



EI HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA, ENSAÑAMIENTO O MEDIO INSIDIOSO

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras Claves: Homicidio Calificado, Alevosía, Ensañamiento, Medio Idóneo, Insidia, Procedimiento Insidioso.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 06/06/2013.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
Homicidio Calificado	2
DOCTRINA	3
Ensañamiento	3
Alevosía	4
Veneno y Procedimientos Insidiosos	6
JURISPRUDENCIA	8
1. Definición de Alevosía y Ensañamiento	8
2. Ensañamiento: Víctima Agonizante que es Macheteada	12
3. Concepto y Alcances del Ensañamiento	16
4. Ensañamiento: La Quema de una Persona Provocándole la Muerte	18
5. Alevosía: Elementos Objetivos y Subjetivos que la Configuran	20
6. ¿Por qué la Alevosía es un Agravante del Delito?	26

7. Tipos de Alevosía	30
8. Homicidio Calificado por el Medio Utilizado	32
9. Homicidio Calificado por Medio Idóneo	38

RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre el Homicidio Calificado desde tres circunstancias Agravantes de la Acción Penal como lo son la Alevosía, el Ensañamiento y el uso de Medios Insidiosos, para lo cual son aportadas las citas normativas, doctrinales y jurisprudenciales, que definen, caracterizan y estipulan la diferencia entre estas tres formas de Homicidio Calificado.

NORMATIVA

Homicidio Calificado

[Código Penal]ⁱ

Artículo 112. Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate:

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

- 10) A un miembro de los cuerpos policiales del Estado, municipal y de las demás fuerzas de policía públicas, cuya competencia esté prevista por ley, siempre que sea en ejercicio, por causa o en razón de sus funciones.

(Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 8977 del 3 de agosto del 2011, "Calificación de los delitos cometidos contra la integridad y vida de los policías en el ejercicio de sus funciones")

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

DOCTRINA

Ensañamiento

[Creus, C & BOUMPADRE, J.E.]ⁱⁱ

§ 37. **Requisitos objetivos. El padecimiento extraordinario.** - El art. 80, inc. 2°, pune con la pena prevista en el párrafo inicial del artículo al que *matore a otro con ensañamiento*.

El concepto legal de ensañamiento comprende elementos objetivos y subjetivos.

Objetivamente, requiere que la agonía de la víctima signifique para ella un padecimiento no ordinario e innecesario en el caso concreto, sea por el dolor que se le hace experimentar, sea por la prolongación de ella. Tales requisitos no se dan cuando el padecimiento extraordinario es una consecuencia necesaria del medio utilizado por el autor, sin preordenación al sufrimiento, o cuando la condición de la víctima no le permite padecer el sufrimiento (p.ej., un descerebrado que carezca de toda sensibilidad). Véase, pues, que objetivamente el ensañamiento no requiere una determinada magnitud del daño inferido (una herida pequeña producida en un centro nervioso puede originar mayores padecimientos que un gran número de otras lesiones).

§ 38. **Requisitos subjetivos. Crueldad y preordenamiento. La "tendencia sádica".** - Subjetivamente, el padecimiento infligido a la víctima debe ser un acto de crueldad del agente. Su acción tiene que ir deliberadamente dirigida a matar haciendo padecer a la víctima de aquel modo; la elección de los medios para matar ha de estar preordenada por el autor a la causación del sufrimiento extraordinario y no necesario. Cuando falte ese requisito previo no se dará la agravante, aunque haya existido en la víctima el sufrimiento extraordinario como consecuencia del medio utilizado (p.ej., quien al disparar sobre su contrincante lo hiere en el abdomen y el herido muere tras larga

agonía). Lo requiere así lo que se ha dado en llamar el desdoblamiento de la voluntad que exige la agravante: a la voluntad de matar debe sumarse la de hacerlo de un modo cruel.

Lo que no parece imprescindible es requerir que el autor pretenda "satisfacer una tendencia sádica", o que se *complazca* (goce) con el alargamiento de la agonía o la intensificación del dolor: el agente puede actuar con motivaciones que en sí no sean *sádicas* (p.ej., cumpliendo un rito religioso) y hasta que le repugne el modo como mata, pero si lo hace aumentando deliberadamente el sufrimiento de la víctima, igualmente quedará encuadrado en la agravante.

