

Informe de Investigación

Título: Jurisprudencia sobre Delitos contra la Vida

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras clave: Homicidio: simple, calificado, especialmente atenuado, por piedad, culposo. Aborto: procurado, honoris causa, impune y culposo. Lesiones: leves, culposas, graves, tortura, descuido con animales. Homicidio o lesiones en Riña. Agresión con armas, Abandono de personas.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 06 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	3
2 Normativa	3
SECCION I: Homicidio	3
ARTÍCULO 111.- Homicidio simple	3
ARTÍCULO 112.- Homicidio Calificado.....	3
ARTÍCULO 113.- Homicidios especialmente atenuados.	4
ARTÍCULO 115.- Instigación o ayuda al suicidio	4
ARTÍCULO 116.- Homicidio por piedad	5
ARTÍCULO 117.- Homicidio culposo	5
SECCION II: Aborto	5
ARTÍCULO 118.- Aborto con o sin consentimiento.	6
ARTÍCULO 119.- Aborto procurado.	6
ARTÍCULO 120.- Aborto honoris causa.	6
ARTÍCULO 121.- Aborto impune.	6
ARTÍCULO 122.- Aborto culposo	6
SECCION III: Lesiones	6
ARTÍCULO 123.- Lesiones gravísimas.	7
ARTÍCULO 123 bis.- Tortura	7
ARTÍCULO 124.-Lesiones graves	7
ARTÍCULO 125.- Lesiones leves	7
ARTÍCULO 126.- Circunstancia de calificación.	7
ARTÍCULO 127.- Circunstancia de atenuación.	8
ARTÍCULO 128.- Lesiones culposas	8
ARTÍCULO 129.- Lesiones consentidas.	8
ARTÍCULO 130.- Contagio venéreo.	8



ARTÍCULO 130 Bis.- Descuido con animales.....	9
SECCION IV: Duelo (derogado).....	9
SECCION V: Homicidio o lesiones en riña.	9
ARTÍCULO 139.- Riña	9
SECCION VI: Agresión con armas	9
ARTÍCULO 140.- Agresión con armas.	10
ARTÍCULO 141.- Agresión calificada.	10
SECCION VII: Abandono de Personas	10
ARTÍCULO 142.-Abandono de incapaces y casos de agravación.	10
ARTÍCULO 143.- Abandono por causa de honor.	10
ARTÍCULO 144.- Omisión de auxilio.	10
3 Jurisprudencia.....	11
a)SECCION I: Homicidio.....	11
Homicidio calificado: Recalificación a homicidio simple.....	11
Condena por homicidio con ensañamiento sin haberse acusado la agravante lo quebranta.	12
Dolo: Tentativa de homicidio simple.....	14
Concurso real: Homicidio calificado con ocasión de robo.....	16
Homicidio en estado de emoción violenta.....	17
Estado de emoción violenta: Concepto y enunciado.....	19
Culpabilidad: Consideraciones sobre el juicio de reproche.....	21
Delito culposo: Imputación objetiva, inaplicación del dominio del hecho y consideraciones acerca de la causalidad.....	22
Homicidio: Tipo simple no requiere elementos subjetivos adicionales al dolo.....	26
b)SECCION II: Aborto.....	27
Homicidio culposo o Aborto culposo.....	27
Derecho a la vida: La Sala estima que nuestro ordenamiento no hace diferencia entre nacidos y no nacidos a efectos de reconocerles la protección de su derecho a la vida.....	30
Aborto sin consentimiento y coacción en aplicación del principio de consunción.....	36
Aborto culposo: Producto de gestación que muere dentro del vientre materno en el alumbramiento.....	42
c)SECCION III: Lesiones.....	46
Golpes o lesiones levisimas: Quemaduras en el rostro sin dejar marca indeleble.....	46
Lesiones culposas: Suspensión de licencia de conducir.....	47
Lesiones culposas: Indicadores para determinación de la pena.....	53
Tortura: Desnudamiento y revisión de los genitales de los detenidos.....	54
Lesiones graves: Inexistencia de un concurso aparente de normas con el delito de robo agravado.....	55
Descuido con animales: Lesiones culposas en virtud de subsidiariedad de la norma.....	56
Consulta sobre la constitucionalidad del artículo 130 bis del Código Penal, que prevé el delito de "Descuido de Animales".....	58
Descuido con animales: Análisis del tipo y de las circunstancias agravantes.....	59
Elemento del tipo de "peligrosidad del animal" puede demostrarse con prueba testimonial sin ser necesaria prueba pericial.....	62
d)SECCION V: Homicidio o lesiones en riña.....	62
Lesiones en riña: Elementos del tipo.....	63
Lesiones en riña: Análisis del tipo y falta de configuración.....	64
Lesiones graves: Análisis doctrinario sobre las características distintivas con respecto al delito de lesiones en riña.....	65
e)SECCION VI: Agresión con armas.....	67

Agresión con armas: Uso de una arma de fuego para intimidar como delito de amenazas agravadas.....	67
Agresión con armas: Atipicidad de la resistencia agravada devenida de reforma legal.....	70
Ataque con varilla: Agresión que desplaza la contravención de lesiones levísimas.....	72
Agresión con armas: Diferencia con los castigos inmoderados a menores y definición de objeto contundente.....	73
f)SECCION VII: Abandono de Personas.....	76
Omisión de auxilio: Delitos sancionados con días multa.....	76
Abandono de menor o incapaz: Innecesaria relación de parentesco.....	78
Abandono del lugar del accidente: Naturaleza jurídica de la infracción.....	79

1 Resumen

Con el tema de los **delitos contra la vida** se desarrolla este informe, contiene la normativa del Libro segundo del Código Penal costarricense "*De los Delitos*" en su Título I : *Delitos contra la vida*; y variada jurisprudencia sobre cada uno de los delitos que contienen las secciones del mismo, entre ellos: homicidio, aborto, lesiones, homicidio o lesiones en riña, agresión con armas y abandono de personas.

2 Normativa

LIBRO SEGUNDO: De los Delitos

TITULO I : DELITOS CONTRA LA VIDA

[Código Penal]¹

SECCION I: Homicidio

ARTÍCULO 111.- Homicidio simple

Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años. (Así reformado por el artículo 1 de la ley N° 7398 de 3 de mayo de 1994)

ARTÍCULO 112.- Homicidio Calificado

Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate:

- 1) A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubinario, si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital, por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho.

- 2) A uno de los miembros de los Supremos Poderes y con motivo de sus funciones.
- 3) A una persona menor de doce años de edad.
- 4) A una persona internacionalmente protegida, de conformidad con la definición establecida en la Ley N.º 6077, Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos, de 11 de agosto de 1977, y otras disposiciones del Derecho internacional.
- 5) Con alevosía o ensañamiento.
- 6) Por medio de veneno suministrado insidiosamente.
- 7) Por un medio idóneo para crear un peligro común.
- 8) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar, para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.
- 9) Por precio o promesa remuneratoria.

(Así reformado por el artículo 1º, punto 1., aparte a) de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, N° 8719 de 4 de marzo de 2009).

ARTÍCULO 113.- Homicidios especialmente atenuados.

Se impondrá la pena de uno a seis años:

- 1) A quien haya dado muerte a una persona hallándose el agente en estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable. El máximo de la pena podrá ser aumentado por el Juez sin que pueda exceder de diez años si la víctima fuere una de las comprendidas en el inciso primero del artículo anterior;
- 2) El que con la intención de lesionar causare la muerte de otro; y
- 3) A la madre de buena fama que para ocultar su deshonra diere muerte a su hijo dentro de los tres días siguientes a su nacimiento.

(NOTA DE SINALEVI: Mediante el artículo 1º de la ley N° 5061 de 23 de agosto de 1972, se interpretó el presente artículo en el sentido de que la pena señalada es la de prisión).

Tentativa de suicidio

ARTÍCULO 114.- Anulado. *(Anulado este artículo mediante resolución de la Sala Constitucional N° 14192-2008 del 24 de setiembre de 2008.)*

ARTÍCULO 115.- Instigación o ayuda al suicidio

Será reprimido con prisión de uno a cinco años el que instigare a otro al suicidio o lo ayudare a



cometerlo, si el suicidio se consuma. Si el suicidio no ocurre, pero su intento produce lesiones graves, la pena será de seis meses a tres años.

ARTÍCULO 116.- Homicidio por piedad

Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que, movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aún cuando medie vínculo de parentesco

ARTÍCULO 117.- Homicidio culposo

Se impondrá prisión de seis (6) meses a ocho (8) años, a quien por culpa mate a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados.

En todo caso, al autor del homicidio culposo también se le impondrá inhabilitación de uno (1) a cinco (5) años para el ejercicio de la profesión, el oficio, arte o la actividad en la que se produjo el hecho. Al conductor reincidente se le impondrá, además, la inhabilitación para conducir todo tipo de vehículos, por un período de cinco (5) a diez (10) años.

Se impondrá pena de prisión de tres (3) a quince (15) años e inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, por un período de cuatro (4) a veinte (20) años, a quien, por culpa y por medio de un vehículo, haya dado muerte a una persona, encontrándose el autor bajo las condiciones establecidas para la conducción temeraria, conforme se dispone en los incisos b), c) y d) del numeral 107 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N° 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco (0,75) gramos de alcohol por cada litro de sangre.

Cuando se trate de un conductor reincidente de alguna de las conductas señaladas en el párrafo anterior, el mínimo de la pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, será de diez (10) años y el máximo podrá ser hasta de treinta (30) años. Cuando se imponga una pena de prisión de tres (3) años o menos, el tribunal podrá sustituir la pena privativa de libertad, por una medida alternativa de prestación de servicio de utilidad pública, que podrá ser de trescientas ochenta (380) horas a mil ochocientas (1800) horas de servicio, en los lugares y la forma señalados en el artículo 71 ter de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N° 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas.

(Así reformado por el inciso a) del artículo 4° de la Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008).

SECCION II: Aborto

ARTÍCULO 118.- Aborto con o sin consentimiento.

El que causare la muerte de un feto será reprimido: 1) Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto (*) había alcanzado seis meses de vida intrauterina;

() (NOTA DE SINALEVI: En la redacción de este inciso es evidente la falta del adverbio de negación "no" para darle sentido a su objetivo. De la forma como aparece en el texto original carece de lógica, pues la pena es menor por un hecho más grave. Obsérvese que el inciso posterior sí contiene el adverbio indicado).*

2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer.

ARTÍCULO 119.- Aborto procurado.

Será reprimida con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

ARTÍCULO 120.- Aborto honoris causa.

Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres meses hasta dos años de prisión.

ARTÍCULO 121.- Aborto impune.

No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios.

ARTÍCULO 122.- Aborto culposo

Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto.

SECCION III: Lesiones

ARTÍCULO 123.- Lesiones gravísimas.

Se impondrá prisión de tres a diez años a quien produzca una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir. (Así reformado por el artículo 69 de la Ley sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad N° 7600 de 2 de mayo de 1996)

ARTÍCULO 123 bis.- Tortura

Será sancionado con pena de prisión de tres a diez años, quien le ocasione a una persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, la intimide o coaccione por un acto cometido o que se sospeche que ha cometido, para obtener de ella o un tercero información o confesión; por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil.

Si las conductas anteriores son cometidas por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años de prisión e inhabilitación de dos a ocho años para el ejercicio de sus funciones.

(Así adicionado por el artículo único de la Ley N° 8189 de 18 de diciembre de 2001).

ARTÍCULO 124.-Lesiones graves

Se impondrá prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado un marca indeleble en el rostro.

ARTÍCULO 125.- Lesiones leves

Se impondrá prisión de tres meses a un año a quien causare a otro un daño en el cuerpo o la salud, que determine incapacidad para sus ocupaciones habituales por más de cinco días y hasta por un mes.

(Así reformado por el inciso e) del artículo 1 de la ley N° 8250 de 2 de mayo del 2002)

ARTÍCULO 126.- Circunstancia de calificación.

Si en el caso de los tres artículos anteriores concurriere alguna de las circunstancias del homicidio calificado, se impondrá prisión de cinco a diez años, si la lesión fuere gravísima; de cuatro a seis años si fuere grave; y de nueve meses a un año, si fuere leve. (Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982).

ARTÍCULO 127.- Circunstancia de atenuación.

Si la lesión fuere causada, encontrándose quien la produce en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable, se impondrá prisión de seis meses a cuatro años, si la lesión fuere gravísima; de tres meses a dos años, si fuere grave; y de uno a seis meses, si fuere leve. (Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982).

ARTÍCULO 128.- Lesiones culposas

Se impondrá prisión hasta de un (1) año, o hasta cien (100) días multa, a quien por culpa cause a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. Para la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.

En todo caso, al autor de las lesiones culposas también se le impondrá inhabilitación de seis (6) meses a dos (2) años para el ejercicio de la profesión, el oficio, el arte o la actividad en la que se produjo el hecho. Al conductor reincidente se le impondrá, además, la cancelación de la licencia para conducir vehículos, por un período de uno (1) a dos (2) años.

Se impondrá pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, a quien por culpa y por medio de un vehículo, haya causado lesiones a una persona, encontrándose el autor bajo las condiciones establecidas para la conducción temeraria, conforme se dispone en los incisos b), c) y d) del numeral 107 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N.º 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco (0,75) gramos de alcohol por cada litro de sangre. En los casos previstos en este párrafo, al autor del delito se le impondrá una pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos por un período de dos (2) a diez (10) años.

Cuando se trate de un conductor reincidente de alguna de las conductas señaladas en el párrafo anterior, el mínimo de la pena de inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, será de cinco (5) años y el máximo podrá ser hasta de quince (15) años. Cuando se imponga una pena de prisión de tres (3) años o menos, el tribunal podrá sustituir la pena privativa de libertad, por una medida alternativa de prestación de servicio de utilidad pública, que podrá ser de doscientas (200) horas hasta de novecientas cincuenta (950) horas de servicio, en los lugares y la forma señalados en el artículo 71 ter de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N° 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas.

(Así reformado por el inciso a) del artículo 4º de la Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008).

ARTÍCULO 129.- Lesiones consentidas.

No son punibles las lesiones que se produzcan, al lesionado con su consentimiento, cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otros.

ARTÍCULO 130.- Contagio venéreo.

El que sabiendo que padece una enfermedad venérea, contagiare a otro, será sancionado con



prisión de uno a tres años. Este hecho sólo es perseguible a instancia privada.

ARTÍCULO 130 Bis.- Descuido con animales

La pena será de tres a seis meses de prisión para quien azuzare o soltare un animal peligroso, con evidente descuido. Cuando se causare daño físico a otra persona, como consecuencia de esta conducta, la pena será de seis meses a un año de prisión, siempre que la conducta no constituya los delitos de lesiones ni homicidio.

(Así adicionado por el inciso b) del artículo 3) de la ley N° 8250 de 2 de mayo del 2002).

(Así reformado mediante resolución de la Sala Constitucional N° 13852-08 del 17 de setiembre del 2008.)

SECCION IV: Duelo (derogado)

ARTÍCULO 131 al 138.- (**DEROGADOS** por el artículo 4° de la Ley N° 8250 de 2 de mayo de 2002).

SECCION V: Homicidio o lesiones en riña.

NOTA: El artículo 2° de la ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982 modificó el título de "Riña y Agresión" por el actual.

ARTÍCULO 139.- Riña

Cuando en una riña o agresión en que pelearen varios contra varios, o varios contra uno, resultaren lesiones o muerte, sin que conste su autor, a los que ejercieron violencia física sobre el ofendido o intervinieron usando armas, se les impondrá prisión de la siguiente manera:

- 1) De tres a seis años, en caso de muerte;
- 2) De año y medio a cuatro años, si resultaren lesiones gravísimas;
- 3) De seis meses a tres años, si resultaren lesiones graves; y 4) De uno a seis meses, si resultaren lesiones leves.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982).

SECCION VI: Agresión con armas

NOTA: El artículo 2° de la ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982 modificó la posición de esta sección a la actual.

ARTÍCULO 140.- Agresión con armas.

Será reprimido con prisión de dos a seis meses el que agrediere a otro con cualquier arma u objeto contundente, aunque no causare herida, o el que amenazare con arma de fuego. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado o en estado de emoción violenta, la pena aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente, a juicio del Juez.

ARTÍCULO 141.- Agresión calificada.

Si la agresión consistiere en disparar un arma de fuego contra una persona sin manifiesta intención homicida, la pena será de seis meses a un año de prisión. Esta pena se aplicará aún en el caso de que se causare una lesión leve. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado o en estado de emoción violenta, la pena respectiva se aumentará o disminuirá a juicio del Juez.

SECCION VII: Abandono de Personas

NOTA: El artículo 2º de la ley Nº 6726 de 10 de marzo de 1982 modificó el nombre y la posición de la esta sección a los actuales.

ARTÍCULO 142.- Abandono de incapaces y casos de agravación.

El que pusiere en grave peligro la salud o la vida de alguien, al colocarlo en estado de desamparo físico, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma, y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años. La pena será de prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de seis a diez años de prisión.

ARTÍCULO 143.- Abandono por causa de honor.

La madre que abandonare un recién nacido de no más de tres días, para ocultar su deshonra, será reprimida con prisión de un mes a un año. Si a consecuencia del abandono sobreviniere grave daño o la muerte, la pena será de prisión de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 144.- Omisión de auxilio.

Quien encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera y omita prestarle el auxilio necesario según las circunstancias, cuando pueda hacerlo sin riesgo personal, será reprimido con una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No. 7337, del 5 de mayo de 1993. El juez podrá aumentar esta sanción hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades

económicas, los efectos y la gravedad de la acción. (Así reformado por el artículo 69 de la Ley sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad N° 7600 de 2 de mayo de 1996)

3 Jurisprudencia

a)SECCION I: Homicidio

Homicidio calificado: Recalificación a homicidio simple

[Sala Tercera]²

Voto de mayoría

“VI.- De oficio, corresponde declarar con lugar el procedimiento con respecto a la alevosía, apreciándose que en la relación fáctica tenida por demostrada, de ningún modo se describe el dolo específico requerido, por parte del agente, tratándose del homicidio calificado por alevosía, ya que el Tribunal tuvo por demostrado que: “1) Que el día dos de febrero del dos mil dos, entre las seis y las siete de la noche, se produjo una discusión entre el acusado TOMAS OBANDO CARMONA y el ofendido CARLOS MANUEL CORONADO LARA, específicamente por donde está el teléfono público, en el Jobo de La Cruz Guanacaste. 2) Que el(sic) determinado momento, el imputado OBANDO CARMONA, se fue del lugar gritando que iba a traer de su casa, que está cerca del lugar, un arma de fuego, lo cual fue escuchado por algunos testigos. 3) Que minutos después regresó el endilgado, encontrándose con el ofendido CORONADO LARA por las inmediaciones del citado Bar el Caracol, quien al percatarse de su presencia hizo a correr y buscar refugio, momento en que el acusado le dispara con su arma de fuego calibre treinta y ocho por la espalda. 4) Que ya herido CORONADO LARA, trata de pasar una cerca, instante en que TOMAS intenta disparar de nuevo, lo que no hizo gracias a la intervención de los testigos(sic), que le gritaba que así no se mataba a un hombre. 5) Que debido al disparo recibido el Tórax(sic), el señor CARLOS MANUEL falleció.”(folios 172 y 173). Sobre esa base, para justificar jurídicamente la calificante de alevosía los juzgadores, señalaron que el justiciable Tomás Obando, “dispara contra CARLOS MANUEL, cuando este estaba de espalda... [...] Es decir, que el disparo que hizo el acusado, lo ejecutó con cautela y sin riesgo para sí, pues el ofendido estaba en total indefensión, a tal extremo que buscaba como pasar una cerca para buscar refugio. No puede perderse de vista que el justiciable fue a su casa a buscar el arma, lo que incluso manifestó antes de irse, vuelve al lugar y pregunta dónde está “vaquita”, siendo que cuando logra encontrarlo, le dispara por la espalda” (cfr. folios 185 y 186). Ahora bien, la circunstancia de que el disparo que le produjo la muerte lo haya recibido el ofendido por la espalda, aunque es un elemento importante resulta insuficiente para establecer la calificante de alevosía contemplada en el inciso 4) del artículo 112 del Código Penal, pues ésta requiere desde el punto de vista objetivo que la víctima se encuentre en situación de indefensión, de modo que le impida oponer un nivel de resistencia que implique riesgo alguno para el autor.



Ésta puede proceder: “... de la inadvertencia de la víctima o de los terceros respecto del ataque (p. ej., disparar por la espalda) o de las condiciones en que aquélla se encuentra...procurada por el autor...o simplemente aprovechada por él...”. (Creus, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, 5ª edición actualizada, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 28). Desde el punto de vista subjetivo, se debe demostrar que el imputado conoció las circunstancias que le eran favorables a su propósito homicida, y que quiso valerse de ellas, ya que como ha indicado esta Sala: “...no basta con que la víctima se encuentre en situación de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, sino que el autor debe haber conocido y querido realizar la acción en tales circunstancias.”(N° 2001-00212 de 9:00 horas del 23 de febrero de 2001). El motivo de agravación de la alevosía, tiene su razón de ser en que: “...El autor no solo ha querido la acción homicida, sino que además la ha querido en circunstancias en las que ninguna oportunidad para defender la vida dejó al atacado; y debe tratarse de una creación o aprovechamiento de la indefensión por parte del victimario en forma intencional y orientada a matar; por lo tanto tal situación no puede ser resultado del azar ni de accidente al momento del hecho, sino que ha de ser creada conscientemente o aceptada con conocimiento por el homicida.” (Irueta Goyena, José. El delito de homicidio, pág 188. Citado por Gómez López, Orlando. El Homicidio, Tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1993, págs. 446 y 447). En el presente asunto, contrario a lo señalado por el Tribunal, no puede afirmarse alevosa la conducta del imputado, cuando del marco fáctico demostrado no es posible inferir legítimamente del comportamiento del imputado el componente subjetivo de la calificación, ya que él más bien avisa con anticipación su intención de dar muerte al perjudicado, señalando que va a ir a buscar un arma de fuego para concretar su propósito. De manera que si al verlo llegar portando un arma de fuego, el perjudicado optó por retirarse del sitio dándole la espalda, se trata de una circunstancia casual que no conocía de antemano el encartado y por ende no tiene influencia alguna en la preordenación de su voluntad. Acorde con lo expuesto, no es posible considerar en este caso el homicidio como calificado, por ello, de oficio se recalifican los hechos y se declara a Tomás Obando Carmona autor responsable del delito de homicidio simple, previsto y sancionado por el numeral 111 del Código Penal, en daño de Carlos Manuel Coronado Lara.”

Condena por homicidio con ensañamiento sin haberse acusado la agravante lo quebranta

[Sala Tercera]³

Voto de mayoría

"II.- *Por las razones y en la forma que se dirán, la queja es parcialmente atendible.* Los puntos de la queja que se identifican como k), m, n) y o), ya fueron conocidos y resueltos por esta Sala al declarar sin lugar recurso de casación que en su momento se formuló por parte de la defensa (cfr. voto N° 411-99, de las 9:42 horas del 09 de abril de 1999, visible a folios 179 y siguientes), de donde, conforme los numerales 410, 411 y 421 del Código Procesal Penal, no resulta viable que se replantee su discusión en esta sede. En lo que atañe a los supuestos vicios de violación de las reglas de la sana crítica, del in dubio pro reo, y de los principios de amplitud y de valoración razonable de la prueba, esta Sala no advierte la existencia de ningún error lógico en los fundamentos del fallo condenatorio de mérito, el cual se sustentó en la prueba testimonial evacuada oralmente en juicio, sobre todo en la declaración de Alfredo Alvarado Fernández, quien observó la agresión (cfr. folio 148 frente, línea 2 en adelante; y folio 150 frente, línea 2 en adelante).



Lo anterior permite descartar una supuesta actuación arbitraria o carente de objetividad por parte del órgano jurisdiccional, pues sí existieron elementos que, valorados conforme a las reglas del recto entendimiento humano, permitieron arribar a un juicio de culpabilidad. [...] En lo que se refiere al punto j), los juzgadores tuvieron por plenamente demostrada la discusión a la que alude el impugnante, así como su ingesta de licor sin que se demostrara que su estado fuera de total intoxicación, de donde el reclamo resulta inconducente. [...] No obstante, en lo que sí lleva razón el impugnante, es en cuanto a que sí se inobservó el principio de congruencia, pues se condenó por un homicidio con ensañamiento, es decir, en su forma agravada, sin que ello fuese acusado por parte del Ministerio Público, ni la base fáctica de la requisitoria permitiera llegar a tal conclusión. Al respecto se observa que en la requisitoria fiscal simplemente se indicó lo siguiente: “... 1) *El tres de mayo del presente año (1997), sin que se pueda determinar la hora exacta, pero sí posteriormente de la medianoche, la ofendida en la presente causa ...se encontraba en su casa de habitación... ingiriendo licor en compañía del endilgado ... resultando que se inicia una discusión entre la ofendida y el imputado ... la ofendida sale de la casa; 2) El justiciable procede a salir de la casa, siguiendo de esta forma a la agraviada y occisa, continuando con la discusión, siendo que en determinado momento durante ésta el acriminado le grita a la ofendida que la va a matar, para acto seguido propinar aproximadamente trece estocadas con un puñal que el justiciable portaba, y posteriormente el acusado salió huyendo dejando a la agraviada mortalmente herida. Por su parte el señor ...presta auxilio a la ofendida ... siendo trasladada ... al hospital Max Peralta de esta ciudad en donde la ofendida ingresa con un paro cardiorrespiratorio, centro hospitalario en el que fallece posteriormente ...*” (cfr. folio 87, línea 25 en adelante). No obstante que esta fue la relación fáctica que el Ministerio Público le imputó a Juan Carlos Moya Soto, el Tribunal de instancia tuvo por acreditado lo siguiente: “... Se trata de un homicidio calificado por el modo de ejecución, sea un ensañamiento. Si bien es cierto el ensañamiento no tiene que ver con el número de heridas, sino con un elemento síquico o subjetivo de tener la intención de causar deliberadamente males innecesarios para la ejecución del homicidio ... en el presente caso se le infringieron (sic) doce heridas profundas, la mayoría mortales, además de cinco más de tipo punzantes y superficiales, considera el Tribunal que sí hay elementos objetivos suficientes para llegar a la conclusión de que el imputado tuvo esa intención. No solo tenemos la cantidad de heridas punzocortantes referidas, sino también en la autopsia se encontraron cinco heridas punzantes superficiales, lo que revela la perversidad de su accionar, el ánimo de causar mayor dolor del necesario, ya que se evidencia con ello que antes, después o concomitantemente, con las heridas graves también, con la misma arma, la punzaba en forma superficial, y la explicación lógica a las mismas es que quería hacerla sufrir, verla con mayor dolor del necesario. Tampoco era necesaria tanta herida con puñal para acabar con la vida de la ofendida, varias de las heridas profundas eran suficientes para matarla, si embargo continuó apuñaleándola y con ello infringiendo (sic) mayor sufrimiento a su víctima ...” (cfr. folio 151 vuelto, línea 6 en adelante). Al comparar las dos relaciones de hechos que se han transcrito, se constata sin mayor dificultad que el Ministerio Público nunca incluyó en la acusación la circunstancia que el Tribunal tuvo por demostrada en juicio, a partir de la cual aplicó la causal de agravación por ensañamiento, esto es, la intención del agente activo de hacer sufrir y causarle un mayor dolor a la víctima, es decir, de provocarle innecesariamente un dolor adicional. Es claro que, conforme lo hace ver el propio Tribunal, la sola mención de las heridas que el imputado le propinó a la occisa (dato objetivo que sí se incluyó en la requisitoria fiscal), no sería suficiente para considerar la existencia de un ensañamiento, de donde a efectos de dicha calificación jurídica fue necesario que los jueces de mérito incluyeran en el fallo todo lo relativo a la intencionalidad a la que se hizo mención, irrespetando así el principio de congruencia y las garantías procesales de la defensa. A dichos efectos tampoco bastaría la efectiva concurrencia de ese dolor o sufrimiento en la víctima, pues siempre se requeriría de esa intencionalidad del homicida, dirigida a que aquella sufra: “... tal circunstancia objetiva (ese dolor o sufrimiento) por sí sola no sería suficiente para tener por establecida la referida causal de agravación. Según lo ha definido la doctrina, “... la agravante de



ensañamiento supone el causarle sufrimientos innecesarios a la víctima antes de que muera, recreándose el agente con el dolor sufrido ... objetivamente se requiere el aumento del dolor del sujeto pasivo. El tipo subjetivo exige no sólo el dolo de matar, sino además que el autor en la ejecución de su acción busque que la víctima sufra antes de morir ...”, Llobet Rodríguez (Javier), y Rivero Sánchez (Juan Marcos), “COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL”, editorial Juriscentro, San José. 1ª edición, 1989, págs. 23 y 24. Lo anterior significa que para el ensañamiento se requiere la concurrencia de un elemento objetivo (dolor o sufrimiento innecesarios) y además de uno subjetivo: no sólo el dolo de matar, sino también la clara y manifiesta voluntad del agente en disfrutar con ese dolor de su víctima, a la que hace sufrir innecesariamente. Aplicando estos conceptos al caso que nos ocupa, podríamos afirmar que en realidad sí se dio el elemento objetivo, pero no el subjetivo, pues de los mismos hechos no se deduce de forma inequívoca que en la actuación del imputado -junto a la intención homicida- mediara un claro deseo de recrearse en el dolor y sufrimiento del occiso...” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 247-98 de las 9:25 horas del 13 de marzo de 1998. Así las cosas, se declara con lugar el alegato que se identifica como i), en virtud de lo cual se recalifican los hechos y conforme lo regula el artículo 111 del Código Penal, se declara al imputado JUAN CARLOS MOYA SOTO autor responsable de un delito de homicidio simple, en daño de SHIRLEY QUESADA ARIAS. Se ordena el reenvío a la oficina de origen para, con una integración diferente, el Tribunal de mérito proceda a establecer el monto de la pena a imponer.”

