

El Delito Continuado

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal General.
Palabras clave: Delito Continuado, Delito de Masa, Penalidad del Delito Continuado, Prescripción del Delito Continuado, Relación del Delito Continuado con Otros Delitos, Concurso Material, Concurso, Concurso Ideal, Delitos Patrimoniales.	
Fuentes: Doctrina Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 07/09/2012.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen	2
2 Doctrina	2
El Delito Continuado en el Código Penal Costarricense.....	2
El Delito Continuado, Factor Final e Identidad de Bienes Jurídicos.....	4
Estructura del Delito Continuado.....	5
Diferencia con el Delito de Masa.....	8
3 Normativa	8
Penalidad del Delito Continuado.....	8
4 Jurisprudencia	8
Delito Continuado: Concepto, Finalidad, Fijación de la Pena y Diferencia con el Concurso Material.....	8
Naturaleza y Generalidades sobre el Delito Continuado.....	10
Presupuestos Objetivos y Subjetivos para la Configuración del Delito Continuado.....	13
El Delito Continuado y la Unidad de la Acción.....	17
La Finalidad del Delito Continuado.....	25
La Conexión Temporal en el Delito Continuado.....	28
La Fijación de la Pena en el Delito Continuado.....	29
El Delito Continuado y los Concursos Ideal y Material.....	30
La Prescripción del Delito Continuado.....	35
El Delito Continuado, Delitos Contra la Vida y Delitos Patrimoniales.....	36
El Delito Continuado y el Secuestro Extorsivo.....	37
El Delito Continuado y los Delitos Sexuales.....	40
El Delito Continuado y el Robo y el Hurto.....	41
El Delito Continuado y la Estafa.....	42
El Delito Continuado y la Usurpación.....	43
El Delito Continuado y el Contravando, la Falsificación y el Uso de Documentos Falsos.....	46
El Delito Continuado y la Tenencia y el Almacenamiento de Drogas.....	47

1 Resumen

El presente informe de investigación recopila información sobre el Delito Continuado, para lo cual se revisa el aporte de la doctrina normativa y jurisprudencia.

En cuanto a la normativa esta va a desarrollar la figura del Delicto Continuado desde su concepto, su regulación en el Código Penal Costarricense, su estructura y los presupuestos necesarios para que se configure.

La normativa costarricense va a desarrollar en el Código Penal un único artículo donde va a estipular la penalidad del Delito Continuado.

La jurisprudencia por su parte va a incluir aspectos generales, sobre el Delito Continuado, tales como su Concepto, Finalidad, Naturaleza, Presupuestos, Fijación de la Pena Prescripción y Diferencia con el Concurso Material. A lo que se le suman aspectos específicos, como la relación de este tipo de delito con otros delitos como lo son los Delitos Contra la Vida, Delitos Patrimoniales, Delitos Sexuales, Secuestro Extorsivo, Robo y Hurto, Estafa, Usurpación, Contravando, Falsificaciones, Uso de Documentos Falsos y la Tenencia y Almacenamiento de Drogas.

2 Doctrina

El Delito Continuado en el Código Penal Costarricense

[Porras Arias, G y Ugalde Rojas A.R.]¹

Creemos, nuevamente, necesario transcribir como se regula el delito continuado en la legislación penal vigente, para desarrollar un análisis de la forma en que fue conceptualizado por el legislador nacional. Indica el numeral 77 del Código:

"Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto."

Primero analizaremos el concepto que se da de la figura. Esta definición lo asemeja a una de las modalidades del concurso que se encuentran sancionadas en el Código, detallando cuales son los requisitos que lo integran, y definiendo la forma en que se debe fijar la pena.

Consideramos que esa concepción es confusa, porque el delito continuado no es una forma más del concurso, o una especie particular del concurso real. Por el contrario, como lo hemos definido, se trata de una modalidad especial de ejecución de un delito unitario, donde el autor decide llevar a cabo su comportamiento mediante la realización de varios actos orientados a alcanzar un objetivo o fin único, de manera que lesione en una sola oportunidad el bien jurídico tutelado pero en forma progresiva, cuando éste así lo permita.

El delito continuado no es una modalidad de concurso material como lo indica Castillo: "el delito continuado debe configurarse como excepción a las reglas del concurso real". Es un delito unitario que debe seguir el mismo tratamiento que recibe cualquier otro delito de ellos. Sin embargo, a pesar de que en este artículo se le visualiza como un concurso, al definir cuales son sus elementos, dejando de lado esa concepción, es posible adoptar el criterio de unidad de acción.

El primer elemento que señala, consiste en que el autor persiga una misma finalidad, criterio que es propio de la unidad (factor final), incluso se ve esa finalidad como el aspecto unificador de las

llamadas "acciones". Realmente es uno de los requisitos fundamentales del delito continuado, por lo que en este sentido, fue correcta la apreciación que tuvo el legislador.

El segundo elemento que se exige, es que se afecten bienes de la misma especie. En este requisito es posible ubicar al factor normativo, en el cual depende del bien jurídico tutelado, que permita lesionarlo progresivamente.

Por último, es posible observar como el legislador, limitó la aplicación de esta figura a los bienes de carácter patrimonial, lo cual desde la posición que hemos venido asumiendo, no es del todo correcta. Si bien en ellos es más fácil apreciar la afectación progresiva, ya que es lo mismo que a una persona se le sustraigan diez mil dólares, en un solo momento, que lo hagan en diez ocasiones en distintos momentos, en las que en cada una se tomen mil dólares, con el objetivo de completar la suma indicada, pero como un mecanismo para no ser descubierto

No obstante, pueden presentarse otros bienes jurídicos que acepten la continuación, pero que por este tipo de limitaciones no pueden ser aplicados, afectando claramente, los fundamentos de la unidad real de la conducta. En este sentido, compartimos lo expresado por el profesor Castillo, al señalar:

"La figura de la continuación debe extenderse a todos los hechos punibles, -pues no se entiende por qué nuestro legislador la restringe a los delitos que afectan a bienes jurídicos patrimoniales-, con la sola salvedad de que si las distintas acciones u omisiones se dirigen contra distintas personas, no afecten bienes jurídicos personalísimos".

Lo único que no podemos aceptar de esta forma de pensar, es que haga referencia a varias acciones, porque, como reiteramos, se debe hablar de actos en continuación sin embargo, si es propio recalcar la observación que realiza respecto a la necesidad de valorar si los bienes jurídicos permiten o no que se dé la continuación.

Finalmente, estas confusiones del Código, llevan al legislador a elaborar una pena del delito continuado que es contraria a la de los delitos únicos, porque en lugar de sancionarlo con el respectivo castigo que se indica la disposición afectada, se le penaliza con un aumento de hasta el doble de la acción más grave, lo cual es imposible de determinar, ya que solo existe una conducta y por ello un delito.

Esta forma de regular la figura, tan sólo es propia de una concepción causalista en la que por cada resultado, se le atribuye una pena de acuerdo al hecho que lo causo, sin valorar la voluntad de la persona alejándose de la realidad.

En su lugar, debe seguirse el criterio finalista de la acción, propio de nuestro sistema legislativo y de cualquier Derecho Penal democrático, en el que se aprecie, no sólo el resultado, sino, si este fue el fin que realmente pretendía alcanzar el individuo con el conjunto de actos que desplegó, de acuerdo a su voluntad.

Por tal motivo, y dado las equivocaciones que este artículo genera en la jurisprudencia nacional, como estudiaremos en el segundo título de este trabajo de investigación, es conveniente y necesario que se elimine del Código Penal esta figura, sin que ello signifique de ninguna manera, que desaparezca el delito continuado de nuestro ordenamiento, por que como un caso de unidad real de acción, siempre estará presente en el ordenamiento penal, como ha ocurrido en otros países que han tomado esa determinación, como veremos en la segunda sección de este capítulo.¹

¹ El autor hace referencia a lo expuesto por Francisco Castillo en el Libro el El concurso de Delitos en el Sistema Penal Costarricense. P 113.

El Delito Continuado, Factor Final e Identidad de Bienes Jurídicos

[Zaffaroni, E.R.; Slokar, A. & Alagia, A.]²

Existen algunos tipos penales en los cuales la repetición de las conductas típicas no implica un concurso real, sino un mayor choque de la conducta típica contra el derecho, es decir, un mayor contenido de injusto de la conducta. Esto se deduce de que la interpretación de los mismos, en el sentido de que la repetición da lugar a un concurso real, lleva a resultados absurdos y a la imposición de penas aberrantes. Piénsese que quien durante seis meses sustrae una pequeña cantidad de dinero diariamente, con el propósito de apoderarse de una suma total que no puede sustraer en una única oportunidad porque sería descubierto, conforme a otro criterio interpretativo cometería ciento ochenta hurtos y, conforme a la regla del art. 55 CP podría ser penado con aplicación de la acumulación de penas. Algo análogo sucedería con quien falsifica papel moneda durante ocho horas diarias: cometería tantas falsificaciones como tandas de papel falso termine. Desde el punto de vista de la norma que da origen al tipo, no cabe duda que lo razonable es, en estos casos, sostener que se agrava el injusto y no que hay un concurso real.

Por supuesto que esta interpretación racional de los tipos que impide caer en el absurdo, sólo puede operar a partir del análisis de cada tipo penal y, particularmente, sólo en los casos en que la forma de afectación del bien jurídico admite grados. Cuando el contenido de injusto del hecho es único, como sucede en el homicidio, en que la afectación implica la destrucción del objeto de la relación en que el bien consiste, esta interpretación no puede hacerse y en tales supuestos necesariamente nos hallaremos ante una repetición de conductas que da lugar a un concurso real.

Nuestro CP, en su art. 63, cuando se refiere a la prescripción de la acción penal, dice que *la prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse*. Suele entenderse que aquí el CP quiso referirse al delito continuado y lo hizo con el nombre de "delito continuo". Sea cierto o no, entendemos que la continuación de la conducta surge claramente de la sola necesidad de interpretación racional de algunos tipos penales.

Dado que el delito continuado no está legalmente regulado, sino que surge jurisprudencial y doctrinariamente (justo es reconocer que en mayor medida contribuyó a él la jurisprudencia antes que la doctrina), no han faltado doctrinarios que sostuviesen que no existe porque carece de base legal de sustentación, olvidando que ésta se halla precisamente en cada tipo penal y que la racionalidad de la construcción se hace evidente cuando pensamos que no es voluntad de la ley penar al que hurta diez mil pesos en cien tandas de cien pesos con cincuenta años de prisión, y al que lo hurta de una sola vez con dos años.

Dejando de lado las posiciones cómodas, que prefieren inclinarse por negar el problema ante la falta de una disposición expresa de la ley que lo previese, y tratando de caracterizar los elementos que requiere la continuidad de la conducta en estos casos, digamos que ante todo se requiere, como en cualquier otro supuesto, la unidad de la conducta, el *factor psicológico o factor final*, es decir, una unidad de dolo o de resolución, una resolución o *dolo unitario*: si el que hurta diariamente una pequeña cantidad de dinero no lo hace con una decisión única, como por ejemplo, apoderarse del dinero que necesita para pagar una deuda o para comprar un mueble, sino que repite la decisión diariamente porque se siente tentado en la misma circunstancia, no habrá una continuidad de la conducta, sino tantas conductas como decisiones tome. Hay autores que sostienen lo contrario y dicen que la unidad la da la culpabilidad, por la unidad de circunstancias. Creemos que ello no es cierto, porque la unidad de circunstancias a tomarse en cuenta en la culpabilidad no puede dar por resultado una unidad a los efectos del desvalor típico, que es un estrato anterior del

análisis del delito. Esto debe ser dicho sin perjuicio de que en el concurso real, en unidad de circunstancias que configuran una unidad de culpabilidad no se le pueda repetir el reproche de culpabilidad al autor en cada pena que se gradúe (de allí que las reglas del concurso real para la graduación de la pena implican una acumulación pero no una suma aritmética).

Además del factor final o dolo unitario en el aspecto subjetivo, en lo objetivo se requiere la identidad del bien jurídico afectado y la identidad del tipo en que incurre la conducta, aunque este último requisito es relativo, pues puede darse continuidad con tipos calificados y básicos: el que algunos días usa una llave falsa para apoderarse del dinero (art. 163 inc. 3° CP) y otros en que la puerta está abierta no usa la llave. La continuidad temporal y espacial no es tampoco un requisito invariable del delito continuado, pero puede ser un indicio de la continuidad. Tampoco se requiere la identidad del titular del bien jurídico, salvo en ciertos tipos. Se dice que en los tipos en que el delito continuado requiere la identidad del titular del bien jurídico se trata de bienes jurídicos "personalísimos" o "altamente personales". Este concepto no está muy claro doctrinariamente. Por nuestra parte entendemos que la identidad del titular del bien jurídico se requiere en los casos en que el tipo implica una injerencia en la persona misma del titular y no sólo en sus derechos. Hay una continuidad de la conducta si un sujeto sigue dando golpes a la misma persona, o si quien tiene maniatada a una mujer, sin dejar de ejercer la violencia, tiene dos o más accesos carnales con ella, pero no puede hablarse de continuidad en estos casos si las víctimas son distintas. A todo ello cabe agregar una advertencia que ya formulamos: sólo es admisible la continuidad del delito cuando el bien jurídico admite ser afectado por grados.

Estructura del Delito Continuado

[Velásquez V, F]³

La estructura. Se requieren tanto exigencias objetivas como subjetivas para poder construir la noción acabada de formular.

a) Ubicación

Al respecto se observa una marcada falta de armonía conceptual en el derecho comparado. En efecto, la más tradicional doctrina alemana hace hincapié en dos exigencias básicas: la pluralidad de acciones homogéneas y el dolo de conjunto y/o un dolo de continuación; las construcciones italianas -que tanto han incidido en Latinoamérica- inclinadas hacia las posturas subjetivistas, hablan de a) la pluralidad de acciones u omisiones, b) la identidad de disposición penal violada y c) de la unidad de designio criminoso. Los desarrollos hispanos hablan de los siguientes elementos: a) unidad de propósito, de designio, de fin, de plan, de dolo o de resolución de voluntad; b) unidad de lesión jurídica, pues las diversas acciones deben infringir una misma norma jurídica; c) unidad de sujeto pasivo, elemento discutible en los delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales; d) unidad de ocasión, dado que las diversas acciones u omisiones se deben estar conectadas con una cierta conexidad espacial o temporal; e) imposibilidad de individualizar las distintas acciones; f) una cierta conexión espacial o temporal entre las diversas acciones.

b) Los elementos externos

1. La unidad de sujeto activo. Así parezca obvio, el delito continuado sólo es factible cuando se presenta un agente realizador único, esto es, se requiere uniformidad del agente que ejecuta la conducta típica; naturalmente, ello no significa que el actor sólo tenga que ser una persona pues la



conducta continuada puede ser obra de varias que, mancomunadamente, tengan esta calidad, como cuando actúa un número plural de coautores. De ello se infiere, además, que si toman parte varias personas en actos distintos, el nexo de continuidad sólo se podrá predicar de quienes intervengan en todos ellos; en otras palabras: nada impide reconocer el nexo de continuidad al mismo autor (o autores) que han contado con distintos partícipes.

Así mismo, si intervienen plurales personas diferentes en actos a su vez distintos, con participación criminal diversa en cada una de ellas, no habrá identidad objetiva, esto es, no se tratará de una infracción reiterada a un mismo o semejante precepto penal, con lo que no se podrá hablar de nexo de continuidad alguno. No es, pues, posible la continuidad entre *acciones de partícipe y de autor* pues este exige que la intervención en la infracción penal se lleve a cabo al mismo título.

2. La unidad de acción. Se ha dicho que este instituto requiere una pluralidad de acciones u omisiones - aunque ello no significa, necesariamente, que se tenga que optar por la tesis de la *unidad jurídica de acción*; no obstante, si se asumen las concepciones realistas se debe admitir que éste es un caso de verdadera *unidad de acción final*, pues los diversos actos o hechos -comisivos u omisivos-, sea que encajen completamente en el tipo penal respectivo o apenas impliquen un comienzo de ejecución de la conducta punible, conforman una sola conducta llevada a cabo en un determinado contexto social y animada por un propósito también único. No obstante, debe advertirse, no ha faltado quien -en la doctrina italiana— postule que el delito continuado puede presentarse no sólo si hay pluralidad de acciones u omisiones sino cuando, en ciertas hipótesis, se presente una unidad de acción. Con ocasión de este elemento, se ha debatido si procede o no el delito continuado en los *delitos culposos* y las diversas posturas comienzan con las positivas, pasan por las escépticas que se muestran dudosas sobre dicha posibilidad, hasta [legar a las negativas que, sin discusión, lo descartan; así mismo, se pregunta la doctrina si es o no viable en las *conductas omisivas* -inquietud solucionada de manera positiva por los expositores y las legislaciones-, sin faltar quien afirme que pueden concurrir conductas comisivas y omisivas.

3. La unidad normativa relativa. Es indispensable, además, que los diversos actos constitutivos de una unidad de acción infrinjan de manera reiterada la misma figura típica, aunque nada se opone a que se pueda llevar a cabo una de naturaleza semejante, a condición de que el bien jurídico afectado sea el mismo; no obstante, se emplean múltiples denominaciones: unidad o identidad de norma violada, unidad de ley violada, violación del mismo precepto, identidad de bien jurídico lesionado o identidad de tipo violado. Así las cosas, puede haber nexo de continuación entre un hurto simple y uno calificado, o entre una conducta de estafa tentada y otra realizadora del tipo penal o al revés (acto completado seguido de tentativa), entre varias conductas tentadas, o entre la realización del tipo básico y el agravado, etc.. Lo importante es que los diversos actos obedezcan a una misma idea finalística, realicen un mismo supuesto de hecho o tipo penal y que, además, se lleven a cabo con igual dinámica comisiva u omisiva.

4. La exclusión en caso de bienes jurídicos altamente personales. Como norma general, sólo se acepta el nexo de continuación cuando los bienes jurídicos afectados no son de aquellos calificables como "altamente personales" - o sea, los que comportan una "afección directa al mantenimiento y desarrollo de la personalidad de otro"-, por lo que si se realiza una conducta continuada que afecta a uno de esos bienes jurídicos se deberá apreciar una figura distinta: un concurso ideal homogéneo o un concurso material; desde luego, si el sujeto pasivo -entendido como el titular del bien jurídico, pues la noción es polivalente- es el mismo, acepta la continuación delictiva sin importar la clase de bien jurídico afectado.



5. *La unidad o pluralidad de sujeto pasivo.* Así mismo, la conducta sólo debe recaer sobre el mismo titular del bien jurídico (el sujeto pasivo del delito), lo que no la descarta cuando se tratare de diversos sujetos pasivos de la acción o de distintos perjudicados (conceptos bien diferentes a los anteriores); no obstante, se admite que el sujeto pasivo del delito puede ser plural tal como acontece cuando los bienes jurídicos afectados no son "altamente personales", o en el llamado *delito masa*. Así las cosas, de cara a este requisito son tres las tesis formuladas: una, para la que el sujeto pasivo del delito debe ser siempre único; otra, que no admite distinciones y clama por el reconocimiento de la figura siempre que haya pluralidad de sujetos pasivos; y una tercera o intermedia, que acepta la pluralidad de sujetos pasivos del delito a condición de que los bienes jurídicos afectados no fueren *altamente personales*, en cuyo caso no procede. Es más, a manera de variante de la tercera postura, algún sector doctrinario y del derecho comparado distingue entre bienes jurídicos "altamente personales" que excluyen la continuación y aquellos que sí la permiten para lo que, en veces, dejan a la valoración del funcionario judicial la apreciación o no del nexo de continuidad, tal como sucede con el art. 74 num. 3 del C. P. español de 1995 -modificado por Ley Orgánica 15/2003- acorde con las pautas del art. 69 bis introducido en 1983. Para otros autores, sin embargo, el problema se debe resolver a partir del bien jurídico afectado de la mano de una concepción ontológica de la acción humana; o bien, en atención al *poder de absorción de cada figura*.

6) El empleo de medios o procedimientos semejantes. A título de elemento accidental, salvo -claro está-, que la utilización de los mismos no conlleve la realización de tipos de delito distintos, se exige que los medios desplegados sean análogos. Como se ha dicho, este elemento no es más que un medio de prueba o una confirmación especial del elemento "unidad o semejanza de tipo infringido", o un instrumento para interpretar el elemento subjetivo que debe concurrir.

7) El aprovechamiento de ocasiones idénticas. Esto significa, que debe haber unidad o identidad de ocasión, esto es, que los diversos segmentos de la conducta final se lleven a cabo en circunstancias fácticas similares o asimiladas; se trata, sin duda, de otro elemento no necesario que puede o no exigirse según las circunstancias que rodean el suceso criminal y el entorno en el que se realiza el mismo.

8) La conexión espacial y temporal. O sea, también a título de mera exigencia accidental, los diversos actos realizados por el agente se deben ejecutar en un determinado momento y en un contexto espacial más o menos preciso; desde luego, ello no implica que se deban realizar en un lapso breve sino que se deja a la discrecionalidad del fallador el juzgamiento de la situación -lo que demuestra que es una cuestión puramente procesal-, de tal manera que él aprecie si el han producido o no con cierta periodicidad o ritmo, e indique si pueden o no ser abarcados dentro del plan delineado por el actor.

c) *El elemento interno*

Es este el componente más discutido de la figura. En efecto, en primer lugar, un amplio sector doctrinario de orientación italiana acude a criterios como la "*unidad de designio*" -llamado por algunos expositores hispanos como la *unidad de propósito*-, que la actual redacción del art. 81 inc. 2º del C. P. conoce como *un mismo designio criminoso*, aunque también en el pasado se ha la referencia a la "*unidad de resolución*" (en realidad un concepto semejante al de *dolo*).

En segundo lugar, las construcciones alemanas, tras un largo e intenso debate, se inclinan, por una de estas tres posturas: una, que defiende el llamado "dolo global", a cuyo tenor se requiere

que el autor planee desde un comienzo la realización de los actos sucesivos y progresivos, a la vista del resultado global, de tal manera que todos esos actos queden comprendidos en él; otra, inclinada por el llamado "dolo de continuación" construcción para la que el autor actúa en la medida en que se van produciendo circunstancias análogas, pero sin un plan previo o preconcebido; y, una más, que acude a posturas mixtas, al combinar ambos componentes. Esto último, justamente, es lo que hace el derecho español tras la reforma de 1983 cuando habla de la ejecución de un plan preconcebido (esto es, una expresión sinónima de la de designio criminal) o del aprovechamiento de idéntica ocasión (o unidad de motivación), y que se mantiene en el art. 74 del C. P. de 1995 aun tras las reformas posteriores.