Alevosía

[Creus, C & BOUMPADRE, J.E.]ⁱⁱⁱ

§ 39. **Noción. Distinción con otras figuras del derecho comparado.** - También el art. 80, inc. 2º, castiga al que *matara a otro con alevosía*, modo que agrava por las menores posibilidades de defensa de la víctima.

Aunque nuestra doctrina acostumbra a llegar al concepto de alevosía por medio de la distinción de nuestro tipo agravado con otros del derecho comparado (homicidio proditorio, *per aguato*, etc.), no es necesario seguir esa costumbre; la antigua fórmula española, que nuestros autores recuerdan: "obrar a traición y sobre seguro", describe con bastante precisión los alcances de la alevosía en nuestro derecho, si es que por *traición* se entiende el aprovechamiento de la indefensión de la víctima y *sobre seguro* la intención del agente de obrar sin riesgos para sí. Esta descripción nos permite acceder a las exigencias objetivas y subjetivas de la alevosía.

§ 40. **Requisitos objetivos. Indefensión de la víctima. Ausencia de riesgos para el victimario.** - Objetivamente, es necesario que la víctima se encuentre en situación de indefensión, que le impida oponer resistencia que se transforme en un riesgo para el agente. No es indispensable, pues, la total ausencia de resistencia, sino que la alevosía es compatible con la posibilidad de una resistencia, mínimamente riesgosa para el ofensor, procedente de la actividad de la víctima misma o de terceros que deban o puedan oponerse a la acción y no que simplemente puedan reaccionar después de su ocurrencia (quien en un bar concurrido aprovecha el estado de ebriedad de una persona para darle muerte, puede hacerlo con alevosía, aunque afronte el riesgo de la reacción posterior de los contertulios); ^{1º} doctrina argentina parece no querer hacer esta distinción, con lo cual restringe enormemente el margen de la agravante, requiriendo otros elementos que no son propios de nuestra alevosía* aunque puedan ser utilizados en ella (v.gr., el ocultamiento)-

La indefensión puede proceder de la inadvertencia de la víctima o de los terceros respecto del ataque (p.ej., disparar por la espalda) o de las condiciones en que aquélla se encuentra (parálisis, desmayo, sueño). Puede haber sido procurada por el autor (p.ej., ocultándose en acecho u ocultando sus intenciones criminales por medio de un acercamiento amistoso hacia la víctima), o simplemente aprovechada por él (quien mata a la persona que encuentra dormida).

§ 41. **Requisitos subjetivos. El "obrar sin riesgos". Preordenación y premeditación.** - Pero la indefensión de la víctima no basta por sí sola para que se dé alevosía; ésta plantea una exigencia subjetiva: el autor debe querer *obrar sobre seguro*, esto es, obrar sin el riesgo que puede implicar la reacción de la víctima o de terceros dirigida a oponerse a su acción. No se tiene en cuenta aquí, como vimos, la reacción posterior al ataque que pueden asumir los terceros, sino el riesgo que procede del rechazo del ataque mismo.

Ello requiere una *preordenación* de la actividad del agente para actuar con esa seguridad, es decir, la procuración o el aprovechamiento del estado de indefensión, lo cual no implica, necesariamente, una *premeditación* (serena y fría deliberación del contexto del hecho a realizar), puesto que si la premeditación importa preordenación, ésta puede darse sin aquélla (como ocurre en el caso de quien, al encontrar dormida a la víctima, decide en ese momento darle muerte, sin haberlo premeditado), y aunque los casos en que el autor ha procurado la situación de indefensión de la víctima son supuestos de premeditación, ya vimos que ellos no cubren todo el espectro de la alevosía. La premeditación, a diferencia de lo que ocurre en otros derechos, no es una agravante en el nuestro.

Para que se dé la alevosía, por tanto, debe ser el "móvil alevoso" (Núñez) lo que decida al agente a actuar, que, por supuesto, no desaparece cuando aquél ha corrido un riesgo originario en una circunstancia con la que no había contado en su plan (quien entra en el dormitorio de la víctima para darle muerte, mientras duerme, e inopinadamente encuentra a un tercero que de modo circunstancial estaba en aquel lugar).