Dolo: Tentativa de homicidio simple

[Sala Tercera]⁴

Voto de mayoría

"I.- El **licenciado Francisco Campos Bautista**, defensor particular de **Oscar Miranda Miranda**, expone los siguientes motivos del recurso de casación por el fondo: **(i) Errónea aplicación de los artículos 24 y 111 del Código Penal**. Explica, que en el caso no se dio la intención de causar la muerte al ofendido, porque el acusado no tenía motivo alguno para querer acabar con su vida y aún cuando no reclama su inobservancia, pretende que los hechos se recalifiquen como constitutivos del delito de agresión calificada y en tal tesitura, que la sanción impuesta se rebaje de diez a tres años de prisión. (ii) Errónea aplicación del artículo 192 inciso 2 del Código Penal: Dice que el hecho es atípico por el delito de privación de libertad agravada, pues: “... *al no existir motivo de agresión se convierte en coacción o amenazas...*”. (sic., recurso folio 231). Los reclamos no son de recibo: A efecto de resolver la impugnación, debe reseñarse la relación fáctica que sirvió de base para aplicar la ley sustantiva. Así, en lo que interesa el sentenciador estableció como hechos probados: “... **C. Que en un momento determinado al ser las seis horas aproximadamente, sin mediar discusión alguna el acusado Oscar Miranda Miranda sacó un arma de fuego y le disparó dos veces con intención homicida a David Sawyer desde una distancia de doce metros, impactándole ambos disparos uno a nivel abdominal (con orificio de salida) y otro en la región sacra. David Sawyer salió corriendo, paso por donde estaba Elizabeth, salió del inmueble llegando cerca del Hotel La Condesa, siendo remitido al hospital. D. Que cuando Elizabeth vio a David pasar corriendo y no lo vio más, y habiendo escuchado dos explosiones que no supo que eran le preguntó al acusado que para donde se había ido David, el acusado Oscar Miranda le señaló a Elizabeth que para río, ella volvió a la orilla del río y el acusado la agarró del cuello fuertemente impidiéndole que se fuera de ahí, hasta que ella cayó al zacate desmayada, pronto recuperó la conciencia y se levantó pero, de**



nuevo el encartado miranda impidiéndole huir como quería ella, la agarró del cuello rodeándole el cuello con un brazo fuertemente como especie de llave, ella forcejeaba para liberarse no lo logró y en el forcejeo el acusado con un brazo la sostenía del cuello y con el otro sacó un arma de fuego con la que le apuntaba a la cabeza con la cual la amenazó obligándola a ir donde el le dijo, pero en un momento determinado ella logró soltarse y le tiró al acusado, su bolso de tela y logró correr llegando a la carretera...”. (sic. ver sentencia, folio 219). No lleva razón el recurso, cuando distingue entre dolo e intención homicida y cuando excluye la ausencia de tipicidad subjetiva por no haberse concertado la muerte de David. Precisamente, tal como indicara el Tribunal de mérito, la conducta desplegada por Oscar resultó idónea para provocar el deceso de David, pues accionó un arma de fuego con claro poder ofensivo, dirigiendo los disparos hacia zonas vitales de Sawyer, no produciéndose el deceso porque recibió atención médica oportuna y efectiva. A mayor abundamiento y sobre el tópico objeto del recurso, debe recordarse que la jurisprudencia de esta Sala ha sustentado el criterio de que - salvo el caso de resolución manifiesta del agente - la prueba del dolo debe efectuarse partiendo de los elementos probatorios evacuados, siendo legítimo para ello acudir a prueba indiciaria. Literalmente, se ha sostenido que: “... *En términos generales el contenido cognitivo y volitivo de la acción no tiene prueba directa, salvo casos de resolución manifestada, por ello el dolo normalmente se infiere inductivamente del análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho, conforme a las reglas de la sana crítica y bajo la premisa de que en caso de duda se estará a lo más favorable al imputado, resultando un exceso el exigir prueba directa para su constatación -cuando esta sólo podría provenir de la confesión del imputado-, como lo pretende el recurrente (en este mismo sentido véase la sentencia de esta Sala V-603-F de las 9:35 hrs. del 22 de diciembre de 1994)...*”. (Confrontar voto 657-98, de 9:20 horas del 10 de julio de 1.998). Además, se ha agregado que: “... **III.- Se acoge el primer motivo deducido por el Ministerio Público:** En efecto, de una lectura atenta del fallo se comprende que el sentenciador modificó la atribución legal endilgada al justiciable. De este modo, consideró el a-quo que en la especie no resultaba aplicable la figura de la tentativa de homicidio. Para tal efecto, argumentó que: (i) El estudio médico-legal practicado al ofendido, refiere que el impacto de bala no puso en peligro su vida. (ii) Si el imputado hubiera querido acabar con la vida del perjudicado, lo habría hecho, pues se encontraba en condiciones de causarle la muerte. Atendiendo a esas consideraciones, el Tribunal de instancia excluyó la existencia del dolo homicida y en su lugar, calificó los hechos como constitutivos del delito de lesiones graves. No obstante lo anterior, debe precisarse, en cuanto al primero de los argumentos utilizados por los Jueces de mérito, que tal como reiteradamente lo ha establecido esta Sala, en los supuestos en los que se discute la aplicación de la tentativa de homicidio, la información contenida en el respectivo examen médico-legal, constituye un material de necesaria consideración. Sin embargo, ello no implica – inexorablemente - que si en dicha pieza no se alude a un peligro en la vida del afectado, deba concluirse siempre, que no existió el citado riesgo. Esto es así, porque al igual que cualquier otro elemento de convicción, los resultados de las experticias médicas no pueden analizarse aisladamente, sino que han de ser concatenados con la restante información que se dispone. La frase “no puso en peligro la vida”, no puede extenderse siempre y en todos los casos, como exclusión definitiva de una tentativa de homicidio en los sucesos en los que discuta su aplicación, pues ello supondría otorgar al dictamen el valor de opinión vinculante para el juez, quien puede tener por demostrada la existencia del dolo, acudiendo a otras fuentes de información. Debe tenerse en cuenta, que las conclusiones de las pruebas médicas, informan sobre el resultado producido. Este es el sentido con el que la Jurisprudencia de ésta Sala ha resuelto casos similares. Así, en lo que interesa, se ha señalado que: “... en lo atinente a lo señalado por el dictamen médico en el sentido de que no se puso en peligro la vida del menor, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala han establecido que, siendo la acción una voluntad objetivada, habrá de estarse al significado perceptible de esa voluntad para identificar su dirección. Así, el uso pretendido de un medio idóneo para causar la muerte en un sector del cuerpo susceptible de amenazar la vida, ciertamente revela



la intención homicida. Lo anterior, debe valorarse abstractamente, es decir de acuerdo a la idoneidad del medio empleado y a la susceptibilidad del sector que se pretendió afectar; independientemente del peligro concreto que en el caso específico se hubiere corrido, puesto que, en muchas ocasiones, podría acontecer que, por factores ajenos, la acción no implique un peligro efectivo para la víctima (cual podría ser la mala puntería del tirador, o la lentitud en su proceder), en cuyo caso no se habría puesto en peligro su vida, pero habrían concurrido los componentes típicos suficientes para tener por configurado el delito en grado de tentativa, como sucedió en el presente asunto, en que el menor fue herido a la altura del cuello con la citada cuchilla, demostrándose de ese modo el dolo homicida por el que se sanciona al encausado, quien no logró su cometido gracias a la oportuna intervención del aludido testigo...". (así, voto N° 541-F-96, de 9:40 horas del 20 de setiembre de 1.996). En el mismo sentido, se ha precisado que: "... el que los dictámenes médicos no indiquen que las heridas no pusieron en peligro la vida de J. V., tampoco es motivo para descartar la existencia de un propósito homicida en el actuar del imputado, tal y como lo ha indicado esta Sala en otras oportunidades (...) Lo importante en estos casos es analizar las condiciones o circunstancias en las que se suscita el incidente y no tanto si el mismo dejó secuelas o lesiones cuya naturaleza ponga -de manera manifiesta- en peligro la vida de las personas. En otras palabras, debe valorarse abstractamente la situación que se presenta y ponderar la idoneidad del medio empleado y la susceptibilidad del sector que se pretendió afectar; independientemente del peligro concreto que en el hecho específico se hubiere corrido...". (Voto N°. 553-2.001, de 9:20 horas del 8 de junio de 2.001)...". [Sentencia: 2002-00251, de 9:45 horas del 15 de marzo de 2002]. En el caso conocido mediante el presente recurso, el Tribunal comprobó que los impactos de bala provocaron lesiones que incapacitaron a David durante un mes para realizar sus labores habituales y además, le provocaron una incapacidad permanente de un cinco por ciento (5%) de su capacidad general orgánica (confrontar sentencia folio 219 vuelto). De esta forma, la Sala comprueba que la adecuación típica realizada por el sentenciador se ajusta a los hechos probados, pues al justiciable emprendió actos de ejecución directamente encaminados a provocar la muerte. En el caso, carece de importancia que no se demostrara cuál era la intención o el móvil que explica la conducta criminal, pues lo decisivo es que adecuó su comportamiento a las previsiones del delito de tentativa de homicidio simple (artículos 24 y 111 del Código Penal). Luego, en lo que concierne a la privación de libertad que resultó de la condena, la Sala estima que al asir fuertemente del cuello a Elizabeth en varias ocasiones, el acusado restringió su libertad, utilizando además el arma de fuego con la que la apuntaba directamente a la cabeza para evitar que huyera. En consecuencia, por no existir las deficiencias reclamadas, deben **declararse sin lugar** los motivos por el fondo que se han alegado."

Concurso real: Homicidio calificado con ocasión de robo

[Sala Tercera]⁵

Voto de mayoría

"I.- [...]. Según se señala en el Considerando I de la sentencia impugnada, el Tribunal de mérito tuvo por acreditado que el imputado [...] procedió la noche [...] a esconderse en un cafetal que se encuentra frente a la casa de la ofendida ubicada en [...] "con el fin de asaltarla, ya que le habían informado que en esa vivienda había dinero y un revólver" [...] y que estando ahí esperó que el hijo de la ofendida saliera de la casa [...] y aprovechando esa circunstancia, [...] se introdujo a la vivienda, encontrando sola a la víctima, de ochenta años de edad, a quien dio muerte utilizando un



arma punzo cortante, en vista de que ella le conocía a él. Posteriormente se apoderó de varios bienes que trató de vender en el centro de San José [...]. Tales hechos acreditados, en criterio del a-quo, son constitutivos del delito de Homicidio Calificado que prevé y sanciona el artículo 112 inciso 6° (y no el inciso 3°, como por evidente error material se consigna [...]). Se entiende (aunque no lo señale expresamente) que tal conclusión del a-quo obedece al criterio jurisprudencial según el cual el delito fin o criminis causa vendría a subsumir como causa de calificación al robo, por lo que no se podría hablar de concurso de delitos sino de uno solo agravado por una circunstancia que fue delito y que perdió su individualidad en virtud de su inserción en otro delito de mayor preeminencia frente a la ley como circunstancia de agravación (en este sentido, véase por ejemplo, la resolución de esta Sala N° 86 F de las 10:30 horas del 6 de agosto de 1982. Sin embargo, esta posición se varió hace algunos años, orientándose las últimas resoluciones de esta Sala en que se conocieron hechos similares al que ahora se comenta a determinar que la acción de matar es independiente de la de robar, aunque ambas acciones se encuentren en una relación de medio a fin. Este criterio fue explicado por la Sala en los siguientes términos: "En el Código Penal de 1941, art. 49, se consideraba que había una sola acción cuando dos o más delitos se encontraban en relación de medio a fin. Esa forma del concurso ideal no está en el actual Código Penal. Tampoco podría entenderse que el homicidio subsume el robo ya que el concurso aparente de normas establecido en el artículo 23 del mismo Cuerpo de leyes [entiéndase actual Código Penal], solo ocurre cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyen entre sí, y esa no es la situación que se investiga" (ver el V-12 F de las 10:30 horas del 29 de enero de 1986 y el V-185 F de las 9:15 horas del 24 de julio de 1987). Así, pues, conforme a los hechos acreditados en la sentencia debe considerarse que en el caso presente se produjeron dos acciones independientes, aunque las mismas guardan una relación de medio a fin. En efecto, el imputado [...] ultimó a la ofendida para robar diversos bienes de su casa de habitación. La acción de matar es independiente de la de robar, por lo que esos hechos deben imputarse separadamente, como corresponde cuando se está en presencia de un concurso material de delitos (artículo 22 ibídem). Conforme a lo expuesto debe declararse con lugar el recurso por el fondo instaurado por el Ministerio Público y casar la sentencia con lo que fue motivo de impugnación para declarar al imputado [...] autor responsable de los delitos de Homicidio Calificado y Robo Agravado en concurso material, previstos y sancionados respectivamente por los artículos 112 inciso 6) y 213 inciso 2) del Código Penal y en tal carácter se le imponen las penas de 20 años de prisión por el primero y diez años de prisión por el segundo [...]."

Homicidio en estado de emoción violenta

[Sala Tercera]⁶

Voto de mayoría

“VI. [...] Los impugnantes procuran que esta Sala establezca la existencia de un estado de emoción violenta, con el fin de atenuar la pena impuesta. Sin embargo, el razonamiento que plasma el Tribunal al descartar dicha disminución del reproche, es acertado. Véase que los juzgadores dicen:

“ Ahora bien, en vista de que la defensa en sus conclusiones solicitó se recalificaran los hechos como un Homicidio Especialmente Atenuado, por emoción violenta, según lo dispone el artículo 113 en su inciso 1), estamos en la obligación de señalar los motivos por los que el Tribunal no ha considerado en este caso que exista aquella causal de atenuación como lo es la emoción violenta.



En primer término debemos indicar que la emoción violenta es una alteración psíquica grave capaz de hacer perder el control de sí mismo y hacerlo realizar un acto que en condiciones normales nunca realizaría. Desde esta perspectiva debemos iniciar diciendo el origen de la atenuante. Así pues la atenuante de la emoción violenta tiene su origen en el hecho de que aquella alteración psíquica importante o grave, produce un efecto en la posibilidad del agente de actuar conforme el derecho espera, por lo que aquella disminución en la capacidad de actuar conforme a derecho provoca que el reproche sea menor a quien no se ve disminuido en aquella capacidad. Ahora bien, la emoción violenta es una figura jurídica de difícil correlato médico legal. Se debe tener en cuenta la emoción y las circunstancias que la acompañan en el momento de un hecho delictivo. A pesar de que se trata de una figura jurídica en la que la definición de la existencia de ésta depende del Juez, y no de especialistas en ciencias como la psiquiatría o la psicología, es también importante hacer notar que estas ciencias nos pueden ayudar a comprender aquella figura señalando (sic) lo que sucede en la llamada emoción violenta. De este modo podemos identificar, desde el punto de vista psiquiátrico los siguientes momentos: a) una reacción vivencial anormal emotiva muy intensa pero que no alcanza un grado de alienación completa; b) las circunstancias que la hicieron excusables, la doctrina habla de un hecho de carácter ético disvalioso que provoca la representación mental súbita que conmueve la afectividad e inhibe las funciones intelectuales superiores por la marcada exaltación afectiva que produce; c) luego del hecho se reconoce un estado de dismnesia de lo ocurrido (amnesia parcial) por lo que se dice que es el estado de semi-alienación o incompleto y le corresponde una atenuación y no es eximente de pena. De este modo debemos identificar, para determinar la existencia de un homicidio en estado de emoción violenta dos elementos indispensables, uno interno o subjetivo que consiste en la alteración psíquica violenta e irreflexiva, y otro elemento externo u objetivo que podemos ubicar como la causa eficiente e idónea capaz de provocar aquella alteración psíquica. En el caso que nos ocupa no se ha acreditado ninguno de los elementos necesarios para configurar la emoción violenta. La defensa, como elemento objetivo (causa eficiente) señala las constantes amenazas perpetradas por el ofendido en contra del imputado, y como disparador de aquella emoción violenta, la amenaza que hace el ofendido cuando iba huyendo de que iba a traer una escopeta para matar al imputado. Lo cierto del caso es que, tal y como quedó ampliamente analizado en el considerando anterior, con la prueba aportada, y evacuada durante el juicio, no fue posible acreditar la existencia ni de una cosa ni de la otra. Recapitulando sobre este punto, vemos que no se demostró la existencia de amenazas del ofendido hacia el imputado, por el contrario las amenazas parecían venir más bien del propio imputado, y por otra parte, tampoco se demostró, con la certeza necesaria, que el ofendido, luego del focejeo (sic), al salir corriendo hacia su casa, manifestara que iba a traer una escopeta para matar al ofendido. De este modo, vemos que el elemento objetivo que debe contener el análisis de la emoción violenta, en este caso no fue demostrado. Esto por sí solo ya es suficiente para negar la existencia de la emoción violenta, sin embargo el Tribunal entra a analizar la existencia o no del elemento subjetivo, el cual tampoco se ocurrió(sic). Es decir no existió realmente una alteración psíquica (sic) violenta e irreflexiva (sic). Para llegar a esta conclusión debemos utilizar los momentos que la psiquiatría forense ha identificado como parte de la emoción violenta, y en el particular me refiero a que se ha señalado de que luego del hecho se reconoce un estado de dismnesia de lo ocurrido. La dismnesia no es más que una amnesia parcial, la que en este caso del todo no ocurrió. Y podemos llegar a esta conclusión con la sola declaración indagatoria que nos rinde el imputado, en la cual es basta en detalles de cómo ocurren los hechos, nos señala cómo se dijo la disputa inicial por el arma, nos describe cómo logra quitársela al ofendido, nos describe cómo sale corriendo, y nos dice a qué distancia se encontraba cuando supuestamente dice que va a traer una escopeta, nos dice hacia dónde disparó, nos dice cuántos tiros disparó, ubica las personas que estaban en el sitio, y nos logra decir luego de los hechos qué hace. Esta misma narración se la da al padre minutos después de ocurridos los hechos, condición que no es típica de un estado de emoción violenta,



donde uno de sus marcadores es la dismnesia de lo ocurrido. Pero lo más determinante de todo lo dicho, es que supuestamente el imputado tuvo la capacidad de determinar el momento en que dejó de estar en sus cinco sentidos, tal y como él lo manifiesta, y es justamente en el momento en que se hace la referencia a la escopeta (referencia que no fue demostrada). Pero considera el Tribunal que hay más, si vemos, tal y como fue dicho al inicio, el origen de la atenuación por emoción violenta, surge porque la alteración psíquica hace que la capacidad de comportarse conforme a la norma se disminuya, lo que provoca razonablemente que el reproche también debe disminuir, y de ahí la atenuante. Esta condición en este caso tampoco se da, ya que si vemos, y siguiendo el razonamiento de la defensa, debemos entender que luego de que el imputado le quita el arma al ofendido, aquel aún no ha entrado en el estado de emoción violenta, sino que la alteración psíquica surge al mencionar el ofendido la escopeta. Este espacio temporal que existió entre el momento en que le quita el arma, que el ofendido sale corriendo, hasta el momento en el que supuestamente refirió sobre la escopeta, era suficiente para que el imputado adecuara su conducta a lo que el derecho esperaba, ya que en ese momento, según el dicho del propio imputado, no había surgido aquella emoción violenta, lo que provoca que no se cumpla tampoco la exigencia del tipo penal del homicidio especialmente atenuado en el sentido de que las circunstancias deben hacerla excusable. En ese sentido, y únicamente en gracia de argumentación, aún cuando admitiéramos la existencia de la emoción violenta, debemos negar, según lo dicho, que las circunstancias lo hicieran excusable. En consecuencia de lo dicho, en este caso no procede la recalificación solicitada por la defensa, ya que, desde ningún punto de vista podemos decir que estamos en presencia de un homicidio en estado de emoción violenta.” (cfr. Folios 298 vuelto a 300 vuelto). Tal y como se extrae del razonamiento emanado del Tribunal, se descarta la existencia del estado de emoción violenta a partir de parámetros absolutamente válidos, pues del análisis de la prueba evacuada durante el contradictorio, se establece que no mediaron amenazas previas o la promesa por parte del ofendido, respecto a ir a su casa por una escopeta. De acuerdo con ello, no concurrieron los elementos objetivos y subjetivos para determinar la causal en cuestión. Sin embargo, considera esta Sala que del razonamiento de los juzgadores, aún bajo el supuesto de que estas amenazas se hubieran llevado a cabo, y que hayan ocurrido en realidad, no era razón suficiente para justificar una atenuante de esta categoría. Esto por cuanto los elementos subjetivos que constituyen el estado de emoción violenta, tampoco están presentes. Así lo concluyó el Tribunal una vez que examina la posibilidad de una alteración psíquica violenta e irreflexiva por parte del imputado. Véase que no existen elementos probatorios, ni siquiera que se puedan extraer de la misma declaración del imputado, donde se observe que existiera amnesia parcial –elemento psíquico importante- o que no tuviera la capacidad reflexiva para poder detener su acción homicida. Por el contrario, como bien concluye el a quo, el señor Morales Centeno tiene pleno conocimiento de lo que está haciendo y mantiene intacta su memoria, al punto de brindar detalles, los cuales no se podrían obtener de haber caído en el estado de emoción violenta. Por último, acertadamente indica el Tribunal que el momento que transcurre entre el forcejeo por el arma y la amenaza de ir por la escopeta, es el suficiente para que Morales Centeno pueda reflexionar y determinarse de acuerdo con la comprensión que tiene de la ilicitud de su conducta, por lo que tampoco existe circunstancia alguna que convierta la respuesta del imputado en algo que pueda atenuar la sanción. En virtud de todo lo anterior, no concurriendo los elementos subjetivos y objetivos del estado de emoción violenta, se desestima el reclamo en ese extremo. [...].”

Estado de emoción violenta: Concepto y enunciado

[Sala Tercera]⁷



Voto de mayoría

"III. [...] señala la falta de valoración de los elementos objetivos de la emoción violenta y que la imputada actuó bajo un error de derecho acorde con lo dispuesto en el artículo 35 del Código Penal. Estima que un análisis de los aspectos subjetivos presentes en el caso permite apreciar que la acusada tuvo como comprendido falsamente, que se encontraba bajo los efectos liberatorios de la antijuridicidad de su conducta, por la existencia de un ejercicio legítimo de un derecho, por cuanto el Ministerio Público y el Tribunal determinaron que la actuación estuvo motivada por el hecho de que la ofendida sin motivo aparente agredió a la hermana de la encartada, y aunque sobre ese aspecto no se dijo nada en el juicio, esta última posee lazos familiares tan fuertes, que la actuación de la perjudicada la ha tenido trastornada, pues no concibe que alguien sin motivo aparente se haya tomado la atribución divina de castigar a un miembro de su familia, situación que ha estado latente en su mente y con una obnubilación permanente. Adiciona la imputada que estando en su cabeza la agresión ilegítima que sufrió su hermana, esa es la causa eficiente, que al ver a la ofendida el día de los hechos, la permitió considerarse autorizada legalmente para defender los derechos de su hermana mediante una reacción, todo lo cual estima se adecua a la aplicación de un error de prohibición, lo que hace improcedente la aplicación de una sanción. El alegato no es de recibo. La recurrente confunde dos figuras jurídicas de naturaleza distinta, una, como causa de atenuación de la responsabilidad y la otra referida a la culpabilidad, entendida, en sentido amplio, como capacidad de comprensión del carácter ilícito del hecho, por grave perturbación de la conciencia. No obstante, ninguno de los aspectos señalados en el reclamo fue tenido por acreditado en sentencia. En lo que se refiere a la emoción violenta, esta Sala ha señalado "... la emoción violenta es un concepto jurídico que requiere de un estado de alteración psíquica, pero también de una causa idónea generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva. También la doctrina ha señalado la necesidad de que exista ese factor externo (causa eficiente) para que pueda configurarse esa causa de atenuación de la responsabilidad penal..." (N° 500-F-92, de las 8:50 horas del 8 de octubre de 1992) [sic]. En este caso, si bien se indicó que entre la ofendida y la hermana de la acusada se había dado un problema, el mismo ocurrió con mucha antelación a los hechos objeto de esta causa, ya que ambas volvieron a encontrarse 15 días después de los eventos y aclararon la situación. Obsérvese, que aún cuando pueda aceptarse que la imputada se encontraba molesta porque la ofendida había tenido un problema con su hermana, aspecto al que ni siquiera hizo referencia la acusada al deponer en la audiencia, no puede admitirse que se trate de una circunstancia que haga excusable su actuación, aspecto indispensable para que la conducta pueda encuadrar en el artículo 113 inciso 1) del Código Penal. La emoción violenta, constituye una alteración psíquica productora de la pérdida de control de impulsos, lo que resulta del todo incompatible con la actuación preordenada de la imputada, que se ha acreditado en sentencia con base en la prueba evacuada. De la lectura del fallo, se observa que el Tribunal no solo no tuvo por acreditado que la justiciable haya disparado a la ofendida encontrándose en un estado de emoción violenta que obnubilara su juicio crítico y disminuyera el control de sus impulsos –de lo que no existe ningún elemento objetivo aparte de las manifestaciones de la imputada en esta instancia–, sino que, por el contrario, estableció una serie de eventos que demuestran que tenía la capacidad de comprender el carácter ilícito de sus actos y de adecuarse a esa comprensión. En efecto, la imputada contrató un servicio de transporte, a cuyo chofer ella dirigió mientras hacían algunos mandados, pidiéndole que la llevara frente al bar "Mamón", lugar donde se bajó y de seguido procedió a dispararle a la ofendida en cuatro ocasiones con el arma que portaba, introduciéndose nuevamente al vehículo y discutiendo con su acompañante hacia qué lugar se desplazaban, todo lo que permite descartar la concurrencia del estado de obnubilación, y más bien pone en evidencia



que el comportamiento de la imputada dirigido a dar muerte a la ofendida obedeció a su intención conciente y premeditada, como venganza o represalia por la situación que había tenido con su hermana. Por otra parte, en la especie no resulta aplicable la teoría del error. Si se admitiera el argumento esgrimido por la recurrente, el derecho quedaría sin contenido. No es posible admitir que una persona se crea justificada para acometer con un arma de fuego y disparar en varias ocasiones contra otra –comportamiento claramente ilegítimo y antijurídico–, por la sola circunstancia de que un familiar al que dice querer mucho tuvo un problema con la víctima, pues ello equivale a admitir el derecho a la venganza. Es más, la antijuridicidad de su comportamiento no escapa al conocimiento de la imputada, quien inmediatamente según se consigna en el fallo huye del lugar."

Culpabilidad: Consideraciones sobre el juicio de reproche

[Sala Tercera]⁸

Voto de mayoría

"II.- [...]. En contraposición a un criterio psicológico de culpabilidad, que hacía depender el quantum de la pena del dolo o culpa con que hubiera actuado el agente, modernamente se sigue un concepto normativo, sustentable incluso en nuestro ordenamiento penal, según el cual el reproche depende de la mayor o menor exigibilidad para que el agente -en la situación concreta- actuara conforme el derecho esperaba. Esta ha sido la tesis reiterada últimamente en la jurisprudencia de esta Sala de Casación, que al interpretar el Código Penal ha concluido que el dolo y la culpa son parte del tipo penal y no de la culpabilidad. (En este sentido v. sentencias de la Sala Tercera N° 446-F, de las 15:40 hrs. del 25 de setiembre de 1992; N° 511-F, de las 9:00 hrs. del 10 de setiembre de 1993; N° 561-F, de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993; y N° 713-F, de las 10:55 hrs. del 17 de diciembre de 1993.). Por las mismas razones, la formulación normativa que en un principio dejaba los elementos alternativos de dolo y culpa dentro de la culpabilidad, tampoco es conciliable con la tesis jurisprudencial de referencia (v. Jiménez De Asua, Luis: Tratado de derecho penal, Tomo V, Buenos Aires, 1963, pp. 123 ss.). Actualmente la culpabilidad está compuesta por (a) la imputabilidad del agente, (b) el conocimiento de la ilicitud y (c) el poder actuar conforme a derecho (exigibilidad). De acuerdo a ello la culpabilidad se define "... como el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal; es decir, en atención a que realizó una conducta prevista como delito pese a que estaba en situación de actuar de modo distinto..." (Córdoba Roda, Juan: Culpabilidad y pena. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1977, p. 16). La culpabilidad normativa obliga al juzgador a apreciar las circunstancias que rodean al agente al momento de hecho, para establecer si el ordenamiento jurídico podía -bajo las circunstancias concretas- requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho, y así cuanto más exigible más reprochable y por el contrario cuanto menos exigible menos reprochable. La culpabilidad no es sino el reproche por actuar con conciencia clara de ilicitud del hecho que se realiza, junto al incumplimiento con el derecho y con la sociedad -sin riesgo físico y sin presión psíquica insuperable- en circunstancias idóneas para actuar correctamente. Se trata de una opción realizada consciente, donde el sujeto se inclina por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho. Ahora bien, así como se dijo que a más exigibilidad mayor severidad del reproche, así cuanto mayor reprochabilidad mayor pena. En el caso de autos lleva

razón la recurrente al afirmar que al imponer la pena no puede el tribunal de mérito considerar válidamente y como argumento único el "total desprecio al derecho ajeno", dado que todo ilícito penal es una lesión a los valores tutelados por el ordenamiento jurídico cuyo titular no es normalmente el agente (una excepción en el artículo 114 del Código Penal). Establecido el reproche, debe concretarse en la imposición de la pena necesaria para el sujeto, para lo cual han de ponderarse proporcionalmente los parámetros establecidos en el artículo 71 del Código Penal, como son los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o del peligro, las circunstancias de modo tiempo y lugar y la calidad de los motivos determinantes. La condenatoria por tentativa de robo simple de menor cuantía se fundamenta en el fallo en "... la falta de arrepentimiento y su total desprecio al derecho ajeno, así como el relativo daño causado..." [...]; sin embargo, como se dijo, el desprecio al derecho ajeno es una de las notas definitorias de los delitos dolosos, por lo que no cabe el argumento para la fijación de la pena; y, finalmente, se menciona el daño causado en abstracto, pero no se da explicación alguna que corresponda a la importancia -social o individual- de la lesión. No queda clara la correlación entre culpabilidad y pena, de manera que la imposición de dos años de prisión carece de fundamento y corresponde anular el fallo únicamente en este aspecto."

Delito culposo: Imputación objetiva, inaplicación del dominio del hecho y consideraciones acerca de la causalidad

[Tribunal de Casación Penal]⁹

Nota separada

"III.- **Voto de la jueza Chinchilla Calderón:** El **único motivo** del recurso planteado por el sentenciado se titula falta de valoración de la prueba. No obstante, del contenido de la argumentación que lo sustenta se desprende que el impugnante estima que el hecho es atípico porque medió culpa de la víctima por tratarse de una persona de ochenta y un años que cruza una autopista de cinco carriles directamente por la calzada de rodamiento (y no por el puente peatonal que estaba cerca) sin fijarse, lo que hizo que un primer vehículo que tenía toda la visibilidad del hecho, pese a la velocidad con que se transita por la zona y a que eran las diez de la noche, lo lograra evadir; no así un segundo automotor que frena intempestivamente y golpea al peatón, luego de lo cual es colisionado por atrás por el vehículo tipo grúa, de mayor peso, conducido por el encartado, volcándolo y cayéndole encima al peatón, produciéndose las lesiones de los ofendidos, a más de la muerte del peatón. Indica el recurrente que en las autopistas se puede circular a una velocidad importante y, por esa razón, no se pueden realizar maniobras extraordinarias pues otros vehículos también lo hacen y obstaculizan la visibilidad por lo que "*nadie está obligado a lo imposible*". Concluye indicando que "*...el causante de la causa es causa del mal causado*" (folio 579), que él no tuvo "*dominio del hecho*" (folio 579) y que no hay nexo de causalidad (folio 580). **El alegato debe ser rechazado.** No obstante, de previo es necesario hacer dos acotaciones que resultan ineludibles considerando el planteamiento que hace el recurrente. En primer lugar que hay un grupo de delitos en los cuales no resulta aplicable la teoría del dominio del hecho en sus distintas modalidades (dominio de la acción, dominio funcional, dominio de la voluntad) por cuanto la autoría precisa características especiales surgidas desde la construcción específica de los tipos penales y que, por ende, escapan a las pautas que doctrinariamente se han elaborado para dicha teoría. Entre ese grupo de delitos se encuentran los delitos culposos que requieren, para que se configure la autoría, que el sujeto activo falte personalmente al deber de cuidado (que no lleva



aparejado dominio de la acción sino que, por el contrario, en la mayoría de los casos -vgr. culpa inconsciente- carece de ella) y que dicha falta genere un resultado lesivo, en este caso, a la integridad física, mediando un nexo de causalidad entre ambos, por lo que la doctrina dominante rechaza la coautoría y, por consiguiente, el dominio del hecho en estos ilícitos (cfr.: CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *Autoría y participación en el derecho penal*. Editorial Jurídica Continental, 1ª edición, San José, 2006, pp. 292-309 quien si acepta algunas hipótesis de coautoría). En segundo lugar, cabe indicar que para definir cuándo se da el referido nexo causal, la dogmática penal ha hecho uso de diversas posturas teóricas siendo una de ellas, ampliamente superada en la actualidad, la teoría de la equivalencia de las condiciones que pregona la referencia que hace el recurrente según la cual la causa de la causa es la causa del mal causado. Esa posición ha sido abandonada porque remite a factores remotos como determinantes de ese nexo y, en su lugar, han surgido otras teorías como la de la causalidad adecuada, la causalidad relevante y más recientemente criterios (para quienes le restan la condición de teoría) de imputación objetiva (cfr.: CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *Causalidad e imputación del resultado*. Editorial Juritexto, 1ª edición, San José, 2003, pp. 89 ss.). Este Tribunal de Casación, con integraciones diversas a la actual, se ha pronunciado en distintas ocasiones avalando algunos de esos criterios de imputación objetiva, entre los que se encuentran el tema de la autoresponsabilidad que plantea el recurrente y sus derivados: autolesión o autopuesta en peligro como excluyente de esa imputación objetiva. Tal el caso de los votos N° 122-F-99 (Llobet, Fernández, Ulises Zúñiga), 2004-317 (Llobet, Fernández, Chinchilla Sandí) y N° 2005-531 (Chinchilla Sandí, Dobles Ovares y Sojo Picado con voto salvado), último de los cuales en que se dijo: *"...resulta de vital importancia introducimos 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 competición 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 (...) 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 (...) 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 (...) 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 (...), 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..." (las negritas son del original, el subrayado es suplido). No obstante, esa posición -en mi criterio- no resulta aplicable ni a este caso ni a otros en los que se alegue la ruptura del nexo causal ante el comportamiento de la víctima. En primer lugar porque la misión del intérprete de las normas es partir de estas y, en el caso costarricense (a diferencia del alemán citado en la resolución mencionada), de la relación de los artículos 114, 115, 116 y 129 del Código Penal, así como de los artículos 45 y 46 del Código Civil, se desprende que para nuestro legislador no son disponibles los bienes jurídicos "vida", "salud" e "integridad física" salvo que, expresamente por ley así se autorice, lo que no sucede en tales hipótesis. De modo que, en casos en los que la culpa de la víctima concorra con una acción carente del deber de cuidado del agente, ello no enerva la tipicidad culposa tal y como lo refieren los mismos artículos 105, 117 y 128 del Código Penal al aludir al grado de culpa del agente y de la víctima como parámetros para, respectivamente, efectuar la fijación de las consecuencias civiles y penales. Ergo, con independencia del criterio que sobre tales normas se pueda tener, es lo cierto que están vigentes y en tales casos, **a pesar de la autopuesta en peligro, siempre subsistirá la imputación del resultado al agente que faltara al deber de cuidado** (en sentido contrario, comentando legislación similar a la nuestra y citando en su apoyo diversa doctrina: CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Universidad EXternado de Colombia, José María Bosch editor, 2ª edición para América Latina, setiembre, 2001, pp. 65-69). Por otro lado, aunque lo anterior no fuera así, es evidente que en este caso nunca se darían los requisitos para aludir a una autopuesta en peligro ya que los ofendidos en esta causa no son quienes generaron el hecho, es decir, no son quienes, conociendo el riesgo, lo aceptaron al cruzar la calle sin fijarse, sino que son terceros (ocupantes de un automóvil que, para no atropellar a ese

peatón, frena y es impactado por detrás por el vehículo del encartado, volcándolo y haciendo que el automotor caiga sobre el peatón originalmente lesionado produciéndole a éste la muerte y a los ocupantes del carro diversas lesiones que son las reclamadas en esta causa). Las víctimas de este caso no son quienes generaron la situación de riesgo ni voluntariamente asumieron riesgo alguno pues, según se tuvo por demostrado, no se expusieron a ninguna situación que pueda catalogarse como tal, salvo el riesgo permitido de conducir vehículos que lo hacían conforme a las reglas propias de esa actividad al punto que, pese a ir en autopista y de noche, lograron esquivar al peatón para no matarlo con el impacto y frenar, lo que no pudo hacer el encartado por no guardar la distancia correspondiente con el automotor que le antecedió. En otras palabras: si bien el occiso, por su propia falta al deber de cuidado, generó un resultado lesivo para su integridad física (el atropello o golpe que le produjera el vehículo conducido por uno de los ofendidos) es lo cierto que esa circunstancia no fue la que generó ni su muerte (que no es objeto de este proceso) ni las lesiones a los aquí ofendidos sino que las mismas se produjeron cuando el vehículo conducido por uno de ellos frenó para evitar golpear más al ahora fallecido ante lo cual el aquí encartado, faltando a su deber de cuidado en la conducción al no guardar la debida distancia con el vehículo que le antecedió, procedió a colisionar a dicho automotor por detrás, levantándolo y volcándolo al punto que le cayó encima al peatón que, para entonces, estaba golpeado en la vía pública. Es decir, no es la conducta del occiso la causante de las lesiones de los ofendidos sino que éstas derivan de la acción del encartado que el Tribunal analizó minuciosamente en la sentencia que viene recurrida, en donde se indicaron las razones por las que se concluía que el encartado nunca frenó su vehículo (pues la huella de frenado queda unos metros más adelante de donde él se detuvo y los testigos sólo mencionan a un carro frenando) lo que generó el impacto en la parte posterior y las lesiones de las víctimas. Así las cosas, no estimo que el tribunal sentenciador haya incurrido en algún vicio en su razonamiento, motivo por el que se impone el rechazo de la impugnación, quedando las costas a cargo del promovente.”