Así las cosas, puede afirmarse que la figura del delito continuado requiere un "dolo global o conjunto" (plan preconcebido), o sea, una verdadera *unidad de finalidad*; en otras palabras: es indispensable un designio único a manera de verdadera abrazadera que permita aglutinar los diversos actos en una sola acción o conducta.

Diferencia con el Delito de Masa

[Porras Arias, G y Ugalde Rojas A.R.]⁴

El delito de masa es aquel en que se presenta una lesión o amenaza a bienes jurídicos cuya titularidad recae en un número plural de personas.

De igual forma, el delito continuado podría afectar bienes jurídicos pertenecientes a varios sujetos pasivos, sin que se altere su naturaleza jurídica. Ello no significa, que el delito de masa sea una especie de delito continuado, ni que éste siempre afecte varios sujetos pasivos.

3 Normativa

Penalidad del Delito Continuado

[Código Penal]⁵

ARTÍCULO 77 Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto.

4 Jurisprudencia

Delito Continuado: Concepto, Finalidad, Fijación de la Pena y Diferencia con el Concurso Material

[Sala Tercera]⁶

"IV. [...] El delito continuado, es una modalidad *sui generis* de concurso material, aplicable en delitos de carácter patrimonial únicamente, que se diferencia por la finalidad común que



interrelaciona la pluralidad de acciones ilícitas que lo conforman. Por dicha particularidad, el legislador previó para este tipo de concurso, reglas para el cálculo de la pena, que resultan más favorables que las previstas para los restantes casos de concurso material. Es así que el numeral 77 del Código Penal, establece que para el delito continuado, procede imponer: *“...la sanción que corresponda al delito más grave, aumentada hasta en otro tanto...”* Sobre la forma de interpretar la regla establecida en el citado numeral 77, esta Cámara ha dicho: *“...la forma correcta de fijar la sanción cuando previamente se ha establecido la existencia de un delito continuado, es la siguiente: se toma como parámetro la pena abstracta (en sus límites inferior y superior) y se duplica y una vez realizada esta operación, el Tribunal fija la sanción correspondiente, ubicándola en las nuevas dimensiones (...) en tratándose del delito de peculado (artículo 354 del Código Penal) la pena prevista es de tres a doce años de prisión y por darse la continuidad, debe multiplicarse por dos (aumentada hasta en otro tanto, dice la Ley), por lo que los extremos menor y mayor pasan a seis (6) y veinticuatro (24) años de prisión, respectivamente y luego de establecidos debe determinarse la pena, siguiendo los lineamientos del artículo 71 ibídem...”* (Sala Tercera, resolución N° 673, de 10:00 horas, del 7 de agosto de 2003; el resaltado es suplido. En igual tesitura, ver las resoluciones N° 440-F, de 8:40 horas, del 23 de agosto de 1991 y N° 444-F, de 15:00 horas, del 21 de agosto de 1996, ambas de esta Sala). Una mejor consideración del punto, sin embargo, permite aclarar la correcta interpretación de los parámetros fijados legalmente, en cuanto a la penalidad de este tipo de concurso. En este orden de ideas, cabe señalar en primer lugar, que una lectura a conciencia de la norma, permite inferir que nuestro legislador estimó que por las características particulares de este tipo de concurso, éste merecía una pena que si bien superaba por razones lógicas la que es posible imponer en el concurso ideal, debía atenuarse en relación con los restantes casos de concurso material. Por ello, si bien el aumento de la pena no es facultativo (como ocurre en el concurso ideal), sino obligado para el juez, si se lee detenidamente la norma puede apreciarse que el legislador no estableció un “piso” o monto mínimo de aumento, pero sí un límite en cuanto a la extensión del aumento de la pena, que se verifica justamente en la expresión *“hasta en otro tanto”*, del mencionado artículo 77. En otras palabras el Tribunal debe fijar la pena acorde con las circunstancias particulares del caso, pero siempre partiendo de la pena abstracta que correspondería al delito más grave (tres a doce años de prisión en este caso), aumentada (en sus extremos menor y mayor) hasta en otro tanto, lo que por supuesto no implica que en todos los casos el aumento deba corresponder necesariamente a la duplicación del monto abstracto. De otra forma, si lo que el legislador quería era imponer un rango de sanción abstracta que necesariamente duplicase la prevista para el delito más grave, la redacción del artículo hubiese sido *“aumentada en otro tanto”*, pero no es esto lo que el artículo 77 ejúsdem dice. Tratándose del delito continuado, esta Sala ha dicho que la pena en abstracto, en su extremo menor y mayor se debe duplicar y que dentro de esos parámetros se individualiza el monto de la sanción para el caso concreto (véase resolución 673-03 de las 10:00 horas, del 7 de agosto del 2003). Ello significa que, en el proceso que nos ocupa, partiendo de la pena abstracta del peculado, los jueces habrían podido elegir entre una pena de más de tres años (entiéndase ya sea tres años y un mes o bien seis años) hasta veinticuatro años (el límite máximo a imponer pues corresponde al extremo mayor de la pena abstracta aumentada “hasta en otro tanto”). Lo anterior es consecuente, además, con una interpretación sistemática de la penalidad de los concursos. Así, la regla de la penalidad en el delito continuado se dispuso como una atenuación de las consecuencias del concurso material común: *“...La figura surgió para atemperar la sanción en aquellos casos de reiteración delictiva en corto espacio de tiempo, y de forma semejante, pues se consideró que esas conductas repetidas son más reprochables que una sola, pero tienen menor contenido injusto que la suma de todas...”* (Sala Tercera, resolución N° 148, de las 9:00 horas, del 24 de febrero de 2006). Pero si aplicáramos las reglas para el cálculo de la penalidad del delito continuado según se ha venido interpretando (obligada duplicación del extremo mínimo, al igual que el máximo), ello implicaría una contradicción a la voluntad del legislador. En conclusión, la norma del artículo 77 ejúsdem



establece , sin visos de duda, que el aumento de la pena prevista en la norma para el delito más grave debe aumentarse, y que el límite de dicho aumento es “hasta en otro tanto”, pero sin que se impidan aumentos menores a la duplicación, de lo cual se extraen dos consecuencias, para la correcta lectura del citado artículo 77: 1) Por un lado , la penalidad del delito continuado tiene como base la sanción que, de manera abstracta , corresponda al delito más gravemente sancionado. No obstante, dicho monto debe aumentarse (nótese que no se trata de una facultad de aumento, como la establecida en el concurso ideal , sino que se utiliza el término “aumentada” , que implica su necesario aumento); 2) En segundo término, que el tanto del aumento no tiene límite inferior, pero sí se establece como límite superior, el doble del extremo máximo de la pena prevista, según el tipo penal del que se trate. Retornando al caso particular, siendo que el justiciable fue condenado por veintinueve ilícitos de peculado en delito continuado, el rango posible dentro del cual el juzgador puede establecer la pena, va de más de tres años, a veinticuatro años (párrafo primero del numeral 354 en concordancia con el 77, ambos del Código Penal). Por ello , la sanción de doce años no se encuentra sobre el quantum que le era posible al Tribunal imponer, en aplicación de las reglas de la penalidad del delito continuado. Ahora bien, continuando con el reproche de la parte , en cuanto al carácter resocializador de la pena, se aprecia que el *a quo* sí tomó en consideración dicho fin, al estimar que: “... desde el punto de vista de la prevención especial positiva, considera el tribunal que con una pena media el imputado, desde su privación de libertad podrá interiorizar la dimensión de sus hechos y podrá dirigir su conducta hacia el respeto del orden jurídico, para lo cual pareciera ser que el término máximo de la pena en nada va a reponer en el ánimo del encausado los valores infringidos...” (folio 1820). No existiendo los vicios denunciados por el impugnante, lo procedente es declarar sin lugar el recurso interpuesto.”

Naturaleza y Generalidades sobre el Delito Continuado

[Tribunal de Casación Penal]⁷

“II. [...] El señor Defensor Particular del justiciable dirige su primer alegato hacia la fundamentación del peculado en su forma de delito continuado. En otras palabras, exige de la sentencia una ponderación de los requisitos del artículo 77 del Código Penal. A partir del folio 449 se puede leer, claramente, que el juzgador prestó especial atención a la figura del peculado, tal y como está descrito en el artículo 354 del Código represivo. Con razón, y sobre todo a folio 450, relaciona el juez el deber de probidad que debe ser respetado por todo funcionario público con el deber de proteger el patrimonio de la administración pública, que es uno de los elementos de significación del carácter pluriofensivo de esta criminalidad. El acto de apropiarse de dineros que están bajo su custodia tiene, por supuesto, un eminente carácter patrimonial y lo hace susceptible de cumplir los requisitos del artículo 77 del Código Penal. Ahora bien, la existencia del delito continuado en un Código Penal que ha proyectado su vigencia al Siglo XXI refleja una de las muchas razones por las cuales esta legislación requiere un remozamiento inmediato. Se trata de una figura heredera de épocas pretéritas donde el delito continuado fue una construcción con el objetivo de evitar la injusticia a la que llevaba la unificación de varios hechos contra bienes jurídicos patrimoniales, y que podían acarrear para el condenado consecuencias punitivas gravísimas. Con el fin de atemperar estas consecuencias fue ideado el delito continuado. Hoy en día este uso ya no es más necesario, por lo que en los procesos de reforma penal (en el Proyecto de Código Penal de Costa Rica de 1995, por ejemplo), se ha decidido desistir de su inclusión. Esencialmente el delito continuado está constituido por una pluralidad de delitos, cada uno con sus requerimientos objetivos y subjetivos plenamente demostrables, es decir, que su esencia es la de ser una ficción, pues en realidad se trata de un concurso de delitos, que por fuerza de esa ficción jurídica son



tratados de manera unitaria a los efectos de la imposición de la pena. De esta forma se considera una pena única para un delito que (por ficción jurídica) tiene una consideración unificada. No obstante, mientras subsista esta determinación legal debe aplicarse, y en el caso concreto encuentra plena aplicación. Obsérvese que el condenado insertó información falsa en el sistema informático (folio 451 de la sentencia) y creó ficticiamente dinero, el cual materializó en el momento que lo depositó en sus cuentas y luego lo retiró sustrayendo esas sumas del banco. La unidad de este *modus operandi* le da sentido jurídico a la atención del hecho en su unidad, aun cuando sean diversos los momentos del impacto patrimonial para el banco, que sumados dan más de once millones de colones. El carácter patrimonial del hecho resulta indubitable, y así lo consideró con argumentación suficiente el juzgador de mérito (cfr. sobre todo folios 454 y 455 de la sentencia). Lo expuesto es suficiente para cumplir con los requisitos del artículo 77 del Código Penal. Además, el juzgador se detuvo, como corresponde, en la apreciación de un factor final en la realización del hecho, ya que si bien su actuar quedó subdividido en varios hechos, con un efecto material de carácter patrimonial unificado y adecuadamente ponderado en sentencia, este responde a una sola decisión criminosa. Esto permite observar que no sólo se analizaron factores objetivos para ver la continuidad de la acción delictiva sino también el factor final (intencional) del plan criminoso del autor. Habría que agregar a ello, que por más que la conducta de peculado pudiera considerarse pluriofensiva, está no deja de lado que uno de los fines del deber de probidad como deber de los funcionarios públicos es precisamente velar por la integridad y protección del patrimonio de la administración pública. Si no fuera así, el carácter lesivo del peculado se perdería, como se perdería también el sentido normativo de su inclusión en el Código Penal. El Bien Jurídico "Deberes de la Función Pública" junto con la norma penal que prohíbe distraer bienes confiados a la custodia de un funcionario público, crean el marco de la antinormatividad jurídica general que termina por clarificar el ámbito de lo prohibido en la ley penal, y da el sentido general a la intervención del derecho penal en esta área tan importante del quehacer público. De allí que por más que se intente analizar solo la parte de tutela de los "Deberes de la Función Pública" no puede olvidarse el componente normativo referido a la protección de la integridad patrimonial de la administración, como parte de tales deberes de probidad, que el propio recurrente admite existen dentro de la planificación legislativa de este tipo penal. La Jurisprudencia de la Sala Tercera, ya desde un importante precedente de 1996, insistió en esta naturaleza del delito continuado, y dio una muy extensa y fundada visión del problema, la cual suscribe, en su totalidad, esta Cámara de Casación: *"...El artículo 77 del Código Penal dispone que: «Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentándola hasta en otro tanto». Como se puede apreciar esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente. ¿Cuál es el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos? Considera esta Sala que debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación a los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material. De otra manera, se llegaría al absurdo de que el autor habitual de robos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su "finalidad" (la decidida habitualidad en el robo) hechos sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso real o material de delitos y no la de un solo delito continuado: sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta de hecho hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, siendo que la figura del delito continuado es una excepción sui generis a las reglas del concurso material, tanto así que la ley dispone que solo es aplicable si se afectan bienes jurídicos patrimoniales. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos. En este sentido señala Carlos Creus que:*



«Inicialmente se parte de un criterio subjetivo: la unidad de designios del autor (el cajero del banco que, decidido a reunir una determinada cantidad de dinero, lo procura sustrayendo sumas menores de la caja en distintas oportunidades). Pero, si nos conformásemos con ese criterio para determinar la dependencia, otorgaríamos al autor la injusta oportunidad de unir con su designio los hechos más dispares, merecedores de la pena del concurso, y no de la de un solo delito, por lo cual tenemos que completarlo con criterios objetivos; precisamente, en torno -como resultado- del requisito de homogeneidad desde el punto de vista de la acción, se habla de la vinculación de los distintos hechos a una misma "empresa delictiva", lo cual no depende exclusivamente del designio del autor, sino también de circunstancias objetivas que condicionan la adecuación de los distintos hechos dentro de aquel concepto, como es la unidad de bien jurídico atacado, para lo cual no bastará la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular (no puede haber continuación entre el hurto perpetrado hoy contra Juan y el perpetrado mañana contra Pedro, por más que su autor los haya unido con su designio común) y, por lo menos, que los objetos materiales de los distintos hechos pueden considerarse componentes de una "universalidad natural" (el hurto por el empleado de la máquina de la oficina no se puede continuar con el hurto de la cartera que un compañero de trabajo ha dejado en su escritorio). Pero ambos criterios de dependencia tienen que presentarse reunidos para que se pueda hablar de continuación (la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de equipar un taller, no hace dependientes el hurto de llaves a Juan, de una fresadora a Pedro y de una morza a Esteban, aunque todos esos objetos vayan a parar a la "universalidad del taller"; la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de formar un plantel de cincuenta vacas de cría no hace dependientes los hurtos de diez cabezas a Simón, veinte a Timoteo y veinte a Facundo. Pero todos esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades, en la fábrica donde trabaja, o en el plantel de cría lo forma con hacienda que va sacando poco a poco de un mismo sujeto pasivo)» [Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, págs. 241 a 242]. A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la penalidad del delito continuado solamente resulta aplicable cuando los delitos en concurso sean de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, razón por la cual se afirma que «no puede haber continuación... en los delitos que afecten bienes jurídicos distintos de los patrimoniales, aunque el agente persiga, en todos los delitos, una misma finalidad» (CASTILLO, Francisco: El concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, San José, Litografía Lil S.A., 1981, pág. 91), así como que la persecución "de una misma finalidad" debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo "para qué" y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (Ibidem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que afecten bienes jurídicos patrimoniales y que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283). Hechas estas consideraciones generales, se puede afirmar que en la especie no resulta aplicable la figura del delito continuado. En primer lugar, porque cada una de las cinco Estafas consumadas o tentadas concursa idealmente con un delito de Uso de Documento Falso, que no tutela bienes jurídicos patrimoniales. En segundo lugar, porque en este caso la diversidad de sujetos ofendidos (a saber, una asociación solidaria, tres negocios mercantiles, un banco y la Fe Pública) no es compatible con una vinculación objetiva de los hechos a una misma finalidad o designio. En tercer lugar, porque no se acreditó la existencia -mucho menos el contenido concreto- de una misma finalidad perseguida por el imputado, condición necesaria para esta figura. Nótese que los dos delitos continuados se fundaron simplemente en "que se afectaron bienes de la misma naturaleza

en una unidad de acción por parte del mismo acusado" (cfr. folio 321, líneas 1 a 6), resultando evidente que en el presente caso ni siquiera hay unidad de acción entre las cinco Estafas consumadas o tentadas, siendo que el delito continuado supone necesariamente un mínimo de dos acciones para poderse aplicar.- C) Sobre la penalidad del concurso real o material. Señala el artículo 22 del Código Penal que «Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos». Para este concurso, que puede ser homogéneo o heterogéneo, «...se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años de prisión. El juez podrá aplicar la pena que corresponda a cada hecho punible, siempre que esto fuere más favorable al reo» (artículo 76). Como se dijo anteriormente, en el presente caso se acreditó la existencia de cinco Estafas consumadas o tentadas, cada una de ellas en concurso ideal con el delito de Uso de Documento Falso, de lo cual se concluye -una vez excluida la aplicación de la penalidad del delito continuado- que hay un concurso material entre los cinco concursos ideales indicados. También se señaló que para cada uno de los cinco concursos ideales la pena aplicable sería, por lo menos, de uno a seis años de prisión. Tomando en cuenta que el imputado es una persona joven, de escasos recursos económicos, de baja escolaridad, que carece de juzgamientos anteriores y que algunos de los hechos que se le atribuyen quedaron en estado de tentativa, esta Sala considera que a los hechos enumerados en el Considerando II de esta resolución como 2), 3) y 4) debe aplicarse el extremo menor de la pena imponible, es decir, un año de prisión. Al hecho enumerado como 1) corresponde aplicar dos años de prisión, porque en ese caso el imputado, haciendo uso de un documento falso, indujo en error a la agencia bancaria para apoderarse efectivamente de una suma considerable de dinero propiedad de la asociación referida. También debe imponerse dos años de prisión en el hecho 5) pues, a pesar de que la Estafa no se consumó, durante su ejecución sí se consumaron tres delitos de Uso de Documento Falso, de los cuales cabe destacar el uso de una falsa cédula de identidad. En estos dos últimos casos (1 y 5), para fundamentar la imposición de una pena por encima del extremo menor, debe agregarse la consideración que se ha hecho del injusto desprecio evidenciado por las conductas del imputado hacia los bienes jurídicos tutelados en cada caso, particularmente el modo en que indujo a error sobre su identidad, haciendo uso de una cédula falsa o aprovechándose de la circunstancia que se comenta en el Considerando IV de esta resolución. La suma de estas penas da como resultado siete años de prisión, pero en función de las reglas del concurso material, la pena total que deberá descontar el encartado es de SEIS AÑOS DE PRISIÓN (ya que no puede exceder el triple de la mayor), lo cual se declara en esta sentencia, casando el fallo impugnado para resolver el caso de conformidad con la ley sustantiva aplicable, en los términos que se han indicado." (1996. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 769-F de las 10,30 hrs. del 6 de diciembre). Resulta claro y evidente, que no ha sido inaplicada o aplicada incorrectamente la figura del delito continuado en la especie, no sólo desde la perspectiva de los elementos doctrinales, jurisprudenciales y legales presentados, sino también desde la misma perspectiva del fallo bajo examen, que si bien de manera suscita, pero completa, analiza los requisitos indispensables para aplicar el artículo 77 del Código Penal. **Por lo expuesto, corresponde declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del justiciable."**

Presupuestos Objetivos y Subjetivos para la Configuración del Delito Continuado

[Tribunal de Casación Penal]⁸

"I. [...]. Para resolver la cuestión planteada debe estarse primeramente a la relación de hechos



acreditados en la sentencia, que fueron los siguientes: « 1) El día 23 de mayo del año 2002, al ser aproximadamente las 9:00 de la mañana, los ofendidos Mauricio Villalobos Porras y Fabio Coto Calvo se encontraban descargando mercadería del vehículo marca Mitsubishi, placas CL122512, propiedad de la empresa Huellas Doradas Universal, en la vía pública del Paseo de Los Estudiantes, propiamente setenta y cinco metros este de la Casa del Tornillo. 2) En ese momento, fueron sorprendidos por los acusados Andrés Felipe Giraldo Marín y Javier Fernando López Acevedo, quienes actuando conforme a lo planeado, procedieron a amenazar a los ofendidos con armas de fuego, obligándolos a bajar del mismo, el cual abordaron, dándose rápidamente a la fuga. 3) De seguido, los encartados se dirigieron a la localidad de Paso Ancho, presentándose en el Mini Súper 6-9, y mediante el uso de armas de fuego intimidaron al ofendido Gilberth Castro Araya, logrando sustraer la suma de doce mil colones quinientos noventa y cinco colones, así como varias botellas de licor. 4) Hecho lo anterior, los encartados abordaron nuevamente el vehículo de marras, y continuando con el plan preconcebido, se dirigieron al Abastecedor Bayamesa, ubicado en Plaza Víquez, en donde procedieron a amenazar con las armas de fuego a la señora Blanca Lidia Ramos Reyes, propietaria del negocio, y a tres agentes vendedores, de nombre Luis Carlos León Corrales, Víctor Cortés Méndez y José Adrián Jara Araya, logrando de esta forma apoderarse de varios bienes comestibles, así como del dinero en efectivo que portaban los ofendidos (100.000; 16.000; 60.170 y 50.000 colones, respectivamente), siendo un total de doscientos veintiséis mil colones; bienes con los cuales se dieron nuevamente a la fuga. 5) Para ese momento, la Fuerza Pública teniendo conocimiento de la situación, organizó un operativo, logrando ubicar rápidamente, por las inmediaciones de la Ferretería El Pipiolo, en Plaza Víquez, el vehículo sustraído, el cual era conducido por los aquí imputados, quienes al percatarse de la presencia policial, intentaron darse a la fuga; no obstante perdieron el control del automotor, chocando contra las verjas de una casa, ubicada en barrio Córdoba, propiedad de la señora Hellen Peña Chaves, en donde finalmente son detenidos. 6) Los imputados a modo de indemnización o pago de daños, causados por su actuar ilícito, resarcieron a los ofendidos, cancelando en dinero en efectivo a su favor, los siguientes montos: A doña Blanca Lilia Ramos la suma de cien mil colones; a don Luis Carlos León Corrales la suma de dieciséis mil colones; a don Víctor Cortés Méndez, la suma de cincuenta mil colones; a don José A. Jara Araya, la suma de cincuenta mil colones; y a doña Hellen Peña Chaves, la suma de ciento noventa y tres mil colones» (sentencia, folios 259 a 260). Vista la anterior relación de hechos probados debe descartarse que se esté en presencia de una situación en la que resulta aplicable la penalidad del delito continuado, en los términos del artículo 77 CP, puesto que, por una parte, la mera reiteración delictiva (en este caso tres Robos agravados) en un breve espacio de tiempo y con un *modus operandi* semejante, no significa necesariamente que se esté en presencia de la ejecución de un plan orientado por una misma finalidad y por otra parte, que las acciones emprendidas no solo lesionaron bienes jurídicos patrimoniales sino que precisamente los tres delitos asumieron la calificación del artículo 213 inciso 2° porque en cada uno de los apoderamientos ilegítimos verificados no solo medió violencia sobre las personas sino que además fue cometido con armas, de modo tal que se vieron en peligro bienes jurídicos personalísimos de orden superior al mero patrimonio de los ofendidos, como son su libertad e integridad corporal. Nótese que algunas de las víctimas fueron ocasionales (tal es el caso de los tres agentes vendedores), lo que subraya que los asaltos no consistieron en la ejecución de un plan orientado por una misma finalidad sino que fueron una simple reiteración delictiva, lesiva para bienes jurídicos más trascendentes que el mero patrimonio de los afectados. Por otra parte, nótese que el artículo 77 se refiere literalmente a la pena "prevista" para el delito más grave (en este caso es de 5 a 15 años según el artículo 213 CP), no a la pena fijada en concreto y con la disminución de hasta un tercio que faculta la adopción del procedimiento abreviado (en este caso tres años y cuatro meses), como parece suponer el recurrente al afirmar que en este caso se debió imponer una pena total de seis años y ocho meses de prisión a su patrocinado. Finalmente, como ninguna actividad humana es ajena a la posibilidad de error, puede



