José, 1998, pp. 63, 65 y 67) quien refiere que el consentimiento del derechohabiente debe ser comunicado al autor del hecho, aunque resultan suficientes los actos concludentes, por ejemplo; A conociendo el estado de ebriedad agudo en que se encuentra B, se monta en el auto conducido por éste y ocurre un accidente en que A es lesionado. La lesión de A, producida culposamente por B, está justificada por el consentimiento del derechohabiente. En este ejemplo que desarrolla y resuelve CASTILLO GONZÁLEZ, llega a la conclusión de aplicar una causa de justificación, por lo que la conducta resulta ser típica, pero no antijurídica; como lo hacía la jurisprudencia alemana. Esta posición es asumida por el defensor público del imputado en su recurso. Sin embargo, con el desarrollo posterior de la teoría de la imputación objetiva , la cual asumimos plenamente , llegaríamos a una conclusión diferente, pues la conducta resultaría atípica por no existir esa imputación objetiva del resultado, debido a su exclusión por no corresponder al ámbito de protección de la norma penal, la cual no protege o cubre la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, al existir actuación libre y voluntaria del tercero en el peligro generado por otro.

VI. En el caso concreto subjúdice , estamos hablando de un hecho culposo o imprudente, identificado por la infracción al deber de cuidado, conducido por la figura de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste , donde el sujeto no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo, abandonando la figura de la autopuesta

en peligro . En este supuesto, no necesariamente, como se dijo en el considerando anterior, se produce la atipicidad de la conducta, pues deben concurrir algunos requisitos esenciales mencionados en el considerando anterior (ver, Tribunal de Casación Penal, voto N° 122-F-99 del 9 de abril de 1999). En consecuencia, el proceder de la víctima A.G, conforme se describe en la relación de los hechos tenidos por probados, acepta en forma clara y directa el riesgo de subir al vehículo conducido por el imputado J.A.A. en evidente estado de ebriedad. Esta condición del imputado resultaba fácilmente perceptible, tanto que el ofendido y el testigo Calvo Calvo así lo expresan en sus declaraciones recogidas en la sentencia, lo que motivó que este último se negara a subir al automotor que manejaba el imputado, a pesar de ser el acompañante que viajaba con el mismo desde Alajuela, aunque en aquel momento no se encontraba en la situación de evidente ebriedad. No obstante la negativa del testigo Calvo Calvo, el ofendido, quien no fue invitado o exigido por el imputado o cualquier otra persona a subir al vehículo, decide reafirmar su amistad y solidaridad con aquél, y sube al automotor; resultando que ante una maniobra peligrosa el vehículo vuelca, resultando el ofendido con serias lesiones. Por otra parte, señalamos la necesaria existencia de tres requisitos (ROXIN los identifica como dos - Derecho Penal... , cit., p. 395-; en el mismo sentido, Cancio Meliá, Conducta de la víctima... , cit., p. 180, quien comenta la posición de Roxin y llega a señalar tres elementos, los cuales corresponden, en forma idéntica a la descripción de Roxin, simplemente descompone uno de estos elementos en dos, lo que brinda una mayor claridad en la explicación, desde nuestro punto de vista), los cuales vamos a reflejar en el caso a resolver para obtener el resultado final, veamos; i) Es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro . En el caso en estudio, como se ha expuesto anteriormente, la víctima sí conocía, en forma amplia, el peligro que generaba el imputado, al pretender conducir su vehículo en un evidente estado de ebriedad; ii) La lesión deber ser consecuencia del riesgo asumido, y no de otro distinto . De igual forma, la lesión que sufriera el ofendido fue producto o resultado del riesgo que él asumió al subir al automotor guiado por el encartado, pues su estado alcohólico lo dirigió a realizar una maniobra peligrosa, la que provocó que el vehículo volcara y el ofendido resultara seriamente lesionado; iii) Por último, quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo . Lo que resulta aplicable en el presente caso, pues el ofendido tenía la posibilidad de no participar en ese hecho, con la simple negativa de subir al vehículo, porque el mismo no fue presionado para hacerlo, o, más evidente todavía, no ofrecerse a subir al automotor del imputado, por razones de amistad y lealtad a un

amigo -imputado- que se encontraba en manifiesto estado de ebriedad. Es por ello que, el anterior cuadro fáctico nos permite aplicar la figura de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, donde resulta, como consecuencia incuestionable del análisis del caso y la presencia de los requisitos de la figura dicha, la atipicidad de la conducta realizada por el imputado J.A.A. En consecuencia se declara con lugar el único motivo por el fondo, se ABSUELVE DE TODA PENA Y RESPONSABILIDAD al encartado J.A.A. por el delito de LESIONES CULPOSAS en perjuicio de E.A.G. Son los gastos del proceso a cargo del Estado.

VII. Por la forma se plantea un único motivo, el cual es idéntico al motivo por el fondo, por lo que su conocimiento y resolución se realizó en los considerandos anteriores a los cuales se remite.