Homicidio: Tipo simple no requiere elementos subjetivos adicionales al dolo

[Sala Tercera]¹⁰

Voto de mayoría:

"Confunde quien recurre el carácter doloso de la acción con las motivaciones o los "móviles" que lo determinaron a actuar en la forma que lo hizo, los cuales, pese a su carácter "subjetivo", no son requeridos por el dolo del tipo simple de homicidio, aunque sí los toma en cuenta el legislador en ciertos supuestos especiales, como elementos subjetivos del injusto, cual ocurre, por ejemplo, en el homicidio calificado por precio o promesa remuneratoria (art. 112 inciso 7 del Código penal), o en las atenuaciones previstas en los artículos 113 inciso 3) y 116 del mismo texto (homicidio honoris causa y por piedad, respectivamente). En tales casos, determinar la concurrencia de un específico motivo de la conducta, resulta necesario para tener por demostrada -y, por ende, tipificar- la causa de calificación que corresponda (atenuante o agravante), pues de lo contrario, la acción se subsumiría en el tipo simple o en otro agravado (v. gr.: homicidio calificado si la madre no dio muerte a su hijo a fin de resguardar su honor). Los elementos subjetivos del injusto constituyen factores adicionales al dolo y ninguno de ellos se exige, en todo caso, en el delito de homicidio simple, donde basta, por el contrario, la voluntad realizadora del tipo."

b)SECCION II: Aborto

Homicidio culposo o Aborto culposo

[Sala Tercera]¹¹

Voto de mayoría

"I.- ÚNICO MOTIVO POR EL FONDO: **Errónea aplicación del artículo 128 del Código Penal.** El imputado acusa en su primer agravio (como una cuestión por el fondo) que el fallo de instancia inobservó la norma sustantiva que arriba se cita. Su disconformidad se basa en que se le condenó por el delito de homicidio culposo a pesar de que se tuvo por demostrado que el producto de la gestación murió dentro del seno materno. Siendo ello así, más bien estaríamos ante la figura del aborto culposo, por lo que el recurrente solicita que se corrija la calificación jurídica de los hechos. La queja no es de recibo. De acuerdo con el contenido del fallo de instancia, si bien es cierto -tal y como se alega en el recurso- se tuvo por demostrado que la conducta culposa del acusado produjo como resultado que el menor ofendido muriese dentro del seno materno, es decir, antes de su expulsión, no podría perderse de vista que ello ocurrió cuando ya había dado inicio el proceso de parto, es decir, cuando el producto de la gestación ya había adquirido la madurez necesaria para nacer. En cuanto a dicho aspecto el fallo refiere lo siguiente: "... El veintitrés de febrero del año dos mil a eso de las veintidós horas, la señora Sidey Navarro Mora ingresó al hospital de Ciudad Neilly con cuarenta y un semana (sic) de embarazada y dolores de parto, siendo remitida a la sección de emergencia de dicho hospital por parte del doctor Pizarro para que fuera atendida por Albino Patricio Cruz Cruz, enfermero obstetra de dicho nosocomio, de la sala de partos, y a quien le correspondía la valoración de la paciente, haciéndole saber la señora Navarro que su primer parto había sido por cesárea y en el segundo habían tenido muchas complicaciones, solicitándole su atención médica debida para que el parto presente fuera satisfactorio. 2.- El imputado Cruz Cruz, incumpliendo con los deberes de cuidado debidos como enfermero obstetra, no hizo valoración adecuada de los riesgos con base en los antecedentes por cesárea previa, ni tomó en cuenta el riesgo acerca del tamaño de la pelvis de la madre con respecto del feto ... realizando incluso maniobras de expulsión contraindicadas en estos casos. 3) Resultando del actuar culposo del imputado Cruz Cruz, la señora Navarro Mora sufrió una ruptura uterina con muerte de quien llevaría por nombre Innominado Navarro Mora, (sic) al darse una desproporción cefalopélvica (entre la cabeza del feto y el canal del parto materno). 4.- El día siguiente, veinticuatro de febrero de 2001 (sic) a eso de las siete de la mañana, nace el producto por medio de una cesárea practicada a su madre, realizándose maniobras médicas de resucitación, con resultados negativos ya que el acusado había remitido a la paciente a sala de maternidad donde pasó toda la noche sin su debida supervisión, siendo que cuando comunicó lo sucedido ya era demasiado tarde para salvar la vida del menor ... Esto hace que las conclusiones de la autopsia tengan aún más trascendencia en el sentido de que hubo ruptura uterina con muerte de feto ... Quien fallece cuenta con cuarenta y un semanas de gestación y muere en el seno materno ..." (cfr. folio 167, línea 14 en adelante; folio 195, líneas 2 y 3; y folio 196, líneas 17 y 18). Como se colige de lo transcrito, es claro que en la sentencia de mérito se tuvo por acreditado, a partir de la prueba testimonial y de las conclusiones que se plasmaron en la pericia médico legal (autopsia), que a consecuencia de la conducta violatoria del deber de cuidado en la que incurrió el acusado, el menor ofendido falleció



durante el proceso de parto, ello *antes* de salir del claustro materno. Tan cierto es lo anterior, que en la sección del fallo destinada al análisis de derecho y tipicidad, el propio tribunal expuso las razones jurídicas a partir de las cuales estimaron que, no obstante tal circunstancia, en este caso el ofendido debe ser considerado como “*persona*” y, por ello, la acción calificaría entonces como un delito de homicidio culposo. Al respecto, el órgano de mérito señaló: “... *El nasciturus en nuestro medio es considerado persona. Para dejar claro este punto hay que hacer referencia al concepto de persona y de vida. Dentro de nuestro ordenamiento y con un rango superior a la ley, la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone en su artículo 4.1: “... toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente ...”. La consideración del no nacido como persona, a efectos de determinar la presencia de ese elemento de la tipicidad objetiva, no sólo deriva de dicha norma del derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino de la contemplada en otros instrumentos de igual rango, sino también de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional. Concretamente del voto 2306-2000 de quince y veintiuna horas del quince de marzo de dos mil, luego de concluir que todo concebido es persona y por tanto la tutela del derecho a la vida le cubre, sostiene: “El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella –formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia” ...*” (cfr. folio 1967, línea 18 en adelante). Conforme se puede inferir de lo expuesto, en el presente caso se plantea la discusión entre el concepto de “*persona*” que por un lado maneja la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la que a su vez incorpora el Código Penal (y la doctrina que lo informa), siendo claro que con respecto a la primera, el segundo es una norma de rango inferior. En este sentido se advierte que los artículos 111, 117, y 118 a 122, todos del Código Penal, parten de una clara distinción entre los conceptos de “*persona*” (sujeto pasivo de la figura de homicidio, ya sea doloso o culposo), y de “*feto*” (sujeto pasivo de las figuras de aborto, en sus distintas modalidades). La diferencia entre ambos conceptos no fue resuelta por el legislador, de tal manera que a dichos efectos el operador jurídico deberá echar mano a varias herramientas herméticas, entre las cuales obviamente se encuentra la *doctrina* que informa esas normas penales sustantivas. Ésta, por su parte, establece dicha distinción a partir de varios criterios, todos los cuales indican que el feto (que no por ello pierde la calidad de “*ser humano*”) no va a adquirir la condición de persona sino a partir del *nacimiento*. En realidad, este último concepto es el que no resulta pacífico en la doctrina, pues al respecto existen varias posiciones. En este sentido se ha dicho “... *En lo atinente al sujeto pasivo del delito, la doctrina ha discutido sobre a partir de cuándo es que se puede decir que existe un ser humano, lo que es importante para determinar si se está ante un homicidio o ante un aborto. Al respecto existen varios criterios. Unos indican que es homicidio, y no aborto, la muerte de la criatura durante el nacimiento, sea cuando comienzan los dolores del parto; se inicia el procedimiento artificial para inducirlo, o se extrae quirúrgicamente al niño (así Peña Cabrera ... Cuello Calón ... Ranieri ... Breglia y Gauna ... Núñez ... Maggiore ... Soler ... Fontán ... Creus ... Laje Anaya ... Manigot ... Acevedo Blanco ... Martínez Brenes ... Rojas Sánchez y otros. Debe tenerse en cuenta que las dos últimas investigaciones citadas son de autores costarricenses). Esta posición es dominante en Argentina ... Una segunda posición exige para la existencia de homicidio la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical (así: Muñoz Conde ...). Una tercera señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno, independientemente de que se haya cortado el cordón umbilical ... El bien jurídico protegido en los delitos de aborto es la vida del producto de la concepción. La protección a través del delito de aborto se extiende desde la concepción hasta la expulsión del seno materno, a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio ...*” (Rivero Sánchez (Juan Marcos) u otro, “COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL”, editorial Juriscentro, San José. 1ª edición, 1989. Págs. 1, 2, 71 y 72). Esta



sería la posición que parece defender el impugnante, quien argumenta que en vista de que el ofendido falleció *dentro* del seno materno (cuando aún no había sido expulsado ni separado completamente de la cavidad uterina), no llegó a adquirir la condición de “*persona*”, de tal manera que por tratarse de un “*feto*” no estaríamos ante un delito de homicidio culposo sino a lo sumo ante la figura del aborto culposo. Si bien dicho planteamiento (seguido también por los autores citados) es respetado por esta Sala, la misma no lo comparte, pues más bien se ha inclinado por la tesis que impera en Argentina, la que lleva la protección jurídico penal un poco más atrás, al entender que -a efectos de determinar la correcta calificación jurídica del hecho- existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al proceso de alumbramiento. En este sentido debe aclararse que el nacimiento no es un acto único, concreto y determinado, sino todo un proceso que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica. Lo anterior implica que la figura del infanticidio que prevé el artículo 113 inciso c) del Código Penal no tiene por qué partir de un análisis teórico diverso a éste, como el que propugnan los autores que se comentan (cfr. *ibid*, pág. 2), ya que esta última ilicitud no establece ni exige que el cómputo de los tres días dentro de los cuales debe haberse producido la muerte del infante, deba empezar a correr a partir de que el proceso de alumbramiento haya finalizado (con la expulsión del claustro materno), pues los mismos corren a partir del momento en que dio inicio el nacimiento. Es ésta la tesis ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Sala Penal: “... *Se reprocha en este motivo que para que surja a la vida jurídica el delito de Homicidio culposo, se debe de matar a una persona y los hechos tenidos por probados – ahogamiento del producto de la concepción que estaba en el útero de la ofendida – no acreditan que la conducta desplegada por el doctor (...) ocasionara la muerte de una persona, por lo que el resultado causado está fuera del ámbito de protección del artículo 117 del Código Penal. En este caso no se mató a una persona, sino al producto de la concepción – feto – que no tuvo vida independiente, por lo que no había adquirido la categoría jurídico penal de persona, resultando los hechos atípicos ... la norma contenida en el numeral 122 ejusdem se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiendo por ello la muerte de un feto, como producto de la concepción, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. No cabe en consecuencia duda alguna, contrario a lo que señalan los recurrentes, que en la especie, el actuar culposo del imputado, según la vida de una persona, de un niño, desconociéndose en los motivos invocados, la personalidad jurídica del menor ..., pese a que su muerte, ciertamente, se dio dentro del útero de su madre, de allí que no resulten de recibo los alegatos expuestos en cuanto a la pretendida atipicidad en la conducta desplegada. Si bien es cierto, la doctrina diferencia el concepto de Aborto, desde la óptica penal, de la concepción meramente médica, para los efectos penales, el aborto puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno – ver Maggiore, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte Especial.** Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, página 140 – Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de Aborto, a efecto de poder distinguirlo del Homicidio; así, el primer elemento que caracteriza al delito de Aborto es la interrupción del embarazo o gestación, en donde la mujer pare antes del tiempo en que el feto puede vivir, de modo que si el embarazo está completo, el proceso gestativo ha concluido, el feto está maduro e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como Aborto, sino que constituye un Homicidio, ya sea de carácter doloso o culposo. La doctrina, entre la que se incluye la italiana, argentina y parte de la española, perfectamente aplicable en nuestro medio contrario a lo que señalan los recurrentes, establece que la línea que divide el ámbito de protección entre el homicidio y el aborto, debe trazarse en el comienzo del nacimiento, extendiéndose en consecuencia la protección del homicidio y las lesiones a aquellas acciones que producen su resultado durante el nacimiento, es decir, que la protección de la vida de las personas después de ese hecho es más amplia – Bacigalupo, Enrique. **Los***



delitos de Homicidio. *Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 199. Reimpresión, pp. 6 y 7 – El inicio del nacimiento principia con las contracciones expulsivas, y en los casos en que el alumbramiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como cuando se recurre a la cesárea, por ejemplo, el comienzo del suceso está marcado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen, no siendo necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero. Asimismo, en los supuestos en que las contracciones expulsivas son inducidas por algunas de las técnicas médicas al respecto, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de la técnica concreta de inducción - Bacigalupo. Op cit, pp16 a 17 – Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial – Varela, Bernardo C.. **Homicidio Simple.** Buenos aires. Lerner 1968, página 19 – De allí que podamos concluir que las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen aborto, en ambas situaciones estaremos frente a una persona, protegida constitucional y legalmente. En consecuencia, la protección de la vida de las personas, sancionable desde la óptica de la figura penal del Homicidio, principia desde el comienzo del nacimiento, no resultando necesario que la criatura sea viable, ni que incluso haya sido separada del seno materno, pues ese es precisamente el período comprendido en la expresión “durante el nacimiento”...”, voto N° 791-01, de las 10:10 horas del 20 de agosto de 2001. Así las cosas, es claro que el planteamiento de fondo que se esboza en el presente recurso, no resulta novedoso, pues esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en cuanto al tema debatido. Se comprende, entonces, que el fallo de instancia, al estimar que en este caso los hechos que se tuvieron por plenamente demostrados configuran un delito de homicidio culposo, no incurrió en el supuesto yerro de fondo que se denuncia, pues si bien el niño falleció dentro del seno materno, también debe tenerse claro que ello sucedió una vez que su madre ingresó al hospital, cuando el proceso de alumbramiento ya había dado inicio. Así las cosas, se declara sin lugar el reclamo.”*

Derecho a la vida: La Sala estima que nuestro ordenamiento no hace diferencia entre nacidos y no nacidos a efectos de reconocerles la protección de su derecho a la vida

[Sala Constitucional]¹²

Voto de mayoría

El reclamo del accionante tiene su fundamento en la sentencia de esta Sala número 2306-2000 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil. Resulta importante entonces comenzar con una transcripción de lo que allí se dijo en relación con el tema en discusión:

"[...] V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sin sentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la



insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma: "*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*" -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho



más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona *"tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"* (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona *"el nacimiento"*. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga *"debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que *"la vida humana es inviolable"*.

VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera *"nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento"*, con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera:

"Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...)"

El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que "niño" se es "desde su concepción hasta sus 12 años".

"Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral".

El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella —formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia"

Para lo que interesa en este caso, el pronunciamiento anterior, realmente no produce innovación alguna, puesto que más bien, su autoridad deriva de las fuentes normativas vigentes que cita, a



saber: el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Preámbulo y el artículo 6.1 de la Convención de Derechos del Niño, así como los artículos 12 y 13 Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley número 7739 de seis de enero de mil novecientos noventa y ocho. De la conjunción y sistematización de todas ellas se concluye (como lo hizo el pronunciamiento citado) que nuestro ordenamiento no hace diferencia entre nacidos y no nacidos para efectos de darles el estatus de ser humano, equivalente al de persona, a efectos de reconocerles la protección de su derecho a la vida. En igual sentido, no existe ninguna contradicción con las normas punitivas contra las que se dirige el accionante (el reclamo contra el artículo 31 del Código Civil se analiza más adelante), pues ellas tienen como objeto la criminalización de conductas que, desde la perspectiva del legislador, atentan contra el derecho a la vida; existe así hasta este punto, plena congruencia en nuestro ordenamiento jurídico el cual, en el ámbito constitucional y convencional dispone la protección del derecho a la vida de los seres humanos nacidos o no, lo cual se repite dentro del ordenamiento jurídico penal que penaliza las conductas que atentan contra ese derecho a lo largo de todo el tiempo que dura la vida del ser humano. No existe entonces ninguna infracción al derecho a la vida que quepa reclamar y el propio accionante así lo entiende al reclamar no contra una infracción a ese derecho, sino una lesión a derecho a la igualdad de trato.

La argumentación central del accionante en lo que se refiere al principio de igualdad, radica en señalar que previamente a la emisión de la resolución número 2306-2000, existía en nuestro ordenamiento una distinción entre feto y persona, la cual fue superada al emitirse dicho pronunciamiento, de manera que las normas jurídicas que tienen como fundamento dicha distinción, como las normas penales discutidas o bien que produzcan la diferenciación entre nacidos y no nacidos –como el artículo 31 del Código Civil- se han convertido en inconstitucionales por contradecir el principio de igualdad, al distinguir donde la resolución de la Sala prohíbe distinguir. No obstante, ese razonamiento contiene un error que ya se hizo ver anteriormente, y es que en realidad la sentencia 2306-2000 citada no vino a innovar en nada la situación jurídica de las personas en nuestro ordenamiento; de tal manera, no es cierto que antes del citado pronunciamiento al feto no se le considerase persona para efectos de proteger su derecho a la vida en sede penal, pues como se vio el tratamiento penal del aborto específicamente parte de la consideración de que estos delitos lesionan la vida de seres humanos. Por otra parte, el segundo elemento del razonamiento del accionante también resulta incorrecto en el tanto en que parte de la base de que para la penalización de conductas relacionadas con el derecho a la vida, el legislador no puede tomar en cuenta otras circunstancias diferentes de la calidad de persona de quien sufre la acción. Para esta Sala lo cierto es más bien lo contrario, dado que un simple vistazo por todo el elenco de penalizaciones asignadas a la comisión de delitos contra la vida, se observa una diversidad de montos que responde a gran cantidad de circunstancias distintas que son sumadas al hecho singularmente considerado de acabar con la vida de un ser humano. De esa manera al núcleo central de una acción consistente en dar muerte a una persona, se agregan muchas otras circunstancias diferentes que se suman para reprimirla en forma diferente según la naturaleza y relevancia de tales particularidades. Así, por ejemplo se toma en cuenta la voluntad del sujeto activo para distinguir el caso del homicidio culposo; la relación entre autor y víctima en el parricidio o del infanticidio o la particular condición y título del sujeto pasivo en el magnicidio, para mencionar solo algunas de las variantes. Todo esto sirve para concluir que es perfectamente factible rescatar y tomar en cuenta diferentes circunstancias y aspectos que, sumados al núcleo básico de la acción lesiva del bien jurídico vida, sirvan para el establecimiento de penas que sean el reflejo de la mayor y más ajustada proporcionalidad posible entre el disvalor que representa para la sociedad cada concreta acción delictiva en cada una de sus variantes, por un lado, y por otro, la pena con que se le ha de sancionar.

En tal sentido, cabe indicar que esa labor de ordenación y particular tasación de los valores y



disvalores como antecedente para la delimitación de una mayor o menor intensidad con que la que vayan a castigarse las conductas calificadas de criminales así como la plasmación de todo ello en normas jurídicas, es el producto de concretas percepciones, sentimientos y creencias de una sociedad en un momento histórico determinado, y le corresponde al legislador como parte de una sus funciones primarias cual es la determinación de la política criminal, tal y como esta Sala ha tenido oportunidad de señalar en diferentes ocasiones (véase al respecto la sentencia número 10543-2001 del diecisiete de octubre de dos mil uno). Ahora bien, y aunque no existe ninguna alegación en ese sentido por parte del accionante, es innegable que en el ejercicio de esa labor legislativa existen límites infranqueables derivados tanto de la Constitución Política como del derecho internacional vigente; no obstante, en este caso particular, no encuentra la Sala que se haya dado un franqueo de esos límites por parte del legislador, en el acto de establecer normativamente una diferencia entre la situación de un ser humano nacido y la de un ser humano que aún no ha nacido, para, con base en dicha distinción, imponer sanciones diferentes para cada una de las modalidades de lesión que se produce al derecho a la vida de ambos. En primer lugar, reconoce la Sala que aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social, de modo que existe una base objetiva y perceptible para diferenciar. En segundo lugar, se presenta en el caso de la persona no nacida una particular relación de absoluta dependencia con una segunda persona, la cual incluso se traduce en que en los primeros estadios de su desarrollo no podría incluso sobrevivir de otra forma y en los últimos estadios del desarrollo antes de nacer, esa relación de dependencia es, si no vital, por lo menos considerada la ideal y apropiada; esto acarrea una nueva circunstancia diferenciadora con otras situaciones que puede y debe ser válidamente tomada en consideración (de una u otra manera) en el tanto en que se hacen presentes y deben tenerse en cuenta, los derechos fundamentales de la madre, cosa que no ocurre en el caso de los homicidios en donde falta esa específica relación con otras personas y sus derechos fundamentales. En tercer lugar, cabe agregar a favor de la validez de la diferenciación en la intensidad de la sanción, el hecho de que ella responde, como se indicó, a una concreta percepción, vivencia y sentimiento existente no solo de nuestra sociedad sino, en todas aquellas que componen nuestro entorno cultural, como puede apreciarse de la simple revisión de la forma en que otros países latinoamericanos y europeos han legislado sobre el punto, siempre optando por una disminución en la reacción penal del Estado ante la lesión del derecho a la vida del no nacido. Con relación a este último argumento sin embargo, cabe aclarar que, por su naturaleza relativista, resulta evidente que no podría nunca colocarse sobre otros argumentos ni desbancar otros principios que la Sala ha reconocido como fundamento de nuestro ordenamiento y -en particular- no podría privar por sobre el respeto y consideración a la dignidad humana por ejemplo. Pero en cambio, es válido admitirlo y sumarlo cuando se trata -como en este caso- de juzgar sobre la proporcionalidad y adecuación de la reacción penal legislativamente establecida por el Estado, labor para la cual la particular conciencia social e histórica que la sociedad tenga sobre el tema debe, necesariamente emplearse como guía. Con otros términos, y esto es importante destacarlo aquí, la aceptación por parte de este órgano constitucional de los tres recién citados criterios de diferenciación como pertinentes y aplicables en este caso, toma en consideración de manera esencial, el hecho de que se está ante diferenciaciones que no van a producir ninguna víctima que deba sufrir o que vaya a sufrir alguna disminución o restricción en el disfrute actual o potencial de sus derechos fundamentales, como producto de la diferenciación realizada y, por esa misma razón, no puede decirse que exista afectación de su dignidad humana. Al no estar en juego ese extremo, sino más bien simplemente un tema de ajuste y proporción entre la gravedad que para la sociedad tienen las diferentes conductas a fin de castigar a los culpables de ellas, los argumentos arriba citados parecen suficientes a la Sala para reconocer la validez de la diferenciación hecha por el legislador para la pena a imponer con lo cual no debe entenderse que esta Sala se manifiesta de acuerdo o en desacuerdo con los montos específicos establecidos sino,

más bien, que no encuentra que esa distinción que se ha hecho entre un grupo y otro de conductas según se aplique a personas nacidas y no nacidas, no alcanza a ser inconstitucional, sino que se ubica dentro del marco de legítima discrecionalidad del que goza el legislador en estos aspectos.

Otro punto discutido por el accionante es el relacionado con la figura contenida en el artículo 121 del Código Penal que recoge lo que en doctrina se conoce como el aborto terapéutico y que señala que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. El recurrente solamente se limita a reclamar la inconstitucionalidad de aquella parte que deja sin punir el aborto practicado para evitar un peligro en la salud de la mujer, de manera que solo sobre ella se pronuncia la Sala. Al respecto, tal y como lo señala la Procuraduría en su informe, lo que está en juego aquí es la corrección de la decisión tomada por el legislador en lo referente a la penalización de una conducta y el eje de la tesis del accionante es que se ha preferido un bien jurídico de menor jerarquía como la salud frente a otro de mayor jerarquía como lo es la vida. Sin embargo, y en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.

Finalmente, se reclama la inconstitucionalidad del artículo 31 del Código Civil, en tanto señala que contraviene el principio de igualdad al tratar de forma diferente a las personas en razón de si han nacido o no, lo cual contraviene la sentencia 2306-2000. Sin embargo para la Sala basta citar ese mismo texto para desvirtuar lo dicho por el accionante. Dice la sentencia recién citada en lo conducente:

" VII.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento", con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su estatus de persona."

Así las cosas, el tema de la congruencia del artículo 31 del Código Civil y el derecho de la Constitución, fue analizado por parte de la Sala que interpretó, de manera parca pero suficiente, que es justamente con la segunda frase del artículo, que al no nacido se le está reconociendo su estatus de persona tal y como lo requieren las normas y principios constitucionales. Por otra parte, no existe ninguna razón para cambiar ahora de criterio en relación con lo dicho en esa sentencia y tampoco sería congruente hacerlo en esta acción en la que más bien el accionante pretende

justamente que se indique por parte de la Sala que la persona no nacida tiene derechos desde que es concebida tal y como se expuso en el pronunciamiento citado. Por todo ello también en este aspecto la acción debe declararse sin lugar.

Aborto sin consentimiento y coacción en aplicación del principio de consunción

Aborto sin consentimiento: Cuadro de violencia doméstica en la ofendida que facilitó la anulación de su voluntad y libertad para decidir

[Sala Tercera]¹³

Voto de mayoría

"I. [...] Queda claro, a lo largo del pronunciamiento, la prueba abundante que permite sustentar que la ofendida, desde los primeros días de su vida matrimonial, fue objeto del denominado síndrome de mujer agredida o violencia doméstica. Así, además de su dicho de folios 414 a 424, al cual se le otorga plena credibilidad, se cuenta con otros elementos de juicio que, ponderados en su adecuada dimensión, revelan que la ofendida no pudo oponerse a los deseos o voluntad de quien fue su esposo al pretender -y luego concretar- el aborto que se le practicó. No es que el Tribunal se haya decantado en forma absurda o arbitraria por la idea de un ciclo de violencia doméstica y la consecuente anulación de la libertad de la afectada, sino que tales aspectos derivan de las diferentes probanzas que fueron discutidas y examinadas en debate. El dictamen psicológico y las consideraciones que en este se exponen a partir del relato de la víctima, sí permiten corroborar, aun cuando el recurrente estime lo contrario, que ésta fue objeto de una disminución de su capacidad para autodeterminarse. En este sentido, si bien se señala, en el acápite correspondiente al "**ESTADO MENTAL**", que A.N.S- impresiona como una mujer de capacidad intelectual dentro de los límites de la normalidad, también se señala con toda claridad en dicho apartado que presenta problemas de índole emocional que derivan o reflejan la experiencia de violencia o agresión vivida, pues se dice que, aun cuando se muestra tranquila, "**luce con un fondo depresivo y llanto espontáneo con el relato de los hechos**" (ver folio 75). A dicha consideración se une a la vez lo que se expone en el punto relativo a las "**CONCLUSIONES**", en donde se afirma, sin que se haya recibido prueba que demuestre lo contrario, que de acuerdo con su relato, la situación que describe "**le ha ocasionado, un Trastorno de adaptación con humor depresivo, en el cual sobresalen signos y síntomas como los descritos por la evaluada, pudiendo considerar esto como secuelas del evento traumático al que fue expuesto aunado a la historia de violencia doméstica.**" (Cfr. 76). Como se colige de lo anterior, la pericia psicológica sí permite acreditar la afirmación del Tribunal al decir que la ofendida fue sometida a un cuadro o experiencia de violencia física y psicológica que facilitó la anulación de su voluntad durante el tiempo que estuvo casada con el justiciable Madrigal Palomo. De igual forma, el hecho de que en este mismo dictamen se afirme que la misma proviene de un hogar normal y con adecuado apoyo, que no presenta ideas delirantes o de corte depresivo, que se encuentra orientada en las tres esferas, o bien que conserva su capacidad de juicio práctico y no evidencia datos de psicosis previa o actual, **no excluye el ciclo de violencia o el "síndrome de mujer agredida" al que aluden los Juzgadores.** Estas características que se hacen ver en la pericia, si se quiere positivas en la afectada, lo que revela son las manifestaciones que esta presentó en el momento que fue abordada por la psicóloga, sin que esto excluya la posibilidad de que, ante las circunstancias que se presentaron, como lo sería casarse o vivir en un ambiente hostil o de violencia, hubiese



debilitado o perdido sus capacidades o facultades temporalmente. La capacidad general y abstracta, adecuada o normal de una persona, no impide que la misma sea víctima de esta clase de experiencias, pues no es un problema de discapacidad mental o de inadecuados apoyos familiares, sino que es una vivencia en la que se entremezclan una serie de factores, de diversa índole (sociales, educativos, historia de vida anterior, antecedentes familiares, económicos, psicológicos, sentimentales, etc.), que atrapan a una persona y le dificultan su liberación o rompimiento del ambiente hostil en el que se produce y se encuentra. Por otra parte, no es cierto que en la causa se contara tan solo con el dicho de la ofendida, para acreditar la violencia doméstica que explica el aborto sin consentimiento que se le practicó. El Tribunal también contó con los testimonios de Ana María Solís Mata (ver folio 424 a 427) y Claudio Navarro Cerdas (cfr. folios 427 a 429), padres de la afectada, que corroboran su versión en cuanto a los abusos y maltratos cometidos por el endilgado, al punto de experimentar ellos mismos esta violencia cuando en una oportunidad le reclamaron o pidieron explicación al justiciable Madrigal Palomo de lo que ocurría con su hija (ver valoración de folios 446 y 447). Aunado a lo anterior, en el fallo se explica también que existen otras probanzas que acreditan lo sucedido y la versión de N.S, como son la denuncia al Instituto Nacional de las Mujeres poco tiempo después de realizarse el matrimonio, la existencia de un procedimiento por violencia doméstica contra el justiciable, la sentencia de divorcio entre estos sustentada en la causas de sevicia, así como fotografías que muestran las secuelas de este ciclo de agresión. De esta forma, además de las declaraciones de la ofendida y sus progenitores (o bien del dictamen psicológico que se cuestiona en el recurso), se valoran otros elementos, respecto a los cuales se dice: *“A.- En primer término, en la documental aceptada como prueba para mejor resolver, se aportó una resolución de las dos y treinta y cinco del doce de abril de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Instituto Nacional de las Mujeres, donde se gira una orden de Intervención Policial para que las autoridades de policía del país rindan protección a la ofendida A.N.S. e intervengan en caso de una nueva agresión por el encartado Jorge Madrigal Palomo. Dicha gestión fue presentada por la madre de la ofendida, relatando una historia de agresión física y psicológica del esposo, quien la tenía encerrada, la golpeaba, no le permitía llamar telefónicamente a nadie, y tampoco permitía a los padres ver a la joven. B.- Solicitud de medidas de protección previstas en la Ley contra la Violencia Doméstica, gestionadas por la ofendida ante el Juzgado Primero de Familia de San José y concedidas en sentencia de las dieciséis horas quince minutos del doce de julio del dos mil, mediante la cual se le impuso al encartado la prohibición de perturbar e intimidar a la ofendida o a cualquier integrante del grupo familiar, se le otorgó a la ofendida un domicilio diferente al común de la pareja, se le prohibió al encartado el acceso al domicilio de la ofendida, y se le concedió orden de protección policial. C.- Sentencia de Divorcio de la ofendida y el encartado Jorge Madrigal Palomo por la causal de Sevicia, dictada a las diez horas diez minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y uno. En dichas diligencias el encartado no contestó ni se opuso a la demanda, siendo declara (sic) con lugar y teniendo por demostrado el fallo, la agresión que sufrió la ofendida desde el primer día de casados en su modalidad de agresión física, psicológica y tratos crueles.”* (Ver folio 448). De igual forma, como reveladores del ciclo de violencia doméstica, en el fallo también se señala que se presentan en la causa elementos indiciarios, a saber: *“A.- Como se colige de la declaración del señor Claudio Navarro, sin precisarse fecha, pero dentro de la relación de convivencia de ofendida y encartado, tuvo que intervenir al conocer que su hija era maltratada, presentándose a la casa del encartado para indagar lo que sucedía, obteniendo por respuesta una conducta violenta del encartado, quien incluso intentó pegarle cuando le reclamó y al presentarse los padres del encartado, estos respaldaron la actitud de su hijo diciéndole al señor Navarro que en esa casa no sucedía ninguna situación anormal contra la ofendida. B.- En tres ocasiones la ofendida abandonó el encartado y buscó refugio en la casa de sus padres, y en esas oportunidades el acusado se presentó, se comportó cariñoso, pide disculpas y convence a la ofendida para que regrese a la casa donde convivían y continúa después la historia de agresión, pues obsérvese que no obstante*