ser cierto que algunas veces las sentencias de casación penal, ya sean de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia o de este Tribunal de Casación Penal, no tengan una adecuada fundamentación, pero por lo menos no parece ser ese el caso de la que ha sido concretamente citada y criticada por la defensa en su recurso, al punto de afirmar que "...el voto número 01236-2002 de la Sala Tercera no constituye aún jurisprudencia en sentido técnico como para pensar que pueda informar el ordenamiento jurídico (que sea fuente indirecta de ley), pues para tal efecto informador el art. 9 del Código Civil exige al menos dos resoluciones en el mismo sentido. Dicho voto debe ser seriamente revisado" (recurso, folio 283). Se ha tenido a la vista el fallo mencionado y se aprecia que en realidad no constituye ninguna novedad jurisprudencial sino que reitera lo que la Sala Tercera había señalado inicialmente en las sentencias N° 769-F-96 de las 10:30 horas del 6 de diciembre de 1996 y N° 94-2000 de las 8:45 horas del 28 de enero de 2000, a las que se remite expresamente. Así, pues, en el precedente inicial ³luego reiterado en dos oportunidades⁴ no sólo hay citas de Carlos Creus para apoyar la decisión sobre el fondo del asunto planteado, sino que además se citan otros autores y debe precisarse que, en todo caso, tales citas son hechas a modo de complemento del propio razonamiento expresado por lo jueces de casación. En efecto, puede apreciarse que las citas doctrinales de los textos de Carlos Creus (quien es argentino, no colombiano como dice el recurrente), de Francisco Castillo González (de Costa Rica) y de Enrique Bacigalupo (de España), son hechas para complementar el razonamiento de los Magistrados, lo que cabe ilustrar con la transcripción parcial de dicho precedente, el cual dice así, en lo que interesa: «...B) Sobre la penalidad del delito continuado. El artículo 77 del Código Penal dispone que: «Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentándola hasta en otro tanto». Como se puede apreciar esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente. ¿Cuál es el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos? Considera esta Sala que debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación a los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material. De otra manera, se llegaría al absurdo de que el autor habitual de robos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su "finalidad" (la decidida habitualidad en el robo) hechos sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso real o material de delitos y no la de un solo delito continuado: sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta de hecho hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, siendo que la figura del delito continuado es una excepción *sui generis* a las reglas del concurso material, tanto así que la ley dispone que solo es aplicable si se afectan bienes jurídicos patrimoniales. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos. En este sentido señala Carlos Creus que: «Inicialmente se parte de un *criterio subjetivo*: la unidad de designios del autor (el cajero del banco que, decidido a reunir una determinada cantidad de dinero, lo procura sustrayendo sumas menores de la caja en distintas oportunidades). Pero, si nos conformásemos con ese criterio para determinar la dependencia, otorgaríamos al autor la injusta oportunidad de unir con su designio los hechos más dispares, merecedores de la pena del concurso, y no de la de un solo delito, por lo cual tenemos que completarlo con *criterios objetivos*; precisamente, en torno -como resultado- del requisito de homogeneidad desde el punto de vista de la acción, se habla de la vinculación de los distintos hechos a una misma "empresa delictiva", lo cual no depende exclusivamente del designio del autor, sino también de circunstancias objetivas que condicionan la adecuación de los distintos hechos dentro de aquel concepto, como es la unidad de bien jurídico atacado, para lo cual no bastará la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular (no puede



haber continuación entre el hurto perpetrado hoy contra Juan y el perpetrado mañana contra Pedro, por más que su autor los haya unido con su designio común) y, por lo menos, que los objetos materiales de los distintos hechos pueden considerarse componentes de una “universalidad natural” (el hurto por el empleado de la máquina de la oficina no se puede continuar con el hurto de la cartera que un compañero de trabajo ha dejado en su escritorio). Pero ambos criterios de dependencia tienen que presentarse reunidos para que se pueda hablar de continuación (la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de equipar un taller, no hace dependientes el hurto de llaves a Juan, de una fresadora a Pedro y de una morza a Esteban, aunque todos esos objetos vayan a parar a la “universalidad del taller”; la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de formar un plantel de cincuenta vacas de cría no hace dependientes los hurtos de diez cabezas a Simón, veinte a Timoteo y veinte a Facundo. Pero todos esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades, en la fábrica donde trabaja, o en el plantel de cría lo forma con hacienda que va sacando poco a poco de un mismo sujeto pasivo)» [*Derecho Penal Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, págs. 241 a 242]. A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la penalidad del delito continuado solamente resulta aplicable cuando los delitos en concurso sean de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, razón por la cual se afirma que «no puede haber continuación... en los delitos que afecten bienes jurídicos distintos de los patrimoniales, aunque el agente persiga, en todos los delitos, una misma finalidad» (CASTILLO, Francisco: *El concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense*, San José, Litografía Lil S.A., 1981, pág. 91), así como que la persecución “de una misma finalidad” debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo “para qué” y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (Ibídem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que afecten bienes jurídicos patrimoniales y que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: *Principios de Derecho Penal*, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283). Hechas estas consideraciones generales, se puede afirmar que en la especie no resulta aplicable la figura del delito continuado. En primer lugar, porque cada una de las cinco Estafas consumadas o tentadas concursa idealmente con un delito de Uso de Documento Falso, que no tutela bienes jurídicos patrimoniales. En segundo lugar, porque en este caso la diversidad de sujetos ofendidos (a saber, una asociación solidaria, tres negocios mercantiles, un banco y la Fe Pública) no es compatible con una vinculación objetiva de los hechos a una misma finalidad o designio. En tercer lugar, porque no se acreditó la existencia -mucho menos el contenido concreto- de una misma finalidad perseguida por el imputado, condición necesaria para esta figura. Nótese que los dos delitos continuados se fundaron simplemente en “que se afectaron bienes de la misma naturaleza en una unidad de acción por parte del mismo acusado” (cfr. folio 321, líneas 1 a 6), resultando evidente que en el presente caso ni siquiera hay unidad de acción entre las cinco Estafas consumadas o tentadas, siendo que el delito continuado supone necesariamente un mínimo de dos acciones para poderse aplicar.-» (el subrayado es suplido). Los textos subrayados permiten apreciar que el análisis de la Sala Tercera sobre la figura del delito continuado parte de la consideración expresa del texto legal, concretamente del artículo 77 CP y de su contexto normativo, pues se le interpreta en relación a las normas que rigen la penalidad del concurso ideal (en el texto que antecede la cita del fallo original) y la penalidad del concurso material (tanto en el texto transcrito como en el que le sucede en el Considerando III del fallo original), por lo que no resulta atendible la crítica que formula el recurrente a la fundamentación jurídica de dicha jurisprudencia. En todo caso, el fallo que constituye objeto del presente recurso de casación fue el

dictado por el tribunal *a quo*, no la jurisprudencia de la Sala Tercera, que no tiene carácter vinculante, y que tan solo se ha citado a modo de mera ilustración, por ser parte de los alegatos del quejoso y porque en todo caso constituye un serio esfuerzo por racionalizar la interpretación y aplicación del artículo 77 CP. Por todo lo expuesto se declara sin lugar el recurso."

El Delito Continuado y la Unidad de la Acción

[Sala Tercera]⁹

XIV . Como décimo segundo motivo del recurso de casación, el cual ha sido llamado por los impugnantes como **segundo motivo por el fondo**, se alega **"VIOLACION DE LA LEY POR APLICACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 354 DEL CÓDIGO PENAL"**(cfr. folio 11096. El resaltado corresponde al original). Consideran transgredidos los numerales 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 39, 41, 46 in fine y 154 de la Constitución Política. Señala la defensa, que su patrocinado fue condenado por dos delitos de peculado, pero esta queja se dirige específicamente, contra la conducta que el Tribunal de juicio sancionó como el segundo delito de peculado, el cual, según su consideración, es absolutamente atípica. Ello por cuanto el *a quo* señala: "...*Rafael Ángel Calderón quien como líder del PUSC movía sus "fichas" ya citadas, dentro de la Caja Costarricense de Seguro Social y a quien el entrega por concepto de comisión ilícita que luego devuelve la suma de \$140.500.00...*" (cfr. folio 11096). A consideración de los recurrentes, "*Mover fichas, como lo indica el tribunal – ni en un casino es delito. La enorme indeterminación en que al respecto incurre el tribunal debe pesar sobre el fallo y no sobre mi representado*" (cfr. folio 11097). Además, el aumento del porcentaje de la comisión que se consignó en los documentos privados y confidenciales no tenía que ser conocida por su defendido, por lo que no existe tipicidad subjetiva. Finalmente, indican que si la comisión ilícita ascendía a \$789.936,62, este monto se agota, según el cuadro de pagos de comisiones que hace el *a quo*, para el 30 de junio de 2003, razón por la cual, el dinero que se gira a favor de su representado -\$140.500,00- el nueve de enero de 2004 no podía ser producto de la comisión ilícita. Solicitan se declare con lugar el motivo, y se absuelva de toda pena y responsabilidad a su patrocinado por el segundo delito de peculado, tanto en lo penal, como en lo civil. Con ello, debe modificarse la sanción, por lo que solicita se reduzca a tres años de prisión, otorgándosele el beneficio de ejecución condicional de la pena, por ser una persona de limpios antecedentes, tomándose en cuenta que la Caja Costarricense de Seguro Social no sufrió daño alguno, pues los bienes adquiridos fueron de excelente calidad y sirvieron al país. **Por mayoría conformada por los magistrados Ramírez Quirós, Pereira Villalobos y Chinchilla Sandí, se declara con lugar el décimo segundo motivo del recurso de casación titulado como "segundo motivo por el fondo"**. En el caso *subjúdice*, por voto de mayoría de esta Sala (Magistrados Ramírez Quirós, Chinchilla Sandí y Pereira Villalobos –ésta última concurre en razón de hacer voto de mayoría sobre este tema específico, no obstante que en el considerando III había salvado su voto declarando la ineficacia absoluta del fallo, disponiendo de ese modo el reenvío para una nueva sustanciación), concordamos con la posición asumida por el Tribunal de sentencia, acerca de la calificación jurídica otorgada a los hechos acreditados en debate, considerándolos constitutivos del delito de Peculado, no así respecto a la conclusión de que se perpetraron dos ilícitos y la aplicación de las reglas del delito continuado para la fijación de la sanción penal. En este sentido, respecto a la calificación acertada que realizó el *a quo*, de los hechos tenidos por demostrados, como constitutivos del delito de Peculado, se dijo en la sentencia de instancia que: "[...] *De conformidad con el artículo 354 del Código Penal, comete peculado "...el funcionario público que sustraiga o distraiga dineros o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo, ..."*. El objeto de la acción penal en el delito de peculado



recae sobre el patrimonio público, en su sentido más amplio, compuesto por bienes, servicios o **fondos públicos**. Interesando para la resolución de este caso dar los fundamentos de porqué este tribunal considera que son fondos públicos tanto la comisión lícita como ilícita trasladada por El consorcio Instrumentarium CI-Medko a O. Fischel R % Cía S.A. Como se señaló en el considerando de análisis de la prueba de esta sentencia estamos hablando de un crédito concesional, un crédito concedido a nuestro país en condiciones muy blandas por el Gobierno de Finlandia, sin intereses, con un plazo de amortización de diez años que incluyen tres años de gracia. Crédito que se da gracias a la cooperación internacional de los países ricos a países en vías de desarrollo como Costa Rica. Incluso se necesita de la aprobación de una organización internacional como la OCDE en Europa, que vigila que los préstamos se dirijan a países de PIB bajo. Para ello previo a la aprobación legislativa, se requiere un Convenio de Préstamo entre la Caja Costarricense de Seguro Social (Prestatario) y el Sampo Bank PLC (Prestamista), banco designado por el Gobierno finlandés. En este Convenio en el artículo II. Línea de crédito el Prestamista extiende al Prestatario una Línea de Crédito, sujeta a los términos y condiciones de este Acuerdo, cuyo monto máximo de treinta y dos millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 32.000.000) (ver punto 2.01), en cuenta a la línea de crédito está extendida por parte del Prestamista al Prestatario para ser usada en la financiación de compras de equipo médico y de **servicios relacionados** de origen finlandés, (ver punto 2.03). Cada financiación de un precio de contrato al amparo de la Línea de Crédito será considerada como un crédito y **cada desembolso** al amparo de un crédito será considerado como un **préstamo**. (ver punto 2.02). Cada Préstamo que ha de ser desembolsado será desembolsado directamente por el Prestamista al Proveedor (Instrumentarium) a la cuenta y a nombre del prestatario (CCSS), ...(Ver punto 6.01). Cada Préstamo será desembolsado por el Prestamista contra un pagaré correspondiente que refleje los detalles reales del Préstamo respectivo.(ver punto 6.02). En la exposición de motivos de la Ley No.8202, igualmente se indica que la República de Finlandia, entre sus programas de cooperación con otras naciones, tiene líneas de crédito en condiciones sumamente favorables para los países beneficiarios, que son aquellos en desarrollo, con bajos y medianos ingresos. Así también que el Gobierno de Finlandia acredita al Banco Sampo PLC, como institución financiera oficial para la concesión de este tipo de créditos. También en esta exposición se consigna que este proyecto es promovido por el Gobierno de Costa Rica y la CCSS para adquirir equipo hospitalario y sustituir aquel que se encuentre obsoleto y en mal estado y dotar a los centros médicos de tecnología adecuada, para reducir la brecha tecnológica existente conforme a las políticas de desarrollo e índices de salud propuestos a alcanzar. Igualmente previo a la aprobación de ley se necesitó de un acuerdo entre los Ministerios de Relaciones Exteriores de Finlandia y Costa Rica, del Ministerio de Hacienda, de la Caja Costarricense de Seguro Social en su presidente don Rodolfo Piza Rocafort, del Banco Central, de la Autoridad Presupuestaria del Ministerio de Hacienda para el pago del monto del préstamo (\$32.000.000). Una vez que estos entes públicos manifestaron su conformidad en el Proyecto, la Asamblea Legislativa aprueba el acuerdo entre los Ministerios de Relaciones Exteriores de Finlandia y Costa Rica, y el Convenio de Crédito y Cooperación, para financiar la modernización de equipo hospitalario, entre la CCSS y el banco Sampo PLC de la República de Finlandia. El trámite de esta ley es conforme al artículo 121 inciso 15) de la Constitución Política, por aprobar un empréstito o convenio similar que se relacionen con el **crédito público**, celebrados por el Poder Ejecutivo, se requiere una votación calificada de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa. Esta ley No. 8202 establece en el artículo 2, Aprobación: 'Apruébase el Convenio de Préstamo y sus anexos..., suscrito el 7 de diciembre de 2001, entre la CCSS y el Banco Sampo PLC, hasta por un monto de \$32.000.000.00 para financiar la compra de **equipo y servicios** relacionados con el Programa de renovación de los hospitales nacionales, en los términos y condiciones que consten en el Convenio de Préstamo.' (El subrayado es nuestro). Como se viene fundamentando la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, adjudica la licitación LP-GMD-001-002, en sesión No. 7674,



artículo 4, de 1 de agosto de 2002 a favor del Consorcio 'Instrumentarium Cop- Medko- Medical' por un monto de \$ 31.999.095.00. Posteriormente el 13 de setiembre de 2002, se firma contrato entre la CCSS e Instrumentarium Corp Medko Medical , para el suministro, instalación, puesta en funcionamiento, capacitación y asistencia de Equipos Médicos. Siendo que en su cláusula primera se retoma lo indicado en la ley No.8202, Banco Pagador: el Sampo PLC, Comprador, CCSS, el crédito es el crédito concedido por el Sampo Bank de Finlandia a la CCSS para financiar este Contrato de conformidad con la Ley No.8202. En su cláusula 3, el monto del contrato, la suma de \$31.999.095.00 y en su punto 3.2' El pago del Monto del Contrato será financiado con los recursos provenientes del Crédito.'. Se habla en la cláusula 12 de Recepción e instalación de los equipos. En la cláusula 14 de Servicios, en la 16 de Capacitación. Todo esto refuerza la tesis ya esbozada de que del crédito de \$32.000.00 era para el pago de los equipos y los servicios relacionados. Servicios para los que fue sub-contratada por Instrumentarium, O. Fischel R \$ Cía. Y que según contrato entre ésta e Instrumentarium en consideración al desempeño de sus obligaciones y las tareas previstas en este contrato, Medko pagará a Fischel una comisión equivalente al 22% del valor del proyecto. El valor del Proyecto como reiteradamente se ha dicho, lo establecen los convenios y la ley en \$ 32.000.000. La comisión del 22% que incluye la comisión lícita como ilícita está contenida dentro de este crédito concesional y que por simple operación aritmética corresponde a: $\$32.000.000 \times 22 = \$ 7.040.000.00$ (folios 10677 al 10680). En este mismo sentido, agrega al a quo: "[...] Instrumentarium se paga como proveedor los equipos vendidos a la CCSS.y transfiere como se ha indicado la comisión del 22% a OFischel R. Por lo que hemos afirmado que el 2% de la comisión ilícita contenida en el 22% del pago de la comisión a Fischel es la que se toma para el pago a funcionarios públicos y a don Rafael Ángel Calderón Fournier, misma que está contenida dentro del crédito por \$32.000.000.00, que es un crédito que debe pagar el Estado Costarricense a Finlandia por medio del Ministerio de Hacienda quien asume la deuda histórica que tiene el Estado con la CCSS (pago de deuda interna por externa), en definitiva este 2% lo pagamos todos los costarricenses por ser fondos públicos Si bien el objeto de la acción tiene carácter patrimonial, dado que se procura su conservación y destino, esto no debe llevarnos a confundir el objeto material con el bien jurídico protegido en este delito. Por ello desde la óptica del bien jurídico, la tutela penal no está dirigida a la integridad del patrimonio público, sino al correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y en especial la propia fidelidad de los funcionarios encargados de velar por el mismo, a través de la observancia, respeto y cumplimiento de los deberes de la función pública (deberes de probidad, legalidad). En el uso, manejo y disposición de los bienes, servicios o fondos públicos que integran el patrimonio estatal, el funcionario encargado debe manejarlos con probidad" (folios 10680 al 10681). En definitiva se dice en el fallo de instancia: "[...] los coimputados Vargas García y Bolaños Alpízar como miembros de la Junta Directiva de la CCSS, que es el órgano encargado de administrar los dineros como se dijo de la Institución en materia de contrataciones, tenía a su cargo la disponibilidad jurídica, de estos caudales, de modo tal que mediante dicha facultad fue que lograron la aprobación de la adjudicación del Proyecto Finlandia a favor del consorcio CI-Medko, lo cual tenía como finalidad generar las comisiones ilícitas para todos los imputados Calderón Fournier, Vargas García, Bolaños Alpizar y Sánchez Arguedas, las cuales estaban contenidas en el crédito que adjudicaban. En síntesis, los acusados Vargas García y Bolaños Alpízar podían tomar decisiones sobre el destino de los dineros en materia de contrataciones, razón por la cual no cabe duda de que desempeñaban una labor de administración. De hecho, fue ese el elemento que configuró el acto dispositivo, ya que mediante aquél se definiría que se haría con los fondos públicos, a que contrataciones se aplicaría y en qué cantidad. Así las cosas, hay que agregar que el hecho de que los co-imputados Eliseo Vargas y Gerardo Bolaños no fuesen quienes manejaban directamente los dineros, no excluye la administración de estos últimos por los mismos, pues como se indicó , en virtud de las labores que desempeñaban con ocasión de sus puestos en la Junta Directiva, tomaban decisiones sobre el destino de los fondos en materia de contrataciones. De esta forma,



los acusados Vargas García y Bolaños Alpízar, disponían de los caudales públicos mediante actos propios de su competencia, tales como intervenir en las discusiones y participar en las votaciones para adjudicar la licitación pública. A mayor abundamiento, cabe señalar que la doctrina admite que el funcionario público tiene disponibilidad del dinero o los bienes cuando dentro de los mecanismos burocráticos de la Institución y mediante un acto de su competencia, puede disponer de ellos (voto Sala Tercera 700-2006). Es por ello, que en el presente caso la disposición jurídica con que contaban los imputados Vargas y Bolaños, para definir el destino de los dineros de la CCSS en materia de contrataciones, encuadra dentro del concepto de administración contemplado en el tipo penal de Peculado. Por otra parte el móvil del delito implicaba aceptar los términos de la comisión indebida solo conocidos por Eliseo Vargas y Gerardo Bolaños, únicos directivos a quienes se les cancela la comisión y que después reintegran al Poder Judicial. Igualmente el acusado Sánchez Arguedas como Gerente de Modernización, gerencia encargada de coordinar los proyectos institucionales financiados con recursos extranjeros, le correspondió agilizar los trámites de la licitación, quien solicitó expresamente a Junta Directiva y le fue concedido que la Unidad Coordinadora o Ejecutora del Proyecto Finlandia estuviera adscrita a la Gerencia de la cual era su jerarca, de esta manera mantuvo un control sobre todo el proceso licitatorio, hasta culminar con la recomendación ante Junta Directiva para que se adjudicara la licitación a Instrumentarium, el mismo igualmente recibe una comisión ilícita por su participación en los hechos, comisión que nunca reintegra al Estado. Es de anotar que el acusado Sánchez Arguedas solicita que la Unidad Coordinadora del Proyecto Finlandia, sea adscrita a su Gerencia desde el 18 de diciembre de 2001, antes de la publicación de la ley el veintisiete de diciembre del año dos mil uno. Ha dicho la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al bien jurídico tutelado. 'Peculado, el bien jurídico protegido la probidad en el ejercicio de los deberes de la función pública'. (Voto 221-F-90, 692-F-93 y 1055-97). En igual sentido la Sala en su Jurisprudencia ha establecido: 'Desde esta óptica, es importante traer a colación que el bien jurídico protegido por la norma del delito de Peculado, es el deber de probidad que debe observar el funcionario público durante el ejercicio de la función pública, el cual dicho sea de paso obliga a este último a comportarse con honestidad, integridad, rectitud y sobre todo, adecuar su comportamiento a las normas que regulan su actividad en la administración, percepción, y custodia de determinados bienes, sin importar el carácter público o privado de los mismos, ya que como se ha dicho el tipo penal solamente requiere para configurarse que estos hayan sido confiados al funcionario público en razón de su cargo y funciones.' (Voto 673-2003, 997-2001 Sala Tercera). En lo correspondiente como indicaron los señores fiscales en sus conclusiones en relación a la autoría debe indicarse que este delito es un delito funcional el cual requiere la participación necesaria de un funcionario público, es por ello que tanto la doctrina como la Jurisprudencia de la Sala lo consideran como especial propio. (Voto 659-99 y 1431-2005 Sala Tercera). Por otra parte de acuerdo a la Ley de la Contratación Administrativa La Junta Directiva de un ente autónomo, debe estar integrada por un Presidente Ejecutivo de reconocida experiencia y conocimiento en el campo correspondiente a la institución, designado por el Consejo de Gobierno. (Ver Acuerdo de Nombramiento del Consejo de Gobierno de 8 de mayo de 2002 de Eliseo Vargas García). A la Junta Directiva le corresponde dirigir la Caja Costarricense de Seguro Social, fiscalizar sus operaciones, autorizar la ampliación de los seguros y resolver las peticiones de los asegurados en último término, cuando sea del caso, **así como acordar las inversiones de los fondos de la CCSS.** (Ley Constitutiva de la CCSS, No 17 del 22 de octubre, 1943 artículo 14 incisos b) y c)). Es precisamente en el ejercicio de estas atribuciones como se analizó anteriormente que Eliseo Vargas García como Presidente de la Junta Directiva de la CCSS y Gerardo Bolaños Alpízar como integrante, representando al Estado como directivo, quienes con pleno dominio del hecho distraen dineros públicos que forman parte del patrimonio estatal, dineros que funcionalmente están bajo su administración y les ha sido confiados por ser la Junta Directiva de la CCSS la llamada en razón de su cargo a realizar las contrataciones para inversión de sus fondos. Según la ley No. 8202, aprobación del crédito concesional, el contenido del crédito por \$