§ 42. **Supuestos de exclusión de la agravante.** - De acuerdo con lo que acabamos de decir, no es suficiente ni la mera inadvertencia de la víctima, ni su imposibilidad de defensa, ni la ausencia de riesgo, si ello no fue lo que motivó la acción del autor. También desaparece la calificante cuando, habiendo premeditado el agente su obrar alevoso, al llevar a cabo el hecho lo hace voluntariamente de un modo tal que implica afrontar el riesgo de la reacción de la víctima o de terceros (p.ej., quien habiendo decidido aprovechar la parálisis de la víctima para darle muerte la encuentra cuidada por un tercero, pero igualmente afronta la acción; quien acecha a su enemigo y habiendo sido descubierto por él decide atacarlo en esas condiciones).

Aunque la frialdad de la ejecución no es requisito de la alevosía, normalmente sus exigencias subjetivas no se darán cuando el hecho signifique una reacción del agente ante actitudes, conscientes o inconscientes (p.ej., molestias), actuales -es decir, inmediatas al hecho- de la víctima o por circunstancias particulares que han influido en el ánimo de aquél (como pueden ser los estados emocionales), aunque su modo de obrar lo haya colocado al margen del afrontamiento de los riesgos. Son, sin embargo, soluciones que hay que corroborar en cada caso.

§ 43. **Victima incapacitada de defenderse por sus condiciones físicas.** - Estos principios nos permitirán resolver los casos en que la víctima se encuentra físicamente incapacitada para defenderse por sus condiciones (niños de corta edad, enfermos, etc.), en los cuales el elemento decisivo no será la simple ausencia de riesgos para el autor, sino el móvil con que actuó (si fue o no alevoso, según vimos).

Veneno y Procedimientos Insidiosos

[Creus, C & BOUMPADRE, J.E.]^{iv}

§ 44. **Variaciones de la fórmula.** - También el art. 80, en su inc. 2º, castiga como homicidio agravado la muerte por "veneno u otro procedimiento insidioso". El texto original del Código Penal sólo se refería al veneno. Las discusiones que originó la posibilidad de incluir en su concepto otros procedimientos insidiosos que no eran veneno en estricta acepción técnica, U^{ev0} a la ley 17.567 a enunciar esos procedimientos taxativamente, de donde la fórmula pasó al régimen vigente.

§ 45. **Fundamentos de la agravante.** - La razón de ser la agravante se determina por las menores defensas de la víctima ante la insidia que constituye la utilización de los particulares medios a que se refiere la ley, y no a la efectividad letal de ellos (como alguna vez se pensó).

§ 46. **Noción de veneno. El uso insidioso.** - Tradicionalmente _ya sin sombra de duda después de la reforma operada por ley 17.567- se entiende por veneno aquella sustancia (animal, virus orgánicos, vegetal, mineral, sólida, líquida o gaseosa) que introducida en el cuerpo humano por cualquier vía (bucal, inyectable, por osmosis) normalmente mata en virtud de las transformaciones químicas que produce. No son veneno las sustancias que introducidas en el cuerpo humano, o en contacto con él, matan por procesos que no tienen ese carácter, como serían los mecánicos (ingestión de vidrio molido o de levadura tomada en gran cantidad) o térmicos (sustancias que producen calor al ser introducidas en el cuerpo); tampoco aquellas que no son normalmente letales, aunque puedan serlo en el caso en virtud de las condiciones de la víctima (azúcar administrada al diabético); aunque unas y otras pueden integrar un procedimiento agravatorio cuando se las administra insidiosamente.

Pero no es suficiente la transformación química como modo de operar de la sustancia en orden a la letalidad, para que la administración del veneno sea típica en el sentido de la agravante, porque ésta se apoya, básicamente, en la insidia de su administración, criterio mayoritariamente sostenido por la doctrina y sobre el cual no se puede dudar después de la reforma que considera al veneno uno de los procedimientos insidiosos. Lo que agrava no es el carácter de la sustancia, sino el modo como el autor la utiliza para matar. Por consiguiente, sólo se agrava la muerte producida por veneno administrado insidiosamente, o sea-, ocultando a la víctima la calidad de la sustancia, induciéndola a error sobre ella para que se la introduzca, o se la deje introducir o poner en contacto con su cuerpo. Si tal insidia no está presente la acción del agente, se tratará de un homicidio simple (el que por violencia hace tomar a la víctima la pócima) o de un homicidio calificado por distinta razón, (como la alevosía, aprovechando el desmayo de la víctima para inyectarle el veneno).