que en la primera oportunidad que la ofendida se va y regresa a pedido del acusado, hubo reconcilian(sic) y pese a ello, la ofendida se ve compelida en dos oportunidades a regresar a la casa de los padres, y finalmente la última vez, cuando decide definitivamente separarse del encartado. Esta situación es propia del ciclo de violencia caracterizada por la realización de eventos agresivos, arrepentimiento del agresor y posteriormente reconciliación, para dar paso de seguido a un nuevo ciclo como el que se evidencia en la especie cuando en esas tres oportunidades hay agresión y posterior reconciliación. Esos elementos de prueba e indicios que derivan de la misma, es suficiente a criterio del Tribunal, para afirmar que el cuadro que presenta la ofendida en este caso, es propio de una historia de violencia intrafamiliar, fenómeno social que se caracteriza por ciclos de violencia reiterados en el tiempo, que pueden aumentar en intensidad y letalidad hacia la víctima, no solo en cuanto a los eventos violentos sino además en cuanto a los períodos de tiempo entre uno y otro, que varían en cada relación. Esto explica como llegan esta clase de víctimas, a caer en el comportamiento denominado de la **desesperanza aprendida** y de por qué, no intentan escapar a ese ciclo. (Así folios 449 y 450). Conforme se deriva de lo anterior, el Tribunal sí pondera el dictamen psicológico con las demás probanzas, corroborándose a partir del análisis conjunto de todas estas, la efectiva anulación de la libertad y voluntad de la ofendida como consecuencia de las constantes agresiones y maltratos físicos y psicológicos de los que fue víctima por parte del justiciable Madrigal Palomo.[...] Como se aprecia de todo lo anterior, los Juzgadores sí analizaron las pruebas que señala el quejoso el recurso y no se limitan a ponderar exclusivamente el relato de la ofendida. Así las cosas, no apreciándose defecto alguno en la fundamentación o en el razonamiento que se expone en fallo, en torno al ciclo de violencia que sufrido por A.N.S. y la consecuente nulidad de su voluntad para decidir libremente, lo que se impone es declarar sin lugar el recurso en los reclamos que se analizan en este Considerando. II. [...] En primer término, esta Sala estima que tanto en la relación de hechos que se acusó, como en el cuadro fáctico que se tuvo por acreditado en el fallo, se establece cuáles son las acciones realizadas por el justiciable Madrigal Palomo que constituyen el delito de aborto sin consentimiento por el que se juzgó. Del punto 8 al 15 de la requisitoria fiscal, se describe claramente en qué consiste la conducta ejecutada por el encartado Madrigal Palomo conjuntamente con el co-imputado Aguilar Vieto. Se dice que las constantes agresiones o maltratos que Madrigal Palomo ejecutó en contra de N.S, afectaron la voluntad y libertad que esta tenía, hasta quedar anuladas. De igual forma, como consecuencia de esta reducción a la impotencia a la que se llegó, es llevada al consultorio de Aguilar Vieto y ahí, conforme al acuerdo en el que ambos llegaron, es decir, Madrigal Palomo y Aguilar Vieto, proceden a interrumpir el embarazo de la ofendida mediante la extracción del feto que crecía en el vientre de ésta. Este mismo cuadro fáctico es el que se observa en el Considerando I de la sentencia, relativo a los hechos probados. En este se señala también cuáles fueron las acciones que incidieron sobre la voluntad y libertad de la ofendida y cómo estas permitieron a los justiciables cometer el aborto. Se dice que "(...)el DIA siguiente treinta y uno de marzo del año de cita, encontrándose en su casa de habitación el encartado, y visiblemente molesto por lo sucedido el DIA anterior, propinó puñetazos y golpes a la ofendida y de nuevo llevó a la ofendida al consultorio de cita y en dicho lugar el encartado conversó sin la presencia de la ofendida con el co-imputado Aguilar, diciéndole que la ofendida se realizaría el aborto y acto seguido el encartado Aguilar Vieto conociendo de la ilicitud de su proceder y sin consultar a la ofendida si estaba o no de acuerdo, procedió a realizar el aborto. Para hacerlo, le indicó que se acostara en la camilla ginecológica indicándole que abriera las piernas, de seguido le colocó una crema para dilatar el útero, acción que provocó fuerte dolor a la ofendida y quien en ese momento gritó, callándola en el útero el imputado Aguilar Vieto pues podría ser escuchada por la secretaria, luego introdujo las tijera en el útero donde extrajo prematuramente el embrión, de seguido colocó dichos restos en una bandeja y después se dirigió al baño donde los eliminó al tirarlos al inodoro y halar la cadena." (Ver folio 411). Ahora, si bien el justiciable Madrigal Palomo no aparece ejecutando de manera directa la interrupción del embarazo, o lo que es lo mismo la muerte del feto,



esto no elimina o desvirtúa su condición de coautor. Conforme lo prevé la teoría del dominio del hecho, entre las diferentes modalidades de autoría (autor directo, autor mediato o indirecto y coautor) el autor del delito es el que tiene el dominio o control del curso causal del hecho, quien puede decidir sobre el sí y el cómo se realiza el ilícito. En el caso concreto de la coautoría, el sí y el cómo lo tienen los diversos sujetos que aparecen en la escena realizando el delito, sea porque se han distribuido previamente las tareas a ejecutar, sea porque todos -sin distinción- realizan la misma acción. Cuando todos llevan a cabo la misma conducta, no es difícil señalarlos como coautores. Cuando en el hecho no todos hacen lo mismo, esto no significa que el autor solo lo es el que realiza la acción prevista en el tipo penal, sino que en este caso lo que ocurre es que existe una asignación de tareas o funciones que permite, entre otras posibilidades, facilitar la ejecución del delito perseguido o buscado. En este supuesto, todos los que concurren en el hecho, de acuerdo con el plan establecido y cumpliendo con las tareas asignadas, mantienen un dominio funcional del mismo y, ante tal circunstancia, aun cuando no realicen concretamente la acción o verbo descrito en el tipo penal, igual son coautores al controlar el curso causal del delito (Así: **ZAFFARONI**, Raúl Eugenio y otros. “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2005, pp. 612-613). Esto es lo que ocurre en el caso bajo estudio, toda vez que, aun cuando el aborto (interrupción del embarazo o muerte del feto) lo realiza otro (Aguilar Vieto), resulta determinante la conducta del justiciable Madrigal Palomo dirigida a anular la voluntad de la ofendida, para así llevar a cabo el acto sin resistencia de esta. La anulación de la libertad, y la consecuente ausencia de consentimiento, ejecutada por Madrigal Palomo, es lo que permite la muerte del feto mediante la intervención de Aguilar Vieto, siendo este el objetivo o fin que buscaban ambos. Por lo anterior, se estima acertado concluir que en la causa se está ante una coautoría, por dominio funcional de la acción, dado que los dos imputados actuaron como tales, ese decir, como coautores, en el tanto: *“En el sub-judice, hubo aporte esencial de cada uno de los encartados en el proceso de consumación del delito. En la especie, el encartado Madrigal Palomo decide que su esposa no tendrá el hijo que espera y la única opción que tenía para ello es que abortara. Una vez tomada la decisión, busca los medios para ejecutarlo, que en este caso solo era factible mediante la participación de un médico especialista en ginecología, que tuviera los conocimientos necesarios para ello, y aprovechando su trabajo en el campo de la Salud que le facilitaría contactar con médicos que estuvieran anuentes a realizarlo, hasta que logra ubicar a un médico que se dedicara a realizar abortos de manera ilícita y clandestina. Por su parte, el co-imputado Aguilar Vieto, una vez ubicado por Madrigal Palomo acepta realizar la práctica abortiva sin el consentimiento de la mujer, lo hace en su propio consultorio, sin aplicación de anestesia por el riesgo para él en caso de complicación, de suerte que en el momento que lo realiza ambos encartados, tienen codominio funcional del hecho. Al respecto la Sala de Casación Penal ha reiterado en su jurisprudencia, que para que la responsabilidad penal sea a título de coautor deben tener los co-autores en sus manos el dominio del hecho ejecutado, conforme lo dispone el artículo 45 del Código Penal, y debe realizarse el hecho de manera conjunta por dos o más sujetos(...) (Voto 2000-879 de las nueve horas con veinticinco minutos del cuatro de agosto del dos mil de la Sala de Casación Penal. En cuanto a este mismo tema, voto 334-97 de las diez horas diez minutos del dieciocho de abril de mil novecientos noventa y siete). En la especie, es clara la participación de ambos encartados con un codominio funcional del hecho, en la distribución de funciones que fueron acordadas y que cada encartado realizó de manera activa, y de ahí que corresponda calificarse de coautoría en los términos del citado artículo 45 del Código Penal pues para ello y conforme a lo que se ha tenido por acreditado en esta sentencia. Por todas y cada una de las razones señaladas, la prueba es suficiente para demostrar los hechos acusados, y de ahí que proceda declarar su responsabilidad. De igual modo se demostró con certeza, el dolo que imperó en la conducta de cada uno de los encartados en este delito, pues en las actuaciones por ellos realizadas se hicieron con conocimiento y voluntad de cometer el tipo penal. Todas y cada una de las probanzas analizadas, no otra cosa acreditan que el juicio de certeza para establecer que los encartados previo plan de*



autor y con una distribución de funciones, lograron la comisión del delito. Ambos encartados por la profesión que tenían, uno ginecólogo y el otro farmacéutico conocían que el aborto es una práctica abortiva prohibida en Costa Rica. El aborto se realiza en forma clandestina, en el propio consultorio del doctor Aguilar Vieto, pues ambos por su profesión sabían, que eso no era posible realizarlo en un centro hospitalario o clínica privada por el riesgo que asumirían al intentarlo. Para realizarlo no se utiliza anestesia para evitar que en caso de complicaciones, no se vieran ambos comprometidos por el lugar donde se estaba realizando. Ambos conocían que la ofendida estaba embarazada, pues precisamente en la primera cita llora y grita ante el dolor, siendo que el doctor Aguilar Vieto le manifiesta el encartado Madrigal Palomo que lo remitiría a donde otro colega que hacía el aborto, con anestesia pues la ofendida no iba a soportarlo. También se deriva ese conocimiento del doctor Aguilar Vieto de la práctica que está realizando, pues en el momento que la efectúa coloca un recipiente a su lado donde ubica luego lo extraído del vientre de la ofendida y luego se deshace al tirarlo al inodoro.” (Ver folio 463 a 465). De lo transcrito, queda clara cuál fue la conducta realizada por cada uno de los encartados en este hecho y cómo, en virtud de lo que hacen, los convierte en responsables directos del delito de aborto sin consentimiento, como adecuadamente lo explica el Tribunal en el fallo y aun cuando, en el caso de Madrigal Palomo, no ejecutó de forma directa el acto de dar muerte al feto que llevaba su esposa en el vientre. Por otra parte, no es cierto, según lo expone el quejoso en el recurso, que la ofendida consintió en que se le practicara el aborto al ingresar sola al consultorio del justiciable Aguilar Vieto y cumplir con las órdenes que este le dio (v.gr. quitarse la ropa, poner una bata, acostarse en una camilla, etc.), toda vez que tales acciones, de acuerdo con lo que razona el Tribunal y lo considera lógicamente correcto esta Sala, respondían tan solo al sometimiento en el que se encontraba con respecto a los deseos o voluntad de Madrigal Palomo, quien era su esposo al momento de los hechos y quien la mantenía sometida a un ciclo grave de violencia doméstica. Por último, no es verdad que en la causa nos encontramos ante un delito de propio mano, toda vez que la acción de dar muerte a un feto sin el consentimiento de la persona embarazada no constituye una conducta que solo la pueda realizar una persona específica en razón de la forma en la que está redactado o descrito el ilícito, como sucede, por ejemplo, con el delito de violación en su modalidad de acceso carnal, o bien, con el falso testimonio, figuras en donde está descartada la autoría mediata y la coautoría (sobre el delito de mano propia, puede verse de esta Sala el Voto 1427 del año 2001,). En este caso, estamos ante un delito que puede ser realizado por cualquier persona al no requerirse de una condición especial o de un acto concreto que solo puede ser realizado específicamente por alguien. [...] **IV.** Por otra parte, la capacidad adecuada o normal de una persona, conforme se observó en la ofendida al ser valorada, no impide que sea víctima del denominado síndrome de mujer agredida, pues este último no se origina por un problema de capacidad mental o de apoyos familiares, sino que deriva, según lo que se explicó líneas atrás, de una vivencia en la que se entremezclan factores de las más diversas índoles (sociales, educativos, historia de vida anterior, antecedentes familiares, económicos, psicológicos, sentimentales, etc.), que atrapan a las víctimas y les dificulta su liberación o rompimiento del ambiente en el que se dan. La existencia de secuelas y trastornos en la ofendida también lo determina el Tribunal aplicando las reglas de la experiencia a partir de lo visto en el debate. [...] **V** [...] Lleva razón el recurrente Madrigal Palomo al indicar que en la causa se presente una errónea aplicación de la normativa de fondo con respecto al ilícito de coacción, pues, en efecto, el aborto sin consentimiento implica obligar a una mujer a que soporte algo que no tiene que soportar o tolerar. En este sentido, tal y como se encuentra previsto en el artículo 118 del Código Penal, la muerte del feto sin el consentimiento de la mujer puede presentarse cuando, **(1)** aun cuando acepta practicarlo, no ha alcanzado los quince años de edad; **(2)** cuando no tiene la capacidad para decidir en virtud de alguna disminución de sus facultades o porque está impedida para hacerlo; o bien, **(3)** cuando se le obliga mediante la intimidación o la fuerza a que lo soporte o tolere, como precisamente ocurre en este caso. Según lo que se tiene por acreditado en el fallo (ver hechos probados a folios 409 a 414), el ciclo de violencia vivido por la afectada N.S. en el momento



que quedó embarazada estuvo dirigido esencialmente a que se dejara o soportara realizar el aborto, es decir, a que tolerara algo que no estaba obligada a tolerar, como lo era la interrupción de su embarazo y consecuente muerte del feto. Así lo señala el Tribunal cuando dice que: *“En esas circunstancias y conociendo su ilícito proceder, el treinta de marzo del dos mil el encartado Madrigal Palomo concertó una cita con el imputado José Alberto Aguilar Vieta médico ginecólogo, en su consultorio privado ubicado en esta ciudad capital, 25 metro al oeste de canal 31, con la finalidad de que le practicara el aborto a su esposa, ya antes de salir de la casa, el encartado le dijo a la ofendida que la llevaría al citado lugar para practicarle el aborto y que debía dejarse hacerlo pues de lo contrario y si decía algo “se las pagaría”. Es así, que bajo amenaza grave de reiterar violencias físicas contra la ofendida, que esta se vio compelida a tolerar una conducta a la que no estaba obligada, pues por el contrario, la ofendida fue expresa en el sentido de que quería tener su bebé, que incluso le dijo al encartado que la dejara sola y que ella seguiría su embarazo sin su ayuda(...) Teniendo claro la ofendida que si no aceptaba las indicaciones del encartado sería nuevamente golpeada, que el día siguiente treinta y uno de marzo del año de cita, encontrándose en su casa de habitación el encartado y visiblemente molesto por lo sucedido el día anterior, propinó puñetazos y golpes en el estomago a la ofendida y una vez que la golpeó, de nuevo llevó a la ofendida al consultorio de cita y en dicho lugar el encartado conversó sin la presencia de la ofendida con el co-imputado Aguilar, diciéndole que la ofendida se realizaría el aborto y acto seguido el encartado Aguilar Vieta conociendo la ilicitud de su proceder y sin consultar a la ofendida si estaba o no de acuerdo, procedió a realizar el aborto.”* (Cfr. folios 454 a 456). Bajo esta tesis, no es acertado el criterio del Tribunal al considerar que en la causa, además del delito de aborto sin consentimiento, se cometió en forma independiente el delito de coacción, pues la conducta que este ilícito prevé, esta comprendida integralmente en el primero. En otras palabras, no estamos ante un concurso material de delitos, sino ante lo que en doctrina se conoce como concurso aparente de normas, en donde **“parece que concurren varios tipos penales, pero que un examen más cuidadoso nos permite percatarnos que el fenómeno es aparente, porque en la interpretación adecuada de los tipos la concurrencia resulta descartada, dado que uno de los tipos excluye a otro o a los otros.”** (Así: ZAFFARONI, Raúl Eugenio y otros. *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2005, p.675). Siendo además una de sus posibilidades, junto con el de la especialidad o la subsidiariedad, la denominada consunción, la cual resulta cuando **“un tipo penal descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir, porque hay un encerramiento material.”** (Ibidem, p. 576). Esta situación la prevé nuestra normativa en el artículo 23 del Código Penal, pues al regular el concurso aparente de normas dice **“cuando una misma conducta está descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, solo se aplicará una de ellas, así: (...) la (norma) que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta(...).”** Consecuentemente, la coacción a la que se refiere el fallo no constituye en este caso un delito independiente al de aborto sin consentimiento, sino que es parte de esta ilicitud, toda vez que la violencia física o psíquica utilizada sería una de las formas a través de las cuales se puede anular o neutralizar la voluntad de la mujer embarazada. No sucede lo mismo con respecto al delito de agresión con arma por el cual también se condenó a Madrigal Palomo. En este sentido, el acometimiento con un arma u objeto contundente que caracteriza esta ilicitud no es parte de la violencia utilizada en el delito de aborto sin consentimiento que se investiga en esta causa. Como se tiene establecido en los hechos probados, la agresión con arma, específicamente el acometimiento con los cables del cargador de un teléfono celular que sufrió la afectada N.S., no estaba dirigida a anular su voluntad o libertad para que permitiera la interrupción del embarazo o tolerara al aborto, sino que se produjo tiempo después de que este sucedió. De manera concreta en la sentencia se afirma lo siguiente: **“DECIMO: Que tiempo después de esos hechos, sin precisarse fecha pero un día en horas de la noche, aproximadamente en los primeros días del mes de junio del dos mil el encartado le manifestó a la ofendida que iría a visitar a un amigo llamado**



Francisco, pidiéndole la denunciante que le permitiera acompañarlo ante lo cual el encartado reaccionó violentamente y acto seguido tomó un cable del cargador de celular y con este agredió a la ofendida golpeándola en piernas, brazos y otras partes del cuerpo.” (cfr. hechos probados de folios 411 y 412, puede verse también el punto **C.) del Considerando III**, de folios 458 a 460). El hecho de que esta agresión se produjera dentro del cuadro de violencia doméstica que la ofendida sufrió, no significa que constituye una misma acción con respecto al aborto. Es independiente de esta ilicitud, en tanto no solo no está en una relación de medio a fin, sino que además no se encuentra subsumida integralmente en ella. Por el contrario, concurren materialmente ambas figuras y como tales debe tenerse responsable al endilgado Madrigal Palomo; razón por la que se rechaza el tercer motivo de su recurso por el fondo. No obstante lo anterior, y en virtud de lo dicho en cuanto al delito de coacción, se declara con lugar el segundo reclamo por vicios in indicando que presenta, dado que esta figura sí se encuentra subsumida en el delito de aborto sin consentimiento que se investigó. Por tanto, se anula parcialmente la sentencia en cuanto a la condenatoria por el delito de coacción, toda vez que la violencia física y psicológica utilizada para que N.S. soportara o tolerara algo que no estaba obligada a tolerar (interrupción del embarazo o muerte del feto que crecía en su vientre) es parte integral del delito de aborto sin consentimiento por el que se juzgó. Así las cosas, se califican los hechos tan solo como constitutivos de un delito de aborto sin consentimiento y una agresión con armas, ambos con concurso material, respecto a los cuales se declara a Jorge Madrigal Palomo como co-autor del primero y autor único del segundo. De igual forma, al anularse la condenatoria por el delito de coacción, queda sin efecto la pena impuesta por este hecho, debiendo descontar por tanto, tal y como lo había resuelto el Tribunal, una pena total de cuatro años de prisión, que corresponden a tres años y seis meses por el delito de aborto sin consentimiento y seis meses por la agresión con arma.”

Aborto culposo: Producto de gestación que muere dentro del vientre materno en el alumbramiento

Análisis acerca del concepto "persona", "feto" y momento de la configuración del delito

[Sala Tercera]¹⁴

Voto de mayoría

"VII.- Para concluir, en el segundo motivo de fondo, se arguye que, al haberse tratado de un aborto culposo, la causa estaría prescrita en lo que concernía a la acción penal. **No le asiste razón al recurrente:** Como es sabido, los hechos a que se refiere esta causa tuvieron lugar el día 20 de febrero del 2001, cuando la señora Muñoz Alfaro estaba siendo atendida hospitalariamente ante el alumbramiento inminente de su hijo, el aquí ofendido. (folio 596). Es decir, ya se encontraba en marcha el proceso de parto. En tales casos, como ya lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, no se está ante un feto, sino ante una persona, por lo que la muerte que se le cause no constituye un aborto, sino un homicidio. En cuanto al tópico, en el voto 442, de las 11:00 horas del 7 de mayo de 2004, tuvo la oportunidad de establecer que: *“De acuerdo con el contenido del fallo de instancia, si bien es cierto -tal y como se alega en el recurso- se tuvo por demostrado que la conducta culposa del acusado produjo como resultado que el menor ofendido muriese dentro del seno materno, es decir, antes de su expulsión, no podría perderse de vista que ello ocurrió cuando ya había dado inicio el proceso de parto, es decir, cuando el producto de la gestación ya había adquirido la madurez necesaria para nacer”. En cuanto a dicho aspecto, el fallo refiere lo siguiente: “... El veintitrés de febrero del año dos mil a eso de las veintidós horas, la señora Sidey Navarro*



Mora ingresó al hospital de Ciudad Neilly con cuarenta y un semana (sic) de embarazada y dolores de parto, siendo remitida a la sección de emergencia de dicho hospital por parte del doctor Pizarro para que fuera atendida por Albino Patricio Cruz Cruz, enfermero obstetra de dicho nosocomio, de la sala de partos, y a quien le correspondía la valoración de la paciente, haciéndole saber la señora Navarro que su primer parto había sido por cesárea y en el segundo habían tenido muchas complicaciones, solicitándole su atención médica debida para que el parto presente fuera satisfactorio. 2.- El imputado Cruz Cruz, incumpliendo con los deberes de cuidado debidos como enfermero obstetra, no hizo valoración adecuada de los riesgos con base en los antecedentes por cesárea previa, ni tomó en cuenta el riesgo acerca del tamaño de la pelvis de la madre con respecto del feto ... realizando incluso maniobras de expulsión contraindicadas en estos casos. 3) Resultando del actuar culposo del imputado Cruz Cruz, la señora Navarro Mora sufrió una ruptura uterina con muerte de quien llevaría por nombre Innominado Navarro Mora, (sic) al darse una desproporción cefalopélvica (entre la cabeza del feto y el canal del parto materno). 4.- El día siguiente, veinticuatro de febrero de 2001 (sic) a eso de las siete de la mañana, nace el producto por medio de una cesárea practicada a su madre, realizándose maniobras médicas de resucitación, con resultados negativos ya que el acusado había remitido a la paciente a sala de maternidad donde pasó toda la noche sin su debida supervisión, siendo que cuando comunicó lo sucedido ya era demasiado tarde para salvar la vida del menor ... Esto hace que las conclusiones de la autopsia tengan aún más trascendencia en el sentido de que hubo ruptura uterina con muerte de feto ... Quien fallece cuenta con cuarenta y un semanas de gestación y muere en el seno materno ...” (cfr. folio 167, línea 14 en adelante; folio 195, líneas 2 y 3; y folio 196, líneas 17 y 18). Como se colige de lo transcrito, es claro que en la sentencia de mérito se tuvo por acreditado, a partir de la prueba testimonial y de las conclusiones que se plasmaron en la pericia médico legal (autopsia), que a consecuencia de la conducta violatoria del deber de cuidado en la que incurrió el acusado, el menor ofendido falleció durante el proceso de parto, ello antes de salir del claustro materno. Tan cierto es lo anterior, que en la sección del fallo destinada al análisis de derecho y tipicidad, el propio tribunal expuso las razones jurídicas a partir de las cuales estimaron que, no obstante tal circunstancia, en este caso el ofendido debe ser considerado como “persona” y, por ello, la acción calificaría entonces como un delito de homicidio culposo. Al respecto, el órgano de mérito señaló: “... El nasciturus en nuestro medio es considerado persona. Para dejar claro este punto hay que hacer referencia al concepto de persona y de vida. Dentro de nuestro ordenamiento y con un rango superior a la ley, la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone en su artículo 4.1: “... toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente ...”. La consideración del no nacido como persona, a efectos de determinar la presencia de ese elemento de la tipicidad objetiva, no sólo deriva de dicha norma del derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino de la contemplada en otros instrumentos de igual rango, sino también de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional. Concretamente del voto 2306-2000 de quince y veintiuna horas del quince de marzo de dos mil, luego de concluir que todo concebido es persona y por tanto la tutela del derecho a la vida le cubre, sostiene: “El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella –formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia” ...” (cfr. folio 1967, línea 18 en adelante). Conforme se puede inferir de lo expuesto, en el presente caso se plantea la discusión entre el concepto de “persona” que por un lado maneja la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y la que a su vez incorpora el Código Penal (y la doctrina que lo informa), siendo claro que con respecto a la primera, el segundo es una norma de rango inferior. En este sentido se advierte que los artículos 111, 117, y 118 a 122, todos del Código Penal, parten de una clara distinción entre los conceptos de “persona” (sujeto pasivo de la figura de homicidio, ya sea doloso o culposo), y de “feto” (sujeto



pasivo de las figuras de aborto, en sus distintas modalidades). La diferencia entre ambos conceptos no fue resuelta por el legislador, de tal manera que a dichos efectos el operador jurídico deberá echar mano a varias herramientas herméticas, entre las cuales obviamente se encuentra la doctrina que informa esas normas penales sustantivas. Ésta, por su parte, establece dicha distinción a partir de varios criterios, todos los cuales indican que el feto (que no por ello pierde la calidad de “ser humano”) no va a adquirir la condición de persona sino a partir del nacimiento. En realidad, este último concepto es el que no resulta pacífico en la doctrina, pues al respecto existen varias posiciones. En este sentido se ha dicho: “... En lo atinente al sujeto pasivo del delito, la doctrina ha discutido sobre a partir de cuándo es que se puede decir que existe un ser humano, lo que es importante para determinar si se está ante un homicidio o ante un aborto. Al respecto existen varios criterios. Unos indican que es homicidio, y no aborto, la muerte de la criatura durante el nacimiento, sea cuando comienzan los dolores del parto; se inicia el procedimiento artificial para inducirlo, o se extrae quirúrgicamente al niño (así Peña Cabrera ... Cuello Calón ... Ranieri ... Breglia y Gauna ... Núñez ... Maggiore ... Soler ... Fontán ... Creus ... Laje Anaya ... Manigot ... Acevedo Blanco ... Martínez Brenes ... Rojas Sánchez y otros. Debe tenerse en cuenta que las dos últimas investigaciones citadas son de autores costarricenses). Esta posición es dominante en Argentina ... Una segunda posición exige para la existencia de homicidio la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical (así: Muñoz Conde ...). Una tercera señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno, independientemente de que se haya cortado el cordón umbilical ... El bien jurídico protegido en los delitos de aborto es la vida del producto de la concepción. La protección a través del delito de aborto se extiende desde la concepción hasta la expulsión del seno materno, a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio ...” (Rivero Sánchez (Juan Marcos) u otro, “COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL”, editorial Juriscentro, San José. 1ª edición, 1989. Págs. 1, 2, 71 y 72). Esta sería la posición que parece defender el impugnante, quien argumenta que en vista de que el ofendido falleció dentro del seno materno (cuando aún no había sido expulsado ni separado completamente de la cavidad uterina), no llegó a adquirir la condición de “persona”, de tal manera que por tratarse de un “feto” no estaríamos ante un delito de homicidio culposo sino a lo sumo ante la figura del aborto culposo. Si bien dicho planteamiento (seguido también por los autores citados) es respetado por esta Sala, la misma no lo comparte, pues más bien se ha inclinado por la tesis que impera en Argentina, la que lleva la protección jurídico penal un poco más atrás, al entender que -a efectos de determinar la correcta calificación jurídica del hecho- existe nacimiento desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al proceso de alumbramiento. En este sentido debe aclararse que el nacimiento no es un acto único, concreto y determinado, sino todo un proceso que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica. Lo anterior implica que la figura del infanticidio que prevé el artículo 113 inciso c) del Código Penal no tiene por qué partir de un análisis teórico diverso a éste, como el que propugnan los autores que se comentan (cfr. *ibid*, pág. 2), ya que esta última ilicitud no establece ni exige que el cómputo de los tres días dentro de los cuales debe haberse producido la muerte del infante, deba empezar a correr a partir de que el proceso de alumbramiento haya finalizado (con la expulsión del claustro materno), pues los mismos corren a partir del momento en que dio inicio el nacimiento. Es ésta la tesis ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Sala Penal: “... Se reprocha en este motivo que para que surja a la vida jurídica el delito de Homicidio culposo, se debe de matar a una persona y los hechos tenidos por probados – ahogamiento del producto de la concepción que estaba en el útero de la ofendida – no acreditan que la conducta desplegada por el doctor (...) ocasionara la muerte de una persona, por lo que el resultado causado está fuera del ámbito de protección del artículo 117 del Código Penal. En este caso no se mató a una persona, sino al producto de la concepción – feto – que no tuvo vida independiente, por lo que no había



adquirido la categoría jurídico penal de persona, resultando los hechos atípicos ... la norma contenida en el numeral 122 ejusdem se refiere al que por culpa causare un aborto, entendiendo por ello la muerte de un feto, como producto de la concepción, desde que pasa el período embrionario hasta el momento del parto. No cabe en consecuencia duda alguna, contrario a lo que señalan los recurrentes, que en la especie, el actuar culposo del imputado, segó la vida de una persona, de un niño, desconociéndose en los motivos invocados, la personalidad jurídica del menor ..., pese a que su muerte, ciertamente, se dio dentro del útero de su madre, de allí que no resulten de recibo los alegatos expuestos en cuanto a la pretendida atipicidad en la conducta desplegada. Si bien es cierto, la doctrina diferencia el concepto de Aborto, desde la óptica penal, de la concepción meramente médica, para los efectos penales, el aborto puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno – ver Maggiore, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte Especial**. Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, página 140 – Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de aborto, a efecto de poder distinguirlo del homicidio; así, el primer elemento que caracteriza al delito de aborto es la interrupción del embarazo o gestación, en donde la mujer pare antes del tiempo en que el feto puede vivir, de modo que si el embarazo está completo, el proceso gestativo ha concluido, el feto está maduro e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como aborto, sino que constituye un homicidio, ya sea de carácter doloso o culposo. La doctrina, entre la que se incluye la italiana, argentina y parte de la española, perfectamente aplicable en nuestro medio contrario a lo que señalan los recurrentes, establece que la línea que divide el ámbito de protección entre el homicidio y el aborto, debe trazarse en el comienzo del nacimiento, extendiéndose en consecuencia la protección del homicidio y las lesiones a aquellas acciones que producen su resultado durante el nacimiento, es decir, que la protección de la vida de las personas después de ese hecho es más amplia – Bacigalupo, Enrique. **Los delitos de Homicidio**. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 1999. Reimpresión, pp. 6 y 7 – El inicio del nacimiento principia con las contracciones expulsivas, y en los casos en que el alumbramiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como cuando se recurre a la cesárea, por ejemplo, el comienzo del suceso está marcado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen, no siendo necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero. Asimismo, en los supuestos en que las contracciones expulsivas son inducidas por algunas de las técnicas médicas al respecto, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de la técnica concreta de inducción - Bacigalupo. Op cit, pp16 a 17 – Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial – Varela, Bernardo C.. **Homicidio Simple**. Buenos aires. Lerner 1968, página 19 – De allí que podamos concluir que las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen aborto, en ambas situaciones estaremos frente a una persona, protegida constitucional y legalmente. En consecuencia, la protección de la vida de las personas, sancionable desde la óptica de la figura penal del Homicidio, principia desde el comienzo del nacimiento, no resultando necesario que la criatura sea viable, ni que incluso haya sido separada del seno materno, pues ese es precisamente el período comprendido en la expresión “durante el nacimiento”..., voto N° 791-01, de las 10:10 horas del 20 de agosto de 2001. Así las cosas, es claro que el planteamiento de fondo que se esboza en el presente recurso, no resulta novedoso, pues esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en cuanto al tema debatido. Se comprende, entonces, que el fallo de instancia, al estimar que en este caso los hechos que se tuvieron por plenamente demostrados configuran un delito de homicidio culposo, no incurrió en el supuesto yerro de fondo que se denuncia, pues si bien el niño falleció dentro del seno materno, también debe tenerse claro que ello sucedió una vez que su madre ingresó al hospital, cuando el

proceso de alumbramiento ya había dado inicio. Así las cosas, se declara sin lugar el reclamo." Siendo así, no es cierto, entonces, que el hecho conocido en esta causa fuera eventualmente constitutivo de una aborto culposo, sino en realidad de un homicidio culposo, cuya pena mayor es, de acuerdo con el artículo 117 del Código Penal, de ocho años de prisión, los cuales no se habrían cumplido en su modalidad ordinaria, ni en el plazo reducido a la mitad (de acuerdo a lo postulado por el artículo 33 del Código Procesal Penal), pues la indagatoria tuvo lugar el 19 de septiembre de 2001 (folio 46) y el señalamiento de la audiencia preliminar el 18 de marzo de 2003 (folio 95), para desembocar en la sentencia del 16 de marzo de 2005 (folios 588 y siguientes). Por ende, ni el plazo ordinario de ocho años, ni el reducido de cuatro años, habrían transcurrido entre cada una de las causas interruptoras de la prescripción."

c)SECCION III: Lesiones

Golpes o lesiones levísimas: Quemaduras en el rostro sin dejar marca indeleble

Coacción o amenaza: Elementos constitutivos

[Sala Tercera]¹⁵

Voto de mayoría

"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 [...], de once años de edad, le solicitó al imputado [...] que le prestara su bicicleta con el fin de disfrutar un paseo, a lo que este 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. 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. 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 acusado una conducta anómala, cargada de agresividad...", 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- (Cfr. al respecto obra de Núñez, R. Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Lerner, 1977, p. 1988; y ob. de Breglia Arias y Gauma, 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 este 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 levisimas) 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 [AL IMPUTADO] del delito de COACCION que se le atribuyó, cometido en perjuicio del menor [...]"