32.000.000.00 debe ser para compra de equipo hospitalario y servicios relacionados, como instalación, mantenimiento, y capacitación. Pero en su lugar los aquí imputados distraen parte de este crédito, en el orden del 2% del mismo, para el pago de las comisiones ilícitas, conforme a lo acordado en el plan delictivo. En el caso concreto de Rafael Ángel Calderón, Walter Reiche y Marvin Barrantes, es aplicable la autoría del hecho por dominio funcional del hecho, ya que éstos eran parte de una estructura creada para distraer fondos del Estado, en la cual la función de cada uno de ellos fue vital para intermediar entre los personeros del consorcio CI Medko y los funcionarios públicos de la CCSS, esto se comprueba con el hecho de que los mencionados co-imputados fueron los encargados de administrar los beneficios ilícitos entregados como pago por la adjudicación de la licitación” (folios 10682 al 10685). Como se ha mencionado y según lo expuesto, esta Sala se encuentra conforme con la calificación jurídica otorgada a los hechos tenidos por demostrados, como constitutivos del delito de Peculado. No obstante, la discrepancia con el Tribunal de sentencia estriba, esencialmente, en la posición asumida en la sentencia, acerca de considerar que se está ante dos delitos de Peculado, estudiados bajo la figura del delito continuado, para fijar la sanción penal. La mayoría de la Sala considera que nos encontramos ante un único delito de Peculado, ello, a pesar de presentarse dos actuaciones, separadas espacial y temporalmente. En este sentido, estas últimas cuentan con un hilo conductor diseñado por el plan de autor de los imputados sentenciados por estos hechos. En efecto, debemos partir de la existencia de un plan delictivo previamente concebido, como lo señala el mismo *a quo* a lo largo de la sentencia, identificado en dos partes: una primera, dirigida al momento de la adjudicación de la licitación del llamado crédito finlandés, por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social, al Consorcio “*Instrumentarium Corp. Medko Medical*”, la que se obtuvo, por la suma de \$32.000.000,00 (treinta y dos millones de dólares); y una segunda parte -consecuencia de la primera- donde se amplió la compra a la empresa finlandesa, siendo debidamente autorizada por las mismas autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social, por la suma de \$7.497.736,00 (siete millones cuatrocientos noventa y siete mil setecientos treinta y seis dólares). Estos dos momentos, distanciados en el tiempo y espacio, forman parte de una unidad de acción y decisión, programada con anticipación por los imputados, para obtener los beneficios ilícitos por actos contrarios al deber de probidad, que los condujo a provocar un perjuicio económico a la Hacienda Pública. Como se ha mencionado, estas acciones forman parte de un plan delictivo común, donde se llevó a cabo la distribución de funciones o roles y, posteriormente, se configuró su ejecución conjunta por todos los imputados. Se debe tener presente que, en el caso concreto, los pagos se fueron realizando a cada uno de los imputados, en forma consecutiva, al momento en que la empresa finlandesa *CI-Medko*, recibió los dineros propios del empréstito inicial y su ampliación, por parte del Estado costarricense. Una vez con dichos dineros, los mismos fueron trasladados a las cuentas de la empresa intermediaria *O.Fischel R & Cía. S. A.* y esta, a su vez, los depositó en las cuentas de los imputados, como se podrá notar en el siguiente cuadro de los depósitos parciales realizados;

<i>Desembolsos de Sampo a CI- Medko</i>	<i>Depósito de comisiones de CI-Medko a O. Fischel</i>	<i>Depósito de comisiones ilícitas</i>	
<i>Fecha</i>	<i>Fecha</i>	<i>Fecha</i>	<i>Beneficiario</i>
<i>21 enero 03</i>	<i>23 de enero 03</i>	-----	-----

11 de febrero 03	14 de febrero 03	19 de febrero 03	G. Bolaños \$90.000 y JC Sánchez \$100.000
		4 y 6 de marzo 03	RA Calderón \$80.000
		12 de marzo 03	E. Vargas \$105.000
7 de abril 03	8 de abril 03	10 de abril 03	Movimiento interno a Walka
5 de mayo 03	5 de mayo 03	20 de mayo 03	RA Calderón \$300.000
		27 de mayo 03	G. Bolaños \$78.000
		30 de junio 03	JC Sánchez \$100.000

Lo que se debe tener presente, como lo señala la dogmática penal, es que la acción en sentido penal no necesariamente corresponde a un momento único e individual, donde el sujeto activo despliega su energía para realizar un acto determinado sino, por el contrario, esta acción penal podría comprender varios actos realizados en diferentes lugares y tiempo, sin que por ello dejemos de pensar en la existencia de una llamada unidad de acción, donde concurren todas estas conductas para lograr el fin perseguido con el plan de autor. Mucho se ha discutido a nivel doctrinal para distinguir entre unidad de acción y pluralidad de acciones jurídico penales. Se ha acudido a la tesis de la unidad natural de acción y la unidad jurídica de acción. El tratadista Enrique Bacigalupo, en cuanto a la primera tesis ha referido lo siguiente: “[...] habrá una única acción cuando el hecho se presenta objetivamente como plural pero, desde un punto de vista valorativo, resulta ser una única acción a los ojos del autor. En un sentido semejante –pero objetivamente orientado- se estima que habrá una unidad natural de acción ‘cuando se dé una conexión temporal y espacial estrecha de una serie de acciones u omisiones que fundamenten una vinculación de significado de tal naturaleza que también para la valoración jurídica sólo pueda aceptarse un único hecho punible, y esto aunque cada acto individualmente considerado realice por sí solo el tipo de ilicitud y fundamente ya de esta manera el hecho punible’. La aplicación de este punto de vista permite sostener que el que produce a otro lesiones dándole una paliza comete un hecho de lesiones aunque haya ejecutado varios movimientos y producido diversas lesiones, lo mismo que el que se apodera de los distintos frutos de un árbol ajeno sólo comete un hurto.” (Bacigalupo Enrique, *Principio de Derecho Penal Parte General*, 3era Ed., Madrid, 1994, pág. 279.) Por su parte, el autor Hans-Heinrich Jescheck ha indicado que: “la jurisprudencia y la doctrina dominante arrancan de la concepción natural de la vida para determinar el concepto de acción en la teoría del concurso. Una pluralidad de componentes de un suceso, externamente separables, deben conformar una acción unitaria cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se



encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observador no interviniente son sentidos como una unidad” (Jescheck, Han-Heinrich, “Tratado de Derecho Penal Parte General”, 4 ed, Granada, 1993, pág. 648), agrega el mismo jurista que, “Puede haber [...] unidad de acción en la realización progresiva del tipo a través de una serie de actos individuales con los que el autor se va aproximando al resultado típico. [...] Lo determinante entonces para apreciar la unidad de acción es la subsistencia de la misma situación motivacional en una unitaria situación fáctica.” (Jescheck, Han-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 4 ed, Granada, 1993, pág. 651). Por su parte, en cuanto a la tesis de la unidad jurídica de la acción, se ha indicado que existe “cuando el comportamiento típico presupone, de manera conceptual, o fáctica varias acciones particulares. Una sola y única acción es siempre el cumplimiento de aquellas condiciones mínimas del tipo penal, a pesar de que, mirando desde el punto de vista fenomenológico, pueda el comportamiento típico descomponerse en varios actos. En tal caso las diversas acciones naturales se convierten, a través del tipo penal, en una unidad de valoración (unidad de acción típica). Así, por ejemplo, el artículo 118 cód pen. castiga como aborto causar la muerte del feto. La realización del aborto supone una cantidad de actos en sentido natural, que se convierten en una sola unidad de acción desde el punto de vista penal por disposición del tipo penal.” (Castillo Gonzalez, “Derecho Penal, Parte General” 1 ed. San José, Costa Rica, 2010, pág. 610). En criterio de la mayoría de esta Sala, hay que desechar la conexión entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado para la determinación de la unidad de acción, pues una acción en sentido jurídico penal puede contener varios movimientos corporales, de modo que para poder precisar cuando se está ante una única acción es necesario acudir a la ponderación del factor final -la voluntad del agente y plan de autor- el factor normativo –la estructura del tipo penal-, esto significa analizar tanto el hecho concreto como el contenido de la norma. En este punto, resulta importante recordar que “(...) la doctrina señala que la unidad de acción es un concepto jurídico, que así como es erróneo tratar de definirla con prescindencia de la norma, así también sería equivocado tratar de definir la unidad de acción con prescindencia del hecho, sin darle el lugar subordinado que le corresponde como contenido de la norma: ‘...no es la **unidad natural de acción** la que dice cuando hay una acción en sentido legal; puede ocurrir, más bien, que una acción en sentido natural constituya legalmente una pluralidad de acciones o que una pluralidad de acciones en sentido **natural** constituya legalmente una sola **acción**. La separación entre **unidad de acción** y pluralidad de acciones solamente es posible mediante una interpretación del sentido del tipo penal realizado” (CASTILLO: *El Concurso...*, págs. 19 a 20). La adopción del factor final (plan unitario que de sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta) y del factor normativo (que convierta la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición) como criterios para dilucidar cuándo hay una y cuándo varias conductas (ya se trate de acciones u omisiones) es ampliamente aceptada por la doctrina actual y, en la medida que racionaliza fundadamente la aplicación de la ley sustantiva a partir del axioma de que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado, es adoptada por esta Sala.” (Resolución de la Sala Tercera N° 2007-128, de las 11:45 horas, del 23 de febrero de 2007). En el presente caso, por mayoría de esta Sala, se considera que sí hay unidad de acción porque se verificó la existencia de un plan común en la realización de los hechos: la resolución determinada por los coautores –factor final- de pagar y recibir comisiones ilícitas para y por la adjudicación del Proyecto Finlandia en favor del consorcio CI- Medko, lo cual tenía como finalidad generar las comisiones ilícitas para todos los imputados, mismas estaban contenidas en el crédito que adjudicaban, distrayendo de este modo parte del empréstito, en el orden del 2% del mismo, para el pago de las comisiones ilícitas, conforme a lo acordado en el plan delictivo. Lo anterior permite aseverar la concurrencia de un factor normativo al valorar en conjunto esos hechos, ya que todos los actos materiales ejecutados se dieron con motivo y con la finalidad de lograr la consecución del plan delictivo trazado. En el caso concreto, efectivamente se ha podido constatar que se ejecutaron una gran cantidad de actos que discurrieron en el tiempo y espacio de manera continua -no únicamente dos-, donde se



identificaron conductas humanas dirigidas hacia la consecución de una finalidad, armonizados todos ellos, bajo la óptica de la unidad de acción con consecuencias penales unitarias. En otras palabras, con independencia de la cantidad de desembolsos -acciones materiales- que se verificaron en el tiempo y espacio para pagar las diversas comisiones ilícitas a los distintos encartados, la adjudicación de la licitación y la consecuente ampliación de la compra al Consorcio Finlandés, son acciones que no pueden ser vistas como actos distintos, individuales e independientes, sino como una serie de sucesos que forman parte de un solo hecho criminal, identificado como una unidad de acción jurídico penal y, por lo tanto, constituyendo así una sola infracción penal, al haberse verificado que formaban parte del plan delictivo común trazado e ideado por los imputados, acciones que sin duda responden a la misma finalidad delictual. De ahí, la necesaria recalificación que se realiza por la mayoría de la Sala, para tener por realizado y consumado un único ilícito penal, identificado bajo el *nomen iuris* de Peculado. Por otra parte, es necesario dejar claro que, en este caso en particular, no se puede aplicar las reglas de penalidad (sanción) para el delito continuado, previsto en el ordinal 77 del Código Penal. Esta norma dispone que: *“Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto”*. Esta figura supone la comisión de una pluralidad de acciones de la misma especie que afectan bienes jurídicos patrimoniales, donde el autor *persigue una misma finalidad*. De acuerdo con el examen riguroso de la plataforma de hechos que fueron acreditados en debate, no se está en presencia de un delito continuado al no verificarse la totalidad de los presupuestos legales previstos para su configuración. Que en este caso, los autores hayan trazado un plan común de autor para la comisión de un ilícito y que el mismo, se haya verificado en dos momentos, pero bajo una misma finalidad, ello por sí mismo no es suficiente para que se cumplan con los presupuestos del delito continuado. Primeramente, hay que hacer la observación de que el hecho punible cometido no afectó un bien jurídico patrimonial, tal como lo exige el ordinal 77 del Código Penal. Si bien es cierto, el delito de peculado puede tener repercusiones patrimoniales y económicas sobre la Hacienda Pública, no es el patrimonio el bien jurídico tutelado por el tipo penal, sino la probidad en el ejercicio de los deberes propios de la función pública, delito previsto dentro del Título XV, sección V del Código Penal. En cuanto a la naturaleza del bien jurídico tutelado en esta ilicitud, esta Sala, en la resolución número 2007-0149, de las 16:10 horas, del 27 de febrero de 2007, indicó lo siguiente: “[...] nos señala **CASTILLO GONZALEZ**: **‘Lo que se castiga es la violación al deber de probidad del funcionario con relación a los bienes que le fueron confiados por razón de su cargo, y no la lesión patrimonial, que puede existir o no. En este caso, el delito es contra los Deberes de la Función Pública, que le dan al funcionario un especial deber de probidad respecto a los bienes que administra.’** (Op. cit., p. 11). Esta tesis es la que el legislador asumió en nuestro medio y que sigue la doctrina mayoritaria que permite explicar y dar solución a los distintos problemas que se generan con la interpretación y aplicación de la normativa que regula este ilícito, en cuanto se afirma que se está en presencia de un bien jurídico de carácter supraindividual, de tipo funcional y no estático (**SÁNCHEZ**, Feijoo, en **‘Delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal español’**; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, No. 7, Ad-Hoc, pp. 485, citado por **DONNA**, op. cit. p. 258). Lo que se intenta proteger es el concreto funcionamiento de la administración pública por medio de un adecuado actuar de parte de los funcionarios públicos que tienen a su cargo la administración, percepción o custodia de bienes o dineros del Estado. Se dice así, que el bien jurídico lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario (**DONNA**, op. cit. p. 258). O bien, como lo manifiesta **BUSTOS RAMÍREZ**, que **‘...no es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa y tampoco es un delito socioeconómico, pues no se considera el funcionamiento socioeconómico del sistema.’**

*(BUSTOS RAMÍREZ, Juan, 'Manual de Derecho Penal. Parte Especial', Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 377 y ss., citado por DONNA, op. cit. p. 259. Ver también CREUS, Carlos, 'Derecho Penal. Parte Especial', Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 286). Se aclara así que, no es que se tutele la integridad del patrimonio público, sino, en lo esencial, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la propia fidelidad de los funcionarios encargados de velar por el mismo, al punto que el patrimonio como tal puede verse afectado o no, según ya lo ha indicado también la jurisprudencia de esta Sala. Como se aprecia, los autores citados coinciden en que el bien jurídico a proteger en esta ilicitud lo es el adecuado, transparente y honrado manejo de los bienes, instrumentos o patrimonio de la administración pública para su funcionamiento." En esa oportunidad se concluyó que en el delito de peculado "el bien jurídico que se pretende proteger no es el patrimonio del Estado o de sus instituciones, sino la probidad con la que deben actuar los funcionarios públicos en torno a los bienes o dineros que se les entrega para su administración, percepción o custodia. Es decir, no es **cuánto** se disminuye el patrimonio estatal, determinado económicamente, sino si los funcionarios -a quienes se les ha encomendado la administración, percepción o custodia de los bienes y dineros públicos- han actuado de acuerdo con los deberes que impone el cargo asumido, ya que de no haberlo hecho así, según lo acusó el Ministerio Público y se deriva de la relación de hechos que se tuvo por probada, se estaría afectando el bien jurídico tutelado, o sea -en términos generales- los **deberes de la función pública**". (En este mismo sentido, véase la resolución de esta Cámara número 2008-00938, de las 08:47 horas, del 29 de agosto de 2008). En segundo lugar, para la aplicación del delito continuado, necesariamente debe existir un mínimo de dos acciones jurídico penales, presupuesto que no se cumple en este caso, al haberse cometido un único delito de peculado, de modo que no existe "delitos en concurso". En consecuencia, no resulta posible discutir la aplicación de las reglas de penalidad para el delito continuado a los hechos sometidos a estudio por las razones antes esbozadas."*

La Finalidad del Delito Continuado

[Tribunal de Casación Penal]¹⁰

" II. [...] Al emitir sus conclusiones durante el debate, el Fiscal del Ministerio Público concluyó que los imputados debían ser declarados autores responsables de dieciocho delitos de estafa, solicitó la aplicación de dos años de prisión por cada estafa para un total de treinta y seis años de prisión, que en aplicación de las reglas que rigen la penalidad del concurso material de delitos se reduciría a seis años de prisión para cada uno de ellos (cfr. acta de debate, folio 601). Sin embargo, el tribunal de juicio dispuso, en lo que interesa, lo siguiente: "...se declara a **Efraín Flores García** autor responsable de **diecisiete delitos de Estafas Menores**, cometidas en la modalidad de **Delitos Continuados**, cometidos en perjuicio de Miguel González Vega, Hans González Carvajal, Billy González Carvajal, Luis Vargas Chavarría, Damaris Calderón Arce, Ileana Gutiérrez Eduarte, José Alberto Solera Carballo, Patricia Gutiérrez Eduarte, Evelin Picado Chavarría, Dionisio Picado Chavarría, Rafael Rojas Soto, Yeudin Rojas Quintana, Lilliam Calderón Arce, María Eugenia Zúñiga Chaves, Alexander Vargas Chavarría, Ángela Córdoba Solís y Aurea Rojas Arguedas y a **Elena María Campos Sánchez**, autora responsable de **catorce delitos de Estafas Menores**, cometidas en la modalidad de **Delitos Continuados**, cometidos en perjuicio de Luis Vargas Chavarría, Damaris Calderón Arce, Ileana Gutiérrez Eduarte, José Alberto Solera Carballo, Patricia Gutiérrez Eduarte, Evelin Picado Chavarría, Dionisio Picado Chavarría, Rafael Rojas Soto, Yeudin Rojas Quintana, Lilliam Calderón Arce, María Eugenia Zúñiga Chaves, Alexander Vargas Chavarría, Ángela Córdoba Solís y Aurea Rojas Arguedas y Elena María Campos Sánchez, y en ese carácter



se les impone el tanto de **un año de prisión a Efraín Flores García** y de **cuatro meses de prisión a la Elena María Campos Sánchez**, que deberán descontar en el lugar y forma que determinen los reglamentos penitenciarios previo abono de la preventiva sufrida si la hubiera."