§ 47. **Noción de procedimiento insidioso.** - Es procedimiento insidioso todo aquel que, sin constituir administración de veneno implica un engaño o artificio que no permite a la víctima tima conocer su dañiosidad. Hay, pues, un "ocultamiento material" (Núñez) del acto homicida del agente respecto de aquélla. Mas la amplitud de la expresión legal no autoriza a pensar que quede comprendido en ella cualquier homicidio en que se emplee el ocultamiento o el engaño como modo (como sería el perpetrado mediante acechanza, como erróneamente lo entiende alguna doctrina argentina), sino sólo aquel en que el ocultamiento y el engaño se concentran en la naturaleza misma del medio empleado, según los ejemplos que hemos expuesto en los párrafos anteriores.

§ 48. **Los procedimientos insidiosos y la alevosía. Estructura de la culpabilidad.** - La agravante que venimos considerando es, al fin, un capítulo de la alevosía, pero mientras en ésta se toma en cuenta la insidia del modo de matar, la que ahora estudiamos tiene fundamentalmente en cuenta la insidia del medio con que se mata.

También aquí -según expresión de Soler- hay un "desdoblamiento intencional": el agente debe querer matar y debe querer hacerlo insidiosamente, por medio de veneno o de otro procedimiento que permita la insidia.

JURISPRUDENCIA

1. Definición de Alevosía y Ensañamiento

[Sala Tercera]^v

Voto de mayoría:

“II. Errónea aplicación de la ley sustantiva y falta de fundamentación respecto a la circunstancia agravante. [...] Como se colige, el marco fáctico demostrado permitió establecer al Tribunal que las condiciones en que el homicidio se produjo fueron alevosas, en el tanto el agente actuó sobre seguro y sin ningún peligro para él, siendo que ejecutó el crimen también con ensañamiento, por cuanto produjo a la víctima un sufrimiento innecesario, de ahí la calificante de la conducta. Como acertadamente lo señala el *a quo*, alevoso es el homicidio ejecutado de forma tal que el autor se aprovecha del estado de indefensión del sujeto pasivo, lo que le permite actuar sobre seguro, es decir, sin correr riesgos para sí. En este caso, los jueces lograron acreditar que la actuación del encartado se dio en un momento en que su víctima se encontraba en completo estado de indefensión, como consecuencia le impidió al ofendido contrarrestar la acción delictiva por parte del encartado, además de que el elevado estado de ebriedad en que se encontraba el agraviado era del conocimiento del homicida, puesto que desde la cena empezaron a ingerir licor. Como lo indica el fallo, con base en la pericia médica, la víctima no presentaba heridas de defensa, es decir, que recibió las estocadas y machetazos que lo semidecapitaron sin oponer algún grado mínimo de resistencia, ni siquiera para protegerse en una reacción instintiva pudo anteponer sus manos. Respecto a la alevosía esta Sala ha resuelto que: “(...) *conforme la jurisprudencia que los mismos Juzgadores citan, para que se dé la alevosía se requiere, junto a este elemento objetivo, la intención del sujeto activo de procurarse una ventaja sobre el sujeto pasivo que por un lado le impida a éste una eventual defensa y, correlativamente a ello, a él le garantice una ejecución segura y sin riesgo para su persona : “...La voz «alevosía» (a la que alude directamente -o por relación- nuestro Código Penal en sus artículos 112, 126, 137, 140 párrafo segundo y 141 párrafo segundo) se entiende, comúnmente, como la "cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo del delincuente..." y en modo adverbial («con alevosía») como "A traición y sobre seguro" (así, Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española y el Diccionario Enciclopédico de la Editorial Océano). También se acepta la alevosía como sinónimo de traición y perfidia (Diccionario de la Real Academia Española), o, en acepciones aún más generales, de deslealtad, felonía, infidelidad, ingratitud, vileza, infamia, perrería, engaño e intriga (Diccionario de Sinónimos y Antónimos del Grupo Editorial Océano). En un sentido jurídico, en términos generales, la doctrina penal identifica la alevosía como una circunstancia agravante por los medios y modos de ejecución. Así, ANTON ONECA dice que: "Hay alevosía*

cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido" (Derecho Penal, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1986, pág. 385). BREGLIA ARIAS y GAUNA dicen que la alevosía concurre: "Cuando se ejecuta el hecho a traición, sobre seguro, empleando astucia, engaño, ocultación, celada, perfidia, acecho; sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o inadvertida a la víctima, privando de posibilidades defensivas al asesinado; cuando se mata arteramente, con ventaja, sin peligro para el agresor..."

(Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pág. 265). Por su parte - refiriéndose al delito de homicidio- NUÑEZ indica que: "El autor mata con alevosía si preordena su conducta para matar sin peligro para su persona, proveniente de la reacción de la víctima o de un tercero" (Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Ediciones Lerner, 1978, pág. 50). Como se ve, de todo lo expuesto, la idea fundamental de la alevosía es el empleo procurado o aprovechado de circunstancias de hecho conforme a las cuales el agente asegura la realización del hecho sin peligro o riesgo para su persona ante la reacción que pueda provocar su ataque, es decir, su fundamento radica en "la mayor facilidad para realizar el delito y la menor posibilidad de defensa contra el mismo" (ANTON ONECA: Op. cit., pág. 387) ...", (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 0027-F-94 de las 8:45 horas del 21 de enero de 1994). De acuerdo con lo anterior, se entiende que la causal de agravación que estudiamos posee un componente objetivo respecto al modo en que se realiza la conducta o tipo básico del homicidio, según el cual éste debe cometerse en circunstancias tales que el agente pueda actuar sobre seguro debido a que la víctima quede en imposibilidad absoluta (o con posibilidades muy reducidas o limitadas) de ejercer una posible defensa. Pero el análisis del Juzgador en el caso concreto no podría quedarse aquí, conforme de manera errónea lo hizo el Tribunal de mérito, arrastrando también el yerro de haber afirmado que el ataque fue repentino y sorpresivo (lo cual debe descartarse), pues tal ejercicio también debe alcanzar la cuestión subjetiva, en el sentido de que el homicida debe haber buscado, procurado o aprovechado, de modo consciente y voluntario, esa situación de desventaja de la víctima: "... tratándose del delito de homicidio calificado por alevosía, el examen de tipicidad subjetiva y objetiva de la conducta deberá verificar en cada caso si el autor tuvo conocimiento y voluntad de causar la muerte a una persona procurando o aprovechando circunstancias de modo, tiempo y lugar para la ejecución de la acción tales que le permitían lograr el doble propósito de asegurar la muerte de la víctima y de eludir o minimizar todo riesgo para sí que pudiera derivarse de la reacción defensiva de aquella o de un tercero para oponerse a su acción. Es decir, no basta con que la víctima se encuentre en situación de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, sino que el autor debe haber conocido y querido realizar la acción en tales