Lesiones culposas: Suspensión de licencia de conducir

Análisis acerca de la posibilidad de imponerla a imputado que no es chofer de profesión

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]¹⁶

Voto de mayoría

"II.- **Segundo motivo (forma).** Se aduce el vicio de falta de fundamentación de la pena de inhabilitación para conducir vehículos. Artículos 369 inciso d) y 443 del Código Procesal Penal. La imposición de seis meses de inhabilitación para conducir que se le impuso al acusado se hizo sin fundamentación alguna, pese a que se trata de una pena accesoria a la principal. Se aduce que el numeral 128 del Código Penal no autoriza a que esa sanción se imponga de modo automático sino que debe ser un extremo fundado. **Este Tribunal de Casación Penal acoge el reclamo por diversas razones, y en consideración que en el caso concreto no procede la sanción de inhabilitación para conducir vehículos, revoca la misma y la deja sin efecto.** El numeral 128 del Código Penal, en lo que interesa para la resolución, señala: "*En todo caso, al autor de las lesiones se le impondrá también inhabilitación de seis meses a dos años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho*". Tal y como lo ha indicado el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial, en el voto 2008-0709 de las 10:45 horas del 31 de julio de 2008, sobre los alcances de ese párrafo se han dado esencialmente dos interpretaciones. En este sentido indica ese voto, que al resumir las tesis existentes sobre el punto es estudio, conviene transcribir: "**VI.- En torno al tema de la inhabilitación para la conducción de vehículos automotores, se han sostenido dos posiciones, a saber: §1.- Que la sanción cabe por el solo hecho de conducir un vehículo con el que se causen lesiones, aunque no sea esa la profesión u oficio del imputado, pues se trata de una actividad, que no tiene que ser habitual ni remunerada. Derivado de esta tesis es que la sanción es automática, de modo que no es necesario fundamentar la imposición de ese tipo de sanción, aunque sí su quantum, si éste excede del mínimo. En este sentido se encuentran, por ejemplo y entre otros, los siguientes pronunciamientos: "...recrimina que**



la inhabilitación para la conducción vehicular por cinco años decretada contra su defendido, no cabe, pues no se trataba de su "profesión, arte u oficio" y además debe aplicarse el artículo 133 de la Ley de Tránsito por ser norma especial y posterior. Tampoco es acogible este alegato. No importa en este asunto si el imputado cometió el homicidio culposo en ejercicio de su oficio o profesión o no, ya que el artículo 117 del Código Penal impone "en todo caso" la inhabilitación también para la "actividad" en que se ocasionó el fatal resultado lesivo, noción esta más extensa que la profesión o arte, y que permite que tal actividad pueda ser incluso meramente contingente o esporádica, como fue la sancionada. Luego, la Ley de Tránsito es ley especial en tanto la falta sea simplemente a las normas de tránsito, mas no cuando constituya un resultado penalmente tipificado, pues en este caso deberá regularse por la legislación penal, que será especial y, en tal medida, ajena a la posterioridad de otras normas." Sala Tercera, voto N° 865-99. "Como se ve, dicha pena de inhabilitación sí es de aplicación en este asunto, no en razón de la "profesión" u "oficio" del imputado, ni tampoco en el "arte" que este desempeñe, sino que viene al caso propiamente por la «actividad» en que se produjo el hecho, actividad que respecto al encartado fue la de conducir vehículos automotores y que está plenamente regulada por la Ley de tránsito por vías públicas terrestres. El sentido común de la palabra actividad es el de "facultad de obrar" (así Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, T. I, Madrid, 22ª ed., 2001, pág. 38; Diccionario Enciclopédico Éxito, Grupo Editorial Océano, Barcelona, 1991, T. 1; Diccionario Enciclopédico, Olympia Ediciones, Barcelona, 1995, pág. 17) y tratándose de la conducción de vehículos dicha actividad o facultad de obrar está sujeta –entre otros requerimientos- a que el conductor posea una licencia para conducir y a que lo haga observando las reglas de la Ley de Tránsito, por lo que este párrafo segundo del artículo 128 del Código Penal (al igual que el párrafo segundo del artículo 117 ibídem) contempla una inhabilitación para la conducción de todo tipo de vehículos, independientemente de cual sea la profesión, oficio o arte que practica el condenado, cuando las lesiones se han producido con ocasión de que el imputado condujo un vehículo en contravención a la Ley N° 7331, como sucedió en la especie. En un caso análogo al presente, también se indicó que la inhabilitación procedía independientemente de que el oficio del encartado fuera el de chofer: «Obsérvese que el imputado condujo un vehículo incumpliendo los deberes objetivos de cuidado, como son los de mantener la velocidad reglamentaria y circular sobre la calzada; pero en vez de eso transitó a exceso de velocidad por el espaldón. Resulta necesario precisar que la inhabilitación procede no en razón del oficio (chofer de grúa) sino de la actividad (que es la conducción de vehículos automotores), por lo que no puede limitarse únicamente al ejercicio de conductor de grúa» (Tribunal de Casación Penal, N° 325 de 10:00 horas del 26 de abril de 2002, voto de mayoría de los jueces Francisco Dall'Anese Ruiz y Jorge Luis Arce Viquez, hay voto salvado de la jueza Rosario Fernández Vindas). Si bien es cierto la fijación correspondiente a la pena de inhabilitación no es pródiga en fundamentos, sino que en realidad fue deficientemente motivada, tal defecto en la fundamentación de la sentencia no provoca la nulidad del fallo porque el error en realidad no le causa agravio al imputado, a quien se fijó la inhabilitación en su extremo menor (a saber seis meses), es decir, que de haberse cumplido cabalmente con el deber de motivar, en este caso la parte dispositiva de la sentencia hubiera sido la misma, pues no podía el juzgador dejar de aplicar la pena de inhabilitación, por lo menos en su extremo menor. De ahí que en el presente caso no hay de error de forma que justifique la nulidad pretendida, ni error de fondo que justifique casar la sentencia, por lo que se deben declarar sin lugar los reclamos aducido por la defensa sobre esta cuestión." Voto salvado del juez Arce Viquez, en el voto N° 965-2002 de este Tribunal y la resolución N° 325- 2002. "...en principio, la pena accesoria de inhabilitación procedería en este caso independientemente de cuál fuera la profesión, oficio o arte que practica el condenado, puesto que las lesiones se produjeron con ocasión de que el imputado (...) condujo sin cuidado un vehículo automotor, y es la conducciónla "actividad" en que se produjo el hecho, en contravención a la Ley de Tránsito, y esto está claramente descrito en la acusación. El párrafo segundo del artículo 128 del Código Penal dispone claramente que: «En todo caso, al autor de las



lesiones se le impondrá también inhabilitación de seis meses a dos años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho» (el subrayado es suplido). Manejar vehículos es una verdadera actividad, ampliamente regulada por una legislación especial (la «Ley de tránsito por vías públicas terrestres»), la cual realizan todo tipo de personas con independencia de su arte, oficio o profesión (para manejar o conducir no hay que ser necesariamente, por así decirlo, “chofer de oficio o chofer profesional”, sino contar con la licencia correspondiente) y es precisamente la actividad en que se genera la mayor parte de las lesiones y muertes culposas que ocurren en el país. Esta es la interpretación que he sostenido en otros casos parecidos al presente (cfr. TCP, N° 325 de las 10:00 horas del 26 de abril y N° 965, 11:00 horas del 29 de noviembre, ambas de 2002; y N° 476 de las 11:25 horas del 29 de mayo de 2003, y N° 225 de las 9:13 horas del 16 de marzo de 2006), y es de aplicación en este asunto (...) otras sentencias de este Tribunal, dictadas por otros integrantes, en las que se dice que el término “actividad” del artículo 128 debe tener cierta permanencia o habitualidad (N° 544 de las 10:25 horas del 2 de junio de 2006 y N° 530 de las 14:20 horas del 24 de mayo de 2007, citadas por la mayoría), lo que simplemente denota desconocimiento de los alcances de la Ley de Tránsito, que regula minuciosamente la acción de conducir vehículos con independencia de la permanencia, habitualidad o continuidad con que se ejercite (...)” (voto parcialmente salvado del juez Arce Víquez en el voto N°703-2007). En el mismo sentido el voto salvado de Chinchilla Calderón en el voto N° 2007-1123 y el voto unánime de este Tribunal 2007-650 (Vargas, Salazar y Chinchilla Calderón). **§2.-** Que la actividad de conducción debe tener cierta permanencia o habitualidad y hasta ser la forma de la que obtiene su sustento el encartado, equiparando todos los términos previstos por el artículo 128 (oficio, profesión, actividad). Así las cosas, el tribunal debe fundamentar por qué la impone en cada caso concreto pues no procedería en todos los casos. En este sentido los siguientes votos: “...aun cuando en efecto el legislador dispuso que la pena de inhabilitación se impone cuando las lesiones se producen con ocasión a la “**actividad**” realizada, no significa que esta consecuencia se debe ordenar en todos los casos y con respecto a **cualquier actividad** de la que se deriva la lesión. El concepto de actividad que aquí se utiliza, en criterio de esta Cámara, no es amplio (ni podría serlo), sino que es restrictivo. Tiene que ser entendido e interpretado, como suele decirse, dentro de la inteligencia o espíritu de la norma. En otras palabras, dentro de lo que el legislador pretendió sancionar con la pena accesoria de inhabilitación en estos casos. Para esto, basta con observar que, previo al uso de la palabra “actividad”, en la norma se hace referencia a otras palabras como “profesión”, “oficio” o “arte”, que hacen alusión a acciones que implican continuidad o reiteración en el tiempo, así como a una labor, trabajo u ocupación habitual, y de las que, por esta característica, existe la posibilidad de que el hecho se pueda repetir o cometer nuevamente. Sobre este particular, puede verse de este Tribunal la resolución N° 965 de las 11:00 horas del 29 de noviembre del año 2002, en donde se señala que, a efectos de imponer la pena de inhabilitación, se requiere determinar que la actividad realizada por la persona acusada debe implicar una habitualidad y forma de trabajo o labor, y no para cualquier actividad (en sentido contrario puede de este Tribunal el voto N° 325 de las 10:00 horas del 26 de abril del año 2002). Además, unido a lo anterior, se considera que este criterio es adecuado en el tanto la aplicación de esta consecuencia corresponderá únicamente a los supuestos que se encuentran comprendidos, según lo dispuso el legislador, para la pena de inhabilitación especial, conforme lo indica el artículo 58 del Código Penal, en relación con el 59 de este cuerpo legal (que regula la inhabilitación absoluta). En lo que interesa, en esta última norma, se señala expresamente que la inhabilitación especial, consistirá, entre otras posibilidades, en la “incapacidad para ejercer la profesión, oficio, arte o actividad que desempeñe” la persona responsable del hecho. Esto significa que, al mencionarse la palabra “desempeñe”, la privación o restricción de un derecho o función, como lo sería la profesión, oficio, arte o actividad de una persona, solo procederá con respecto al actuar que implique o conlleve continuidad y permanencia dentro de un trabajo, labor u ocupación. No en vano, por ejemplo, entre las diferentes voces de la palabra “desempeñar” se habla, según el Diccionario de la Lengua



Española, de "Cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio, ejercerlos", o bien, de "actuar, trabajar, dedicarse a una actividad" ("Diccionario de la Lengua Española", de la Real Academia Española, Editorial Espasa, Vigésima Segunda Edición, Madrid, España, año 2001, p. 778), entendida en este sentido actividad, como el "conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad" (Ibidem, p. 38, tal y como se explica en el voto No. 965-2002). Bajo esta tesis, no se comparte el criterio amplio que utiliza el Juzgador en la causa al indicar que podría tratarse de cualquier actividad, entendida incluso ésta como "mera actividad" Tribunal de Casación Penal, resolución N° 2006-544 de las 10:25 horas del 2 de junio de 2006 (Rodríguez, García y Chinchilla Sandí) y N° 530-2007 (Vargas, Morales y Cortés). "En el caso en examen, aunque el juzgador no lo expresa, pues efectivamente no fundamenta el por qué de esa sanción, si consideramos que la inhabilitación impuesta es de seis meses, nos lleva a concluir que el a quo presume alguna de las circunstancias del primer párrafo citado, dada que las causales de los párrafos segundo y tercero contemplan como extremo menor de la inhabilitación una mucho mayor a la aquí impuesta, además, del relato de los hechos contenidos en la sentencia se desprende claramente que no medió drogas o alcohol en los mismos, indicándose en forma expresa que no es reincidente el encartado. Por lo que hay que descartar que nos encontremos en las hipótesis de reincidencia o alcohol y drogas, para la inhabilitación impuesta. Respecto a las otras causales, sea las relativas al "ejercicio" de la "profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho", no solo la sentencia no expresa en ninguna parte cuál es el oficio o profesión del acusado, por ende, no tiene por probado hecho alguno al respecto, sino que tampoco existe circunstancia acreditada alguna, en la que se establezca que el hecho ocurriera en el ejercicio de determinada profesión, oficio, arte o actividad, del imputado, por lo que no tiene sustento fáctico la inhabilitación impuesta. Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de una actividad implica la habitualidad, tal y como se desprende del significado que se acuerda a dicho vocablo en la vigésima segunda edición 2001, del Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, que expresa: actividad: f. Facultad de obrar. II 2. Diligencia, eficacia. II 3. Prontitud en el obrar. II 4. **Conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad.** U. m. en pl. II 5. Fís. En una cantidad dada de una sustancia radiactiva, número de átomos que se desintegran por unidad de tiempo. II en-. Loc. Adj. En acción. Volcán en actividad. V. Esfera de -. (El destacado en negrita es nuestro). En este sentido existen diversas resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Casación. En este sentido dijo la Sala mencionada en el voto 285-F-90 del 28 de setiembre de 1990 "Debe entenderse que esta inhabilitación se impone automáticamente cuando la profesión u oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho tiene relación directa con la conducción de vehículos automotores. Esto es que laboralmente el desempeño del puesto se ajusta a esa actividad (por ejemplo el chofer de un taxi o de un autobús, etc.), pero no cuando el sentenciado nada tiene que ver con ello y el hecho se produjo fuera de esa circunstancia (por ejemplo el médico o agente de Seguros que se dirige a su casa y ocasiona un accidente con su carro)" (Véase también el voto 58-F-93 del 5 de marzo de 1993). Es importante anotar que en la sentencia no se hace referencia alguna a que el imputado tuviera como actividad la de chofer. Por esa misma razón tampoco puede estimarse que tenga el oficio de chofer. Es relevante anotar que uno de los aspectos sobre los que el Código Procesal Penal de 1996 enfatizó, fue por una mayor vigencia del principio acusatorio. En la acusación no se señala que el imputado tuviera el oficio de chofer, sino más bien se le identifica como comerciante. Lo mismo ocurre en la sentencia. Por ello partir de que se trata de un chofer implicaría ir en contra de la correlación entre acusación y sentencia y con ello del principio acusatorio (Art. 365 del Código Procesal Penal). Es importante anotar en la misma fundamentación de la acusación no se encuentra referencia alguna a la posibilidad de aplicación de inhabilitación por encontrarse ante una actividad habitual del imputado, e incluso en el juicio oral y público, al rendir conclusiones el Ministerio Público no solicitó la inhabilitación, según consta en el acta del debate. De todas maneras lo fundamental es que no se encuentra dentro de la acusación que el imputado tuviera el oficio de chofer ni realizara la actividad



de tal, sino más bien se le indica otro oficio, por lo que la imposición de la inhabilitación presenta tanto el vicio de falta de fundamentación, como el de falta de correlación entre acusación y sentencia." Tribunal de Casación Penal, voto N° 965-2002 (Llobet y Fernández). La mayoría de esta Cámara sigue la primera de las posiciones y considera que si bien la inhabilitación es una sanción accesoria imperativa ("en todo caso"), que procede en cualquier actividad que genere el hecho (y la de conducir vehículos es una, aunque ello no se haga de forma remunerada, como oficio o de forma permanente), que no está sujeta a que se maneje bajo el efecto del licor o las drogas (pues tales conductas sólo aumentan el tiempo de inhabilitación), sí tiene extremos mínimos y máximos que exigen, en consecuencia, que el órgano jurisdiccional fundamente adecuadamente el por qué impone un determinado tiempo de inhabilitación, máxime cuando -como en este caso que fue de un año- ese lapso es superior al mínimo establecido en la norma (seis meses). En este caso el tribunal de instancia impuso la inhabilitación por un año, sin indicar la razón para ello. Por eso, por mayoría, debe revocarse parcialmente la sentencia en este extremo para fijar, desde esta sede, por economía procesal y ante la inexistencia de razones que justifiquen imponer una sanción mayor de esa naturaleza a una estudiante de medicina y que carece de antecedentes por hechos similares, la inhabilitación para la conducción de vehículos automotores por seis meses. Cabe advertir que si bien la inhabilitación especial para el ejercicio de una actividad (párrafo segundo del artículo 128 del Código Penal) es más amplia que la suspensión de la licencia regulada en los siguientes párrafos, ya que la primera procede para actividades diferentes a la conducción de vehículos, la forma en que esa inhabilitación se hace efectiva cuando la actividad que genera la lesión es la de conducción, es anotando que existe ese impedimento para la conducción ante las autoridades que regulan el tránsito en Costa Rica, de modo que no se observa irregularidad alguna en que el juez de instancia haya ordenado que se comunique la sentencia al Departamento de Licencias del Ministerio de Obras Públicas y Transportes para los efectos de la suspensión de la licencia. El juez Sojo Picado salvo el voto sobre este extremo conforme a las consideraciones que hará". Este Tribunal de Casación Penal de Cartago considera que por tratarse de materia sancionatoria, debe existir una interpretación restrictiva, pronunciándose por revocar y dejar sin efecto la sanción de inhabilitación. El imputado, en sentido estricto, no estaba ejerciendo una actividad permanente, como podría ser la de chofer o taxista (limitada la hipótesis al tráfico rodado), y en que la conducción de vehículos sea su actividad habitual o de modo permanente. El sentenciado indicó ser guarda de seguridad de una empresa, de tal modo que el suceso culposo no ocurre cuando estaba en ejercicio de una actividad que sea su *modus vivendi* o de carácter habitual. Ese concepto de "actividad" debe contemplarse e interpretarse de modo restrictivo y no amplio. Al respecto ya este Tribunal de Casación Penal había indicado: **"VI- El párrafo segundo del artículo 128 del Código Penal ha sido objeto de interpretación por la jurisprudencia de casación, estimándose que al referir dicho numeral que se debe imponer la pena de inhabilitación al imputado en todo caso, para el ejercicio de la profesión, arte, oficio o actividad en que se produjo el hecho, la ley está aludiendo a los casos en que tal actividad se realiza en forma habitual y como medio de subsistencia, y no cuando se conduce por ejemplo, un vehículo en forma ordinaria para desplazarse de un lugar a otro. Al respecto se ha dicho: "Sin embargo, este Tribunal de Casación, ha sostenido, en reiterados fallos, que dicha medida sancionatoria no resulta procedente en un supuesto, como el presente, donde el sujeto agente, no despliega la conducción como una actividad en la que se desempeña, sino en el desplazamiento ordinario de los particulares en vehículos automotores. A este respecto, por ser suficientemente ilustrativo del criterio y de los antecedentes existentes al respecto, cabe hacer la cita literal de la siguiente resolución:" aun cuando en efecto el legislador dispuso que la pena de inhabilitación se impone cuando las lesiones se producen con ocasión a la " actividad " realizada, no significa que esta consecuencia se debe ordenar en todos los casos y con respecto a **cualquier actividad** de la que se deriva la lesión. El concepto de actividad que aquí se utiliza, en criterio de esta Cámara, no es amplio (ni podría serlo), sino que es restrictivo. Tiene que ser entendido e**



interpretado, como suele decirse, dentro de la inteligencia o espíritu de la norma. En otras palabras, dentro de lo que el legislador pretendió sancionar con la pena accesoria de inhabilitación en estos casos. Para esto, basta con observar que, previo al uso de la palabra " **actividad** ", en la norma se hace referencia a otras palabras como " **profesión** ", " **oficio** " o " **arte** ", que hacen alusión a acciones que implican continuidad o reiteración en el tiempo, así como a una labor, trabajo u ocupación habitual, y de las que, por esta característica, existe la posibilidad de que el hecho se pueda repetir o cometer nuevamente. Sobre este particular, puede verse de este Tribunal la resolución **No. 965** de las 11:00 horas del 29 de noviembre del año 2002, en donde se señala que, a efectos de imponer la pena de inhabilitación, se requiere determinar que la actividad realizada por la persona acusada debe implicar una habitualidad y forma de trabajo o labor, y no para cualquier actividad (en sentido contrario puede verse de este Tribunal el voto **No. 325** de las 10:00 horas del 26 de abril del año 2002). Además, unido a lo anterior, se considera que este criterio es adecuado en el tanto la aplicación de esta consecuencia correspondería únicamente a los supuestos que se encuentran comprendidos, según lo dispuso el legislador, para la pena de **inhabilitación especial**, conforme lo indica el artículo 58 del Código Penal, en relación con el 59 de este cuerpo legal (que regula la **inhabilitación absoluta**). En lo que interesa, en esta última norma, se señala expresamente que la inhabilitación especial, consistirá, entre otras posibilidades, en la "**incapacidad para ejercer la profesión, oficio, arte o actividad que desempeñe**" la persona responsable del hecho. Esto significa que, al mencionarse la palabra "desempeñe", la privación o restricción de un derecho o función, como lo sería la profesión, oficio, arte o actividad de una persona, solo procederá con respecto al actuar que implique o conlleve continuidad y permanencia dentro de un trabajo, labor u ocupación. No en vano, por ejemplo, entre las diferentes voces de la palabra " **desempeñar** " se habla, según el Diccionario de la Lengua Española, de "**Cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio, ejercerlos** ", o bien, de "**actuar, trabajar, dedicarse a una actividad**" (" *Diccionario de la Lengua Española* ", de la Real Academia Española, Editorial Espasa, Vigésima Segunda Edición, Madrid, España, año 2001, p. 778), entendida en este sentido actividad, como el " **conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad** " (*Ibidem* , p. 38, tal y como se explica en el voto **No. 965-2002**). Bajo esta tesitura, no se comparte el criterio amplio que utiliza el Juzgador en la causa al indicar que podría tratarse de cualquier actividad, entendida incluso ésta como "**mera actividad**" Tribunal de Casación Penal, resolución número 2006-544 de las 10:25 horas del 2 de junio de 2006. Esa posición consideramos es la correcta y respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos e implica, para el presente caso, que de oficio se deba revocar la sanción de inhabilitación que se impusiera" (Res 2007-0530 de las catorce horas veinte minutos del veinticuatro de mayo. Tribunal de Casación Goicoechea). Esta posición la comparte plenamente ésta Cámara, toda vez que en este caso según se desprende del propio encabezado del fallo, el imputado tiene por oficio el ser pastor evangélico lo que excluye la posibilidad de inhabilitarlo, de manera que no lleva razón el recurrente en su reclamo" (cfr. voto del Tribunal de Casación Penal de Cartago número 2008-145 de las 19:42 horas del 19 de mayo de 2008). **III.-** En consecuencia, se declara parcialmente con lugar el recurso de casación interpuesto por la licenciada Viviana Navarro Marín. Se acoge el segundo motivo y se revoca parcialmente la sentencia recurrida únicamente en lo referente a la sanción de inhabilitación para la conducción de vehículos impuesta al justiciable y en su lugar revoca y deja sin efecto la misma. En cuanto al primer motivo se rechaza el recurso y permanece incólume la sentencia impugnada."

Lesiones culposas: Indicadores para determinación de la pena

[Tribunal de Casación Penal]¹⁷

Voto de mayoría

"II. [...] SE RESUELVE EL MOTIVO. En la argumentación del motivo se hace alusión a múltiples alegatos que no configuran la exposición de un motivo independiente, con el agravio y su sustento. Se observa que la mayor parte de la exposición del recurrente se refiere a cuestionar lo resuelto por el juzgador, con relación al incumplimiento del deber de cuidado por parte del acusado, y a la causación del resultado lesiones como consecuencia de ello, pero sin que el impugnante construya un motivo que cuestione la decisión sobre la tipicidad de la conducta, o la culpabilidad del imputado, con la demostración del vicio, el agravio, y su fundamento, de modo que permita su examen. Por ello el análisis se limita a determinar si se da la falta de fundamentación sobre la pena, que como motivo se indica. Tratándose del delito de lesiones culposas, para la determinación de la pena deben considerarse los indicadores del artículo 71 del Código Penal, como en cualquier otro delito, así como los parámetros que en forma específica comprende el artículo 128 del Código Penal, que establece: *"Se impondrá prisión de hasta un año, o hasta cien días multa, al que por culpa causare a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. **Para la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal deberá tener en cuenta el grado de la culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.**"* (El destacado en negrita es nuestro). Conforme con la motivación de la sanción que hace el tribunal, (cfr, folio 696 y 697), se observa que este se basa en la gravedad del daño causado a los ofendidos, aspecto que el mismo recurrente no discute, aludiendo también a la circunstancia de que el encartado no tiene antecedentes y es una persona mayor de sesenta años, lo que aunque no se dice en forma expresa, se toma a su favor. Parámetros que se relacionan con el hecho y con el autor, y que son válidos para motivar la sanción. Sin embargo, el Tribunal hace otras referencias, que evidentemente hicieron aumentar el monto de la sanción, que no son admisibles. Así, parte en forma errónea de que se trata de un concurso ideal de delitos, e impone la sanción de un año de prisión, correspondientes a seis meses de prisión aumentados en otro tanto, además, considera en perjuicio del encartado la circunstancia de que no renunciara al juicio. Así dice el *a quo* *"sin embargo tampoco se extrae de los autos, que el mismo haya tenido intención alguna de saber sobre la salud de los ofendidos, o bien resarcir o reparar el daño causado supraindicado en forma extrajudicial o en forma judicial mediante el uso de algún medio alternativo, en este caso que cabe cualquiera, máxime que el acusado es reo primario, se trata de dos delitos culposos. Por todo ello es que **este tribunal le impone al aquí acusado Juan Ulate Quesada, la pena de UN año de prisión, misma que corresponde a los seis meses por el delito más grave aumentada a otro tanto igual.**"* Cfr. folio 697). Lo expuesto demuestra un punto de partida erróneo, sobre la aplicación de las reglas del concurso ideal, artículo 75 del Código Penal, cuando en forma específica el artículo 128 del Código Penal contempla ya la circunstancia de que una misma conducta produzca varias víctimas, como es el caso que nos ocupa, consistente en la conducta descuidada del encartado de conectar la electricidad para el sector en el que estaban laborando los dos ofendidos, cuando debía haberlo hecho para otro lugar, produciendo ese actuar que los dos trabajadores ofendidos sufrieran severas lesiones. El artículo 128 del Código Penal, precisamente alude al número de las víctimas, entre otros aspectos, para la determinación de la sanción en las lesiones culposas, lo que no es más que una norma específica que desplaza la general del concurso ideal de delitos, siendo errónea la consideración del *a quo* sobre ello. Si bien es cierto, con una sola acción que falta al deber de cuidado se produjeron dos resultados (dos lesionados), como el artículo 128 del C.P. contempla expresamente la posibilidad de que hayan dos o más víctimas debe descartarse la penalidad del concurso ideal. Tampoco es

admisibles que se pretenda imponer una mayor sanción porque no se reparó, antes de la condena penal y civil, el daño causado. La circunstancia de que el encartado no acudiera a una solución alternativa del conflicto no puede operar en su contra, ni producirle perjuicio alguno, por ende, no puede justificar de ninguna manera una mayor penalidad. La propuesta que pudiera hacer un acusado en tal sentido, así como la referencia al "arrepentimiento" que contempla el artículo 71 del Código Penal, son circunstancias que pueden operar a favor del condenado, pero no en su contra, pues ello debe conciliarse con el derecho de abstención que tiene el imputado, y con el derecho a un juicio, en el que se demuestre su culpabilidad, máxime cuando se trata de delitos culposos, donde no solo estamos en presencia de tipos abiertos, sino también de conceptos jurídicos, como el incumplimiento del deber de cuidado, no siempre determinable *a priori*, antes del juicio. (Sobre la fundamentación de la pena, véase Voto de mayoría del Tribunal de Casación, N° 2004-603, en el que se citan las resoluciones 781-F-97, 586-2001, 363-2000 y 1034-2001). Por lo expuesto, se acoge el motivo, se anula la sentencia en cuanto a la pena impuesta, y se dispone el reenvío sobre la determinación de la pena. De oficio, conforme a lo dicho, se modifica la sentencia, para que en vez de dos delitos de lesiones culposas en concurso ideal, se indique un delito de lesiones culposas con dos víctimas u ofendidos."

Tortura: Desnudamiento y revisión de los genitales de los detenidos

[Tribunal de Casación Penal]¹⁸

Voto de mayoría

"III.- Recurso de casación presentado por la defensora pública Silvia Elena Arce Portuguez en favor de Freddy Gamboa Campos. Primer motivo. Falta de fundamentación de la pena en infracción del artículo 71 del Código Penal. Estima la defensa que al imponerse dos años de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos al encartado no se fundamentó debidamente por parte del Tribunal, el cual se limitó a señalar que "una persona con tales desviaciones es totalmente inconveniente que ocupe cargos públicos", pero que no justifica por qué hace esas afirmaciones. No se indentifica cuál es el elemento subjetivo para afirmar que tiene desviaciones, no indica qué tipo de desviaciones ni cuál es el objeto científico para fundar la existencia de desviaciones?, tampoco hay análisis forenses, sociológicos o siquiátricos que sustenten tales afirmaciones. Solicita se acoja el motivo y se anule ese extremo del fallo. Sin lugar el motivo. Se demostró en este caso que el imputado aparte de detener los ofendidos sin indicio alguno, en compañía de otros oficiales actuantes los llevó en vehículo oficial a la delegación y en ese lugar, en un pasillo sin luz, siendo de noche los obligó a pasar uno a uno y a desnudarse totalmente y les alumbró con un foco en sus genitales, piernas y ano, haciendo mofa o burla de la condición de los ofendidos, para luego dejarlos en libertad sin cargo alguno. Estos hechos constituyen tratos crueles y degradantes, prescritos por el artículo 40 de la Constitución Política de Costa Rica. También están incluidos en la Convención contra la Tortura que en su artículo 1 indica "1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores

o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas." (Ley No. 7384 de 20 de octubre de 1999), contenido que es similar al del artículo 123 bis del Código Penal, aunque no fue acusado en esos términos por el Ministerio Público. El hecho demostrado es de extrema gravedad, por cuanto se hace contra la dignidad de la persona y le causan un sufrimiento físico y mental, y le colocan en una situación de humillación impropia del ser humano. Se cuestiona en el recurso que no se motivó en forma suficiente la inhabilitación del funcionario por dos años y especialmente que se indique en el fallo que una persona con esas desviaciones es inconveniente que ocupe cargos públicos, y aunque del hecho acreditado ello se desprende con claridad, corresponde atender la inquietud de la impugnante y releer un poco el contenido del fallo. Cuando el fallo habla de la desviación del encartado, se refiere a realizar una actuación de tal naturaleza contra varios ciudadanos inocentes a los que juró proteger, atenta contra la Constitución y deja en grave posición a las fuerzas policiales del Estado. La gravedad de las intervenciones corporales en contra de los perjudicados hacen de perogrullo explicar por qué resulta inconveniente para la seguridad pública de un país mantenerlo en su cargo. Costa Rica es un país democrático comprometido con el respeto de los derechos humanos, y se ha obligado nacional e internacionalmente a garantizar el disfrute los derechos de todos los ciudadanos y lo hace - en parte- a través de funcionarios que actúan en su nombre, entonces no resulta conveniente para los ciudadanos, tener funcionarios públicos que violen los derechos humanos que han jurado proteger. Por tal razón, las afirmaciones del fallo se encuentran sustentadas en el hecho mismo realizado y no requiere ningún estudio científico para imponer su inhabilitación, por la sencillez y claridad en que se muestra el caso, en razón de lo anterior se declara sin lugar el motivo alegado."