(folio 655, frente y vuelto) La justificación correspondiente a la calificación jurídica y a la fijación de la pena está en los dos últimos Considerandos de la sentencia (cfr. folios 650 vuelto a 654 frente), y su lectura permite corroborar que el juzgador omitió pronunciarse sobre las pretensiones del Ministerio Público. Si bien es cierto el párrafo segundo del artículo 365 del Código Procesal Penal faculta al tribunal de juicio para dar al hecho una calificación jurídica diferente de la que se incluye en la acusación o querrela, o aplicar penas distintas de las solicitadas, no debe perderse de vista que el tribunal también tiene el deber legal de deliberar y votar respecto de las cuestiones que hubieren sido objeto del juicio, como son las relativas a la existencia del hecho, su calificación legal y la individualización de la pena aplicable (artículo 361 ibidem), lo que implica la obligación de explicar o justificar por qué se acogen o no las pretensiones del actor penal (ya que el juicio se realiza sobre la base de la acusación, según el artículo 326 ib.), de manera que al no haberse fundamentado expresamente esta cuestión se ha cometido uno de los defectos que justifican la casación, conforme a los artículos 142, 363 inciso b) y 369 inciso d) ib. , y debe convenirse en que tal defecto le causa agravio al impugnante. Particularmente deficiente es la motivación extendida por el a quo para explicar por qué es de aplicación la penalidad del delito continuado, a saber: "*Si la penalidad prevista para el delito acusado está comprendida entre dos meses a tres años de prisión, a **Efraín Flores García** se le impondrá seis meses de prisión que se aumenta hasta en seis meses más para **un año de prisión**, y dos meses de prisión que se aumenta hasta otro tanto más, para **cuatro meses de prisión a la Elena María Campos Sánchez**, que deberán descontar en el lugar y forma que determinen los reglamentos penitenciarios previo abono de la preventiva sufrida si la hubiera. Lo anterior de conformidad con lo que establece el artículo 77 del Código Penal, en tanto todas Estafas se cometieron en concurso material, son de la misma especie y afectan bienes patrimoniales y los agentes persiguieron una misma finalidad, defraudar a sus víctimas. La pena impuesta al justiciable Flores García es la justa y que a juicio nuestro es la que le corresponde pues resultó el autor intelectual, beneficiario directo de la defraudación, de un elevado número de personas de escaso o ningún poder adquisitivo, de muy baja escolaridad, y porque según se estableció en el debate con su timo trascendió nuestras fronteras, es primario , de edad bastante avanzada y porque es esperar que no habrá de volver a tener tan productivas pero nefastas ideas ni inmiscuirse en negocios de esta naturaleza. A Elena María Campos Sánchez se le impone el mínimo de dos meses aumentado hasta otro tanto, es decir cuatro meses de prisión, en virtud de que es primaria, de edad avanzada, madre de familia y porque es esperar que no habrá de volver a inmiscuirse en negocios de esta naturaleza. En todos los casos los ofendidos contribuyeron a ser estafados, con su avaricia y ambición de tener los bienes que les ofrecieron de una forma muy fácil. Artículo 71 del Código Penal Como no existe ninguna razón que nos permita eximirles del pago de las costas se les condena a los convictos a pagar las costas procesales y personales de la causa penal. Firme la sentencia se ordena el testimonio de la misma para ante el Archivo y Registro Judicial, Juzgado de Ejecución de la Pena e Instituto Nacional de Criminología. Por tener las condiciones de primarios y por reunir los demás requisitos de la normativa penal, por un período de Prueba de tres años, se les concede el Beneficio de la Condena de Ejecución de la Pena. Se advierte a los condenados que de incurrir en un nuevo delito doloso, con pena superior a seis meses durante el período de prueba, se le revocará este beneficio y deberá purgar la nueva pena que se le imponga (artículos 59 y 60 del Código Penal). "* (sentencia, folios 653 vuelto a 654 vuelto). Puede apreciarse que el juez de mérito confunde el contenido de los elementos del artículo 77 del Código Penal, en el sentido de que una "misma finalidad" equivale a la semejanza en el modo de ejecución del delito, mas lo cierto es que no basta con que la ejecución de las diversas estafas sea semejante u homogénea –como en este caso– para entender que todas ellas estaban



unidas por una "misma finalidad", así se ha entendido en nuestra jurisprudencia , al decir, por ejemplo, que: *"El defensor del coimputado [...] acusa como vicio in iudicando la errónea aplicación del artículo 76 del Código Penal y la falta de aplicación del artículo 77 de ese mismo texto, ya que la penalidad de los tres delitos de Robo Agravado debió disponerse de acuerdo a las reglas del delito continuado y no con las del concurso material, razón por la cual solicita que se case la sentencia, imponiendo a los coimputados la pena de cinco años de prisión por el delito continuado de Robo agravado.-"*

*Considera la Sala que el reclamo no es de recibo, porque en este caso la diversidad de sujetos ofendidos en cada asalto no es compatible con una vinculación objetiva de los tres hechos delictivos a un mismo designio, siendo que ni siquiera se acreditó la existencia de una misma finalidad perseguida por los encartados, por lo que no se cumplen los presupuestos exigidos para el delito continuado, según la interpretación que ha hecho la jurisprudencia de esta Sala sobre la figura en comentario frente al concurso material de delitos (cfr. las resoluciones V-769-F de las 10:30 horas del 6 de diciembre y V-787-F de las 9:50 horas del 13 de diciembre, ambas de 1996), de manera que no basta la proximidad temporal en que se suscitaron las tres acciones delictivas, ni que tuvieran en común la misma tipicidad, como delitos contra la propiedad, ni que siguieran el mismo modus operandi para desplazar las reglas del concurso material de delitos, si no existe objetiva y dolosamente una misma finalidad o plan en los autores que pueda distinguirse claramente de lo que sería una mera resolución de cometer una cadena de hechos -en mayor o menor grado- homogéneos. De otra manera se llegaría al absurdo de que el autor habitual de hurtos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su "finalidad" (la decidida habitualidad en el robo) hechos sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso material real o material de delitos y no la de un solo delito continuado: sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta de hecho hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, siendo que la figura del delito continuado es una excepción sui generis a las reglas del concurso material." (Sala Tercera, Nº 224 de las 9:35 horas del 17 de marzo de 1997). La "misma finalidad" a la que se refiere el artículo 77 del Código Penal no se puede referir simplemente a que el autor se proponga estafar a un número indeterminado de personas (como en el presente caso, en el cual el propio juzgador indica que: *"...la audacia del imputado resultaba inaudita, pues no perdía oportunidad de involucrar a cuanta persona se le pusiera o atravesara en su camino"*, sentencia, folio 641 vuelto), sino que debe referirse a un plan concreto, específico, delimitado en cuanto a su contenido injusto (lo que incluye la precisión o individualización de los sujetos a estafar) en el que cada uno de los delitos haya sido previsto como un medio para la consecución de una finalidad determinada (de modo que cada delito es la realización parcial del «delito continuado», según un plan preconcebido). El elemento "misma finalidad" tampoco se reduce a la semejanza u homogeneidad en el ardid utilizado en la ejecución de las estafas, ni tampoco puede hacerse corresponder simplemente con el *dolo* de cada delito (es decir, con el conocimiento y voluntad del autor de realizar los elementos del tipo, *"defraudar a sus víctimas"* dijo el juez de mérito), pues de otra manera, siendo el dolo un factor común de los delitos en concurso, se llegaría al absurdo que apunta la jurisprudencia citada, de que el estafador profesional tendría la oportunidad de reunir una serie dispar de delitos, materialmente independientes, bajo su supuesta finalidad genérica o global de defraudar "a cuanta persona se le pusiera o atravesara en su camino", lo que excede notablemente la inteligencia de la norma, al asignar una penalidad más favorable al agente que opta por hacer de los delitos contra los bienes jurídicos patrimoniales su ocupación habitual. El error en la motivación de la sentencia se circunscribe únicamente a la calificación jurídica y la fijación de la penalidad, por lo que puede mantenerse incólume el resto de la sentencia, particularmente lo que corresponde a la determinación del hecho que cabe estimar correctamente acreditado. Para preservar el derecho al recurso del imputado, la enmienda de ese error deberá producirse con las garantías del juicio oral,*



por lo que se declara con lugar el reclamo , se anula parcialmente la sentencia impugnada , únicamente en lo relativo a la calificación jurídica de los hechos y la individualización de la pena aplicable a los imputados Efraín Flores García y Elena María Campos Sánchez, ordenando el reenvío del proceso al competente para que, con una nueva integración , realice una nueva sustanciación de esas cuestiones.”

La Conexión Temporal en el Delito Continuado

[Sala Tercera]¹¹

“IV. [...] Estima esta Sala que existió un error del Tribunal de Mérito al permitir la inclusión de este nuevo hecho en la acusación, ya que el mismo no integra un delito continuado con respecto a los otros hechos contenidos en la acusación, porque este presupone una pluralidad de acciones discontinuas en el tiempo pero dependientes entre sí. Y es que este aspecto era determinante para establecer si en el caso específico se posibilitaba la ampliación de la acusación con respecto a estos hechos. La Sala ha señalado que: *“...Es improcedente ampliar la acusación para incluir hechos nuevos en forma sorpresiva para la defensa, excepto que estos integren el delito continuado, o sean meras circunstancias de agravación de la figura penal básica. En un modelo procesal que, a pesar de la mentalidad inquisitorial prevaleciente en muchos funcionarios, intenta acercarse al paradigma acusatorio, sería resorte del Ministerio Público, y no de los tribunales ni de esta Sala, iniciar la persecución penal en los casos en que se detecten hechos nuevos en el debate –con las excepciones indicadas–... Un hecho nuevo puede **modificar** una calificación legal, solamente en aquellos casos en que la acusación sobre unos hechos concretos preexiste. Para poder **modificar** la acusación sobre unos hechos concretos y su calificación legal, se requiere que ésta preexista, pues en caso contrario el hecho nuevo no modificaría, sino que crearía una nueva acusación y una nueva calificación, lo que se ha considerado que afecta el derecho de defensa.”* (Sala Tercera, voto número 32-2005 de las 10:05 horas del 28 de enero de 2005). En el asunto analizado, de importancia es tomar en cuenta que siendo la fecha de constitución de la prenda sobre los bienes de la Carnicería propiedad del imputado el 15 de enero de 1993 (Cfr. Certificación del expediente del Juzgado Civil No. 139-01-98 visible de folio 178 a folio 186): a) Faltaban más de seis años para que el imputado realizara los traspasos ficticios de las fincas de la provincia de San José, matrículas [...], mismos que se efectuaron en fechas 18 y 19 de noviembre de 1999, respectivamente. Esta diferencia temporal entre las acciones hace que las mismas no puedan ser tomadas como dependientes entre sí, con lo que no se cumple con los requisitos para que esta nueva acción imputada a L., pueda tomarse como delito continuado en relación con los traspasos de las fincas anteriormente señalados. 2) Aún D. no había interpuesto la demanda de divorcio en contra del imputado. 3) No se había emitido la sentencia número 39-95 dictada por el Juzgado de Familia de Pérez Zeledón que declaraba esos bienes como gananciales, otorgándole a la exesposa del imputado el cincuenta por ciento del valor sobre los mismos. Por lo expuesto, no existían indicios suficientes como para concluir que la constitución de dicha prenda fue simulado, pero mucho menos- tomando en cuenta la diferencia temporal entre este hecho y los traspasos de las propiedades en cuestión- que este nuevo hecho podía agregarse a la acusación al formar parte de un delito continuado. Y es que tratándose de esta figura jurídica, la conexión temporal debe permitir la subsistencia del elemento subjetivo del delito, ya que es el dolo único el que confiere a las varias acciones una conexión interna. Así lo consideró esta Sala de Casación en el Voto 769-F-96 de las diez horas treinta minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y seis cuando afirmó que: *“...la persecución de una misma finalidad debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el*

elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo “para qué” y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (Ibidem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que afecten bienes jurídicos patrimoniales y que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283)”. La diferencia de más de seis años desde el momento en que se constituyó la prenda cuestionada, en relación a los traspasos de las propiedades que habían sido declaradas como gananciales, excluye la posibilidad de tomar como delito continuado la primera acción descrita, en relación con las ventas de las propiedades a la S.I.S.A (sobre el mismo punto ver de la Sala Tercera, voto 2004-00454 de las doce horas cuarenta minutos del siete de mayo de dos mil cuatro). Corolario de lo anterior, la ampliación de la acusación hecha en debate, y su aceptación por parte del Tribunal, contraviene lo dispuesto en el artículo 347 del Código Procesal Penal. “

La Fijación de la Pena en el Delito Continuado

[Sala Tercera]¹²

"V. Fijación de la pena: De conformidad con los hechos probados, la sustracción se dio en tres oportunidades: las dos primeras, el día dos de octubre de 2002, en la sucursal del Banco Popular de Moravia, con una diferencia de alrededor de cincuenta minutos una de la otra, y la tercera, al día siguiente, 3 de octubre, en el Centro Comercial de Guadalupe; el primer retiro, por 200.000^{°°} (doscientos mil colones), el segundo, por 100.000.^{°°} (cien mil colones) y el tercero, por 84.000.^{°°} (ochenta y cuatro mil colones). Se trata de tres acciones independientes, separadas en el tiempo una de la otra. Dada la cercanía temporal entre las acciones, la proximidad espacial, la misma forma de operar, que las conductas fueron en daño de la misma persona, a quien se causó una lesión en su patrimonio, aspectos que revelan una misma finalidad por parte del sujeto activo, se está ante un delito continuado de hurto agravado, para el cual, según el artículo 77 del Código Penal, se establece una forma particular de fijar la sanción a imponer: *“Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto”*. Sobre el delito continuado en este tipo de ilícitos, indicó esta Sala: *“Es claro que tanto en el concurso material, como en el caso del delito continuado, se produce un pluralidad de acciones típicas. Es por ello que algunos se refieren al delito continuado como “concurso continuado”, o “concurso material aparente”. Puede decirse, que se trata de un concurso material de delitos, en el que concurren aspectos que lo diferencian de éste. Francisco Castillo, en su obra “El concurso de delitos en el derecho penal costarricense”, afirma que el delito continuado es una excepción a las reglas del concurso real en el ámbito de los delitos que afecten bienes jurídicos patrimoniales. En efecto, lo que establece la diferencia entre uno y otro, es que los ilícitos en el delito continuado, han de ser de la misma especie, afectar bienes jurídicos patrimoniales, y que el sujeto activo persiga una misma finalidad, tal como establece el artículo 77 del Código Penal. Es decir, la conducta debe ser homogénea y con un fin unitario, que engloba todos los ilícitos, lo que lleva a valorarla como un solo delito, para efectos de sanción: “Para construir la figura del delito continuado, el legislador utiliza un elemento subjetivo, que une entre sí todos los delitos de la continuación: el agente debe perseguir con todos ellos “una misma finalidad”... En la hipótesis se trata, pues, de una ficción: el legislador traslada los efectos de un hecho (delito único) a otro hecho (pluralidad de delitos, en los que el agente persigue una misma finalidad). Pero tampoco la ley*



considera éstos unidos por la misma finalidad como una total unidad; por el contrario, restringe los efectos de los hechos así unidos, solamente a la consecuencia jurídica, que es la pena. Desde este punto de vista, podemos definir el delito continuado en nuestro derecho como una ficción restringida “quod poenam” (Francisco Castillo, obra citada, página 89). La figura surgió para atemperar la sanción en aquellos casos de reiteración delictiva en corto espacio de tiempo, y de forma semejante, pues se consideró que esas conductas repetidas son más reprochables que una sola, pero tienen menor contenido injusto que la suma de todas” (misma sentencia referida). En el presente caso, en ninguno de los retiros de dinero, la suma sustraída superó cinco salarios base, por lo que la pena prevista es de tres meses a tres años de prisión (artículo 209 del Código Penal). Considera esta Sala, que para imponer la pena al caso concreto, son aplicables las razones expuestas por el Tribunal de Juicio, para justificar una sanción superior a la mínima establecida. Se expuso en el fallo recurrido: “Ese monto, superior al mínimo establecido en el tipo penal, se ha impuesto considerando los parámetros establecidos en el artículo 71 del Código Penal, en particular los aspectos subjetivos del hecho punible que denotan que la encartada se aprovecha de la relación de amistad, compañerismo, y de la confianza que le tiene la ofendida para desplegar las acciones tendientes a consumir y ocultar el ilícito realizado; la importancia del bien jurídico desde que la ofendida se vio privada de la totalidad del dinero que tenía en la cuenta dependiendo de su salario como maestra para subsistir, pese a lo cual pudo recuperar la mayor parte del monto; el comportamiento de la acusada con posterioridad al hecho pues no se limita a sustraer la tarjeta y hacer uso indebido de los datos fraudulentamente obtenidos sino que, para asegurar el resultado del ilícito o mantener en el anonimato su identidad, procede a amenazar de muerte a la ofendida y a su hijo, situación que fue la que más preocupación desplegó en Hazle al sentirse amenazada e insegura por el amplio conocimiento que de su vida tenía la persona causante de la sustracción. A más de que le confía a Paulina el temor que siente y le brinda posibilidad a ésta para que proteja a su hijo siendo la misma encartada quien desplegaba los actos intimidatorios a través de terceras personas (pues ella era la única beneficiada con que se mantuviera oculta la identidad de la autora del hecho); por otra parte el hecho lo despliega una maestra a quien, por tener a su cargo la inculcación de valores, le es mayormente exigible un comportamiento conforme a derecho y, finalmente, no existe ningún motivo en el actuar de la encartada que explique o minimice dicho juicio de reproche” (folio 90). Es por ello que, de conformidad con el artículo 209 Código Penal, se casa la sentencia impugnada, se recalifican los hechos tenidos por acreditados, y se impone a Paulina Barrantes Barrantes la pena de seis meses de prisión, por el delito continuado de hurto agravado, en aplicación del artículo 77 del mismo cuerpo normativo. Se mantiene el beneficio de ejecución condicional de la pena otorgado, en los mismos términos fijados por el Tribunal de Juicio.”

El Delito Continuado y los Concursos Ideal y Material

[Sala Tercera]¹³

“ III. En el **segundo motivo**, argumenta el quejoso errónea aplicación de la ley sustantiva porque el Tribunal sentenciador aplicó simultáneamente las reglas previstas para el concurso ideal y material de delitos de forma abusiva a partir de un criterio subjetivo. En lo que se refiere a los hechos cometidos en perjuicio de [...] Sociedad Anónima se indicó que se trata de dos delitos de uso de documento falso con ocasión de estafa en concurso material y se impone al acusado tres años de prisión por cada uno de esos delitos. Se entendió que las ilicitudes concurrían idealmente entre sí y se impuso seis años de prisión en total (sic, folio 1214). En el caso de los ilícitos en los que figura como ofendido [...], se impuso tres años de prisión en aplicación a las reglas del concurso ideal. En



los hechos en daño del [...] Sociedad Anónima, no se indicó de qué tipo de concurso se trata, como en algunos otros casos. En la mayoría, se aplicó el concurso ideal, pero, en el dictado del por tanto, se indicó que debían aplicarse las reglas del concurso material. Sin embargo, en criterio del quejoso, aplicar esta forma de concurso implica aumentar la pena para los otros delitos por lo que sólo procede su aplicación en delitos independientes a los que corresponda el mismo quantum de pena. Al respecto, indica que: “[...] *En el presente caso para aplicar el concurso material se tenía que sumar los tres delitos con penas más altas, es decir, los ocho años por el delito de estafa mayor, cinco años por el delito de tentativa de estafa y cinco años por el delito de estafa, para un total de dieciocho años de prisión. En lugar de los veinticuatro años por los cuales dictaron sentencia [...]*” (folio 1218). Añade el petente que otra errónea aplicación de la ley sustantiva se dio cuando se aplicaron diferentes montos de penas a pesar de que se trataba del mismo delito. Indica, que las delincuencias atribuidas constituyen un delito continuado, porque se trata de delitos de la misma especie, que afectaron bienes jurídicos patrimoniales y en los que se perseguía la misma finalidad, por lo que debió condenársele por el delito más grave, en el que se le impuso ocho años de prisión, y aumentar esa pena en otro tanto. Según el sentenciado, igualmente se procedió de forma errónea al tener por configurados delitos en los que la entidad bancaria no interpuso la denuncia, tratándose del [...], en el caso de R, y el [...], en lo que se refiere a los hechos en los que figura [...]. Añade que, en este último caso, en ningún momento se dio el delito de estafa porque el bien jurídico no corrió peligro alguno. **Los argumentos no pueden atenderse.** El sentenciado G esboza su opinión particular sobre temas que son de estricto contenido técnico-jurídico, y cuyo conocimiento no puede exigírsele. De modo que conviene iniciar este análisis recordando que: “[...] *cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal o formal. Evidentemente no puede valorarse igual una acción que produce un solo delito, que esa misma acción cuando realiza varios delitos. En este último caso, la aplicación de uno solo de los tipos delictivos no agotaría la valoración plena del complejo delictivo. Solo la aplicación simultánea de todos los tipos delictivos realizados por la acción, valora plenamente el suceso [...] en el fondo, el concurso real, que se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo, no plantea ningún problema teórico importante. Cada acción por separado constituye un delito y, en principio, el tratamiento penal debe ser el principio de la acumulación [...]*” (MUÑOZ CONDE, (Francisco). Teoría General del Delito, Bogotá, Editorial Temis Sociedad Anónima, Segunda Edición, 2004, pp. 172 y 173). De ahí que corresponde al operador jurídico analizar cada caso en particular a fin de determinar o descartar la existencia de una unidad de acción, atendiendo como se sabe, al examen del factor final en la acción y del mismo factor normativo. En la especie, se demostró que el acusado participó en seis hechos distintos. En cada uno, desplegó más de una acción para lograr su cometido, puesto que no sólo usó documentación falsa (cédulas de identidad alteradas o personerías jurídicas falsas), sino que, de esa forma indujo a error a los perjudicados y lesionó o puso en peligro el patrimonio ajeno, y consiguió apoderarse así de sumas de dinero o bienes materiales que no le pertenecían. Por esa razón, bien hizo el Tribunal sentenciador al tener por acreditada la unidad de acción y por ende el concurso ideal entre los delitos de uso de documento falso con ocasión de estafa, tratándose de las distintas denuncias investigadas, y, al mismo tiempo, que los ilícitos así configurados concurrían, a su vez, de forma material, de cara al universo de las acciones juzgadas, según se entiende a través de una lectura completa del fallo. Dicho proceder es válido toda vez que es evidente que los hechos investigados, referidos a la totalidad de denuncias interpuestas contra G, fueron desplegadas por el autor de forma individual contra cada uno de los perjudicados, no, por haberse verificado en días y horas distintas, sino porque, esencialmente, se trata de conductas individuales, entre las que no medió ninguna conexión, en cuanto a la voluntad en la acción o en la estructura de los distintos tipos penales (verbigracia, factor final y factor