circunstancias. Conforme a tales principios, no se puede calificar el homicidio por la sola circunstancia objetiva de que la víctima está en situación de indefensión, circunstancia que puede ser ajena por completo y aun contraria a la voluntad del autor e invencible, sino que además se requiere el haber buscado dolosamente esa situación o haberse aprovechado de ella en determinado momento, para evitar totalmente o minimizar a un grado inocuo la defensa de la víctima que es capaz y está en condiciones de oponerla o la defensa de un tercero que puede o debe hacerlo ... “ (misma resolución antes citada),” (resolución número 2005-1151, de las 09:45 horas, del 10 de octubre de 2005). En este caso, como acertadamente resolvió el Tribunal se constató que la muerte de R se ejecutó con un componente alevoso, toda vez que se comprobó que el acusado lo agredió sobre seguro, aprovechándose de que el ofendido se encontraba en completo estado de ebriedad, situación que era de su conocimiento desde que empezaron a ingerir licor en la cena. Por otro lado, ciertamente en el ensañamiento, el homicida le adiciona a su intención de matar otra finalidad, esta es el de ejecutar dicha muerte causándole un sufrimiento a su víctima que debe entenderse innecesario. En este caso, como quedó acreditado, una vez que el imputado hirió de muerte al agraviado le propinó otras heridas que resultaban excesivas e innecesarias para la consecución del fin propuesto. En este sentido, esta Cámara ha señalado que: *“Tampoco, al concluir que RS actuó con ensañamiento. Al respecto, se determinó “...la causación de un sufrimiento extraordinario e innecesario para la víctima y un actuar sádico de intensificación de dolor de éste...” (f. 129 vto.), lo que se evidencia con la circunstancia de que el cuerpo de MR presentó múltiples heridas punzocortantes en zonas vitales, más allá, de las necesarias para ocasionarle la muerte,”* (Resolución número 2010-1265, de las 11:21 horas, del 4 de noviembre de 2010). En consecuencia, luego de un examen detallado del cuadro fáctico establecido en sentencia y del razonamiento del órgano de mérito, estima esta Sala que no se extrae del fallo recurrido vicio alguno en cuanto a la aplicación de la ley sustantiva. Por ello, debe declararse sin lugar el alegato. Por su parte, también se reclama que de haberse considerado el estado de ebriedad del imputado, el delito que se configuró es homicidio simple y no calificado. Afirma el quejoso que tampoco se valoró que no estaba en un estado normal sino totalmente intoxicado por el consumo de licor y marihuana. De previo, es necesario advertir que ya se indicó que la calificación jurídica de la acción cometida por el encartado otorgada por el Tribunal es la correcta. Del contenido del reproche debe entenderse que lo que el sentenciado reclama es que al momento de ejecutar el crimen no tenía la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Como segundo aspecto de aclarar es que ya esta Cámara ha indicado que no toda persona que se encuentre bajo los efectos del alcohol o cualquier otro tipo de sustancia o droga enervante es inimputable, pues tal condición no responde únicamente a aspectos psicológicos sino también a condiciones normativas. Ahora bien, en realidad la capacidad de culpabilidad del endilgado nunca fue puesta en duda por parte del Tribunal, aún

aceptando que el justiciable ingirió licor y/o droga desde horas de la tarde en el sitio donde aconteció el suceso delictivo, lo que la defensa alegó en su oportunidad es que al estar su defendido borracho se la “cuadraron” y lo involucraron sin que tuviera razón suficiente para darle muerte al ofendido. Según se desprende del fallo, el alegato fue abordado por el Tribunal que llegó a la conclusión de que el encartado sí tuvo un motivo, pues éste le recriminaba al agraviado que producto de los problemas políticos de su país natal, Nicaragua, él le había matado a sus familiares. Al respecto, se indicó: *“Tercero. Tampoco se demostró un motivo aparente de parte de alguno de los testigos para acabar con la vida del P. Incluso, E y ME calificaron al encartado así como al agraviado como personas buena gentes, tranquilas, por lo que en sus deposiciones no se evidencian algún interés malsano hacia alguno de ellos, especialmente contra T. Quien si tenía problemas personales, quien sí había discutido con R por política de Nicaragua, dicho sea de paso, el país de origen de ambos, quien le recriminaba a R que había matado a sus familiares era M, quien aprovechó un momento de descuido, causado por el exceso de consumo de alcohol de R para herirlo inicialmente en el pecho y dejarlo tendido a escasos treinta metros del camper,”* (f. 114). En este sentido, es importante acotar que esta Cámara al resolver el recurso de casación planteado ya se había referido a este tema, concluyendo que el Tribunal sí tuvo suficientes elementos probatorios para establecer la responsabilidad del endilgado. Sobre este aspecto no nos referiremos más. Lo que conviene rescatar es que la capacidad del acusado no fue puesta en duda en juicio ni al plantearse el recurso de casación. Con independencia de ello, analizada integralmente la sentencia, advierte esta Cámara que existen motivos suficientes como para concluir que las acciones desplegadas por el encartado no son propias de una persona que tuviera anuladas o disminuidas sus facultades mentales, todo lo contrario, como se describe en el fallo, el encartado evidenció la capacidad de ejercer un acto sumamente violento, luego de lo cual, corrió hacia el camper de uno de sus compañeros y delató su acción, después fue hasta la casa para localizar un cuchillo y regresar donde estaba tirado el cuerpo del ofendido y nuevamente arremete contra su humanidad, acto seguido tomó la previsión de cambiarse la ropa y lavarse la sangre que tenía impregnada, intentó convencer a un compañero de enterrar el cuerpo para que no se diera parte de lo sucedido y, finalmente tomó sus pertenencias y huyó del sitio no sin antes decir que se regresaba para Nicaragua en un intento de confundir su verdadero paradero. Todas estas acciones descritas en la sentencia permiten determinar que el acusado estaba en capacidad de entender las consecuencias de lo que había hecho, incluso se adelantó a la posibilidad de que el agraviado sobreviviera a su agresión y lo remató, aclarando que de no hacerlo sabía que el otro le iba a dar muerte. Obviamente, las reacciones y previsiones del endilgado evidencian que la ingesta de licor no afectó su capacidad de entender la gravedad de la acción cometida y su discernimiento en la toma de medidas para asegurar su integridad física –en caso de que el ofendido sobreviviera-, así como de procurar su impunidad tratando de esconder –enterrándolo- el cuerpo del occiso, no obstante al no lograr convencer a su