Lesiones graves: Inexistencia de un concurso aparente de normas con el delito de robo agravado

Concurso ideal: Robo agravado y lesiones graves

[Sala Tercera]¹⁹

Voto de mayoría

"II.-La parte recurrente alega que en el caso en concreto la violencia física ejercida por el encartado en perjuicio del ofendido está contenida plenamente en el tipo penal del robo agravado en su inciso segundo, por ende los juzgadores aplicaron erradamente la figura de las lesiones graves al condenar a su representado por dos delitos cuando lo correcto, en técnica jurídica, es la condena pero solo por el delito del robo agravado. De forma tácita la recurrente pone en relieve la posible existencia de un concurso de normas entre los delitos de robo agravado y las lesiones graves, a tenor del numeral 23 del Código Penal. En cuanto a la naturaleza del concurso, es criterio de esta Sala que no se esta en presencia de un concurso aparente de normas -como lo pretende tácitamente la defensa-, porque las conductas descritas en la figura del Robo Agravado (213 incisos 2º) y las Lesiones Graves (artículo 124) no se excluyen entre sí, pues no existe relación de especialidad o de subordinación entre ellas, en virtud de que ni siquiera tutelan los mismos bienes jurídicos (la propiedad y la vida, respectivamente). Si no se cumple esta condición legal (véase el artículo 23), es impertinente preguntarse si estas disposiciones legales se excluyen entre sí, ya que no puede haber relación de especialidad o subsidiaridad tácita ni expresa entre ellas. Conviene recordar que la relación de especialidad existe cuando la disposición penal que se aplica contiene

en sí todos los elementos de la disposición penal general, más uno o más elementos especializantes, en que el segundo viene a desplazar por especialidad al primero. En el mismo sentido el artículo 213 inciso 2) no contiene una cláusula de subsidiaridad expresa ni tácita que refiera al tipo de las lesiones graves. En cuanto a la consunción, analizada la norma penal se debe concluir que del sentido y fin de las normas indicadas no se puede derivar racionalmente que el legislador incluyera en el tipo del artículo 213 inciso 2º la totalidad del contenido injusto y culpable de la conducta tipificada en las lesiones graves, sea que a fin de robar el sujeto activo pueda lesionar la integridad del sujeto pasivo. La confusión a la que ha llegado la parte recurrente estriba en ligar la cercanía espacio-temporal del robo agravado cuando el encartado desapodera al ofendido de su cadena y reloj y éste, segundos después lo sigue para intentar recuperar sus bienes y el justiciable para asegurar la consumación del delito opta por cortarlo con una cuchilla en su rostro, provocándole una marca indeleble. Los bienes jurídicos tutelados en ambas normas no son las mismas (propiedad y vida) y aún cuando la acción de cortar al ofendido evidentemente fue realizada a fin de asegurarse la consumación del ilícito, las acciones configuran dos delitos independientes que así deben de ser declarados. Por las razones antes expuestas se declara sin lugar el motivo.”

Descuido con animales: Lesiones culposas en virtud de subsidiaridad de la norma

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]²⁰

Voto de mayoría

“1.- [...] ***El reclamo debe ser declarado sin lugar.*** A folios 76 a 79 frente y vuelto consta que el Ministerio Público presentó acusación contra los justiciables J.J. y J. por el delito de descuido con animales previsto en el numeral 130 bis del Código Penal. Sobre la base de esa acusación, fechada 12 de diciembre de 2007, se realizó la audiencia preliminar por el Juzgado Penal de Cartago, siendo dictado el auto de apertura a juicio por esa delincuencia (cfr. folios 103 a 107). Ciertamente es que la figura del 130 bis fue declarada parcialmente inconstitucional mediante resolución de la Sala Constitucional de las 14:39 horas del 17 de setiembre de 2008 (voto 13852-08) publicado en el Boletín Judicial N-197 del 13 de octubre de 2008. Es importante destacar que mediante Ley N- 8250 del 2 de mayo de 2002, publicado en el Alcance N- 37 a la Gaceta 89 del 10 de mayo de 2002 que entró a regir a partir del 10 de noviembre de 2002, se adicionó al Código Penal el artículo 130 bis del Código Penal. Dicha norma disponía lo siguiente: “*Se impondrá de quince días a tres meses de prisión a quien tuviere un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas. La pena será de tres a seis meses de prisión para quien azuzare o soltate un animal peligroso, con evidente descuido. Cuando se causare daño físico a otra persona, como consecuencia de esta conducta, la pena será de seis meses a un año de prisión, siempre que la conducta no constituya los delitos de lesiones ni homicidio*”. Como ya se dijo, la primera parte de este artículo (*Se impondrá de quince días a tres meses de prisión a quien tuviere un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas*) fue declarada inconstitucional, el resto del artículo sí se mantiene vigente. Esta figura, inclusive así lo aclara la misma norma, es subsidiaria respecto del delito culposo, de tal modo que no se descarta la aplicación de la violación genérica del deber de cuidado, y en consecuencia es posible aplicar otras figuras culposas (lesiones u homicidio, por ejemplo). En este sentido, ya este Tribunal de Casación Penal de Cartago en el voto 2008-0363 de las 21:30 horas del 28 de



noviembre de 2008, indicó: *“Es decir, la situación fáctica sí se ajusta a la hipótesis prevista en el inciso primero del numeral 130 bis del Código Penal que fue declarado inconstitucional, puesto que se tuvo por demostrado que la acusada tenía un perro peligroso sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas, tanto es así que el can mordió al menor de edad L. El procedimiento de revisión se presenta a favor de la encartada únicamente para efectos de la responsabilidad penal, por ello, es evidente que lo resuelto en torno a la responsabilidad civil extracontractual con la declaratoria parcial con lugar de la acción civil resarcitoria permanece incólume toda vez que se ha demostrado el nexo causal entre la conducta de la demandada civil y el resultado lesivo. Por otra parte, al contestar la audiencia del artículo 413 del Código Procesal Penal, el representante del Ministerio Público, aceptó que el inciso primero del numeral 130 bis del Código Penal era en principio la norma aplicable al caso concreto y además que la misma había sido declarado inconstitucional por la Sala respectiva, pero no estuvo de acuerdo con el dictado de la absolutoria penal por el delito de Descuido con Animales, ya que en su criterio, el ordinal 161 bis agrava los resultados lesivos en ambos supuestos, así como son de aplicación las disposiciones contenidas al final del artículo bajo estudio y que dispone la subsidiariedad de esta norma respecto a los delitos de Lesiones y Homicidio Culposo, siendo que por la entidad de las lesiones sufridas por el menor es posible la adecuación de la conducta al tipo penal de Lesiones Culposas, por lo que en criterio del Fiscal si bien se debe desaplicar la norma de Descuido con Animales, en virtud del principio de subsidiariedad, lo correcto es la recalificación de la conducta de la sentenciada al delito de Lesiones Culposas manteniendo la sentencia condenatoria readeuada y la pena impuesta, así como la condenatoria sobre los aspectos civiles. Esta Cámara coincide en que efectivamente la conducta tenida por acreditada en el fallo se encuentra descrita en el inciso primero del numeral 130 bis del Código Penal que fue declarado inconstitucional, por lo que ese ordinal no puede aplicarse, entonces la pregunta que cabe es si la conducta acreditada es atípica o si se encuadra dentro de la figura genérica de las Lesiones Culposas recogida en el in fine del mismo artículo 130 bis. No cabe ninguna duda que resulta correcta la tesis del Ministerio Público, porque el sentido de la despenalización del inciso primero del artículo 130 bis del Código Penal es eliminar la punición de una condición abstracta de mera tenencia de un animal peligroso, en este sentido la Sala Constitucional indicó: “En el caso del artículo 130 bis del Código Penal se contraviene el principio de lesividad en la medida en que se trata de un delito de peligro abstracto, asumiéndose teóricamente la posibilidad de afectación abstracta de un bien jurídico, es decir, de una presunción de peligro que no requiere una comprobación concreta, ni que el sujeto pasivo desarrolle una conducta u omisión específicas. Se pena la mera tenencia de un animal peligroso, haciendo el legislador un pronóstico sobre un resultado lesivo para el bien. En este caso, podría llegar a declararse el incumplimiento de un deber de cuidado –por vías distintas de la sanción penal–, pero no existe una acción dirigida a lesionar el bien jurídico.” (Ver resolución de la Sala Constitucional N° 13852-08 de las 14:39 horas del 17 de septiembre de 2008), en cambio, en la medida que por una infracción al deber de cuidado se produce un resultado lesivo penalmente relevante (en este caso una incapacidad de más de cinco días para el menor afectado), como consecuencia de las mordidas del perro que fue descuidado por su dueña, la conducta queda comprendida dentro del supuesto fáctico de las Lesiones Culposas, situación expresamente prevista en el in fine del numeral 130 bis del Código sustantivo, toda vez que tal descripción fáctica debidamente acusada en su oportunidad es una forma de negligencia mediante la cual se produjo un resultado dañoso en la humanidad de la víctima a través de un modo de comisión culposo, de tal manera que no se afecta ni el principio de legalidad penal porque el propio numeral 130 bis del Código Penal remite al delito de Lesiones Culposas en caso de producirse un resultado típico, ni el principio de correlación entre acusación y sentencia puesto que la conducta aparece descrita en la pieza fiscal y tampoco se afecta el principio de no reforma en perjuicio, toda vez que ya el tope punitivo está demarcado por la sentencia de instancia, siendo lo procedente el reenvío ante el Tribunal de origen únicamente para que se fije el quantum de la sanción, de tal que persista el*

derecho de recurrir ese extremo del fallo. En consecuencia y con base en el expuesto, se declara con lugar el principio de revisión en los siguientes términos, se mantiene la sentencia condenatoria dictada contra M., pero recalificando los hechos al delito de Lesiones Culposas en perjuicio de L., se ordena el reenvío de la causa al tribunal de origen para que con nueva integración se fije el monto de la pena correspondiente al delito de Lesiones Culposas conforme a la recalificación, con la observación que en todo caso deberá otorgarse el beneficio de condena de ejecución condicional otorgado en razón del principio *non reformatio in peius*”. En consecuencia, no es desafortunada la tesis de la Jueza que resolvió este asunto considerar la existencia de una figura culposa, tal y como lo dispuso. Ahora bien, en cuanto al procedimiento seguido para no aceptar la gestión de la defensa, y resolver que la causa debía tramitarse como lesiones culposas, tampoco ha existido vicio alguno que haya afectado el principio de imparcialidad como se aduce. Véase que de la misma acta del debate se desprende que la Jueza, ante la gestión de la defensa, señala que los hechos podrían configurar el delito de lesiones culposas (cfr. 181 y 182) sin que necesariamente ello signifique un adelanto de criterio como se aduce. Lo que se hizo fue resolver un aspecto planteado por la defensa, y considerar una posible calificación legal con fundamento en la misma conducta acusada, sin que por eso deba considerarse que se ha violado el principio de imparcialidad como se aduce.”

Consulta sobre la constitucionalidad del artículo 130 bis del Código Penal, que prevé el delito de “Descuido de Animales”

[Sala Constitucional]²¹

Voto de mayoría

“V .- Sobre la infracción al principio de tipicidad. Señala la Jueza consultante que la norma cuestionada es contraria al principio de tipicidad, específicamente en cuanto al tipo subjetivo, porque los tipos penales se presumen dolosos y el tipo culposo debe indicarse como tal de modo expreso. En ese sentido, al señalar la norma *“quien azuzare o soltare un animal peligroso, con evidente descuido”* hace dudar acerca de si la voluntad del legislador fue tipificar un delito doloso o uno culposo. Afirma que existe una duda sobre si la redacción empleada implica que el juez deberá en cada caso, procurar dilucidar si hubo dolo, como lo exige el principio de legalidad, o bien, descuido, con el inconveniente de que la pena vendría a ser la misma y que se estaría dejando en manos del juez una actividad que por mandato constitucional corresponde al legislador. Sobre este alegato, debe decirse como punto de partida que el principio de tipicidad, que a su vez forma parte del principio de legalidad criminal, constituye un elemento integrante del debido proceso. El principio de legalidad criminal y su derivado, el de tipicidad, tiene entre sus fundamentos la garantía y respeto al derecho de todos los destinatarios de la ley a conocer previamente cuáles son las zonas de prohibición que limitan sus actos. Conforme se indicó, de nada serviría cumplir formalmente con el principio de legalidad, si los preceptos penales se limitaran a afirmar que comete delito el que lleve a cabo *“cualquier conducta que atente contra la moral o las buenas costumbres”*, por ejemplo. En consecuencia, el principio de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma en virtud de la cual sea posible conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano. Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica, es necesario además que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, lo cual obedece a

exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, es necesario éstos puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que deben abstenerse de cometer, bajo la pena de incurrir en responsabilidad criminal. La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad y precisión posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, por el gran poder de absorción de la descripción legal. La claridad, por su parte, atiende a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal (pueden consultarse al respecto las sentencias 1876-90 y 1877-90). En el caso que se analiza, el principio de tipicidad no resulta vulnerado, pues la norma establece los elementos indispensables que permiten determinar en qué consiste la conducta típica, quién es el sujeto activo y cuál es la sanción a imponer. El ciudadano puede saber, a partir del conocimiento de la norma, que le está prohibido azuzar o soltar un animal peligroso y que si lo hace, podrá ser sancionado de tres a seis meses de prisión o de seis meses a un año, si como consecuencia de la conducta se produce un daño físico en otra persona. El establecer si se trata de una conducta culposa o dolosa es un problema de interpretación de la norma que corresponde resolver al aplicador de ésta, dado que no incide en la constitucionalidad de la misma. Para efectos de la constitucionalidad, lo importante es que se trate de una conducta que pueda ser atribuida a una persona a título de dolo, culpa o preterintención (artículo 30 del Código Penal). Además, es esencial que exista una definición clara, precisa y suficiente de los elementos básicos configuradores del tipo penal, para que se cumpla con la función de garantizar la libertad y seguridad individuales, al poder determinar en forma anticipada, clara e inequívoca, qué comportamientos están prohibidos. En consecuencia, considera esta Sala que el principio de tipicidad no resulta vulnerado.”

Descuido con animales: Análisis del tipo y de las circunstancias agravantes

[Tribunal de Casación Penal]²²

Voto de mayoría

“**V-** En su único motivo por el fondo, el recurrente alega errónea aplicación de los artículos 128 y 130 bis del Código Penal. Estiman que el tipo penal que establece el numeral 130 bis del Código Penal en su párrafo segundo, es doloso. Que la acción de azusar el perro, o soltarlo debe ser intencional, el que se use la expresión con evidente descuido, no convierte la acción en culposa. **El motivo se rechaza.** Ya esta cámara en un voto reciente que se cita precisamente en el fallo, tuvo la oportunidad de analizar los alcances del tipo penal contenido en el artículo 130 bis del Código represivo. En dicha resolución que ésta integración comparte se dijo: “ *El tipo penal que se cuestiona como erróneamente aplicado en la especie por el impugnante, lo es el artículo 130 bis del Código Penal, que literalmente dispone: “Se impondrá pena de quince días a tres meses de prisión a quien tuviere un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas. La pena será de tres a seis meses de prisión para quien azuzare o soltate un animal peligroso, con evidente descuido. Cuando se causare daño físico a otra persona, como consecuencia de esta conducta, la pena será de seis meses a un año de prisión, siempre que la*



conducta no constituya los delitos de lesiones ni homicidio. (Así adicionado por el artículo 3 de la ley N° 8250 de 02 de mayo de 2002, publicada en el Alcance No. 37 a La Gaceta No. 89 de 10 de mayo de 2002, modificación que entró a regir a partir del 10 de noviembre de 2002). La interpretación de esta norma ofrece particulares problemas. Como puede verse de la estructura de la disposición legislativa, debe de apuntarse que se trata, en realidad, de dos tipos penales. En efecto, la primera figura consiste en un delito de peligro abstracto, que se circunscribe a tener un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas; mientras que el segundo tipo penal estaría constituido por azuzar o soltar un animal peligroso con evidente descuido, conducta que se sanciona con tres a seis meses de prisión. Hasta aquí lo que realmente resulta claro de la disposición legal. Pues, de seguido se presenta lo que parece ser una causa de agravación del delito, que, difícil resulta dilucidar si se refiere a ambas posibilidades o sólo alguna de ellas, nos referimos al supuesto de cuando se causare daño físico a otra persona. El dilema se presenta pues se expresa "como consecuencia de esta conducta", con lo que resulta necesario preguntarse si a la conducta que se refiere es: i) tener el animal peligroso sin las condiciones idóneas, ii) azuzar o soltar un animal peligroso, con evidente descuido o iii) cualquiera de esas dos posibilidades. Este es el primer problema de interpretación de la norma que la misma ofrece y al cual debemos atender en esta sede para efectos de desentrañar el sentido real de la norma a aplicar. Al respecto, consideramos que, tratándose de materia odiosa, en donde debemos interpretar restrictivamente (artículo 2 del Código Procesal Penal), dado que estamos considerando un supuesto de una agravación, debiera referirse solo a la conducta inmediata anterior, es decir, que la agravante sólo estaría referida a la conducta de azuzar o soltar un animal peligroso, con evidente descuido. Ahora bien, el otro aspecto que genera dificultades en cuanto a la interpretación de la norma, resulta ser, precisamente, los alcances de este supuesto de agravación o, más precisamente, de la exclusión expresa de los delitos de lesiones y homicidio. La inteligencia de la norma es que siempre que al azuzar o soltar a un animal peligroso, con evidente descuido, y que se causare un daño físico la pena a imponer será de seis meses a un año de prisión, salvo que la conducta constituya lesiones u homicidio. Esa referencia a las lesiones u homicidio, dentro del contexto de la conducta básica de azuzar o soltar a un animal peligroso, con evidente descuido, nos enmarca que sólo podría estar referida a conductas culposas, no dolosas. En efecto, el tipo penal que contempla el artículo 130 bis en su segunda formulación típica, es una especie de delito de peligro causado en una acción falta al debido deber de cuidado, que se agrava, cuando se constata un daño particular, es decir, cuando se torna en un delito culposo de resultado; ese resultado debe ser un daño físico que no está comprendido en los supuestos de lesiones o de homicidio, así, se refiere en exclusiva a los supuestos que, de ser dolosos, configurarían la contravención de lesiones levisimas (artículo 380 del Código Penal). Es decir, cuando se produzca un resultado lesivo típico de cualquier supuesto de delito de lesiones culposas o de homicidio culposo, lo que se produciría sería un problema de concurso aparente de normas entre el delito de peligro abstracto, que consiste en azuzar o soltar un animal peligroso con evidente descuido, y el delito de resultado correspondiente, como son las lesiones culposas o el homicidio culposo, que la ley resuelve en forma expresa, privilegiando el delito de resultado, según lo establece el artículo 130 bis del Código Penal, in fine. Considerando lo anteriormente dicho, tenemos que la primera objeción del impugnante se cifra sobre la condición de animal peligroso del perro a que este asunto se refiere, cuestionando la base jurídica y probatoria para sustentar esa conclusión de la sentencia. Sin embargo, no lleva razón en su reparo, pues, es claro que, la jueza a quo analizó adecuadamente el material probatorio que tuvo a su disposición para sustentar esa conclusión, que, incluso, tiene como base esencial, referencias del mismo justiciable, dadas al momento del hecho, como la deposición de la esposa de éste. En efecto, al considerar las referencias de la ofendida Mérida Guzmán Campos, se reseña como ésta le preguntó al encartado, específicamente, sobre la peligrosidad del animal y que este refirió que el mismo era "más o menos bravo" (confrontar análisis de folio 195). Esta expresión que refiere la ofendida como una



manifestación espontánea del imputado, previa al evento, nos permite afirmar cómo el mismo imputado no descartaba la condición de animal peligroso en el canino de que se trata y que, precisamente, dentro del núcleo de protección a los bienes jurídicos que pretende la norma que nos ocupa, le compelia a tomar los reparos o cautelas adecuadas para evitar una consecuencia como la que se produjo. Ciertamente, la testigo Teresa Vásquez Pérez, esposa del imputado, refiere en su declaración que este canino no era bravo, sin embargo, de seguido reconoce que se le tiraba encima a la gente (confrontar folio 192), incluso, más adelante en su declaración específica que se le amarraba por precaución. Como se analizó anteriormente, lo que exige el tipo penal que nos ocupa, no es bravura en el animal, sino que el mismo sea potencialmente peligroso, lo que evidentemente comprende un animal juguetón, que proceda a lanzarse encima de las personas, por ello, tal y como lo reconoce la testigo Vásquez Pérez, como medida de precaución, es decir, cumpliendo con el debido deber de cuidado, se mantenía amarrado este animal con un mecate. Por ello, estima esta Cámara que cuando la jueza a quo define la relevancia típica de la conducta del justiciable como "... no hacer lo propio para evitar que ese animal cause daños como en efecto ocurrió al avalanzarse (sic) el mismo sobre la ofendida Guzmán Campos y aún cuando no la mordió ni empujó (sic), si causó el efecto intimidante necesario para que la ofendida trpezara (sic) y cayera lesionándose en una rodilla y en una mano, lo que generó una incapacidad de la ofendida por tres meses para sus labores habituales." (ver folio 197); no excedió la jueza los alcances del tipo penal garantía, que como veremos más adelante, estaría enmarcado por otra figura penal, distinta a la aplicada por la juzgadora, pero que, en efecto viene determinada por un actuar falto al deber de cuidado tal y como fue analizado en la sentencia. El otro aspecto cuestionado, en que sí le asiste razón al recurrente pero por razones distintas de las enunciadas, es en relación con lo que a su criterio es la aplicación de una agravante, cuando en realidad se trata de la aplicación de la segunda figura punitiva prevista por el artículo 130 bis del Código Penal y su razón de agravación, establecida al final del artículo citado. De la integralidad del fallo se desprende que en efecto se estableció, lejos de toda duda razonable, que el animal que aquí nos ocupa no sólo era, como ya se analizó, un animal peligroso, sino que el mismo estaba a cargo del imputado y éste lo tenía "suelto", en un lugar por donde transitaban personas (confrontar particularmente folio 200). En vista de lo anterior y, de conformidad con el desarrollo expuesto sobre la inteligencia de la normativa, es claro que el tipo penal aplicable, en concordancia con las reglas de la subsidiariedad expresa, lo era el delito de lesiones culposas, no así el artículo 130 bis del Código Penal. A este respecto cabe hacer una reflexión adicional y es relacionada con la incoherencia, desde el punto de vista de política criminal, que dicha opción legislativa implica; pues, atendiendo a la punibilidad del delito de lesiones culposas, resulta evidente que, constatada una lesión en la humanidad de la ofendida, mucho más intensa que la que ameritaría la aplicación agravada del segundo supuesto delictivo previsto por el artículo 130 bis del Código Penal (que establece una pena de seis meses a un año de prisión cuando se azuzare o soltarse un animal peligroso, con evidente descuido y se cause una lesión culposa de las que configurarían la contravención del artículo 380 del Código Penal), la pena a imponer sería menor, dado que el delito de lesiones culposas tiene previsto una sanción que, en cuanto a la prisión, no tiene el límite inferior de pena que sí posee aquella otra y su extremo mayor también es de un año de prisión, además que también tiene la posibilidad, como sanción alternativa, de la aplicación de días multa. Así las cosas, se observa una incoherencia legal insalvable, que, en este caso específico repercute esencialmente sobre la punibilidad de la conducta efectivamente constatada, dado que, como se desprende del fallo en cuestión, la jueza a quo se atuvo al marco punitivo determinado por la figura agravada de soltar un animal peligroso, sin percatarse que la sanción correspondiente estaba determinada por el delito de lesiones culposas, que es el que en realidad fijaba el reproche para este caso en específico y que contemplaba opciones legislativas mucho más favorables para el justiciable, en virtud de ello, en cuanto a este aspecto que se relaciona específicamente con la calificación legal y el marco punitivo en el cual procedía fijar el reproche, lo procedente es acoger el

reclamo y decretar parcialmente la nulidad del fallo recurrido, únicamente en cuanto a la calificación legal, donde lo que procede es recalificar al delito de lesiones culposas ordenando el reenvío para que se defina la pena a imponer. (Voto 216-2007 TCP). En el presente caso, de acuerdo con lo que se tiene por demostrado en la sentencia, precisamente por el principio de subsidiariedad expresa que menciona la resolución de esta Cámara que se ha citado, es el delito de lesiones culposas el que se debe aplicar y no el numeral 130 bis del Código Penal que pretenden los recurrentes. Precisamente por haber faltado la imputada a su deber de cuidado al momento de abrir el portón de la cochera, en donde sabía que tenía un perro peligroso para los transeúntes, se produce la salida del animal a la calle provocando que éste muerda a la víctima y le cause lesiones que superaron los cinco días de incapacidad, hecho que era perfectamente previsible para la encartada. Resulta evidente que no se acusó en ningún momento la conducta prevista en el numeral 130 bis párrafo segundo del Código Penal, que consiste en la acción de azuzar o soltar un animal peligroso con evidente descuido, el cual dicho sea de paso y contrario a lo sostenido en el recurso, es un delito culposo. La acción acusada y demostrada consistió en una falta al deber de cuidado que produjo un resultado dañoso previsible y evitable. Por lo expuesto, se debe rechazar el motivo por el fondo.”

Elemento del tipo de "peligrosidad del animal" puede demostrarse con prueba testimonial sin ser necesaria prueba pericial

[Tribunal de Casación Penal]²³

Voto de mayoría

“ [...] En la sentencia se descartó expresamente esa hipótesis defensiva del imputado, según la cual la perra no era de raza ni tampoco peligrosa. Para hacerlo no era indispensable haber dispuesto de un dictamen pericial acerca de la raza de la perra ni de su peligrosidad, porque la raza no es un factor de relevancia para establecer esa cualidad y porque la peligrosidad de la perra del encartado se pudo establecer a partir de medios de prueba directos e idóneos para ello, como fueron las declaraciones de María Magdalena Dober Cortés, Julio Gutiérrez Granados y del propio menor ofendido, pues ellos dieron testimonio de que la perra era agresiva o brava y que ladraba mucho, que anteriormente había atacado o perseguido a otras personas (cfr. sentencia, folios 59 a 62), por lo que las conclusiones del tribunal de juicio acerca de la existencia del hecho se derivan coherentemente de la prueba y no dan lugar a duda razonable alguna que hubiera de ser despejada en favor del encartado, por lo que no se ha violentado el principio in dubio pro reo, ni tampoco se han inobservado las normas legales invocadas por la defensa, de manera que no se justifica acoger las pretensiones de su recurso, el cual se debe declarar sin lugar, tal como lo solicita la representación del Ministerio Público, en su memorial de folios 72 a 73.”

d)SECCION V: Homicidio o lesiones en riña.

Lesiones en riña: Elementos del tipo

[Sala Tercera]²⁴

Voto de mayoría

“II.- [...] Analizando los hechos del caso concreto a la luz del tipo penal (139 del Código Penal), esta Sala en recientes antecedentes jurisprudenciales ha indicado que *“Este numeral, supone, en su tipo objetivo, que las lesiones que sufrió el ofendido se den en una riña, entendiéndose la acción de reñir, como “Disputar de obra o de palabra. 2. pelear, batallar...” (Diccionario Enciclopédico Pequeño Larousse en color, Ediciones Larousse Argentina, Primera reimpresión de la segunda edición, 1997), o en una agresión, entendiéndose agredir como “acometer a uno para hacerle daño” (Diccionario Enciclopédico Pequeño Larousse en color, Ediciones Larousse Argentina, Primera reimpresión de la segunda edición, 1997).”* (Resolución 418-2010, de las 15:37 horas del 12 de mayo del 2010.) Complementando lo anterior, Goldstein define riña de la siguiente manera: *“Pendencia, gresca o quimera; el acometimiento de dos o más personas, confusa y mutuamente, de modo que no quepa distinguir los actos de cada una, según la cabal definición de Y., quien advierte que no debe confundirse con la agresión, distinción que hace hasta la misma ley cuando sanciona si en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas resultare muerte o lesiones, sin que consten quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona ofendida.”* (Goldstein, Raúl. Diccionario de derecho penal y criminología. 1983. Segunda Edición. Editorial Astrea, pág. 585). La doctrina internacional ha destacado los conceptos de riña y agresión indicando en lo conducente: *“La riña es el acometimiento recíproco (ataque y defensa como actividades de todos los intervinientes) [...] Algunos tratadistas, siguiendo doctrinas surgidas en otros derechos, requieren que se trate de un acometimiento confuso y tumultuario [...] La agresión es el acometimiento de varios contra otro y otros que se limitan a defenderse pasivamente (parando golpes, huyendo, protegiéndose de los disparos), porque cuando la defensa es activa (devolver los golpes, disparar armas contra los atacantes), ya se estará en presencia de una riña. Hay que tener en cuenta que tradicionalmente se distinguía la riña de la agresión, considerándose ésta como la simple agresión colectiva contra la víctima que se regía por las reglas comunes de la participación, lo cual no ocurre con la agresión [...] (Creus, Carlos, 1997. Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Astrea. Sexta Edición. Págs. 88, 89). [...] A lo indicado se suma que la doctrina nacional sobre las lesiones en riña ha señalado lo siguiente: “[...] la riña que interesa aquí es la tumultuaria, o sea, el acometimiento entre varias personas, confusa y mutuamente, de modo que no cabe distinguir los actos de cada una [...]”, en tanto la agresión implica “[...] que una de las partes contendientes se limita a defenderse, no llevando actos de ataque [...]” (Llobet Javier, 1999, Delitos contra la vida y la integridad corporal. Tomo I. Editorial Arete, pág. 280). El ataque que sufrió el ofendido, no puede calificarse como una riña o una simple agresión, donde los participantes de la reyerta y autores de las lesiones no se pueden individualizar, porque J. (folios 137) identificó a cada uno de los agresores y el motivo de su actuar conjunto, lo que se complementa con el análisis que realizó el a quo al analizar la conducta del encartado W., así se indicó sobre el particular lo siguiente: *“se tiene claro entonces que con su conducta evidencia una sola finalidad, tal cual es, agredir la integridad física del ofendido J.. Ya que de la declaración que fue aportada por parte de J., (a la cual se le merece plena credibilidad por notarse un relato espontáneo, con detalles precisos de la forma en que se desarrollan los hechos y hasta objetivo porque en ningún momento ha negado que en una oportunidad antes de los hechos que nos ocupan en el juicio agredió con una espátula a Y., con lo que demuestra que no se está haciendo la víctima de los hechos que nos ocupan.”* (Folio 141, 142). Esta Cámara, observa que no es posible determinar con exactitud cuál lesión fue producida por cada uno de los imputados, lo que*

no les exime de responsabilidad penal, por haberse dado la acción en forma conjunta, como contradictoriamente también lo acreditó el Tribunal. No puede afirmarse que las lesiones de J. se dieron en riña, puesto que la arremetida en su contra no se dio en forma espontánea o mecánica, sino que respondió a un plan de los autores, quienes interceptaron al ofendido, lo detuvieron y atacaron tras darle a entender que ello respondía a las supuestas diferencias con Y.”