normativo). Al respecto, debe tomarse en cuenta que el imputado G fue condenado por las siguientes delincuencias, según la parte dispositiva del fallo por: (a) dos delitos de uso de documento falso con ocasión de estafa menor en perjuicio de Super Mercado [...], por los cuales se le impusieron dos años de prisión por cada uno de los ilícitos de uso de documento falso y un año, por cada delito de estafa, para un total de seis años de prisión. (b) un delito de uso de documento falso con ocasión de estafa menor en perjuicio de [...], por el que se le impuso dos años de prisión por el delito de uso de documento falso y uno, por el delito de estafa, para un total de tres años de prisión. (c) Un delito de uso de documento falso con ocasión de estafa mayor, en daño de Corporación Financiera [...] Sociedad Anónima, por el que se le impusieron cinco años de prisión por el delito de estafa y uno, por el delito de uso de documento falso, sea, seis años de prisión en total. (d) Un delito de uso de documento falso con ocasión de tentativa de estafa mayor, en perjuicio del [...] y [...], por el que se le impuso dos años de prisión por el primero y cinco años por el segundo, sea, siete años de prisión. (e) Un delito de estafa mayor, cometido en perjuicio del [...] y de R, por el que se le impuso ocho años de prisión. Todo, para un total de treinta años de prisión. **Nótese que, fue en los apartados dedicados al estudio de cada denuncia en el que se determinó la clase de concurso existente, en el que se determinó que las acciones que constituían una misma causa concurrían de forma ideal y no material. No obstante lo anterior y a pesar de que ninguna irregularidad existió en la aplicación simultánea de las figuras del concurso material y el ideal de delitos a una misma plataforma fáctica, como ocurre en la especie, sí se evidencia que existió un error del Tribunal en la imposición de la pena, aunque el mismo no posee la virtud de incidir sobre lo resuelto por lo que se dirá. Sobre el tema, recuérdese que, al tenor de los artículos 75 y 76 del Código Penal, tratándose del concurso ideal, el Juez deberá aplicar la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla.** En este caso, los Juzgadores se limitaron a realizar una simple suma aritmética de cada una de las penas impuestas por las delincuencias atribuidas, como si se tratara de un concurso material de delitos. Dicho proceder del Tribunal podría encontrar explicación en la jurisprudencia de larga data emitida por esta Sala, según la cual: “[...] *La penalidad del concurso ideal se determina con base en los extremos previstos para el delito más grave, pudiendo aún ser aumentada. Pero si bien esta Sala ha dispuesto que no necesariamente debe indicarse la pena fijada respecto a cada uno de los delitos que concurren idealmente (ver resoluciones número 781 de las 9:20 horas del 20 de agosto de 2001, 1133 de las 10:15 horas del 5 de diciembre de 2003, y 175 de las 14:40 horas del 20 de marzo de 2003), debe al menos señalarse la pena establecida para el delito más grave. Sin ello es imposible verificar si se respetaron las normas que regulan la penalidad de los concursos, además de resultar de interés por su incidencia en supuestos de concurso real retrospectivo, y la posibilidad de apelar a una eventual norma posterior más favorable. En la especie, no obstante resultan válidas las razones a las que hace mención el Tribunal de mérito para fundamentar la pena, se impone el monto global de treinta y cinco años de prisión por los delitos de homicidio calificado y robo agravado en concurso ideal, pero sin que se precise, al menos, el tanto correspondiente al primero de los ilícitos. De esta forma, es cuestionable si se fijó la pena mayor prevista para el homicidio calificado, o una menor aumentándola de conformidad con lo que dispone el artículo 75 del Código sustantivo [...]*” (Resolución 2002-594, de las 9:40 horas, de 28 de mayo de 2002). Sin embargo, los Juzgadores omitieron indicar expresamente cual fue la fórmula empleada en cada caso y se decantaron por realizar una simple suma, según se asentó líneas atrás. Para los suscritos Magistrados, en voto de mayoría, a pesar de lo anterior, la pena impuesta en cada caso resulta proporcional y razonable, atendiendo a que en todos los casos se trató de estafas mayores, cuyo extremo mayor de la pena es de diez años, por lo que ningún sentido el reenvío del asunto para su nueva sustanciación en cuanto a la determinación de las penas impuestas, por lo que el dispositivo permanece incólume. Por lo demás, de acuerdo con lo alegado, es importante aclarar al quejoso que al estipular el artículo 76 citado que en el concurso material de delitos la pena no podrá exceder el triple de la mayor, se



refiere incluso a la mayor pena impuesta, no, a la sumatoria de las tres penas más altas, como lo pretende injustificadamente el sentenciado. En otro orden, contrario a lo que argumenta el sentenciado, se excluye también la existencia del delito continuado, que, según el artículo 77 del Código Penal, se encuentra conformado por ilícitos de la misma especie, que afectan bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad. Nótese que, si bien el legislador acudió a la consideración del fin último deseado por el autor para determinar la existencia de este tipo de concursos, no por ello se trata de un concurso ideal de delitos, al echarse de menos el factor normativo, además de que, evidentemente, el concurso ideal supone la afectación de bienes jurídicos distintos, que no se excluyen entre sí. Según el concepto doctrinario de delito continuado, este consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones que infringen la misma norma jurídica. Se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito. El ejemplo clásico se refiere al cajero que durante un largo período de tiempo se apodera diariamente de una pequeña cantidad, no comete cientos de hurtos, aunque cada acto aislado por él realizado sea un hurto, sino un solo delito continuado de hurto por el importe total (MUÑOZ CONDE, Francisco, *op cit*, pp. 176). Ciertamente, ello no constituye el fin de la norma previsto por el legislador y una interpretación contraria carecía de todo asidero. Al respecto, conviene acudir a la conceptualización que de este instituto ha realizado esta Sala, en antecedente que por su importancia se transcribe, en el que se conoció de un supuesto similar al estudiado que: “[...] *no puede olvidarse que, el delito continuado no es más que una forma particular de concurso material, ideado con el fin de evitar la imposición de penas draconianas en ilícitos de la misma naturaleza, cometidos con una sola finalidad, contra el mismo bien jurídico que se protege, y, como su nombre lo indica, realizado de forma continua, que bien podría entenderse, concatenada para la obtención de un solo propósito [...]* En el caso que nos ocupa, *no puede negarse que los hechos investigados resultan homogéneos: fueron realizados bajo un mismo modo de operar del agente y lesionan el mismo bien jurídico de naturaleza patrimonial, no personalísimo, entendido como aquel previsto en la misma norma penal aunque perteneciente a diferentes titulares. No obstante, tales circunstancias no implican, por sí mismas, que se trate de un delito continuado, porque se echa de menos en la especie el elemento subjetivo requerido, sea, la existencia de un mismo plan de autor, pues cada acción quedó agotada en sí misma, y no podría entenderse que la única finalidad de la acusada era lesionar el patrimonio de sus subalternos entendido como único objetivo criminal, pues, no sólo no existe prueba de ello, sino que, tampoco se trata de una circunstancia que válidamente pueda extraerse de la acción misma. Una interpretación contraria, tratándose de ilícitos de idéntica naturaleza, podría dar lugar a la impunidad de acciones. En ese sentido, la siguiente cita doctrinal ilustra y aclara a mayor abundamiento la cuestión, al establecerse, tratándose de uno de los elementos objetivos, la lesión a un mismo bien jurídico, y el elemento subjetivo requeridos en la figura del delito continuado que: “...De acuerdo con la doctrina dominante no es posible la continuación si los distintos actos lesionan distintos bienes jurídicos: todos los actos del delito continuado deben dirigirse contra el mismo bien jurídico. Nuestro legislador exige la violación del mismo bien jurídico, como requisito de la continuación, bajo dos aspectos: De un lado, porque el delito continuado solamente es posible si los actos de la continuación afectan bienes jurídicos patrimoniales (Art.77 Cód.pen). El delito continuado puede existir, entonces, aunque los actos de la continuación –que deben violar la misma norma-, afecten, además de bienes jurídicos patrimoniales, otro bien jurídico...De otro lado, el delito continuado solamente es posible si se trata de delitos ‘de la misma especie’ (Art.77 Cód.pen), que, por regla general, protegen el mismo bien jurídico (excepción: en caso de bienes jurídicos personalísimos)...Para saber si todos los actos de la continuación se dirigen contra el mismo bien jurídico, debe examinarse primero si todos ellos se dirigieron contra distintas personas o contra la misma persona. Ello porque, conforme a la doctrina dominante, debe diferenciarse según la clase de bien jurídico atacado: hay bienes llamados personalísimos, como la vida, la*



salud, la libertad, el honor, la integridad sexual, etc, solamente pueden ser lesionados en la persona de su titular; otros bienes jurídicos son los no personalísimos. Cuando se trate de bienes jurídicos personalísimos, y los actos de la continuación se dirigen contra distintas personas, no puede haber delito continuado. Este puede existir, aunque se trate de bienes jurídicos personalísimos, si todos los actos de la continuación se dirigen contra el mismo sujeto, titular del bien jurídico personalísimo, y si bien jurídico atacado no se agota con la primer lesión. Si se trata de bienes jurídicos no personalísimos, por el contrario, basta una igualdad abstracta: los varios actos de la continuación no tienen que dirigirse contra la propiedad de X, sino que basta la igualdad del bien jurídico; por ejemplo, cuando la propiedad de varias personas es lesionada por los actos en continuación...El elemento subjetivo, que une a los distintos hechos en la continuación, es, según nuestro Código penal, que el 'agente persiga una misma finalidad' en todos los hechos...El legislador no aclara qué debe entenderse por la persecución de una misma finalidad. Según el autor de la 'Exposición de Motivos' la expresión 'misma finalidad' es sinónimo del 'mismo propósito' y de 'relación constante de intención única'. Los hechos entran en continuación, entonces, cuando son realizados con un fin común; cuando son realizados con el mismo 'para qué'...La 'misma finalidad' requiere que todas las acciones u omisiones de la continuación sean los medios para la ejecución de un programa común. La representación de este programa común implica una situación psíquica del autor, el cual ve las acciones y omisiones como medio de ejecución del mencionado programa desde el inicio de la continuación o a más tardar antes de la terminación de la primera acción u omisión. La "misma finalidad" radica, entonces, normalmente, en la etapa de ideación y tiene un contenido esencialmente intelectual...implica una representación concreta de un programa y de los medios para realizarlo; por tanto, si el agente persigue 'una misma finalidad' debe estar consiente de ella...debe distinguirse de la resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos. Tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo 'para qué y un total programa, del cual los actos particulares sean la ejecución...' (CASTILLO GONZALEZ, Francisco. *Concurso de delitos. Litografía e Imprenta LIL, San José, 1981, pp. 97 a 104*) [...] (Resolución 2007-1148, de las 14:30 horas de 8 de octubre de 2007). De ahí que las diferentes causas acumuladas en esta sumaria no constituyen un delito continuado, toda vez que resultaría infundado entender que la misma finalidad se refiere a la simple agresión a los patrimonios ajenos, pues se trata a lo sumo de la infracción al mismo bien jurídico. Nótese que, de acuerdo con la relación fáctica tenida por cierta en el fallo, que corresponde con las denuncias interpuestas, visible a folios 1021 y 1022, 1027 y 1028, 1032 y 1033, 1038 y 1039, 1044 y 1045, se atribuyó al endilgado la comisión de una serie de delitos independientes, dirigidos contra patrimonios individuales, durante períodos temporales diversos, en los que no existió una misma finalidad en el despliegue de las acciones ilícitas, entendida como un único plan de autor. Ello es así, toda vez que, los hechos atribuidos ponen de manifiesto, más bien, una reiteración delictiva del agente en la que se echa de menos cualquier conexión subjetiva. Por otro lado, en cuanto al tema alegado que se refiere a la falta de fundamentación de la pena, en los hechos cometidos en perjuicio de [...], se trata de una arista que fue objeto de discusión al momento de conocerse el respectivo recurso de casación (ver respectivamente folios 1159 a 1160 y 1173 a 1174), sin que se argumenten, o se vislumbren de alguna forma, nuevas razones en esta oportunidad que hagan variar el estado de lo resuelto, por lo que el argumento no resulta susceptible de nuevo pronunciamiento y, por esa razón, se rechaza. **En lo que atañe a la puesta en peligro del bien jurídico protegido, en esa misma causa, no es cierto que la conducta resulte atípica por existir una falta de antijuricidad material, pues, según el quejoso, no se lesionó el bien jurídico protegido. Al respecto, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo con la relación fáctica tenida por demostrada, visible a folios [...], se demostró que el acusado G se apersonó a una entidad bancaria con un cheque alterado de la cuenta corriente de la ofendida por un monto de alrededor de dieciséis millones de colones, con una cédula falsa y una certificación de personería de la empresa también falsa, pretendiendo hacerse pasar por**



representante de la agraviada y asirse de la suma en cuestión. Sin embargo, el cajero que le atendió se dio a la tarea de consultar ese título valor y se percató que tenía orden de no pago, por lo que dio aviso a las autoridades correspondientes. Para esta Sala, se trata, como lo entendió el Tribunal, de los ilícitos de uso de documento falso con ocasión de estafa en estado de tentativa, pues, de acuerdo con el plan de autor, este último llevó a cabo todos los actos tendientes a la realización de los ilícitos pero, no obstante, por causas independientes a su voluntad no logró su objetivo. Contrario a lo que sugiere el quejoso, no nos encontramos en presencia de una tentativa inacabada o delito imposible puesto que, de no haber sido por la acción del cajero, el ilícito se hubiese consumado. Los ejemplos clásicos de delito imposible en los que, desde luego, el bien jurídico no se ha puesto en peligro, corresponden a aquellos supuestos en los que el documento empleado no es susceptible de producir ningún efecto ilícito por su propia naturaleza, verbigracia, piénsese en las adulteraciones burdas y evidentes, que no es el caso. Al punto, conviene indicar que ciertamente la tentativa inacabada no encuentra regulación en nuestra normativa, de ahí el interés del sentenciado por invalidar el razonamiento del Tribunal, sin éxito en esta Sede. Finalmente, en cuanto a la ausencia de denuncias por parte de las respectivas entidades bancarias, recuerde el quejoso que las delincuencias atribuidas corresponden a delitos de acción pública, en la que la denuncia del afectado deviene en irrelevante para efectos de la persecución penal. Por todo lo expuesto, la queja se declara sin lugar.”

La Prescripción del Delito Continuado

[Sala Tercera]¹⁴

"I- El apoderado de la actora civil interpuso recurso de casación, arguyendo en el primer motivo falta de fundamentación del fallo que sobreseyó a las encartadas por prescripción de la acción penal. Estima, que le fue conculcado el derecho de audiencia, al omitir el a quo pronunciamiento sobre la ampliación de la querrela formulada, aunque esta contemplaba una posible acción delictiva cometida por las justiciables en el 2001, la cual no estaría prescrita. Lleva razón el recurrente: El Tribunal estimó que del eventual estelionato cometido por las acusadas el día 25 de junio de 1996, cuando realizaron el traspaso de un inmueble previamente vendido a la empresa perjudicada, se habría operado la prescripción, de conformidad con el artículo 31 del Código Procesal Penal, el 26 de junio de 1999, mucho antes de la denuncia interpuesta en su contra (14 de diciembre de 1999). Sin embargo, es de recibo el reclamo que plantea el representante de la actora civil, en el sentido de que desde el 28 de agosto de 2002, como puede verse a folio 96 y siguientes, había presentado una ampliación de la querrela, por una circunstancia eventualmente constitutiva de un delito continuado, como era un nuevo traspaso por parte de la coencartada Esquivel Elizondo de la nuda propiedad (a favor de su hija Isabel) y reserva de usufructo. Esta es una situación que puede efectuarse en el debate, como lo prevé el artículo 347 del Código Procesal Penal, por lo que el Tribunal de Juicio de Cartago, a folio 125 postergó para el juicio oral pronunciarse sobre este. A pesar de ello, al resolver la causa dictando prescrita la acción penal, omitió toda referencia a la mencionada ampliación. Ese hecho que se agregaba a las imputaciones, eventualmente puede ser constitutivo de un delito continuado, podía llevar a una confusa diversa sobre la posible prescripción el primer traspaso, si se toma en cuenta que, de acuerdo con el artículo 32 del mismo código, en los delitos continuados, su plazo corre a partir del momento en que cesó la permanencia, lo que lleva necesariamente a discutir qué pasa cuando el acto de continuación se da una vez prescrito el acto individual que dio lugar a la serie. Ninguno de esos tópicos fueron abordados por el Tribunal. En consecuencia, debe darse la razón a la parte recurrente,

estableciendo que el fallo no cuenta con la motivación necesaria. Por ello, se anula el mismo y el debate que lo precedió, ordenándose el reenvío para nueva sustanciación."

El Delito Continuado, Delitos Contra la Vida y Delitos Patrimoniales

[Tribunal de Casación Penal]¹⁵

"II. Como segundo punto se reprocha la inaplicación de las reglas del delito continuado y del concurso ideal de delitos, por cuanto estima que ambos homicidios calificados se cometieron bajo una unidad de acción. ***El alegato se declara sin lugar, por lo que se dirá.*** Aún cuando el promovente incurre en alguna confusión conceptual sobre la naturaleza del delito continuado y del concurso ideal de delitos, tratándolas como si fueran semejantes, deben hacerse las siguientes observaciones. El artículo 77 del Código Penal sólo es aplicable para los delitos contra el patrimonio: "*Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y **afecten bienes jurídicos patrimoniales**, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto*" [la cursiva no pertenece al original]. Por ello, en dicha disposición normativa, en ningún caso, pueden subsumirse supuestos delictivos por homicidio, al estar referidos a atentados contra un bien jurídico personalísimo, como es la vida. Por otro lado, ambos homicidios calificados que se tuvieron por ciertos, en realidad, no concurren de forma ideal, sino material, como correctamente lo señaló el Tribunal sentenciador. Dentro de los hechos probados se consignaron los siguientes: "... 1.-

Para antes de las 19:00 horas del 22 de marzo de año 2003, los aquí imputados EDGAR ALEXIS DEL CID SOLANO y CRISTIAN MONGE HINE, junto a otros sujetos a este momento no identificados, acordaron planificar y participar en un asalto a un camión remesero de la empresa SECURICOR, el cual debía recoger dineros en el local comercial CECOOP a eso de las 19:00 horas del 22 de marzo de 2003, para trasladarlos en calidad de custodia hasta una entidad bancaria. 2.- Para llevar a cabo su ilícito cometido, los aquí imputados DEL CID SOLANO y MONGE HINE, consiguieron cada uno, armas de fuego, acordando utilizarlas no sólo para intimidar a las personas que trataran de impedir el asalto, sino además, con plena intención de utilizarlas para herir y hasta asesinar a cualquier persona que se interpusiera en su ilícito cometido de robar... 5.- Una vez que los personeros de CECOOP les hacen entrega a los ofendidos de la tula que contenía 2.088.678 colones en cheques y 4.318.050.00 en dinero en efectivo, estos proceden a salir del negocio y dirigirse hacia el camión remesero, siendo que ambos imputados agreden ilegítimamente a los custodios y se inicia un forcejeo entre éstos y los acusados, SOLANO, quien aborda a uno de los ofendidos y le coloca el arma de fuego que saca de sus ropas y se la coloca a la altura del cuello y comienza a forcejear con el ofendido, CID SOLANO, con plena intención homicida, se hace un poco hacia atrás y le dispara en más de dos ocasiones, logrando herirlo mortalmente y a huir [sic] del lugar. 6.-

Mientras esto sucede, MONGE HINE ya ha sacado de sus ropas el arma de fuego que traía oculta y comienza a forcejear con el otro ofendido para apoderarse de la tula, por lo que el ofendido desenfunda su arma de fuego para tratar de repeler la agresión, iniciándose un intercambio de disparos entre MONGE HINE y este ofendido en el sitio. 7.- Es de esta forma que tanto el justiciable DEL CID SOLANO como MONGE HINE, con plena intención homicida para sustraer el dinero de la tula y para facilitar su huída, disparan indiscriminadamente, directamente y a quemarropa hacia los ofendidos ZÚÑIGA MIRANDA y PIEDRA BARBOZA, no logrando sustraer el dinero por causas independientes a su voluntad como fue la resistencia opuesta por los custodios. 9.- Producto del cruce de disparos entre maleantes y ofendidos, el señor ZÚÑIGA MIRANDA



resultó muerto en el lugar y el señor PIEDRA BARBOZA falleció en el Hospital de Alajuela...” (folios 504 a 505). En el caso objeto de la presente gestión revisora, Cristian José Monge Hine y Edgar Alexis Del Cid Solano, según tuvo por demostrado el a quo, de manera conjunta procedieron a atacar a los custodios de valores Alexander Zúñiga Miranda y Juan José Piedra Barboza, disparándoles hasta ocasionarles la muerte, de manera sincrónica a la ejecución de un delito de robo agravado de los bienes que transportaban, el cual no lograron consumir debido a la oposición momentánea que ejercieron las víctimas. El artículo 22 del Código Penal prevé la aplicación de las reglas penológicas del concurso material para los supuestos en que el sujeto activo realiza “... *separada o conjuntamente...*” varios delitos. Ello supone la existencia de una **pluralidad de acciones** que, distanciadas en el tiempo o realizadas de forma sucesiva, son constitutivas de delitos autónomos. El Tribunal aplicó, de forma adecuada, la citada regla, toda vez que los sentenciados Monge Hine y Del Cid Solano, en coautoría, realizan, cada uno de ellos, diferentes disparos, aún cuando con esas detonaciones persiguieran un mismo fin (matar a los custodios de valores), lo que sólo determinaría la homogeneidad del concurso real de delitos. Cada uno de los resultados mortales en daño de Alexander Zúñiga Miranda y Juan José Piedra Barboza, se atribuyen a ambos sentenciados —al actuar en coautoría—, y se presentan como delitos independientes. No se trató de una sola acción, porque cada condenado disparó el arma de fuego que portaba contra diferentes víctimas. Así, mientras Monge Hine lo hizo contra Zúñiga Miranda; Del Cid Solano lo hizo contra Piedra Barboza. Lo anterior supuso la aplicación de las reglas del concurso material de delitos entre los dos homicidios, los que, a su vez, concurren de modo ideal con el delito de tentativa de robo agravado.