VIII. VOTO SALVADO DEL JUEZ SOJO PICADO.

El suscrito, Guillermo Sojo Picado, Juez del Tribunal de Casación a.i., de modo respetuoso se aparta del voto de mayoría que suscriben los señores jueces Chinchilla Sandí y Dobles Ovares, y procede a emitir un pronunciamiento diverso con fundamento en las siguientes consideraciones: Si bien coincido con el voto de mayoría, según el cual en el caso concreto no es posible aplicar el consentimiento del derecho-habiente tal y como se alega en el recurso, tampoco es posible resolver el proceso con fundamento en la teoría de la imputación objetiva, específicamente por la autopuesta en peligro o de un riesgo que ha sido aceptado por un tercero, en la terminología empleada por Roxin, y por ende dictar una sentencia absolutoria como lo resuelve el voto de mayoría. Se considera que la acción del menor tal y como está planteada en los hechos probados probados del fallo, no son atípicos (por la aplicación de una autopuesta en peligro tal y como lo razona el voto de mayoría), ni tampoco puede llegar a afirmarse que exista una causa de eliminación de la antijuricidad, tal y como se plantea en el recurso de casación; esto es, por existencia del consentimiento del derecho-habiente. De modo breve, y en primer lugar. procedo a razonar mi voto del porqué estimo no existe un consentimiento del habiente, y en segundo lugar, analizo la cuestión de la inexistencia de una imputación objetiva por la autopuesta o asunción del riesgo, en este caso del ofendido E.A.G. 1- Inaplicación del consentimiento del derecho-habiente en el sub- exàmine. Señala el recurrente que en la especie el Tribunal sentenciador omitió aplicar el artículo 26 del Código Penal, aplicando erróneamente el numeral 128 del mismo Código. Luego de transcribir los hechos probados del fallo,

dice el recurrente que en la especie el juzgador debió resolver el asunto aplicando una causal de eliminación de la antijuricidad, toda vez que no se considera la actuación del ofendido, en la que él y el testigo de cargo, con absoluta claridad manifiestan que el justiciable estaba ebrio, situación esta que dispuso al testigo Luis Diego para decidir no viajar más con el imputado, esto obviamente porque percibió el peligro a que se expondría, siendo que ofendido quien hasta momento no había viajado con el justiciable decidió acompañarlo, sin que nadie le pediera que lo hiciera. Se alega que el ofendido de modo voluntario asumió el peligro. Los reclamos deben ser denegados por cuanto en la especie no es posible aplicar la causal del consentimiento del derecho habiente . Se define el consentimiento del derecho-habiente como la facultad que tiene el sujeto de excluir de la esfera de protección de las normas penales, en forma jurídicamente relevante, un bien jurídico que le pertenece y del cual puede disponer. Por regla se puede disponer de aquellos bienes jurídicos de naturaleza personal. A modo de ejemplo, en caso de La Vida, aún cuando se trata de un bien que pertenece al particular es indisponible. En este sentido opina la doctrina lo siguiente: " La vida es un bien jurídico perteneciente al particular, pero indisponible. Esa indisponibilidad queda de manifiesto en la punición del homicidio por piedad. El artículo 116 C.p. castiga, con pena de seis meses a tres años de prisión, al que movido por un sentimiento de piedad, mata a un enfermo grave e incurable, ante pedido serio e insistente de éste, aún cuando medie vínculo de parentesco. En el homicidio por piedad, el ofendido consiente en la acción del autor, y en el resultado muerte. Sin embargo, a pesar de ese consentimiento el hecho es punible. Lo cual revela, entonces, que no produce efecto alguno (fuera de disminuir la pena en el homicidio por piedad, si se dan los otros requisitos), el consentimiento del derecho-habiente en los delitos dolosos contra la vida". (cf. Castillo Gonzalez, Francisco. El Consentimiento del Derecho-Habiente . Editorial Juritexto. 1998. p. 122) Establecida la existencia de bienes indisponibles, en el caso concreto que se conoce en esta sede de casación, no es posible acceder en que el ofendido, por la circunstancia de haber estado de acuerdo en trasladarse con el acusado en el vehículo, aún conociendo que estaba en estado de ebriedad, esté disponiendo eventualmente de su propia vida o consintiendo posibles lesiones, pues aún cuando se pudiere discutir asumió el riesgo dado el estado de ebriedad del acusado, es lo cierto que pudiese prever que iba a suceder el accidente la circulación. No es posible hablar de que consintiera la lesión a su integridad corporal. Lo anterior obliga al rechazo del reclamo. 2- Imputación objetiva por la asunción del riesgo o autopuesta en peligro. Coincidimos con algunos autores en señalar que el hasta hace poco