Lesiones en riña: Análisis del tipo y falta de configuración

[Sala Tercera]²⁵

Voto de mayoría

“II. [...] En primer término, considera esta Sala que el contenido del tipo penal del delito de lesiones en riña debe ser aclarado, a fin de dilucidar cualquier duda que se presente al respecto. El artículo 139 del Código Penal, establece lo siguiente: *“Cuando en una riña o agresión en que pelearan varios contra varios, o varios contra uno, resultaren lesiones o muerte, sin que conste su autor, a los que ejercieron violencia física sobre el ofendido o intervinieron usando armas, se les impondrá prisión de la siguiente manera: 1) De tres a seis años, en caso de muerte; 2) De año y medio a cuatro años, si resultaren lesiones gravísimas; 3) De seis meses a tres años, si resultaren lesiones graves; y 4) De uno a seis meses, si resultaren lesiones leves”*. Este numeral, supone, en su tipo objetivo, que las lesiones que sufrió el ofendido se den en una *riña*, entendiéndose la acción de *reñir*, como *“Disputar de obra o de palabra. 2. pelear, batallar...”* (Véase Diccionario Enciclopédico Pequeño Larousse en color, Ediciones Larousse Argentina, Primera reimpression de la segunda edición, 1997), o en una *agresión*, entendiéndose *agredir* como *“acometer a uno para hacerle daño”* (Diccionario Enciclopédico Pequeño Larousse en color, Ediciones Larousse Argentina, Primera reimpression de la segunda edición, 1997). Al respecto, la doctrina ha señalado que *“... la riña que interesa aquí es la tumultuaria, o sea, el acometimiento entre varias personas, confusa y mutuamente, de modo que no cabe distinguir los actos de cada una...”*, en tanto la agresión implica *“... que una de las partes contendientes se limita a defenderse, no llevando actos de ataque ...”* (Llobet Javier, 1999, Delitos contra la vida y la integridad corporal. Ed. Arete, pg. 280). Aunado a lo anterior, tenemos que, no debe ser factible individualizar a las personas que causaron propiamente las lesiones, por lo que en el tipo penal se da *“... una presunción iuris tantum de autoría de todos los que hayan ejercido violencia física sobre el ofendido, por ejemplo, lanzando puñetazos, puntapiés, lanzado piedras, etc...”* (Llobet, op. cit. Pg. 280). Definidos así los aspectos objetivos del tipo penal, el tipo subjetivo, que es doloso, requiere que la riña o agresión sea *espontánea*, pues lo contrario, si existe alguna intención previa de lesionar al ofendido, ello trae consigo una aplicación de las reglas de la participación (véase Llobet. Op.cti., pgs. 281-282), pues ya no se habría causado la lesión al agraviado en forma irreflexiva, sino bajo un ánimo de lesionar directo y dirigido a una persona determinada. Con base en lo anterior, procede analizar el alegato del recurrente referido a la falta de correlación entre acusación y sentencia. Tras una lectura detallada de ambas piezas, es evidente que en los hechos probados de la sentencia, se relata que *“4. ... luego de haber caminado entre cien y ciento cincuenta metros, el ofendido y sus hijos fueron interceptados por los aquí imputados J.F.B. y F.G.A y por otro sujeto de nombre J.M.M., quienes viajaban en un vehículo conducido por J. F.B. 5. Acto seguido, los tres sujetos bajaron del automotor y F.B. detuvo al ofendido diciéndole “A mí me dijeron que le iba a pegar a mi mujer, playo” y lo comenzó a empujar, ante lo cual don E.C.R. le manifestó que le diera oportunidad de ir a dejar a sus hijos al*

centro educativo y luego hablarían, procediendo el ofendido a seguir su camino... 6.- Cuando el ofendido había dado solo unos pasos, el acusado J.F.B. le empujó en el hombro y cuando don E.C.R. se volvió J.F.B. lo golpeó en la nariz... 7.- A raíz de ese golpe el ofendido cayó en la cuneta y se golpeó la cabeza por lo que quedó aturdido, siendo en ese momento que el coimputado F.G.A. , junto con J.F.B. y J.M.M. la emprendieron a patadas contra él, aprovechando precisamente que estaba en el suelo..." (f. 313), lo que concuerda con el relato del requerimiento fiscal (véase folios 48 y 49), por lo que la condenatoria por el delito de lesiones graves, cuyas implicaciones fácticas fueron debidamente narradas en la acusación y en la sentencia, resulta procedente, no solo por la concordancia entre ambas piezas jurídicas, sino porque, en atención a las citas normativas y bibliográficas ya vistas, resulta evidente que las acciones que desplegaron J.F.B. y F.G.A. constituyen el delito de lesiones graves, lo que da respuesta al segundo motivo de la impugnación. Efectivamente, según se determinó en el fallo, se cumplen todos los requisitos del tipo penal del delito de lesiones graves, siendo inaplicable el delito de lesiones en riña. El ataque que sufrió el ofendido, no puede calificarse como una riña o una agresión, donde los participantes de la reyerta y autores de las lesiones no se pueden individualizar, por cuanto el ofendido (f. 288), así como los testigos S.R. (f. 294), E.C.M. (f. 297) y el propio imputado, identifican a J.F.B. y F.G.A. como dos de las tres personas que atacaron a E.C.R. , por lo que, si bien no es factible determinar con exactitud cuál lesión fue producida por cada uno de los imputados, ello no les exime de responsabilidad penal, por haberse dado la acción en forma conjunta, como lo indica el fallo a folios 314 y 315. Ahora bien, no puede decirse tampoco que las lesiones se dieron en riña, puesto que la arremetida en su contra no se dio en forma espontánea o mecánica, sino que respondió a un plan de los autores, quienes interceptaron al ofendido cuando lleva a sus hijos a la escuela, lo detuvieron y atacaron tras darle a entender que ello respondía a las supuestas diferencias vecinales que E.C.R. tenía con la familia de F.B. . El ánimo de lesionar al agraviado es evidente, derivado de las actuaciones de los acusados antes y durante la golpiza que le propinaron, pues fue abordado por los mismos en forma conjunta, en un vehículo y todos participaron en el ataque físico de que fue objeto. No son atendibles, por ello, los reclamos de los señores defensores, toda vez que, incluso las versiones de los menores E.J. y H.C. , confirman lo anterior (véase folios 297 y 300) y estas declaraciones resultaron creíbles y contestes para el Tribunal, como se expone a folios 317 y 318, sin que aprecie esta Sala contradicciones con el dicho de su padre que resulten trascendentales para el caso. Por ello, se rechazan los motivos."

Lesiones graves: Análisis doctrinario sobre las características distintivas con respecto al delito de lesiones en riña

[Sala Tercera]²⁶

Voto de mayoría

"I. Único motivo de casación por el fondo: Errónea aplicación del artículo 124 del Código Penal: El licenciado Warren Alkiézar Alfaro, representante del Ministerio Público, señala que, pese a que la relación fáctica vertida en la acusación configura el delito de lesiones graves, el Tribunal de Juicio sin fundamento alguno recalifica los hechos como lesiones en riña y con base en dicho error en la aplicación de la ley sustantiva, declaró el sobreseimiento definitivo por prescripción. Pone en relieve que no se desprende de la acusación que existiera pleito entre las partes, sino que los coimputados agreden de forma injustificada al ofendido. **No lleva razón quien impugna:** El



planteamiento del recurrente supone determinar los caracteres diferenciadores de las figuras de lesiones (en este caso, graves) y lesiones en riña. El delito tipificado en el artículo 139 del Código Penal, tiene como característica distintiva que el daño a la integridad personal, se produce en una riña o agresión, en la que participan al menos tres personas (“varios contra varios, o varios contra uno”), y en la que no hay convergencia intencional o acuerdo previo: *“La lucha se produce espontáneamente y los contendientes son recíprocamente, casi sin quererlo, arrastrados a ella, por la exaltación de su ánimo...”* (Breglia, Omar y Gauna, Omar: Código Penal y Leyes Complementarias, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 317). En igual sentido se pronuncia Fontán Balestra, quien expresa que: *“Tanto la riña como la agresión han de ser espontáneas, requisito que excluye la concurrencia de voluntades que pueda configurar alguna forma de participación.”* (Derecho Penal, Parte Especial, 15ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998). Ahora bien, contrario a lo que hace ver quien impugna, el delito puede darse tanto en el marco de una riña (acometimiento recíproco), como de una agresión, definida como acometimiento de varios contra otro u otros que se limitan a defenderse pasivamente. A diferencia de la legislación argentina, la nuestra no exige que, tratándose de riña, intervengan por lo menos cuatro personas (cfr. Creus, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, tomo I, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 98. Ello es así por la diferente redacción de la norma argentina, en la cual se exige la concurrencia de más de dos agresores). La fórmula del artículo 139 ejúsdem: *“Cuando en una riña o agresión en que pelearon varios contra varios o varios contra uno, resultaren lesiones o muerte...”*, no califica a cuánto debe ascender la pluralidad de agresores, pues la voz “varios” no puede interpretarse sino como “dos o más”. Ricardo Núñez explica que en su configuración se sigue la teoría de la “incertidumbre sobre el autor”, proponiéndose que si no es posible determinar quién produjo el daño, todos los intervinientes en la riña debían ser sometidos a una pena extraordinaria más benigna (Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Lerner, Buenos Aires, 1976, pp. 77-78). Doctrinariamente se ha criticado la presunción de autoría que implica responsabilizar a los participantes en una gresca por los daños producidos a la salud o la vida de un sujeto. Es en razón de ello que debe verificarse: *“a) la existencia de una riña o agresión entre tres personas por lo menos; b) que los resultados procedan de las violencias ejercidas en esas circunstancias; c) que no se pueda determinar con certeza quiénes fueron, de los intervinientes en la riña o agresión, los que causaron tales resultados; d) que se trate de intervinientes en la riña o agresión que hayan ejercido violencia sobre el sujeto pasivo.”* (Creus, Op. Cit., pp. 97-98). Importante es puntualizar que debido a la peculiar imputación de responsabilidad por el resultado producido (vía presunción), y debido a que se excluye la actuación preordenada, este delito no admite la instigación, la complicidad, ni las intervenciones de tipo “moral” (quienes rodean a los contendientes alentando a alguna de las partes, por ejemplo), las cuales resultan atípicas. (Al respecto se pronuncian Breglia y Gauna, Op. Cit., p 317, y Creus, Op. Cit., pp. 100-102). La certeza respecto a la identidad de quienes causaron las lesiones, implicaría el desplazamiento de la figura en estudio por el tipo básico de lesiones, según sea la entidad de las mismas. No obstante, debe insistirse en que dicha certeza no es asimilable a identificación de quiénes concurrieron a ejercer violencia sobre el cuerpo del afectado, sino que atiende a la existencia de características específicas en el daño inferido que permitan individualizar a su causante, en cuyo caso éste respondería por lesiones, y no lesiones en riña. Otro supuesto distintivo es la espontaneidad de la agresión, pues, como ya se indicó, la preordenación para matar o lesionar implica que la responsabilidad deberá determinarse con base en las reglas ordinarias de autoría y participación, respecto a la figura delictiva que corresponda. Ahora bien, el cuadro fáctico establecido en la acusación es el siguiente: *“1.- Al ser las veinte horas del día cuatro de mayo del año dos mil uno, el ofendido JOSÉ ROLANDO CALVO se presentó junto a su esposa SONIA ISABEL ORTEGA GUILLÉN, frente al teléfono público que se ubica en San Blas de Cartago propiamente veinticinco metros al este de la subestación de La (sic) JASEC, cuya cabina era ocupada en ese momento por el imputado MARCELO ELIZONDO. 2.- La pretensión (sic) del ofendido consistía en hacer una llamada a la terminal de taxis, para que un*



vehículo del servicio público los trasladara hasta su casa, no obstante transcurrieron varios minutos y se le impedía realizar la llamada, toda vez que MARCELO se extendía en su conversación, ante lo cual el ofendido llamó la atención a éste, advirtiéndole que dicho teléfono era de uso público y lo necesitaba, hecho que molestó a Marcelo y se enfrascó en una discusión (sic) con el ofendido, y en esos mismos instantes se aproxima a la cabina telefónica el coimputado Roberto Alonso Acuña, quien empuja al ofendido hacia la cabina, y acto seguido entre los dos imputados la emprenden de golpes contra el mismo, causándole de esta forma lesiones que ameritaron el traslado del ofendido al Hospital Max Peralta; 3.- Producto de los golpes suministrados por los imputados al ofendido, éste último sufrió lesiones que le incapacitaron por seis semanas para sus ocupaciones habituales.” (cfr. Folios 28-29). No obstante la calificación legal otorgada por el Ministerio Público fue la de lesiones graves, en etapa de juicio el Tribunal declara con lugar la excepción de prescripción planteada por la defensa, considerando que los hechos acusados constituyen realmente el ilícito de lesiones en riña. De conformidad con los caracteres distintivos de ambas figuras desarrollados supra, observa esta Cámara que la calificación jurídica otorgada por el a quo, es acertada. Tal como se indicó, la figura contemplada en el artículo 136 del Código sustantivo comprende supuestos tanto de riña (agresión recíproca) como de agresión (sólo una de las partes realiza el ataque), por lo cual resulta errado el planteamiento del recurrente el en sentido de que: “la recalificación e interpretación del derecho sustantivo es errónea, esto es en virtud de que no existe y no se desprende de la acusación del Ministerio Público que exista pleito entre las partes y por el contrario, sin justificación alguna el ofendido es agredido por los acusados...” En contraposición a lo que estima quien impugna el tipo penal de lesiones en riña se configura aún en el caso de que sólo una de las partes realice el ataque, como es la situación particular. Ello, por supuesto, siempre y cuando se trate de dos o más atacantes, y que no exista contubernio entre los mismos porque en tal situación, como ya se indicó, lo correspondiente es la aplicación de las reglas comunes de autoría y participación respecto a los delitos de homicidio o lesiones, según sea el caso. Sin embargo, la relación fáctica de la acusación no contiene este último elemento, sino que por el contrario de su lectura se infiere la espontaneidad requerida en el ataque. Por ello la recalificación realizada por el Tribunal de instancia es la correcta. Así las cosas, se declara sin lugar el motivo por el fondo interpuesto.”

e)SECCION VI: Agresión con armas

Agresión con armas: Uso de una arma de fuego para intimidar como delito de amenazas agravadas

[Tribunal de Casación Penal]²⁷

Voto de mayoría

“II.- Por las razones y en la forma que se dirán, la queja es atendible. Del contenido del fallo de mérito se constata que, a partir de la relación de hechos que se tuvo por demostrada luego de la celebración del debate, lleva razón el representante del Ministerio Público. De previo a exponer las razones de ello, es necesario transcribir la base fáctica que se tuvo por acreditada: “... **HECHOS DEMOSTRADOS:** De importancia para el dictado de la presente resolución, se tienen los siguientes: a.- El día 08 de julio del año dos mil seis, al ser aproximadamente las 01:00 horas, en el



Residencial Casa del Este ubicado en Aserri, los vecinos iniciaron "Caminatas de Vigilancia" en dicha urbanización, debido a una cadena de robos en viviendas y vehículos en la urbanización. **b.-** Estando sobre la vía pública un grupo aproximadamente veinte vecinos (hombres, mujeres y niños), entre ellos el ofendido Enrique Araya Carrillo, María Graciela Salazar Flores, Irene Rivas Villalobos y otros fueron interceptados por el aquí acusado T. C. C. cc. P, en dicho lugar en la hora señalada, quien a bordo de su vehículo Jeep Cherokee sumamente molesto, abalanzó el vehículo sobre los vecinos en actitud intimidante, y se marchó. Sin embargo, a los veinte minutos nuevamente se presentó en el lugar y sin razón alguna, les empezó a externar amenazas de muerte a viva voz y conminarles retirarse de la vía pública.- Acto seguido, el acusado C. C. sacó un arma de fuego, y realizó dos disparos a una piedra grande, ubicada a dos metros de donde se encontraba el grupo de vecinos y luego, apuntando directamente hacia la humanidad del Sr. Enrique Araya Castillo, le dijo "Quiere morirse, quiere que lo mate" quien ante lo inesperado de la reacción del acusado se mantuvo pasivo, por lo que el acusado siguió su marcha y se alejó del lugar, no sin antes proferirles insultos que le iba a volar la cabeza ..." (cfr. folio 86, línea 12 en adelante). Del cuadro antes transcrito, mismo que se tuvo por cierto a partir de la prueba testimonial evacuada en el debate que se realizó en ambas audiencias del 21 de febrero de 2008, se colige que a partir de una sola acción (unidad), se tiene que el encartado habría amenazado de muerte al grupo de vecinos que se encontraba en la calle, en el residencial Calle de este, en Aserri, incluido el señor Enrique Araya Carrillo. Para ello, en un primer momento accionó el arma de fuego que portaba, disparando así hacia una piedra grande que se ubicaba a escasos dos metros del lugar donde se hallaban aquellos, siendo que de seguido procedió a apuntar directamente hacia la humanidad de éste, a quien igualmente amenazó de muerte. En este sentido, al desarrollar sus razonamientos de fondo, el juzgador indica lo siguiente: "... la totalidad de los tres testimonios causados converge en que el imputado disparó y si disparó es porque usó un arma de fuego al proferir las amenazas dirigidas hacia don Enrique. No existen contradicciones en las declaraciones de los testigos: todos coinciden en que el justiciable disparó al momento de proferir las amenazas hacia don Enrique. Así, el Tribunal tiene sobradamente por demostrado, recalificando los hechos del delito de Agresión Calificada, al delito de Amenazas Agravadas, previsto por el artículo 195 del Código Penal, que el imputado, portando un arma de fuego cuyas características se desconocen, amenazó de muerte al señor ofendido Enrique Araya Carrillo en especial y en general a la totalidad de las personas que estaban presentes. A don Enrique, que era la persona que estaba al frente del imputado, le fue dicho por el encartado: "hijo de tal, quiere morirse" y a los demás les fue dicho que "quién quería morirse" y ello exhibiendo, ostentando y accionado un arma de fuego ..." (cfr. folio 94, línea 12 en adelante). Ahora bien, en lo relativo a la fundamentación jurídica de la decisión, en el considerando V el tribunal de mérito estimó que se estaba ante un único delito de amenazas agravadas, para lo cual razonó lo siguiente: "... **V. DICTADO DE UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA POR LOS DELITOS DE AGRESIÓN CALIFICADA Y ACCIONAMIENTO DE ARMA:** El Tribunal lo absuelve del delito de Agresión Calificada en razón que la pieza acusatoria, en su relación de los hechos, tal y como muy bien lo ha argumentado el señor Fiscal, no describe los elementos necesarios para la existencia del delito de Agresión Calificada; siendo lo que describe y lo que se ha tenido por demostrado un delito de Amenazas Agravadas. El Tribunal asimismo lo absuelve del delito de ACCIONAMIENTO DE ARMA previsto por el artículo 250 bis del Código Penal, puesto que el delito de Amenazas Agravadas contiene al delito de Accionamiento de Armas. Ciertamente, el delito de Amenazas Agravadas contiene el delito de Accionamiento de Arma, porque dice: si las amenazas fueren cometidas con arma de fuego y al decir el delito de Amenazas Agravadas que si fueren cometidas con armas de fuego, comprenden tanto a la ostentación, como a la exhibición del arma, cuanto al uso o accionamiento del arma. No se da en consecuencia un concurso ideal entre ambas normas y el principio de especialidad de la tipicidad obliga a absolverlo por el delito de Accionamiento de Arma ..." (cfr. folio 94, línea 25 en adelante). De previo a exponer las razones por las cuales este órgano de casación estima que el fallo de



mérito ha incurrido en un yerro de fondo al calificar los hechos probados, de una vez conviene aclarar que la figura de agresión calificada con arma de fuego, prevista por el artículo 140 del Código Penal, fue tácitamente derogada al reformarse el artículo 195 del Código Penal, relativo al tipo de amenazas agravadas: "... Conforme lo consideró el Tribunal de mérito en la sentencia recurrida, en la escasa fundamentación jurídica que expone, señala que la figura por la cual se declara al imputado autor responsable corresponde al delito de agresión con arma, esto porque "... don D. apunta a la ofendida C.V. así como a su hija y nietos ..." lo que hace que la acción sea "... subsumible en el artículo 140 del Código Penal" (cfr. folio 52 vuelto del fallo). La figura de agresión con arma se regula en efecto en el artículo 140 del Código Penal, en el cual expresamente se indica: "Será reprimido con prisión de dos a seis meses el que agrediere a otro con cualquier arma u objeto contundente, aunque no causare herida, o el que amenazare con arma de fuego. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado o en estado de emoción violenta, la pena aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente, a juicio del juez". Como se observa de esa norma, el simple hecho de amenazar con arma de fuego, tal y como ocurrió en la especie, venía a constituir un delito de agresión con arma. Sin embargo, debe considerarse que dicha regulación legal fue derogada parcialmente mediante la Ley 6726 del 10 de marzo de 1982, ley posterior que vino a modificar el artículo 195 del Código Penal, contemplando en el mismo las amenazas injustas y graves para alarmar o amenazar a una persona cometidas, entre otras posibilidades, con arma de fuego. Es claro que la conducta del imputado, descrita en los hechos tenidos por probados, transcritos arriba, encuadran dentro de este tipo penal, puesto que realizó amenazas en contra de los ofendidos apuntándolos con un arma de fuego. Corresponde por ende modificar la calificación jurídica dada en el fallo a los hechos probados, y considerar que el imputado cometió el delito de amenazas agravadas. El uso de una arma de fuego para amenazar, ha sido considerado por la jurisprudencia como un delito de amenazas agravadas, conforme al numeral 195 del Código Penal y no con base en el artículo 140 de ese mismo Código, pudiendo confrontarse en este sentido el voto No. 191-F-92 de 4 de junio de 1992 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, así como los votos del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José No. 14-F-98 de 15 de enero de 1998 y No. 761-F- 97 de 23 de setiembre de 1997 (sobre lo anterior cfr. al respecto: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Delitos en Contra de la Vida y la Integridad Corporal. San José; Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. 2001. p.p. 271 a 273). En vista de lo anterior, considerando que en la especie no existen suficientes datos para fijar la pena a imponer, pues únicamente se señala en sentencia que el imputado es un joven de diecinueve años, que no tiene antecedentes penales, que vive en unión libre y de baja escolaridad, este Tribunal de Casación se inclina por anular la pena impuesta, para que en consideración a mayores datos personales del imputado que se puedan allegar al proceso, entre ellos el ingreso económico, se proceda a fijar la sanción nuevamente en juicio de reenvío y según la calificación legal asignada en esta resolución, tal y como lo disponen los numerales 53 y 71 del Código Penal. Se aclara que si bien el recurrente ha solicitado que al justiciable se le imponga una pena de diez días multa a razón de mil colones diarios, no se señalan en el libelo impugnatorio las razones para fijar el día multa en ese monto, debiendo ser un extremo a definir en el reenvío. En consecuencia, se declara con lugar el recurso de la defensa del imputado, dejando sin efecto la calificación por agresión con arma y recalificando la conducta atribuida al justiciable al delito de amenazas agravadas previsto y sancionado en el numeral 195 del Código Penal ...", Tribunal de Casación penal de San Ramón, voto N° 2007-506, de las 10:10 del 21 de setiembre de 2007. Teniendo claro lo anterior, se debe indicar que el razonamiento de fondo que en este caso expone el juez de mérito, no es compartido por estos jueces de casación, pues si bien en determinados supuestos el delito de amenazas agravadas con arma de fuego podría comprender, aparte de la ostentación o exhibición del arma, su *accionamiento*, ello no necesariamente conllevaría que en todos los casos se deba excluir la tipicidad del delito de accionamiento de arma de fuego. Precisamente esta última acción, sumada al hecho de que la misma se dé en un lugar



poblado o frecuentado por personas, vendría a encuadrar en la figura prevista por el artículo 250 bis del Código Penal. Dichas normas señalan lo siguiente: "*Amenazas agravadas. Artículo 195.— Será sancionado con prisión de quince a sesenta días o de diez hasta sesenta días multa, a quien hiciere uso de amenazas injustas y graves para alarmar o amenazar a una persona, si el hecho fuere cometido con armas de fuego, o por dos o más personas reunidas, o si las amenazas fueren anónimas o simbólicas*" (Así reformado por el inciso f) del artículo 1 de la ley N° 8250 de 2 de mayo de 2002). Por su parte, se tiene que el accionamiento de arma se configura precisamente cuando se cumpla con dicha acción en un lugar poblado o frecuentado: "*ARTÍCULO 250 BIS .— Se impondrá pena de dos a seis meses de prisión, a quien accionare cualquier arma en sitio poblado o frecuentado*" (Así adicionado por el inciso e del artículo 3 de la ley N° 8250 de 2 de mayo de 2002). Al relacionar estas dos normas con los hechos probados de la sentencia, se comprende que en la especie se estaría en presencia de un concurso ideal de ambas, pues dichos tipos penales no se excluyen entre sí (artículo 21 del Código Penal). Al respecto se tiene que los bienes jurídicos tutelados son diversos, pues en las amenazas se tutela la libertad de autodeterminación y hasta la integridad física y emocional de la persona amenazada, mientras que en el accionamiento de arma se está ante un delito de peligro abstracto en daño de la seguridad común de las personas, mismo que no presupone una afectación material y concreta a ese bien jurídico. De igual modo, la estructura fáctica de ambas figuras resulta diversa, pues -según se indicó- para la configuración de la primera ni siquiera resultaría necesario que el arma se *accione* de manera efectiva (bastaría con su exhibición con fines de amenazar al sujeto pasivo), mientras que tal accionamiento sí es un elemento objetivo de la segunda, pues se requiere que ello se realice en lugar poblado o frecuentado por personas. De acuerdo con lo anterior, en aquellos supuestos donde efectivamente se accione un arma de fuego, se podrían dar cuatro situaciones diversas, siendo que en cada una de ellas se tendría una calificación jurídica diversa, a saber: **i)** Se amenaza a otro accionando un arma de fuego, en lugar despoblado o no frecuentado por personas (delito de amenazas agravadas, previsto por el artículo 195 del Código Penal); **ii)** Se amenaza a otro accionando un arma de fuego, en lugar poblado o frecuentado por personas (concurso ideal entre amenazas agravadas y accionamiento de arma, artículos 21, 195 y 250 bis del Código Penal); **iii)** Sin amenazar a nadie, se acciona un arma de fuego en lugar despoblado o no frecuentado por personas (no se tipifica ninguna de estas dos figuras penales); **c); iv)** Sin amenazar a nadie, se acciona un arma de fuego en lugar poblado o frecuentado por personas (delito de accionamiento de arma, artículo 250 bis del Código Penal). En estas cuatro hipótesis fácticas se daría una calificación jurídica diversa. Ahora bien, los hechos probados del fallo impugnado se ubicarían en la segunda hipótesis, por lo cual cumplirían, en principio, con la descripción fáctica de ambas conductas delictivas. Nótese que de acuerdo a lo que se tuvo por demostrado, el imputado habría amenazado de muerte a los ofendidos, para lograr lo cual habría procedido a accionar un arma de fuego en un residencial de la localidad de Aserrí, es decir, en un lugar poblado y frecuentado por personas (como se describe en los hechos acusados y probados de la sentencia)."

Agresión con armas: Atipicidad de la resistencia agravada devenida de reforma legal

[Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz]²⁸

Voto de mayoría

"I . El sentenciado C , en escrito autenticado por la licenciada Johana María Moreno Bustos



interpone procedimiento de revisión en contra de la sentencia condenatoria N° 174-2003 del Tribunal del Juicio del Primer Circuito Judicial de Guanacaste, sede Liberia de las dieciséis horas quince minutos del treinta de octubre de dos mil tres en cuanto lo condenó a una pena de un año de prisión por el delito de resistencia agravada, y el hecho por el cual fue condenado dejó de ser delito, conforme con el artículo 203 del Código Procesal Contencioso Administrativo que reformó el artículo 305 del Código Penal, por lo que solicita se decrete la nulidad de la sentencia ya individualizada y se ordene la cancelación de la anotación que aparece a su nombre en el Registro Judicial. II. Se resuelve. En el presente caso tenemos que C. mediante sentencia de las dieciséis horas quince minutos del treinta de octubre de dos mil tres fue declarado autor responsable de un delito de resistencia agravada y se le impuso una pena de un año de prisión. Los hechos que propiamente fueron probados y calificados como resistencia agravada en la sentencia que es objeto de revisión, son los siguientes: **"A) El día 16 de agosto del 2001 el encartado C. viajaba en su vehículo marca Hyundai Elantra, placas 428518, en compañía de dos extranjeros a quienes prestaba el servicio de taxi pirata de La Cruz a la ciudad de Alajuela. B) Al ser aproximadamente las quince horas llegó al puesto de control de la Guardia Civil en Pijije de Bagaces, donde los oficiales de Policía le solicitaron los documentos personales al encartado quien se negó a mostrarlos. C) La guardia civil procedió a llamar al tránsito para que confeccionara un parte, ya que el encartado no tenía permiso para brindar servicio público de taxi. D) Es así como cuando los oficiales de tránsito llegaron al lugar, el oficial Francisco Cid Cortés intentó quitarle las placas al vehículo, pero el encartado se lo impidió quitándole la herramienta, inmediatamente se montó al vehículo y huyó del lugar rápidamente, lanzando el vehículo contra la humanidad del señor Cid Cortés quien se encontraba en la parte delantera del automotor"** (folios 96 Y 97). Como se deriva de los hechos transcritos, se condena al imputado C. porque obstaculiza la labor que desplegaba un oficial de la Policía Administrativa, primero quitándole una herramienta al oficial que intentaba quitar las placas al vehículo y posteriormente lanzando el vehículo contra la humanidad del oficial de tránsito; estos hechos efectivamente encuadraban típicamente para el momento de los hechos en la figura de la resistencia agravada, que estaba contenido en los artículos 305 y 306 inciso 4) del Código Penal que sancionaba "...al que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de un deber legal, para impedir y obstaculizar la ejecución de una acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones.", agravándose la figura si el autor agredía a la autoridad. Con la ley 8508 del 28 de abril de 2006, se modificó el contenido del artículo 305 del Código Penal, dicha ley entró en vigencia el primero de enero de 2008; a partir de esa fecha la figura de la resistencia quedó insubsistente, porque el artículo 305 del Código Penal, vino a crear un nuevo delito de desobediencia, cuyo contenido típico era totalmente distinto a los supuestos de la resistencia, por lo que debe concluirse que el delito de resistencia dejó de existir; y no es sino hasta el cuatro de marzo de dos mil nueve que mediante la ley N° 8720, que entró en vigencia el 22 de abril de 2009 se le vuelve a dar contenido típico al delito de resistencia, mediante una reforma del artículo 305 del Código Penal. Es claro entonces, que la conducta descrita en el artículo 305 de cita, dejó de ser delito, a partir del primero de enero de dos mil ocho, empero, la resistencia agravada, era un delito compuesto, pues el agravante en este caso concreto se determinó por la agresión a una autoridad pública, se dice en la sentencia: "...En cuanto a la existencia de la agravante, se configura en éste caso a criterio del suscrito la del inciso 4 de artículo 306 del Código Penal puesto que el acusado en cuenta(sic) forma agredió al inspector utilizando para ello su vehículo. Por agresión debe entenderse de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, como "Acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño, especialmente sin justificación.", acepción que se amolda, encuadra en un todo con la situación analizada." (folio 108); la relación de los hechos probados y la fundamentación de la sentencia permiten establecer que el acto del imputado de acometer con su vehículo contra la humanidad del oficial de tránsito, es típico del delito de agresión con arma, que se prevé y sanciona en el ordinal 140 del Código Penal y que reza: " Será



reprimido con prisión de dos a seis meses el que agrediere a otro con cualquier arma u objeto contundente, aunque no causare herida,...”, por lo que no procede absolver al imputado conforme lo solicita, sino que lo que corresponde es recalificar los hechos como agresión con arma cometido en perjuicio de Francisco Cid Cortés; porque aun y cuando hayan dejado de ser típicos del delito de resistencia agravada, son típicos del delito de agresión con arma. La pena que se impuso en la sentencia de origen al imputado fue la pena mínima, estima este Tribunal, que consecuentemente la pena que debe establecerse para el delito que se recalifica es la pena mínima del artículo 140 ya citado, de dos meses de prisión. Se ordena comunicar esta resolución al Juzgado de Ejecución de la Pena, al Instituto de Criminología y al Registro Judicial, para que se proceda a corregir el respectivo asiento.”

Ataque con varilla: Agresión que desplaza la contravención de lesiones levisimas

[Tribunal de Casación Penal]²⁹

Voto de mayoría

“IV.- En el único motivo de casación por el fondo reclama la violación del artículo 369 inciso i) del Código Procesal Penal por errónea aplicación del artículo 140 en relación con el artículo 180 del Código Penal. Argumenta que de la relación de hechos probados contenidos en el fallo, respecto del ofendido Francisco Loría Alvarez, se establece claramente que los hechos constituyen la contravención de lesiones levisimas, pues la incapacidad fue menor a cinco días y no el Delito de Agresión con Arma. Solicita se declare con lugar el motivo, se declare la incompetencia y se remita la causa al correspondiente Juzgado Contravencional o en su defecto, se le absuelva de toda pena y responsabilidad. **Sin lugar el motivo.** En lo que se refiere al señor Francisco Loría Alvarez, el tribunal tuvo por acreditado lo siguiente *“3.- Que al percatarse de la agresión de la que estaba siendo víctima su hija el señor Francisco Loría Alvarez, se desplazó de la puerta de su vivienda e intentó intervenir en defensa de Dinorah pero antes de que pudiera realizar alguna acción en tal sentido, la co encartada Ana Isabel Reyes Escobar, quien también se encontraba en el lugar, de manera dolosa acometió contra el señor Loría Alvarez golpeándole en un brazo con la varilla que momentos antes había botado Morales Reyes. 3.-) Con motivo de la agresión sufrida la ofendida Dinorah Loría Cruz, ésta sufrió lesiones que la incapacitaron temporalmente para la realización de sus labores habituales por espacio de seis días y por su parte, Loría Alvarez sufrió lesiones que los incapacitaron por tres días para el desempeño de sus labores habituales”* (folio 154). Tales hechos fueron calificados como constitutivos del delito de Agresión con Arma, previsto y sancionado en el artículo 140 del Código Penal. Como bien lo establece el Tribunal de Juicio, nos encontramos ante este tipo penal por la aplicación de las reglas del concurso aparente. Fenómeno que se presenta cuando aparentemente hay varias lesiones jurídicas, pero en realidad haya una sola y que se resuelve a través de reglas interpretativas. En el presente caso, aunque el hecho produjo una lesión por tres días para el desempeño de las labores habituales, debe considerarse que el mismo fue realizado a través del empleo de un arma impropia. En este caso, una varilla que genera un aumento del poder ofensivo de la atacante. De manera que el delito de Agresión con Arma desplaza a la contravención de Lesiones Levisimas. Ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 del Código Penal, pues en la especie prevalece la norma que prevé, respecto a la otra, un tratamiento punitivo más severo (Sobre el tema Cfr. Castillo González, Francisco. 1981. El Concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense. Publicaciones de la Facultad de Derecho

de la Universidad de Costa Rica). Por lo expuesto, se declara sin lugar el motivo.”