El Delito Continuado y el Secuestro Extorsivo

[Sala Tercera]¹⁶

"II. En su *segundo motivo* de casación, el licenciado Walter Chaves Olivares arguye, que existe en el fallo impugnado errónea aplicación del artículo 214 del Código Penal y se desaplicaron los numerales 24, 71, 64, 65, 66 y 73 del mismo cuerpo normativo. Con ello se generó una violación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1, 2, 24, 27, 71, 73 del Código Penal, así como en los numerales 363 y 369 inciso i) del Código Procesal Penal. Reclama que a la imputada se le condenó por un delito consumado (en la modalidad de delito continuado), cuando de la prueba evacuada en juicio se acreditó que a lo sumo se estaba ante un delito de extorsión simple en grado de tentativa, ya que: a) el dinero falso marcado, le fue decomisado a la imputada el mismo día del operativo policial, por lo que no hubo disposición de bienes del peculio de los ofendidos, ni las amenazas del extorsionador surtieron efectos el día de la acción policial, ya que éste era un operativo controlado; debido a esto la disposición del dinero no se concretó debido a causas ajenas a la voluntad del agente (operativo policial); b) No se logró determinar que el daño material sufrido por los ofendidos fuera de ocho millones de colones, siendo contradictorio el que el Tribunal haya declarado con lugar la acción civil, aunque en forma abstracta. Con base en ello, el quejoso solicita recalificar los hechos al delito de extorsión en grado de tentativa, a efecto de que se rebaje el monto de la sanción impuesta y se le conceda a la imputada el beneficio de ejecución condicional de la pena. En el *tercer motivo* del recurso de casación interpuesto por el licenciado Walter Chaves Olivares, se reclama que existe en el fallo impugnado errónea aplicación del artículo 77 del Código Penal y se desaplicaron los numerales 64, 65, 66 y 71 del mismo cuerpo normativo. Argumenta que en la especie, no se debe debió aplicar la modalidad de delito continuado, en razón de que para ello: se requiere una pluralidad de acciones temporales discontinuas pero dependientes entre sí, una misma finalidad, un



mismo ofendido y la consumación de todos los delitos. El quejoso solicita recalificar los hechos al delito de extorsión simple en grado de tentativa, en aras de que se rebaje la sanción impuesta y se le conceda a la imputada el beneficio de ejecución condicional de la pena. En vista de que el segundo y tercer motivo del recurso planteado por el licenciado Walter Chaves Olivares, guardan estrecha relación, se conocen ambos de forma conjunta. **Se declaran sin lugar los alegatos:** Olvida el recurrente que en la interposición de motivos de casación por violación de la ley sustantiva, debe respetarse el cuadro fáctico probado en sentencia. Esto es obviado por el impugnante, ya que plantea cuestiones que difieren diametralmente con los hechos que el a quo tuvo por demostrados en el fallo objetado. Al resolver estos motivos, la Sala debe ajustar su decisión al cuadro fáctico acreditado por parte del Tribunal sentenciador; y del mismo se colige que, efectivamente, en el caso concreto acaeció el delito de extorsión en modalidad de delito continuado; al respecto los Jueces plasmaron como hechos probados: "...2. Cuando llega a vivir a Grecia (refiriéndose al ofendido) conoce a la acusada Kattia quien sabiendo que el ofendido padecía de cancer (sic) le llevaba bocaditos y empieza a brindarle amistad al ofendido y a su familia y a ganarse la confianza de estos y de un momento a otro un sujeto desconocido empezó a llamar al teléfono de su residencia 494-32-67 exigiéndoles la entrega de dinero o de lo contrario le secuestrarían a sus hijos. Ante tal amenaza, el ofendido accede a hacer una disposición patrimonial en su contra, entregándole ciertas cantidades de dinero que oscilaban entre los doscientos mil y trescientos mil colones, montos que en la mayoría de veces debía entregar a la encartada KATTIA TORRES CANTILLANO para que ésta realizase la supuesta entrega a los extorsionadores. 3. Las extorsiones que continuaron ocurrieron en diferentes oportunidades desde el año 2001 hasta el año 2003, en San Isidro de Grecia. 4. por el gran temor que sufría el agraviado a raíz de las constantes amenazas, decidió desconectar el teléfono de su vivienda, por lo que la aquí imputada KATTIA TORRES CANTILLANO, en pleno codominio del hecho con el sujeto desconocido, procede a indicarle al señor Castro Solórzano que el extorsionador ha continuado llamando al número 444-00-10, perteneciente a la indilgada (sic), a quien le dejaba el mensaje para el ofendido de que debía entregar determinadas sumas de dinero o de lo contrario secuestraría o mataría a sus hijos. 5. Mediante la conducta descrita en distribución de funciones, y plan preconcebido con un sujeto desconocido la imputada obliga al ofendido GERARDO CASTRO SOLORZANO hacer una serie de disposiciones patrimoniales en su contra, haciendo entrega injustamente de dinero, a la imputada quien lo amenazaba de secuestrar a sus hijos, siendo el total de lucro injusto obtenido mediante tales amenazas graves de mas ocho millones de colones..." (lo escrito entre paréntesis es suplido) (Cfr considerando III. hechos probados, folios 393 y 394). Nótese, que contrario a lo afirmado por el recurrente, los Jueces acreditaron en sentencia, los elementos objetivos y subjetivos del delito de extorsión, definido éste en doctrina como : "...delito patrimonial, que requiere un acto dispositivo del sujeto pasivo, causado por la intimidación o la amenaza grave a que lo somete el sujeto activo, que quiere obtener un lucro injusto...El tipo objetivo del delito de extorsión requiere que el agente, por medio de la intimidación o de la amenaza grave, obligue a otro a realizar un acto dispositivo patrimonial, que sea perjudicial para el patrimonio propio o ajeno...El tipo subjetivo del delito de extorsión es complejo. La extorsión pertenece a los llamados "delitos de intención", porque requiere una especial dirección de la voluntad,- "para procurar un lucro injusto"-, hacia un determinado objetivo o resultado, que se encuentra fuera del tipo objetivo..." (Castillo González, Francisco. El delito de extorsión. Seletex Editores, 1991, páginas 30,43 y 77). Con respecto a la calificación jurídica y al rechazo de la tesis planteada por la defensa en el sentido de que el delito quedó en grado de tentativa, fundamentó el Tribunal: "...De lo expuesto anteriormente se determina que la conducta de la acusada Kattia Torres, tiene los requisitos exigidos por el numeral 214 del Código Penal, ya que el codominio funcional del hecho quedó manifiesto en las conductas descritas y en la distribución de funciones en la realización del tipo penal. El defensor de la encartada alegó en la audiencia que el delito había quedado tentado, ya que la policía recupero el dinero falso entregado para corroborar la



conducta extorsiva de la acusada. Pero esta actuación final de la policía de entregar un dinero falso, no fue más que un elemento probatorio para acreditar la participación de la imputada Kattia en los hechos, así, como para verificar la veracidad de lo afirmado por el ofendido y la familia de éste, no es que esta fuera la única acción extorsiva que efectuara la imputada ni el único dinero percibido por ella... El delito quedó consumado ya que acaeció un perjuicio patrimonial para el ofendido Castro, y la disposición patrimonial que durante dos años, desde el año 2001 hasta el año 2003 hizo el ofendido fue perjudicial para él y para su familia. Para la consumación del delito solamente se requiere de un daño patrimonial, y en caso que nos ocupa no hubo sólo un daño, sino un sinnúmero de daños que le permitió a la imputada lograr un enriquecimiento ilícito al cual aspiraba. Por lo que se realizó el tipo objetivo, ya que la acusada Torres alcanzó la finalidad perseguida al realizar el hecho, y el delito quedó consumado por haber obtenido ella el lucro injusto que se propuso. Y quedó demostrado con la documentación señalada a folios 109, 110, 310, 311 a 323, que el ofendido sufrió un menoscabo efectivo en su patrimonio, y el daño patrimonial es notorio en este caso por la diferencia en el patrimonio del ofendido antes que la imputada lo extorsionara y después de la extorsión en donde el ofendido tuvo que disponer de sus propiedades, salarios, aguinaldos para satisfacer los requerimientos extorsivos de la acusada Torres y en este momento no cuenta con patrimonio alguno, por ello es que quedo plenamente acreditado el daño patrimonial, ya que, hubo una disminución total de del ofendido activos y un aumento de obligaciones patrimoniales (prestamos a los que recurrió) para hacerle frente a las amenazas exigentes de la acusada Torres...”, (Cfr. folios 409 y 410), fundamentación del Tribunal que es acorde con el planteamiento doctrinal que indica que para la consumación del delito de extorsión, solamente se requiere “... de un daño patrimonial, sin que sea necesario que el agente alcance el enriquecimiento ilícito al que aspiraba. Puede ocurrir un perjuicio patrimonial del ofendido, sin enriquecimiento del extorsionista...” (Castillo González, Francisco. El delito de extorsión. Seletex Editores, 1991, página 94). Se anota que, según se tuvo por acreditado en los hechos probados, la conducta de Kattia Torres Cantillano se había repetido en diversas ocasiones desde el año 2001, hasta el día del operativo en setiembre de 2003, y con motivo de la misma, el ofendido Gerardo Castro Solórzano, resultó con un perjuicio de más de ocho millones de colones en su patrimonio. La única finalidad del operativo fue verificar el dicho del ofendido, en el sentido que era habitual que la imputada recibiera el dinero que éste debía entregar bajo amenazas graves y que la actividad ilícita perpetrada por Kattia Torres Cantillano se venía desarrollando desde antes de que iniciara la investigación realizada en esta causa. Lo acontecido el día del operativo final en contra de la imputada, no genera variaciones en cuanto a la calificación jurídica de la conducta ilícita que ejecutaba la misma desde el año 2001 y que fue acreditada mediante los elementos de prueba surgidos del contradictorio y plasmada por el Tribunal en el fallo impugnado. Por ello, el argumento del impugnante en el sentido de que el delito quedó en grado de tentativa es improcedente ya que, como se acreditó por el a quo, se dieron múltiples entregas forzadas de dinero, con lo que se afectó, sin lugar a dudas, el patrimonio de Gerardo Castro Solórzano. Considera la Sala, que la calificación jurídica otorgada por los Jueces a la conducta de la encartada, fue tipificada de forma adecuada y que en efecto, la extorsión se dio en la modalidad de delito continuado. Al respecto se ha indicado que esta figura: “...Se presenta cuando el agente realiza diversos actos parciales, conectados entre sí por una relación de dependencia, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción” (Fernando Velásquez Velásquez, Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis S.A., 1994, página 572). Son requisitos de este instituto, que se realice el mismo tipo penal o uno similar que contenga los mismos elementos; que se afecte el mismo bien jurídico; que haya unidad de fin, elemento subjetivo de la figura, esto es, que el agente actúe con un dolo conjunto, es decir, siguiendo un plan que comprenda en líneas generales, los diferentes actos particulares: En otras palabras dicho, es indispensable que la actuación del agente esté guiada por un dolo común de carácter unitario y de la misma naturaleza...” (Sala Tercera, voto 2005-00788, de las 9:15 horas del 15 de julio de

2005). Al respecto, señaló el Tribunal: “...*El delito en el presente caso fue continuado, y se encuentra previsto en el numeral 77 del Código Penal, ya que los hechos en continuación fueron de la misma especie y afectaron bienes jurídicos patrimoniales y la agente persiguió una misma finalidad, y en el presente caso, la imputada Kattia obligó al ofendido Castro, mediante amenaza e intimidación a entregarle su patrimonio, ya que si no corría peligro la vida de sus hijos, si bien es cierto ella llamaba indiscriminadamente a la casa del ofendido y si el mismo no se encontraba le dejaba recado con quien fuera de su familia, pero al que amenazó con hacerle daño a sus hijos, el que dispuso de sus propiedades y contrajo deudas para entregar lo requerido por la imputada kattia fue don Gerardo Castro, por lo que él es el ofendido directo no como lo alegó la defensa que hubo más de un ofendido, desde luego que con semejante vida de terror que la imputada hizo que viviera don Gerardo y las congojas para conseguir dinero esto repercutió en la vida de su familia, esposa e hijos, puesto que las limitaciones económicas la sufrió toda la familia y las amenazas de esta acusada desde luego no perjudicaba solamente al ofendido sino también a su familia ya que el terror que sentía el ofendido. De ahí que para proteger a su familia el ofendido tuvo que hacer tales erogaciones económicas a favor de la acusada, y cuando ya su dinero se acabó fue el en persona a pedirle dinero prestado a su padre el señor Ananias y a su hermano José, para poder hacer frente a los pedidos de la imputada. No es que la acusada extorsionara independientemente a cada miembro de la familia del ofendido, pues la acusada fue inteligente y sabía que el único en ese hogar que tenía disponibilidad económica lo era el ofendido y por eso lo amenazaba a él directamente o por medio de su familia como quedó establecido...*” (Cfr. folio 411). Por lo anterior, se desestiman los alegatos. [...] Igualmente, con respecto a la cuestión atinente a que no se acreditó de forma concreta quien disfrutó de los dineros girados por el ofendido, valga mencionar que: “... la figura delictiva en cuestión (extorsión), no exige que el agente sea el destinatario final del lucro injusto procurado, de manera que igualmente si es un tercero el beneficiario, se configura el ilícito...” (Sala Tercera, voto 2005-00415 de las 8:30 horas del 20 de mayo de 2005).”

El Delito Continuado y los Delitos Sexuales

[Sala Tercera]¹⁷

“ II. En segundo término, el privado de libertad reclama que la aplicación de la penalidad del concurso ideal, para los delitos por los cuales resultó condenado, le es desfavorable, Aduce que, tratándose de delitos de la misma especie, contra varios ofendidos, debió fijarse la penalidad del delito continuado, siendo inconstitucional, por discriminatorio, que la norma *lo señale aplicable sólo para delitos patrimoniales. Señala además que: “...El Tribunal no dijo en qué caso procedía el concurso ideal o material. Sino que hace una mezcolanza...”* (f. 411). Explica que de aplicarse el concurso ideal, debió imponérsele una sola pena, y que de estimarse que se trataba de delito continuado, se le debió fijar dos años por cada ilícito de abusos sexuales. **No asiste razón al sentenciado:** Tal y como lo deja entrever el privado de libertad en el escrito de interposición del procedimiento incoado, el delito continuado tiene como presupuesto de aplicación, entre otras condiciones, que los delitos en concurso afecten bienes jurídicos patrimoniales y esto no ocurre en la situación particular. Así, el hecho de que no se hiciera uso de esa norma constituye un acierto del Tribunal, y no un vicio del fallo. No se aprecia la inconstitucionalidad que el sentenciado alega, en la previsión legal del artículo 77 del Código Penal, y la circunstancia de que no se aplicara, no constituyó trato discriminatorio en su contra, pues en ningún caso, el legislador admite la calificación jurídica de delito continuado, a ilícitos contra la libertad sexual. Por otro lado, como ya se adelantó, la pena impuesta corresponde a la aplicación de las reglas establecidas para el concurso ideal, las cuales se ajustan al cuadro fáctico acreditado y de todas formas, serían las más

favorables a sus intereses. No se trata de una “mezcolanza”, entre el concurso material y el ideal, pues en lo que respecta a los hechos en que figuran como ofendidos TAG, KPLC y DELC, se le encontró autor responsable de un delito de corrupción agravada en concurso ideal con abusos deshonestos, cometido en contra de cada uno de los citados ofendidos. En aplicación de las reglas de la penalidad del concurso ideal, se impuso la pena correspondiente al delito más grave, que en este caso no es otro que la corrupción agravada. Así, la sanción fijada en cada caso, fue de diez años de prisión, correspondiente a dicho ilícito, sin que se aplicara el aumento facultativo previsto en el artículo 75 del Código Penal. La aplicación de las reglas del concurso material, implicarían sumar a dicho monto, el correspondiente por el delito de abusos deshonestos, lo que en ningún caso sería más favorable para el justiciable. Ahora bien, la pena total establecida, corresponde a la suma de las penas impuestas en relación con cada ofendido (recuérdese que se trata de cinco ofendidos y en relación con cada uno de ellos, se le impuso diez años de prisión, pues contra cada uno de ellos, el sindicato cometió un delito de corrupción agravada, al cual concurre idealmente, en los casos de TAG, KPLC y DELC, con un delito de abusos deshonestos). Los ilícitos cometidos contra cada uno de los afectados, concurren materialmente entre sí, por el carácter personalísimo de los bienes jurídicos que se afectan en cada caso, a saber, el sano y libre desarrollo sexual de cada uno de los afectados, que se vio trastocado por el actuar ilícito de J.V.P .. Pero por el límite de penalidad establecido en el numeral 76 *ejusdem*, la suma global de cincuenta años de prisión, se rebajó al “triple de la mayor”, es decir, a treinta años de prisión, el cual constituye el monto final impuesto al sentenciado. Así las cosas, no se aprecia incorrección alguna por parte del Tribunal, en la aplicación de las reglas de la penalidad del concurso ideal y en lo que correspondía, del concurso material, en la situación bajo examen. Adicionalmente, en la resolución de esta Sala número 1404, de las 11:20 horas, del 3 de diciembre de 2004 (fs. 380-385), se explicó por qué, a pesar de la recalificación operada en el caso de tres de los ofendidos, el *quantum* de la pena no sufre variación alguna.”

El Delito Continuado y el Robo y el Hurto

[Sala Tercera]¹⁸

"II.-En el único motivo de la impugnación, la defensora Vargas Villalobos argumenta que los hechos presuntamente constitutivos de un hurto y un robo, constituyen una sola acción, y no dos. En consecuencia, solicita que se resuelva el asunto conforme a las reglas del concurso ideal. En pro de su tesis, señala que la sustracción con fuerza cometida en el hotel, tiene en común con la cometida sin fuerza en casa del dueño de ese establecimiento que a) fueron cometidos en daño del mismo sujeto, b) se trata de bienes jurídicos de la misma especie, y c) se realizó en una misma “heredad” o propiedad. **No lleva razón la recurrente.** La circunstancia de que los lugares atacados por el sustractor se hallen en el mismo inmueble, no implica siempre que ello sea constitutivo de una sola acción. Aun más, en ciertos casos, el argumento podría resultar absurdo, como cuando se trata de un inmueble de amplias dimensiones (piénsese en una sola finca) o la unidad de actividad afectada (un centro comercial). En el presente asunto, el que se tratara de construcciones ubicadas en el mismo inmueble o pertenecientes al mismo dueño (al igual que los bienes sustraídos), es una cuestión meramente contingente que no influye en la configuración de la acción o de las acciones. Lo cierto es que entre uno y otro local no había inmediatez, lo cual viene a romper la identidad fenoménica (espacio-temporal) que la Sala ha conceptualizado como componente objetivo de la acción. Esto es, debe resaltarse, que al no tratarse del mismo lugar, sino lugares diversos, aunque localizados en la misma propiedad, no es admisible que se trate de la misma acción. De modo que no mediando tal unidad, como surge de la descripción realizada a folio 208 vuelto, tampoco es

viable estimar que se dio una sola acción, sino más de una. Por consiguiente, la aplicación del concurso material está correcta. III.- De seguido, podría discutirse si, como señala el representante del Ministerio Público, esas acciones son de la misma especie y persiguen una misma finalidad, en cuyo caso se estaría ante un delito continuado. Sin embargo, la respuesta no yace en ninguna de esas dos circunstancias, sino en otro factor que menciona; a saber, en la índole de los bienes jurídicos afectados. Indudablemente en ambas situaciones se lesionó el patrimonio como bien jurídico; pero, en el caso del robo o hurto en lugares habitados, se trasciende la “*patrimonialidad*” del interés tutelado, y se atenta simultáneamente contra otros bienes, como son la intimidad y la seguridad de los ocupantes de los respectivos inmuebles (al igual que en el robo con violencia sobre las personas se agrede su seguridad física y emocional). En este caso, habiéndose ingresado en la casa del ofendido para mediante la fuerza (cuya lamentable omisión en la pieza requisitoria hizo que debiera calificarse el hecho como hurto), se violentó también esa intimidad; esto es, la acción afectó más que bienes jurídicos patrimoniales, por lo que no es ubicable exclusivamente dentro de esta categoría y, por consiguiente, tampoco es susceptible de configurar un delito continuado en los términos que los conceptúa el artículo 77 del Código Penal costarricense.”

El Delito Continuado y la Estafa

[Sala Tercera]¹⁹

“I- La defensa pública impugna el fallo a través del cual se condenó al justiciable por el delito de estafa y se le impuso pena de un año de prisión, suspendida condicionalmente por un período de prueba de tres años. En el primer motivo de su recurso, alega el irrespeto de la sana crítica, por estimar que la sentencia se asienta solo en el testimonio del ofendido, ya que no hay prueba documental y los restantes testigos son solo de referencia. Por otra parte, añade la quejosa que el ofendido pretendía cometer un delito (obtener un vehículo con placas de taxi sin cumplir con los requisitos legales) y no sufrió engaño. Los reparos son inatendibles. En primer término, ha de señalarse que el sistema procesal costarricense no establece un régimen de pruebas legales o tasadas, sino la libertad probatoria basada en la sana crítica, de modo que todos los datos relevantes pueden ser demostrados a través de cualquier medio lícito, cual el testimonio de la víctima. A pesar de lo dicho, no es cierto que la condena se asiente de forma exclusiva en las manifestaciones del agraviado, pues el Tribunal tuvo también acceso a la declaración de un testigo que, personalmente, se hizo cargo de entregar sumas de dinero al acusado; así como a los informes que suministró el hijo de aquel, quien –asimismo de modo personal– dialogó con el justiciable y constató la existencia de una negociación. En estas condiciones, salta a la vista que tales testigos no son “de referencia” ni mencionan “aspectos periféricos”, sino que corroboraron directamente los actos que se le atribuyen al imputado. Se trata, entonces, de prueba directa y no referencial. En segundo lugar – y en relación con la queja por el fondo que se confunde en este motivo del recurso –, si bien esta Sala ha expuesto que, con arreglo a la teoría jurídico económica del patrimonio, el delito de estafa no se configura cuando lo pretendido por el sujeto pasivo es la realización de un acto evidentemente ilícito (ver, en tal sentido, el fallo No. 1157-07, de 9:00 horas de 12 de octubre de 2007), no es esa situación la determinada por los juzgadores en este asunto. En resumen, el *a quo* estableció que el justiciable prestaba servicios como conductor de una ambulancia de la Cruz Roja y se hacía cargo de trasladar al ofendido (persona con discapacidad física), desde Guanacaste a San José para atender citas médicas. En uno de esos viajes, le indicó al agraviado que podía ayudarle a obtener un vehículo apto para ser conducido por él y con una placa de taxi, pero que debía darle dinero para cumplir los trámites respectivos. Engañado de esta



forma, el ofendido le hizo distintas entregas de dinero al justiciable, quien le hacía creer que el coche estaba en aduanas, que era necesario pagar el estacionamiento o diversos trámites y recibió así el monto total de un millón doscientos ochenta mil colones. Del marco histórico resumido se desprende que el acusado, prevaliéndose de su condición de servidor de la Cruz Roja, hizo creer a la víctima que él tenía la posibilidad legal de auxiliar a personas con discapacidad a fin de que obtuvieran un vehículo con autorización para servir como medio de transporte público y generar así ingresos económicos. El ofendido fue claro al señalar que desconocía los trámites a cumplir para obtener lo pretendido y que el acusado le pedía ser discreto acerca de la negociación, pero no porque fuese ilícita, sino para evitar que otras personas se enteraran de las facilidades existentes y procuraran el mismo auxilio. Estima la Sala que, tomando en cuenta las condiciones objetivas y subjetivas del hecho (la discapacidad del perjudicado, las circunstancias en las que entabló contacto con el justiciable, las funciones públicas que este último desempeñaba y la naturaleza del ofrecimiento), en modo alguno puede sostenerse que la propuesta fuese evidentemente ilícita sino que, antes bien, el ofendido en efecto consideró que se le ofrecía algo lícito y por parte de un sujeto con atribuciones para hacerlo. Así se infiere de las circunstancias en que se desarrollaron los eventos, las cuales demuestran que la víctima halló razonable el ofrecimiento y no tuvo motivo alguno para suponer que se tratase de un acto ilícito ni, mucho menos, pretendiese cometer un delito. Ni siquiera cuando, posteriormente, su hijo (oficial de la policía judicial) le informó que él conocía de los trámites para obtener un taxi y que el acusado “tenía problemitas”, tomó conciencia el ofendido de que se le estaba engañando o que la propuesta era ilícita (de hecho, más bien se molestó con su hijo y se distanció de él), amén de que, en todo caso, el engaño ya se había producido tiempo atrás. Concluye la Sala, entonces, que sí se configuró el delito de estafa y que las probanzas fueron apreciadas con estricto apego a la sana crítica, lo que lleva a rechazar la protesta. II. [...] Por último, no se está frente a un “delito continuado”, sino ante un solo hecho punible configurativo de estafa, con la particularidad de que el dinero fue entregado en tractos. Así lo señaló esta Cámara en un caso similar, indicando: “... se determina en el fallo que las dos entregas de dinero se realizaron como parte de una sola operación, encaminada a obtener un vehículo que se destinaría a servir al transporte público (taxi). En estas condiciones, no pueden verse de forma aislada, sino como integrantes de una única decisión y finalidad, dirigidas a lesionar el patrimonio del agraviado; no hubo dos maquinaciones fraudulentas, sino una sola y es de ella que surgen las disposiciones patrimoniales de la víctima – en dos entregas sucesivas de dinero-, con el propósito de adquirir el bien de la naturaleza y con las características que pretendía. Desde esta perspectiva, tampoco hubo dos perjuicios al patrimonio o dos distintas lesiones, sino una sola...” (Sentencia No. 236-05, de 9:10 horas de 1 de abril de 2005). Se sigue de lo dicho que los juzgadores no solo sometieron a correcto análisis las probanzas para determinar el monto al que ascendió el perjuicio económico, sino que aplicaron debidamente la ley sustantiva al calificar el hecho punible. Por lo expuesto, se declara sin lugar la protesta y, en todos sus extremos, el recurso de casación planteado.”