tiempo el delito imprudente ocupaba un lugar secundario en el derecho penal, y este estaba consagrado fundamentalmente al delito doloso. En palabras de Muñoz Conde, el delito imprudente era un quasi delictum, más afín al derecho civil que al derecho penal. (cf. Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte General Tirant lo Blanch. Valencia, 19993, p. 257). Para 1930 Engisch decía que los delitos culposos eran casi imposibles por la poca frecuencia con que se presentaban. Sin embargo, modernamente la situación ha cambiado, esto debido al proceso de industrialización, con la consiguiente manipulación de maquinas, así como la aparición de una sociedad de considerable aumento en los riesgos, de tal modo que el delito imprudente, especialmente aquél asociado con el tráfico vehicular, ha pasado a un primer plano. El tráfico automovilístico representa actualmente una de las fuentes principales de peligro para la vida, la salud, la integridad física y el patrimonio de las personas. Señala Muñoz Conde que ante el aumento cualitativo de este tipo de delincuencia, la doctrina no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que planteaba, toda vez que las teorías penales y la dogmática jurídico penal se habían desarrollado sobre el delito de doloso fundamentalmente. (cf. al respecto: Muñoz Conde, Op. Cit. p 258). Desde esa perspectiva, estimo que no es posible resolver el caso concreto considerando únicamente la contribución que pudiese haber dado la victima, especialmente en este asunto en que se trata de un menor de edad en que la comprensión de las consecuencias de un hecho no es la misma que pudiese tener una persona adulta. Por otro lado, el menor precisamente por esa condición nunca pudo representarse se modo completo que pudiese haber sucedido el accidente de la circulación, de modo que no es posible interpretar que renunciara a la protección que el ordenamiento jurídico le brinda. De ahí que aceptar que el menor con la acción subirse al vehículo conociendo que el sentenciado estaba en estado de ebriedad, esté renunciando a la protección del ordenamiento, es prácticamente hacer desaparecer la idea de bien jurídico, y establecer de modo irrestricto que cualquiera puede disponer de los medios de protección que el ordenamiento brinda. Coincidimos con la opinión de algunos autores, entre ellos Bustos Ramírez al afirmar que el principio de autoresponsabilidad - entendido como que quien no toma las precauciones correspondientes a su responsabilidad respecto de sus bienes no queda protegido - lo que hace es desnaturalizar las bases mismas del derecho penal, pues este dejaría de ser protección de bienes jurídicos para tutelar básicamente al imputado y no a la victima, asumiendo el Estado un papel pasivo y ausente en la protección que el ordenamiento debe brindar. La idea de la autoresponsabilidad lo que hace es partir de la falsa idea de que el bien jurídico no merece protección

alguna por el comportamiento del sujeto titular de ese bien- lo que no es posible considerar especialmente cuando se trata de un menor de edad - pues tal ello lleva a estigmatizar a la víctima para una tutela únicamente al que causó de modo directo el daño, por su acción imprudente, y se le despoja de los bienes que el Estado debe proteger. (cf. Bustos Ramírez, *Victimología*, p 24). En otros términos, de aceptarse que en la especie el responsable de los hechos y por ende debe asumir el riesgo de su conducta es única y exclusivamente el menor ofendido, crea una distorsión en el sistema penal, pues se deja de analizar la responsabilidad del autor y de los hechos, para someter a juicio a la víctima. Si bien es cierto que existe una tendencia a analizar en el derecho penal la actuación de la víctima y la contribución que pudo tener en el hecho delictivo, esto no implica dejarla desprotegida, sin un análisis crítico de los hechos y de la responsabilidad del autor. Véase que en el caso concreto, el menor ofendido si bien pudo apreciar que el acusado estaba en estado de ebriedad, y aún así aceptó acompañarlo en el vehículo, " por solidaridad" , hace evidenciar que el menor perjudicado no pudo nunca pensar que pudiese suceder un percance con las consecuencias físicas que se derivan del proceso, y en todo caso, el estado de ebriedad y el exceso e velocidad - según se tuvo por probado en la sentencia recurrida - hacen que el justiciable pierda el control del automotor volcándose, hechos que son producto de la acción en violación al deber de cuidado atribuible al imputado y no propiamente al ofendido. Con fundamento en lo expuesto, me separo de los razonamiento del voto de mayoría, y estimo que debe declararse sin lugar el recurso de casación que interpone la defensa pública a favor del sentenciado.

POR TANTO:

Por mayoría, se declara con lugar el único motivo por el fondo, en consecuencia, se ABSUELVE DE TODA PENA Y RESPONSABILIDAD al imputado J.A.A. por el delito de LESIONES CULPOSAS en perjuicio de E.A.G. Son los gastos del proceso a cargo del Estado. El juez Sojo Picado salva el voto.

FUENTES CITADAS

- 1 CASTILLO GONZALEZ, Francisco. El consentimiento del derecho-habiente en materia penal. 1A edición. San José, C.R. Editorial Juritexto. 1998. pp 21-22.
- 2 CASTILLO GONZALEZ, Francisco. Ibidem. pp 76.
- 3 GUILLÉN RODRIGUEZ, Ileana. La emasculación en transexuales, su regulación en el Derecho Penal Costarricense. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 1989. pp 96.
- 4 TRIBUNAL DE CASACION PENAL.VOTO N° 531-2005 Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las once horas del nueve de junio dos mil cinco.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 358-F-91. San José, a las once horas cuarenta minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y uno.
- 6 TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Resolución: 2005-0531. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las once horas del nueve de junio dos mil cinco.