Agresión con armas: Diferencia con los castigos inmoderados a menores y definición de objeto contundente

Definición y alcances del término autoridad parental y consideraciones acerca del castigo corporal

[Tribunal de Casación Penal]³⁰

Voto de mayoría

“II. [...] **Sin lugar los motivos.** Al encontrarse relacionados todos los motivos de casación, pues tratan sobre el mismo tema, se conocen en conjunto. En síntesis, se alega en el recurso que los hechos acusados constituyen la contravención de castigos inmoderados a los hijos, y no el delito de agresión con arma. El Ministerio Público atribuyó a Giovanna Ramírez Vargas, haber golpeado con una faja a H.M.V., de seis años de edad, hija de su compañero sentimental y que convivía con ellos, por no haber cumplido con sus obligaciones en el centro educativo al cual asistía. Estima esta Cámara que los hechos se encuentran correctamente calificados en el fallo. Si bien es cierto existe la contravención de castigos inmoderados a los hijos, para *Los padres de familia, tutores o guardadores de menores que los castigaren en forma inmoderada...*, también lo es que el delito de agresión con arma reviste carácter especial frente a dicha contravención. Dicha especialidad consiste en que el castigo se realiza con un instrumento que incrementa la capacidad ofensiva del autor, en este caso una faja. De tal forma que la contravención cuya inobservancia se invoca, queda para los casos en que se castiga a los hijos, sin utilizar instrumentos con los cuales se potencializa la afectación de los hijos. Esto nos lleva a concluir que existe un concurso aparente de normas entre los artículos 140 y 382 del Código Penal, el cual se resuelve con la aplicación del principio de especialidad mencionado encontrando, la conducta atribuida a la imputada, adecuación típica en la primera norma citada. El tema ya ha sido objeto de análisis por este Tribunal (voto 2005- 1062, de las 8:45 horas, del 20 de octubre de 2005), al afirmarse: “... *Ahora bien, el argumento central del recurrente es que como padre en ejercicio de la patria potestad se encuentra legitimado y hasta obligado a corregir y orientar a sus hijos. Ciertamente, el artículo 143 del Código de Familia vigente dispone: “Autoridad parental y representación. Derechos y deberes. La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada, corregir al hijo. Asimismo, faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial. Igual disposición se aplicará a los menores de edad en estado de abandono, riesgo social o que no estén sujetos a la patria potestad, en cuyo caso la solicitud podrá hacerla el Patronato Nacional de la Infancia. El internamiento se prolongará hasta tanto el tribunal no decida lo contrario, previa realización de los estudios periciales que se requieran para esos efectos, los cuales deberán ser rendidos en un plazo contado a partir del internamiento”. De lo anterior se colige, entre otras cosas, la obligación de quien ejerce la patria potestad de corregir y orientar a los hijos. Sin embargo, en modo alguno puede considerarse que ello constituye una autorización genérica para que los padres o encargados de las personas menores de edad puedan agredirlos impunemente o simplemente disponer de sus vidas a su entera satisfacción. Tal concepto corresponde a una visión atávica de las relaciones familiares, donde el padre de familia disponía de todos los bienes, incluyendo la*



esposa y su hijos. Por el contrario, de acuerdo a la normativa vigente en nuestro país, las personas menores de edad son sujetos de derechos y obligaciones y el Estado debe velar por su integridad física y moral. Nuestro país ha incorporado esta protección Integral no sólo dentro de la legislación constitucional sino también en la legislación ordinaria. La autoridad parental otorgada a las personas adultas, “Significa que las personas adultas ejercen respecto a las personas menores de edad un poder que deriva de la obligación de protección que las personas adultas tienen hacia los niños, las niñas, los y las adolescentes. Significa también, que ese poder no es arbitrario y que cuando las personas adultas abusan de él, ese poder deja de ser legítimo y este abuso constituye una violación a los derechos” (MAXERA, RITA. Los derechos humanos de los niños, las niñas, los y las adolescentes, en: Análisis situacional de los derechos de las niñas y las adolescentes en Costa Rica, San José, UNICEF, Universidad de Costa Rica, 1999,p.8). A nivel constitucional, el artículo 51, dispone la obligación del Estado de proteger integralmente a las personas vulnerables, entre ellas, a las personas menores de edad. Incluso, en el artículo 55 de ese mismo cuerpo normativo, crea una institución autónoma encargada no sólo de velar por los derechos sino exigirlos a través de los medios legales establecidos dentro del ordenamiento jurídico costarricense. Siempre dentro del bloque de constitucionalidad tenemos el artículo 19 de la Convención de los derechos del Niño el cual dispone: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”. Por su parte, las recomendación del Comité de los Derechos del Niño, reitera la necesidad de que “el Estado Parte prohíba el uso del castigo corporal en el hogar y que adopte medidas eficaces para hacer valer la prohibición legal del castigo corporal (...)” Dentro de la legislación especializada el artículo 24 del Código de la Niñez y Adolescencia señala el “Derecho a la integridad. Las personas menores de edad tendrán derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este derecho comprende la protección de su imagen, identidad, autonomía, pensamiento, dignidad y valores”. De la anterior normativa se colige, que los derechos otorgados a los padres dentro de la patria potestad tiene un límite, el cual constituye los propios derechos humanos de las personas menores de edad y las prohibiciones expresamente establecidas en la legislación penal. En nuestro país, el legislador expresamente ha tipificado como delito la agresión con arma. Sin duda alguna, el empleo de una faja de cuero aún cuando ésta no tenga hebilla, constituye un “arma impropia” que puede usarse para agredir y lesionar a otros, como en efecto se utilizó. Sobre este particular la jurisprudencia ha considerado que “Cuando la norma 140 del Código Penal utiliza la terminología “objeto contundente”, introduce en el tipo un elemento normativo que requiere de una valoración jurídica dependiente del intérprete. **Objeto contundente** es el que, utilizado para un acometimiento, podría producir un daño en el cuerpo de la persona y dejar o no evidencia externa. Entonces, jurídicamente entendida, la contundencia de una cosa se debe en primer lugar a la finalidad de quien la emplea, esto es para golpear a la víctima; y en segundo término, a la posibilidad de que tal uso pueda causar un daño en los términos antes dichos. La contundencia no puede depender de un aumento del poder ofensivo, que naturalmente tiene quien utiliza el objeto, pues tal razonamiento conduciría al absurdo. En el caso que nos ocupa, una sombrilla sí es un objeto contundente cuando es utilizada para golpear a una persona, porque -además de la finalidad con que es empleada- es un instrumento idóneo para causar un daño en el cuerpo de la víctima” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Voto: 543-F de las ocho horas con cincuenta



minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos). Debe considerarse que el imputado no sólo es una persona adulta, sino que se encuentra en una relación de poder y control como padre de las afectadas. Aparte de lo dicho, debemos tomar en cuenta que los hechos juzgados surgen dentro de un círculo de violencia intrafamiliar en donde el imputado arremete física y psicológicamente a los demás miembros del núcleo familiar. Según la Ley contra la Violencia Doméstica, No: 7586 de 1996, en su artículo 2, se define como "a) Violencia doméstica: Acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela y que produzca como consecuencia, el menoscabo de su integridad física, sexual, psicológica o patrimonial. El vínculo por afinidad subsistirá aun cuando haya finalizado la relación que lo originó. b) Violencia psicológica: Acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal. c) Violencia física: Acción u omisión que arriesga o daña la integridad corporal de una persona". En el caso concreto, no sólo se evidencia violencia psicológica contra el hijo y las hijas, al cuestionar la conducta de su madre, mientras esta se encontraba laborando, sino también violencia física contra los mismos, que culminó con una acción delictiva. En síntesis, los padres – aunque tengan la patria potestad- no tienen ningún "derecho" de agredir a sus hijos e hijas. Admitir lo contrario, vulnera el principio de igualdad, consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, pues la agresión con arma no está autorizada entre personas adultas y con mucha más razón, contra personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y/o dentro del círculo familiar. El respeto a la integridad física forma parte del respeto a la dignidad humana, y por consiguiente, no existe ninguna legitimación para menoscabar los derechos humanos de las ofendidas en este caso concreto". En similar sentido se ha expuesto sobre el tema: "El artículo 382 inciso 1 del Código Penal establece "Se impondrá de diez a sesenta días multa a las siguientes personas: **Castigos inmoderados a los hijos.** 1) Los padres de familia, tutores, guardadores de menores que los castigaren en forma inmoderada o trataran de entregarlos a otra persona o establecimiento público, con el fin de evadir las responsabilidades inherentes a su deber legal, o los expusieren a la corrupción". A partir de ese texto el recurrente considera que todo castigo inmoderado a los/as hijos/as es configurativo de esa contravención pero dicha interpretación desconoce la existencia de las reglas, fijadas por el mismo legislador, en los casos del concurso aparente de normas establecido por el artículo 23 del Código Penal y según el cual "Cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, sólo se aplicará una de ellas, así: la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta y aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria". En el presente caso, en donde la conducta de agredir a un hijo con una faja queda comprendido tanto en el artículo 140 como en el citado 382 inciso 1 del Código Penal, el conflicto se resuelve a partir de los principios de especialidad, consunción y absorción según los cuales el que contiene un elemento especializante desplaza al tipo que carece de él y: "En general, dentro de los varios atentados contra un mismo bien jurídico, los hechos no concurren entre sí, sino que el más grave absorbe a los otros" Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho penal fundamental, tomo II. Temis, 1989, p, 428, entre otros. "Es pacíficamente admitido por el conocimiento jurídico que con una misma acción se pueden vulnerar diversas normas. En consecuencia, lo que queda es determinar si la aplicación de una o algunas de ellas excluyen la de otra, como lo pretende el impugnante, o no. Ese tipo de situación, denominada normalmente "concurso aparente", en realidad constituye un problema de interpretación de la ley, que debe resolverse conforme al origen de la controversia. En términos generales, dos son las clases de situaciones en que se presenta el fenómeno; a saber, a) cuando sin indicarlo así, más de una norma regula una misma acción, pero la descripción de alguna se



adapta mejor o en mayor particularidad a aquella (es decir, se trata de una forma específica de infracción de la ley), lo que implicará que será esta la norma a aplicar en detrimento de otras (criterio de especialidad); y, b) cuando el disvalor de una norma contiene o absorbe el de la lesión a otra, debiendo por ende aplicarse aquella. Precisamente es esta la índole de circunstancia que menor tratamiento ha tenido en doctrina y sin embargo requiere mayor cuidado en su manejo, pues para ello es indispensable tener en claro qué interés protege el ordenamiento en el caso concreto, y por ende, qué propósito tiene la norma, tema este que en buena parte es una cuestión de política criminal, como se evidencia en los fallos 241 y 101, emitidos por esta Sala a las 8:30 del 30 de junio de 1994 y a las 9 horas del 3 de marzo de 1995" Sala Tercera, voto N° 32-97 de las 09:00 hrs. del 24 de enero. Ello hace que prevalezca el numeral 140 por sobre el 382 inciso 1. Nótese que el artículo 140 establece, en su párrafo segundo (por cierto, no aplicado por el juzgador según se indicará más adelante), una agravante cuando la agresión sea producida por el ascendiente y resulta específica respecto al 382 por el modo de comisión del hecho. En otras palabras, cuando un padre o una madre castiguen inmoderadamente a sus hijos/as por formas o medios expresamente no previstos por el legislador se aplicará la citada contravención pero si dicho castigo inmoderado sí ha sido específicamente regulado será ésta disposición la que se aplique y no aquella. Así, por ejemplo, en los casos en que los padres priven de su libertad a sus hijos como modo de castigo se aplicará el artículo 192 inciso 1 del Código Penal y no la citada contravención; si los padres castigan a sus hijos y les producen lesiones leves, graves, gravísimas o hasta la muerte se aplicarán los respectivos delitos (artículos 123 a 126, 24 y 112 inciso 1 del Código Penal) y no la mencionada falta; si los padres omiten dar alimentos a sus hijos pequeños como forma de castigo se aplicará el delito de abandono de incapaces agravado o el delito de tentativa de homicidio por omisión impropia (numerales 142 ibídem; 18, 24 y 112 inciso 1 del Código Penal) y no la contravención, etc. Sólo cuando la forma de castigo inmoderada no esté expresamente tipificada se aplicará la citada disposición contravencional (por ejemplo, castigar al hijo o hija con no enviarlo por días o meses a su centro educativo, hecho no tipificado y que violaría su derecho a la educación; igual con otro tipo de castigos que violen otros derechos de los niños y niñas como el derecho al vestido, a la recreación, etc. y que no tengan una sanción previamente establecida y resulten inmoderados). De modo tal que no puede accederse a la recalificación solicitada (Sentencia 2007-1085, de las 15:00 horas, del 25 de setiembre del 2007). Esta Cámara estima que los citados antecedentes mantiene vigencia, debiendo declararse sin lugar los reclamos que conforman el recurso de casación. El delito de agresión con arma resulta especial, ante la contravención de castigos inmoderados a los hijos, pues incluye el elemento del arma u objeto contundente en la agresión o castigo, de tal forma que no es factible la aplicación de la contravención que se invoca a los hechos que acusó el Ministerio Público. La falta de análisis de la prueba documental aportada por la defensa no afecta lo resuelto, pues se ha tenido como hecho incontrovertido que la guardadora castigó a la menor de edad con una faja, encontrándose presentes todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de agresión con arma."

f) SECCION VII: Abandono de Personas

Omisión de auxilio: Delitos sancionados con días multa

Prescripción de la acción penal

[Tribunal de Casación Penal]³¹

Voto de mayoría

"Conforme a los transitorios I y II de la Ley N° 7594 (Código Procesal Penal de 1996), y el transitorio III, de la Ley N° 7728 (Ley de Reorganización de los Tribunales), corresponde resolver el recurso conforme al Código de Procedimientos Penales de 1973, y los artículos 82 inciso 3, y 83, del Código Penal, así como el artículo 7 de la Ley N° 6726 del 3-3-82. De acuerdo a ello, el término de la prescripción de la acción penal, en delitos sancionados con días multa, como es el caso del tipo que contempla el artículo 144 del Código Penal, omisión de auxilio, es de dos años. Término que puede ser interrumpido por el procesamiento, por la citación a juicio, o la prórroga extraordinaria, aunque no estén firmes, así como por cualquier acto procesal posterior. En este caso, se tiene por acreditado, como hecho por el que se condena a C.L.V.G. que: "1. El día dos de diciembre de mil novecientos noventa y tres, al ser aproximadamente las veintitrés horas, la aquí ofendida A.C.Z. salía de una actividad bailable que se llevaba a cabo en Turrialba centro, dirigiéndose así hacia su casa de habitación ubicada en Azul de Turrialba, siendo interceptada en el camino por varios sujetos que la ultrajaron sexualmente. 2. El aquí acusado C.L.V.G., momentos antes había estado acompañando a estos sujetos, y en el momento en que estos ultrajaron a la ofendida paso (sic) caminando aproximadamente a unos seis metros de donde ellos realizaban el ultraje. 3. No obstante, que V.G. no participó en la realización del ultraje sexual a la ofendida, omitió auxiliar a la misma, optando por irse del lugar sin prestarle ningún tipo de ayuda, ni tampoco solicitar que esta (sic) le fuera prestada, pese a que era consciente (sic) de la amenaza que aquél (sic) hecho estaba significando para la ofendida, y que el (sic) podía ayudarla sin correr peligro." Por estos hechos el imputado fue indagado el 18 de setiembre de 1997, como se observa al folio 280, fecha en la que por primera vez se le intiman los mismos (ver resolución de folio 242, y actuaciones a partir del folio 276), cuadro fáctico por el que se cita a juicio el 18 de noviembre de 1997 (folio 291), y se señala para debate el 10 de diciembre de 1997 (folio 295), realizándose el mismo, el 21 de enero de 1998. Lo que hace evidente que ya cuando el encartado fue indagado, la acción penal por los hechos que se le intimaron estaba sobradamente prescrita, habiendo transcurrido desde la fecha de su comisión hasta la resolución de citación a juicio, primera resolución que en este caso interrumpiría el plazo de la prescripción, casi cuatro años. No es aceptable la posición del a quo, quien considera como resoluciones que interrumpieron la prescripción, el procesamiento, y otras dictadas, respecto al delito de violación por el que inicialmente se persiguió penalmente al acusado, pues como lo aduce el señor defensor, no se trata de los mismos hechos, y de una simple recalificación jurídica, sino que lo que en este caso se da es una nueva persecución penal, por hechos completamente diferentes a aquéllos que se describieron y calificaron como constitutivos del delito de violación o de abusos deshonestos agravados, artículos 158 y 161 del Código Penal. De modo que no es posible considerar como resoluciones interruptoras del plazo de la prescripción del delito de omisión de auxilio, aquéllas dictadas en cuanto a esos otros hechos, que evidentemente constituyen otro proceso, pese a que se encuentre en el mismo expediente. Basta contrastar los hechos por los que se condena, y los hechos por los cuales inicialmente el acusado fue intimado, procesado y elevado a juicio, para concluir que se trata de diferentes conductas, y tan evidente es ello, que precisamente el Tribunal de Juicio, que conoció del delito de violación, no pudo dictar sentencia, dado que el hecho que pudo haber cometido el imputado resultaba diverso al acusado, como se expresa en los folios 242 y 243. La lectura del requerimiento de instrucción formal de folio 19 y siguientes, del procesamiento de folio 63 y siguientes, de la resolución que confirma ese procesamiento, folio 104 y siguientes, del requerimiento de folios 147 y siguientes, y aún de la sentencia que resultó de ello, de folios 178, que luego fue anulada por la Sala Tercera, folio 213, y siguientes, permite constatar que el hecho inicialmente imputado a C.L.V.G., fue el de haber abusado sexualmente de la menor A.C.Z.,



conjuntamente con otros sujetos, calificándose primeramente el cuadro fáctico como violación, dado que se denunciaba la existencia de "acceso carnal" por parte de todos los intervinientes, calificándose luego, los mismos hechos, como abusos deshonestos agravados, por no haber existido penetración, lo que sí configuró cambio de calificación. Pero luego, a partir de lo resuelto por el Tribunal de Juicio de Cartago, folio 242 y 243, resolución de las diez horas cuarenta y cinco minutos del trece de junio de mil novecientos noventa y seis, al conocerse de la acusación por el delito de abusos deshonestos agravados, el tribunal, después de recibir la prueba, concluye: "... Ante estos elementos probatorios estima la mayoría del Tribunal que se está en presencia de hechos no concretados dentro del requerimiento de elevación a juicio, por cuanto el encartado según esta prueba no participó en el acceso carnal o tocamientos en perjuicio de los (sic) ofendida, pero los observó de cerca y ante la evidente agresión que estaba sufriendo A.C., no la auxilió ni antes o después. La misma ofendida y W., refiere que cuando lo sujetos la dejaron, ya C.L.V. no se encontraba, siendo que incluso la misma ofendida fue a buscar su propio auxilio ante la guardia de asistencia rural. Es probable que se esté en los supuestos del artículo 144 del Código Penal, razón por la cual y al tenor de lo dispuesto en el artículo 397 del Código de Procedimientos Penales párrafo segundo pase el presente asunto al Ministerio Público para lo que corresponda. Testimóniese las piezas contra el imputado C.L.V.." Y es con base en estos hechos, los que refiere el Tribunal que desprendió de la prueba evacuada, que V.G. es indagado por el delito de omisión de auxilio, en fecha 18 de setiembre de 1997, folio 280, cuando, como se dijo, habían transcurrido casi cuatro años, de la realización de los hechos que se afirman constitutivos del delito de omisión de auxilio, artículo 144 del Código Penal. Hechos que son completamente diferentes a los que se consideraron constitutivos de abuso sexual, y que tienen por ende su propia prescripción (artículo 83 del Código Penal), y sus propios actos interruptores de la misma, al no haber sido comprendidos en la tramitación inicial del proceso por violación. Por lo expuesto, conforme a los artículos 318 y 320 inciso 4, y los ya citados, la acción penal está prescrita, por lo que SE ACOGE EL MOTIVO, se declara con lugar el recurso de casación, se revoca la sentencia condenatoria, y en su lugar SE ABSUELVE a C.L.V.G., por el delito de OMISION DE AUXILIO que se le atribuyó en perjuicio de A.C.Z.. Sin especial condenatoria en costas."

Abandono de menor o incapaz: Innecesaria relación de parentesco

[Sala Tercera]³²

Voto de mayoría

"I.- [...]. En el único extremo, se reprocha la errónea aplicación de los artículos 1, 30, 45 y 142 del Código Penal, al estimar el recurrente que para ser sujeto activo del delito de abandono de incapaces, se requiere que el deber de cuidado sea impuesto por ley o por contrato y en este caso el deber que existe no es legal, sino más bien de índole moral, ya que la relación entre imputado y ofendido es la de convivir, así como la situación de que el ofendido cuidó al [imputado] cuando era niño, de manera que no existe el deber de cuidado que tutela el artículo 142 ibídem, por lo que se ha dado una errónea aplicación del derecho de fondo, al no ajustarse la conducta del encartado al tipo penal. El motivo no procede. El recurrente no se conforma con la base fáctica contenida en el fallo, al pretender modificar los hechos tenidos por demostrados con el objeto de dar sustento a su reproche, lo que no es viable en un alegato de esta naturaleza. Por otra parte, no obstante lo expuesto corresponde señalar que el argumento del recurrente al considerar que el imputado no tenía la obligación de cuidar o mantener al ofendido al darse entre ellos únicamente una relación de

convivencia, no resulta atendible, ya que la obligación de cuidado contenida en la norma no surge sólo de una relación de parentesco sino también de una situación de hecho y en el presente caso, el juzgador no condenó al encartado con fundamento en la existencia de una relación familiar entre [él] y el ofendido, sino con sustento en las específicas condiciones que rodearon el suceso, entre las que señala "el aceptar la responsabilidad de cuidar a una persona, que no puede valerse por sí misma hace que nazca la obligación, misma que en este caso aceptó el imputado en razón de que el ofendido fue la persona que lo llevó a bautizar y lo crió, por lo que además de un deber meramente moral adquirió también la obligación de no desamparar al ofendido, de quien el propio imputado aceptó recoger y administra la pensión que el ofendido recibe del Estado".

Abandono del lugar del accidente: Naturaleza jurídica de la infracción

[Sala Tercera]³³

Voto de mayoría

"IV.- En el último aspecto de la impugnación por el fondo se reclama la errónea aplicación del artículo 142 del Código Penal, pues por haberse retirado del lugar del suceso, se condenó [al imputado] por el delito de Abandono de Incapaces en concurso material con las Lesiones Culposas. Argumenta el recurrente que el bien jurídico que se tutela en el citado delito establecido en el 142 ibid., es la vida y la salud, pues se trata de un delito de peligro concreto; "... poner en desamparo implica la ausencia de ayuda o asistencia necesaria de forma que provoque la falta de posibilidad de asistencia física requerida a la víctima por sí misma o por un tercero, lo cual puede llevarse a cabo por encerramiento, aislamiento o traslado fuera del ámbito de protección. En tratándose de vehículos automotores, se produciría cuando se da un abandono de la víctima a la que el autor hubiere incapacitado, pero en este caso, es necesario que como consecuencia del abandono haya corrido peligro la vida o la salud de la víctima, por tratarse de un sitio despoblado que no permita la asistencia de terceras personas. En el presente caso, en el marco fáctico, la misma sentencia reconoce que la menor ofendida fue auxiliada por terceras personas de tal forma que no se produjo ese peligro necesario para su configuración..." [...]. Este motivo del recurso por el fondo sí debe ser acogido, aunque propiamente por las razones del impugnante. En materia de lesiones culposas por accidentes de tránsito, el alejamiento del lugar del hecho para sustraerse a la identificación o para eludir las comprobaciones necesarias y evitar responsabilidad, fue contemplado por el legislador en una norma penal específica denominada Abandono del lugar del accidente (art. 328 del Código Penal) como una modalidad de encubrimiento o de evadir la Administración de Justicia (de ahí que se encuentre en el Título XIV, entre los Delitos contra la Administración de Justicia, incluida en la Sección IV -Evasión y Quebrantamiento de Pena). Sin embargo la jurisprudencia de esta Sala y de los diversos tribunales del país, mayoritariamente acogieron desde hace bastante tiempo el criterio de que el citado artículo 328 fue derogado implícitamente por la anterior Ley de Tránsito que había trasladado esa conducta de abandono a una falta o contravención (ver Ley No. 5322 de 27 de agosto de 1973 -hoy derogada- y, entre otras, sentencia de esta Sala de las 14:35 hrs. del 9 de octubre de 1984) sin que posteriormente se hubiera solucionado por el legislador y las respectivas vías dicha circunstancia, pues se mantiene en la actual Ley de Tránsito (No. 5930 de 13 de setiembre de 1976) el alejamiento o huida del lugar del accidente como contravención en el artículo 111 inciso c) en su primera parte, ya que el último párrafo que le fue agregado a dicha norma respecto de que "si se hubiere producido lesiones o muerte se estará a lo dispuesto en el Código Penal" no tiene la virtud de darle vigencia al referido artículo 328 del Código Penal, porque no



fueron cumplidas las reglas constitucionales para poner en vigencia una ley que ya había sido derogada (Cfr. al respecto el comentario de la Licda. Sánchez Romero Cecilia; "Abandono del lugar del accidente: de Delito a Contravención", Revista Judicial No. 32 de marzo de 1985, ps. 145 ss. donde se hace un exhaustivo análisis de las normas cuestionadas y la jurisprudencia de nuestros tribunales). Resulta de interés apuntar que la doctrina y la jurisprudencia argentina señalan como un caso típico de Abandono de Incapaces, el atropello con un vehículo y la posterior fuga de su conductor (ver obra de Breglia Arias y Gauma; Código penal Anotado, edit. Astrea, Argentina, seg. edic.; 1987, ps. 339 y 340), pero ese criterio no puede ser acogido por esta Sala en razón de existir -según se explicó- una norma específica en nuestra legislación de tránsito (alejamiento o huída del lugar del accidente en el artículo 111 inciso c) referido) que excluye tal conducta (el abandono del lugar del accidente) como delito y lo contempla como contravención (sea que se hayan producido o no, lesiones e inclusive muerte). La anterior relación de especialidad o especificidad del hecho examinado, impide sustentar una condenatoria por el caso que señala el artículo 142 del código sustantivo de comentario. Tampoco ha lugar a testimoniar piezas para que se investigue la contravención por Abandono del Lugar del suceso ante la respectiva autoridad judicial, por ser evidente la prescripción de dicha acción dado el tiempo transcurrido desde su acaecimiento. Con fundamento en lo dicho, se declara con lugar el recurso por violación de leyes sustantivas en cuanto al aspecto analizado y en lo que fue objeto de impugnación. Se anula la sentencia únicamente en lo que concierne a la condenatoria por el delito de Abandono de Incapaces y en consecuencia se absuelve [al imputado] de toda pena y responsabilidad por ese hecho. En todo lo demás, se mantiene el fallo. El anterior criterio modifica el expresado por esta Sala en resolución No 187 A de 8:38 hrs. del 28 de abril de 1989, en que -al resolver un conflicto de competencia- se sostuvo la posibilidad de atribuir al conductor que huye del lugar del accidente, el delito de Abandono de Incapaz "...siempre y cuando como consecuencia del abandono haya corrido peligro la vida o la salud de la víctima...", siguiendo, con ello la jurisprudencia y doctrina argentina, que conforme se señaló en el Considerando IV de la presente resolución, se fundamentan en legislación diferente a la nuestra en el aspecto aquí estudiado."



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 4573 del cuatro de mayo de 1970. Código Penal. Fecha de vigencia desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 34 de 34 del 24/09/2010. Datos de la Publicación: N° Gaceta: 257 del: 15/11/1970. Alcance: 120A.
- 2 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 514 de las quince horas cuarenta y siete minutos del veintitrés de mayo de dos mil siete. Expediente: 05-000094-0006-PE.
- 3 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1446 de las catorce horas treinta minutos del catorce de diciembre de dos mil cinco. Expediente: 04-000547-0006-PE.
- 4 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 338 de las diez horas veinticinco minutos del dieciséis de mayo de dos mil tres. Expediente: 02-001802-0059-PE.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 108 de las once horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno. Expediente: 91-000034-0006-PE.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1407 de las once horas quince minutos del cinco de diciembre de dos mil siete. Expediente: 06-001690-0060-PE.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 32 de las quince horas diez minutos del primero de febrero de dos mil siete. Expediente: 04-000184-0063-PE.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 131 de las nueve horas del trece de mayo de mil novecientos noventa y cuatro. Expediente: 94-000023-0006-PE.
- 9 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 549 de las quince horas cinco minutos del trece de junio de dos mil ocho. Expediente: 03-001911-0277-PE.
- 10 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1459 de las nueve horas treinta minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 99-000988-0006-PE.
- 11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 442 de las once horas del siete de mayo de dos mil cuatro. Expediente: 00-200086-0456-PE.
- 12 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 2792 de las catorce horas cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo de dos mil cuatro. Expediente: 02-007331-0007-CO.
- 13 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1493 de las quince horas veinticinco minutos del veintidos del diciembre de dos mil cinco. Expediente: 00-012820-0042-PE.
- 14 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1267 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del catorce de noviembre de dos mil cinco. Expediente: 01-200114-0414-PE.
- 15 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 358 de las once horas cuarenta minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y uno. Expediente: 91-000123-0006-PE.
- 16 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO.- Sentencia número 319 de las catorce horas treinta y cinco minutos del diecinueve de octubre de dos mil nueve. Expediente: 07-002705-0345-PE.
- 17 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 782 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del cinco de agosto de dos mil cuatro. Expediente: 99-202335-0369-PE.
- 18 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 808 de las catorce horas cincuenta minutos del veintiséis de julio de dos mil siete. Expediente: 05-000781-0332-PE.
- 19 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1142 de las nueve horas treinta minutos del cinco de octubre de dos mil siete. Expediente: 00-001045-0064-PE.
- 20 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO.- Sentencia número 381 de las catorce horas veinte minutos del siete de diciembre de dos mil nueve. Expediente: 06-002641-0345-PE.
- 21 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 14015 de las catorce horas treinta y tres minutos del primero de setiembre de dos mil nueve. Expediente: 09-008797-0007-CO.
- 22 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 774 de las dieciséis horas quince minutos del dieciocho de julio de dos mil siete. Expediente: 05-002206-0175-PE.
- 23 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 48 de las once horas del dieciocho de enero de dos mil ocho. Expediente: 05-501115-0860-FC.
- 24 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 796 de las diez horas quince minutos del veintitrés de julio de dos mil diez. Expediente: 07-002223-0412-PE.
- 25 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 418 de las quince horas treinta y siete minutos del doce de mayo de dos mil diez. Expediente: 03-001122-0276-PE.
- 26 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 512 de las doce horas cuarenta y cuatro minutos del catorce de mayo de dos mil cuatro. Expediente: 00-000930-0058-PE.
- 27 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 732 de las catorce horas veinte minutos del cinco de agosto de dos mil ocho. Expediente: 06-013193-0042-PE.
- 28 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SANTA CRUZ.- Sentencia número 124 de las catorce horas diez minutos del veintiseis de mayo de dos mil diez. Expediente: 01-000921-0060-PE.
- 29 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 674 de las nueve horas cincuenta minutos del veintitrés de julio de dos mil ocho. Expediente: 05-009933-0647-PE.
- 30 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 1600 de las ocho horas veinte minutos del veintiuno de diciembre de dos mil siete. Expediente: 06-002239-0276-PE.
- 31 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 626 de las nueve horas treinta minutos del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa y ocho. Expediente: 97-000691-0339-PE.
- 32 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 358 de las nueve horas quince minutos del dos de julio de mil novecientos noventa y tres. Expediente: 93-000252-0006-PE.
- 33 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de enero de mil novecientos noventa y uno. Expediente: 91-000090-0006-PE.