El Delito Continuado y la Usurpación

[Sala Tercera]²⁰

"III. [...]. El bien jurídico protegido por el artículo 225 [del Código Penal] en sus tres incisos es el uso y goce pacífico de un bien inmueble por hecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre él (cfr. BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pág 658; y CUELLO CALON, Derecho Penal, Barcelona, Parte Especial, T. II, Editorial Bosch, 1961, pág 784), siendo que en el tercero de ellos se sancione concretamente la



turbación de la posesión o tenencia de un inmueble. Para la doctrina la turbación de que aquí se trata es "una restricción en el uso y goce de la cosa. Esta turbación tiene que cometerse mediante violencia o amenazas, que deben traducirse en violencia física o violencia moral (fuerza o intimidación). No interesa la intención del sujeto activo de constituirse poseedor. Esto puede no existir y, sin embargo, haber turbación" (BREGLIA, Op cit., pág 665). En el presente caso, la calificación dada por el a quo a los hechos como constitutivos del delito de Usurpación no se reduce -como pretende el impugnante- al mero hecho de que el encartado haya violentado una cadena (abriéndola en uno de sus eslabones; nótese que en la sentencia no se establece si destruyó el candado que sujetaba aquella, como lo afirma insistentemente el recurrente [...]), que el ofendido colocó para mantener abierto el portón de entrada al inmueble para visitantes, sino a la consideración de ésta y otras conductas acreditadas de aquél, como lo fueron el haber cambiado el candado del portón del garage que compartía con el ofendido, sin autorización de éste ni del propietario del inmueble, negándose a dar copia de la llave a estos dos, y por otra parte, que el imputado [...] procedió a desconectar un dispositivo electrónico que operaba desde su apartamento y permitía el ingreso peatonal por un portón pequeño, compartido en forma común por el acusado y el ofendido, impidiéndole así al [ofendido] hacer uso del mecanismo referido desde su apartamento cuando era llamado desde el exterior del mismo, lo que obligaba por una parte a sus visitantes a gritar desde afuera anunciando su visita -puesto que el timbre eléctrico también dejó de funcionar- y, a la vez, obligaba al ofendido a utilizar las llaves de dicho portón, sacando sus manos por medio de los barrotes en una maniobra incómoda [...]. El recurrente alega que, para la mejor doctrina, "la violencia, en cualquiera de sus dos formas (vis absoluta vis compulsiva), requiere siempre un efecto físico sobre el cuerpo de la víctima, no bastando para que se configure la violencia, la fuerza en las cosas (vis in rebus)..." [...], nótese que el impugnante no indica concretamente a cuál doctrina o autores se refiere. Sin embargo, esta Sala consultando el tema del delito de Usurpación en obras de reconocido valor doctrinal, obtiene que "turba la posesión de un inmueble el que, sin despojo total o parcial, mediante actos materiales, obstaculiza el ejercicio de aquella por su titular o representante. Los actos turbatorios pueden ser actos de posesión o no, con tal que sean actos que interfieran el uso y goce del inmueble, como son por ej., los que limiten o dificulten al poseedor su acceso" [...] (NUÑEZ, Ricardo: Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Ediciones Lerner S.R.L., 1978, pág. 277), de lo cual se colige que la violencia que turbare la posesión puede recaer sobre las personas o sobre las cosas que se poseen, pues "la ley no distingue forma alguna de violencia, de manera que está comprendida la que se ejerce sobre las personas o sobre las cosas, la violencia física o efectiva o tácita". (SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, T. IV, Tipográfica Editora Argentina, 1970, pág. 454. En igual sentido FONTAN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal, Buenos Aires, Parte especial, Abeledo-Perrot, 1978, pág. 397, quien indica que es "opinión común" que la violencia pueda recaer sobre las personas o sobre las cosas; y CREUS, Carlos: Derecho Penal, Buenos Aires, Parte especial, editorial Astrea, 1988, pág. 587). Para los autores BREGLIA ARIAS y GAUNA, el desconectar un cable de energía eléctrica (hecho por un propietario a un inquilino configura el delito de Usurpación, concretamente, por turbación de la tenencia, y citan una decisión jurisprudencial en la cual se resolvió que: "la actividad cumplida por el procesado al privar de corriente eléctrica y gas a sus inquilinos configura el delito de "turbación de la tenencia"... dado que la violencia que requiere esta figura está dada por la colocación de una llave interruptora del suministro del fluido eléctrico en una habitación cerrada con candado, a la que sólo tenían acceso el incurso y la encargada del inmueble" Op. cit., págs. 664 a 665), de tal forma que, si el imputado [...] desconectó el dispositivo electrónico que operaba desde su apartamento y permitía el ingreso peatonal del portón que compartía en forma común con el ofendido, así como el uso del timbre, resulta claro que tal conducta perturba la posesión o tenencia [del ofendido] sobre el inmueble, por lo que, en cuanto a este aspecto, la calificación jurídica rendida por el a quo es correcta. No obstante lo anterior, respecto al hecho de haber cambiado el candado del portón del garage, en los términos



acreditados y supraindicados, cabe advertir que resulta equívoca la calificación de la misma como turbadora de la posesión ejercida por el ofendido, puesto que, a través de aquella acción [el ofendido] fue despojado parcialmente de la posesión que -a título de inquilino- tenía del inmueble, toda vez que se vio imposibilitado de usar dicho estacionamiento para guardar su vehículo, a tal punto que se le obligó a tener que dejarlo por fuera del edificio, en la rampa de entrada al garage. Y es que la previsión del inciso tercero del artículo 225 del Código Penal no se trata ni del despojo ni del apoderamiento, sino de la turbación (Así GOLDSTEIN, Raúl: Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978, pág. 653 y NUÑEZ, Op. cit., pág. 277). De ahí que se afirme que las acciones turbatorias son "aquellas que importan una limitación a los derechos inherentes a la posesión, sin que se traduzcan en la total privación constituida por el despojo" [...] SOLER, Op. cit., pág. 458. En igual sentido FONTAN BALESTRA, Op. cit., pág. 400). El despojo puede ser total o parcial, "es total cuando se priva al sujeto pasivo de todo el inmueble; es parcial cuando se le priva de la tenencia de la parte del inmueble que aquel ocupa (p. ej., en una tenencia común, impedirle el ejercicio de los derechos que como tenedor común le corresponden), o cuando el autor excluye al sujeto pasivo de la ocupación de una parte del inmueble que ocupaba en su totalidad, o cuando se trata de ejercer juntamente con él la ocupación" (CREUS, Carlos: Derecho Penal, Buenos Aires, Parte especial, Editorial Astrea, 1988, pág. 586). Respecto al portón del garage, la conducta del encartado no significó simplemente un obstáculo o restricción al goce normal del inmueble, sino que se tradujo en un verdadero despojo, toda vez que excluyó el uso y goce pacífico que del mismo podía hacer el ofendido en su condición de inquilino y que, ante la negativa del encartado de dar llave del candado al ofendido, importa un obstáculo material que sólo puede ser vencido por la fuerza y que configura el delito de usurpación por despojo violento. En efecto, tal despojo, en razón del medio utilizado [...] para consumarlo, es punible conforme al inciso primero del tantas veces citado artículo 225, que, en lo que interesa, sanciona al que por violencia "... despojare a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes" (en este caso, la acción ejecutiva del despojo consiste en no dejar entrar al garage común de ambos apartamentos), y ese despojo -como se adelantó- asumió una forma violenta, según los criterios que informan la doctrina. Así, BREGLIA ARIAS y GAUNA admiten que la colocación de un candado es una de las formas que puede asumir la violencia (Op. cit., pág 661), del mismo criterio es FONTAN BALESTRA (Op. cit., pág 398) y RUBIANES cita varios casos de la jurisprudencia argentina que se pronuncia en este sentido (El Código Penal y su Interpretación Jurisprudencial, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, págs. 1121 y siguientes). Por las razones expuestas cabe acoger el recurso por el fondo y casar parcialmente la sentencia (aunque no por las razones aducidas por el recurrente), pues del mismo modo en que están expuestos por separado en la sentencia, cabe distinguir que la conducta desplegada por el encartado [...] se fraccione en dos acciones, aunque afecten el mismo bien jurídico tutelado por el artículo 225 del Código Penal. La primera de ellas se da cuando el acusado "con su propia mano y sin contar con la autorización del propietario del inmueble [...], ni con la del ofendido, procedió a cambiar el candado del portón grande, común, que permitía el acceso del (sic) vehículo al área de garage, sustituyéndolo por otro candado, sin que le suministrara al ofendido o al dueño del inmueble copia alguna de las llaves que abrían el mismo, impidiendo de ese modo, que el señor [ofendido] pudiera aparcar su automotor en dicha zona, lo que coartaba su derecho como arrendante del inmueble de marras" [...]. Este hecho como se indicó con anterioridad, por sí solo constituye el delito de Usurpación, en la modalidad prevista y sancionada por el inciso 1) del artículo 225 del Código Penal (Usurpación por despojo violento del derecho de posesión). La segunda de las acciones desplegadas por el imputado está referida al portón peatonal y timbre que compartía con el ofendido, a los cuales cortó el fluido eléctrico y que en criterio de esta Sala están correctamente calificados como constitutivos del delito previsto y sancionado por el inciso 3) del artículo 225 (Usurpación por turbación de la posesión), por lo que, en cuanto a ella debe



mantenerse incólume el fallo. Ahora bien, estos dos hechos -considerados autónomamente- son discontinuos (están temporalmente separados y asumieron consumaciones independientes) y tienen cada uno idoneidad típica, pero son dependientes entre sí, por lo que la punibilidad de esta pluralidad de hechos ha de establecerse, dentro de los principios que rigen el concurso de delitos, conforme a las reglas del delito continuado (artículo 77 del Código Penal). Son dependientes, porque guardan entre sí un alto grado de homogeneidad, referida concretamente al bien jurídico afectado y a la "forma" de ataque al mismo. En cuanto a lo primero, el bien jurídico afectado es de la misma especie (éste es, como se dijo atrás, el uso y goce pacífico de un bien inmueble por hecho de posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real sobre él); en cuanto a lo segundo, la doctrina admite que no se requiere que todas las acciones se adecuen estrictamente al mismo tipo penal, sino que lo que se requiere es que, por lo menos, "se trate de acciones con formas comunes de varios tipos" [...] (CREUS, Carlos: Derecho Penal, Buenos Aires, Parte General, Editorial Astrea, pág 240. Cfr. CASTILLO GONZALEZ, Francisco: El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, pág 95), tal como sucede en el presente caso, en que el imputado incurrió en dos de las tres modalidades de Usurpación que prevé y sanciona el artículo 225 del Código Penal, acciones que comparten "formas comunes", toda vez que ambas fueron cometidas con violencia, tal como se explicó atrás. Luego, la adopción de esas formas comunes, realizadas en el mismo día -según se acreditó-, indica claramente que el imputado perseguía una misma finalidad con sus actos, cual era usurpar violentamente la posesión del ofendido, afectando notoriamente el uso y goce pacífico del ofendido sobre las áreas comunes del inmueble que compartía con el encartado. Sobre este punto ha señalado con anterioridad esta Sala que "ante la dificultad que implica la averiguación de la finalidad del sujeto activo, pues muchas veces permanece en reserva, la forma homogénea de realización de los actos es revelatoria de una misma finalidad (V-319-A, de las 11:40 hrs. del 9 de agosto de 1991). Finalmente, todos los actos del delito continuado no solo deben dirigirse contra el mismo bien jurídico, sino que, además, éste debe ser "patrimonial" (artículo 77 del Código Penal), por lo que debe constatarse si en este caso el bien jurídico afectado es de carácter patrimonial. Para CASTILLO GONZALEZ "...afectan bienes jurídicos patrimoniales los delitos previstos en los títulos VII ("Delitos contra la propiedad") y VIII ("Delitos contra la buena fe de los negocios") del Libro II del Código Penal" (Op. cit., pág 78), y siendo que el artículo 225 del Código Penal se ubica en la Sección VI del referido Título VII del Código Penal, cabe estimar como patrimonial el bien jurídico tutelado por el delito de usurpación, en cualquiera de las tres modalidades que prevé y sanciona dicho numeral. Así, pues, en este caso se reúnen todas las condiciones del Delito Continuo definidas por el artículo 77 del Código Penal, y a efectos de establecer la pena del mismo -dice este mismo artículo- "... se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta otro tanto". Aquí debe considerarse que los tres incisos del artículo 225 del Código Penal están sancionados con prisión de seis meses a tres años y que en la sentencia impugnada se le impuso al encartado [...] la cantidad de seis meses de prisión."

El Delito Continuo y el Contravando, la Falsificación y el Uso de Documentos Falsos

[Tribunal de Casación Penal]²¹

"IV.- En el único motivo de casación por el fondo Reclama la violación de los artículos 21, 22, 358, 363 del Código Penal y 211 de la Ley General de Aduanas, pues a su entender los delitos de falsedad ideológica y uso de documento falso se encuentran subsumidos por el delito de Contrabando. En consecuencia, los hechos por los cuales se le juzgó en realidad constituyen un

delito continuado de Contrabando y no seis delitos de falsedad ideológica en concurso material, siete delitos de uso de documento falso en concurso ideal, con siete delitos de Contrabando. Solicita se case la sentencia, se recalifiquen los hechos y se rebaje sustancialmente la pena impuesta, así como el periodo de ejecución condicional de la pena. **SIN LUGAR EL MOTIVO.** En primer lugar, debe advertirse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal, el delito continuado procede cuando "*fuere de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales*", situación que no ocurre en el presente caso pues si bien el delito de Contrabando tiene un evidente contenido patrimonial, no ocurre lo mismo con las falsificaciones y usos de documentos falsos, cuyo bien jurídico es la FE PÚBLICA. De allí que al faltar un elemento esencial del instituto, no resulta aplicable la doctrina del delito continuado. En todo caso, el cambio de calificación no le significaría ningún beneficio al recurrente, dado que de acuerdo con las reglas aplicables, la pena a imponer sería la prevista para el más grave, aumentada en otro tanto. Siendo que el delito de Falsificación de Documento tiene una pena de UNO A SEIS AÑOS, de acuerdo con las reglas del delito continuado, la pena a imponer sería entonces de dos a doce años de prisión. De allí que el tanto de tres años que se le impuso, además de ser la pena pactada, ser proporcional al hecho cometido, resulta acorde con los parámetros que ahora se pretende. Tampoco es acertada la tesis de que "*el delito de Contrabando, subsume los delitos de falsedad ideológica y uso de documento falso*". Recordemos que de conformidad con el artículo 23 del Código Penal, el concurso aparente opera cuando una misma conducta está descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí. Para su determinación se siguen los criterios de especialidad y consunción. Esta última, al decir de Rodríguez Devesa (Derecho Penal Español, Parte General, Madrid, Dykinson, décima edición, 1986, pág. 199) se produce cuando el desvalor, o sea, la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena señalada para esa conducta, abarca, con arreglo al sentido de las normas, el desvalor de un comportamiento diferente, descrito y penado en otro precepto legal. La regla, en tales casos, es que la primera de esas disposiciones (llamada **lex consumens**) excluye a la segunda (denominada **lex consumptae**). Se trata, pues, de un concepto valorativo. Por consiguiente, no es aplicable en forma general y abstracta, sino que depende de las características concretas de los hechos bajo examen. La relación de consunción es, justamente, la que explica la existencia de los llamados "actos anteriores, simultáneos o posteriores impunes", que un sector de la doctrina alemana conoce como "hechos acompañantes típicos" (cfr. con Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, V. II, 1981, pág. 1039). Tal doctrina es acogida por nuestro Código Penal en su artículo 23, cuando dispone que la ley principal, aquella que no ha sido subordinada expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria. Acorde con lo anterior, el presente caso no encuadra dentro del concurso aparente, pues la falsedad y uso de documento falso, no están contenidas en el delito de Contrabando, sino que por el contrario, son tipos totalmente diferentes. Dicho en otros términos, es posible la comisión del delito de Contrabando a través de otros medios distintos a la falsificación y uso de documento falso. De allí que el reclamo resulte improcedente."

El Delito Continuado y la Tenencia y el Almacenamiento de Drogas

[Sala Tercera]²²

"II. [...]. Por último, argumenta que el Tribunal infringió el debido proceso, ya que, en su criterio, cometió un solo delito que se juzgó en dos sentencias, y erróneamente se le consideró reincidente: "...por cuanto a la fecha de comisión de este hecho no había sido aún condenado, o sea la causa anterior aún no había sido juzgada. En efecto véase la proximidad temporal de los hechos 19 de



febrero de 1993 Sentencia 171-93 13 de marzo de 1993. Sentencia 231-93 (sic)...". No lleva razón el imputado cuando solicita que los hechos por lo que se le condenó en cada causa sean considerados como un solo delito, y no pueden serlo porque es factible distinguirlos tanto en el tiempo y el espacio, como en la conducta desplegada en cada oportunidad, siendo así que en la primera de ellas se demostró un almacenamiento de droga, y en la segunda -cuando ya se tramitaba proceso por los primeros hechos- se acreditó que la tenencia era para el suministro o venta a los consumidores. Además, se toma en cuenta lo que sobre este extremo resolvió la Sala Constitucional, ante la consulta judicial preceptiva que formulara esta Sala, por alegarse violación al Debido proceso, en el voto 0824-98 de las 16:00 horas del 10 de febrero de 1998: "...resultaría lesivo del artículo 39 constitucional imponer una doble condena por la comisión de un único delito, que es lo que se alega en este caso; sin embargo, y tomando como hipótesis los supuestos de hecho del caso concreto se advierte que el imputado cometió un delito de almacenamiento de drogas, por el que fue juzgado, y posteriormente, antes de que la sentencia condenatoria adquiriera firmeza, las autoridades recibieron informes de que aún se dedicaba a la misma actividad delictiva, se realizó un allanamiento en su casa de habitación y le fueron decomisados más de quinientos gramos de picadura de marihuana, por lo que se le sometió a un nuevo proceso, dentro del cual también resultó condenado.- Por ello, es claro que lo alegado en este extremo de revisión no lesiona el debido proceso, pues se cometieron dos delitos independientes, que además ameritaron ser juzgados en procesos distintos, dado que al momento de cometer el segundo delito, ya en el primero había recaído sentencia...". En consecuencia, siendo improcedente la recalificación de hechos pretendida por el justiciable, el reclamo debe rechazarse."

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 PORRAS ARIAS, Gabriela & UGALDE ROJAS, Allan Roberto. (1999). El Delito Continuado y los Principios Rectores del Derecho Penal. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San Pedro de Montes de Oca, San José. Pp 160-164.
- 2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro & ALAGIA, Alejandro. (2010). Manual de Derecho Penal: Parte General. Segunda Edición de la Quinta Reimpresión, Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. Pp 675-677.
- 3 VELÁSQUEZ V, Fernando. (2009). Derecho Penal: Parte General. Cuarta Edición, Librería Jurídica COMLIBROS. Bogotá, Colombia. Pp 992-1000.
- 4 PORRAS ARIAS, Gabriela & UGALDE ROJAS, Allan Roberto. (1999). op cit. supra nota 1. P 72.
- 5 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 4573 del cuatro de mayo de 1970. Código Penal. Fecha de vigencia desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 36 de 36 del 03/08/2011. Datos de la Publicación Gaceta número 257 del 15/11/1970. Alcance: 120A.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 239 de las diez horas con treinta y un minutos del veintiseis de marzo de dos mil diez. Expediente: 01-005863-0647-TP.
- 7 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 348 de las once horas con treinta y ocho minutos del veintiseis del marzo de dos mil diez. Expediente: 04-002001-0345-PE.
- 8 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 1027 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del dieciseis de octubre de dos mil tres. Expediente: 02-008321-0042-PE.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 499 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del once de mayo de dos mil once. Expediente: 04-005356-0042-PE.
- 10 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 346 de las catroce horas con treinta minutos del veinticuatro de abril de dos mil ocho. Expediente: 05-000173-0382-PE.
- 11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 180 de las diez horas con veinte minutos del cinco de marzo de dos mil siete. Expediente: 00-000916-0219-PE.
- 12 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 763 de las nueve horas con veinte minutos del dieciocho de agosto de dos mil seis . Expediente: 02-017140-0042-PE.
- 13 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1446 de las diez horas con nueve minutos del veintrés de diciembre de dos mil diez. Expediente: 08-000477-0006-PE.
- 14 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 743 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del ocho de julio de dos mil cinco. Expediente: 99-203194-0345-PE.
- 15 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia. 445 de las once horas con dos minutos del treinta de abril de dos mil ocho. Expediente: 06-000470-0006-PE.
- 16 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 152 de las nueve horas con cuarenta minutos del veinticuatro de febrero de dos mil seis. Expediente: 03-000402-0075-PE.
- 17 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 401 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del doce de mayo de dos mil diez. Expediente: 08-000264-0006-PE.
- 18 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 561 de las diez horas del ocho de junio de dos mil uno. Expediente: 00-200081-0597-PE.
- 19 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 313 de las nueve horas con treinta y cuatro minutos del veinticinco de marzo de dos mil once. Expediente: 07-000026-0577-PE.
- 20 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 474 de las once horas con cinco minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa y dos. Expediente: 91-000822-0006-PE.
- 21 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 659 de las quince horas con veinticinco minutos del dos de julio de dos mil cuatro. Expediente: 00-003106-0042-PE.
- 22 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 552 de las nueve horas con cuarenta minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho. Expediente: 97-001035-0006-PE.