compañero decide huir del lugar no sin antes manifestar que tomaba un rumbo diferente al que se le encontró para desorientar su búsqueda. Concluye esta Cámara que el razonamiento del conocimiento pleno de lo que hacía, y su voluntad en realizarlo, acreditado por el juzgador, descartan la posibilidad planteada por el sentenciado. En consecuencia se rechaza el reclamo.”

2. Ensañamiento: Víctima Agonizante que es Macheteada

[Sala Tercera]^{vi}
Voto de mayoría

I. El licenciado Adrián Rodríguez Fernández (fs. 226-238), en su calidad de defensor particular del sentenciado, L (f. 239), solicita la revisión del fallo condenatorio número 50-09, dictado por el Tribunal Penal de Heredia, sede en Sarapiquí, a las 14:10 horas, del 2 de junio de 2009. Como primer motivo del procedimiento incoado, alega violación al debido proceso, por inaplicación del principio in dubio pro reo. Indica que el Ministerio Público le atribuyó a su defendido, haber dado muerte a D con “alevosía y ensañamiento”. En sentencia, quedó excluida la causal de alevosía, pero se mantuvo el supuesto de ensañamiento. Estima el licenciado Rodríguez Fernández, que dicha calificación es errónea, pues para tener por acreditada la causal de ensañamiento, debió incorporarse al contradictorio prueba que sin lugar a dudas, permitiese tener por establecido el elemento subjetivo del dolo que dicho supuesto requiere. En cambio, en el caso particular, las únicas manifestaciones testimoniales de las que se sirvió el *a quo* para tener por probado el ensañamiento, son las de los testigos M y R, así como el dictamen médico legal 2008-2346 PF. Sin embargo, estima que correctamente analizada dicha prueba, se obtendría únicamente del primero, que el imputado se aseguró que el ofendido estaba muerto; de R, no existe certeza de que el sindicado diera machetazos al cuerpo de la víctima en varias oportunidades, pues el deponente se localizaba a setenta y cinco metros del cuerpo, era de noche, y existían obstáculos de visibilidad entre el cuerpo del ofendido y el testigo, por lo que no se puede asegurar que el sindicado *“...macheteara el cuerpo sino otros objetos cercanos...”* (f. 230). Aunado a lo anterior, el dictamen médico mencionado concluye que la causa de muerte fue una cortada en el cuello, y no existe claridad si el resto de heridas se produjeron antes o después de la “cortada mortal” (f. 230). *“...Tampoco trajo el Tribunal a los señores peritos médico forenses para que explicaran el estado de conciencia de la víctima con posterioridad a la cortada mortal, ni el tiempo en que la persona podía quedar con vida después de esta cortada...”* (ibid). Apunta que como no existe claridad sobre cuál fue la primera lesión producida a la víctima, tampoco hay certeza sobre si aparte de la lesión producida en el cuello del afectado, alguna otra le produjo dolor. Continúa indicando que no toda acción repetitiva constituye ensañamiento (f. 231). La queja es inadmisibles, a la luz de lo preceptuado en el párrafo

tercero del artículo 411 del Código Procesal Penal: El tema ahora cuestionado fue discutido en casación, mediante resolución número 1403, de las 9:57 horas, del 16 de octubre de 2009 (fs. 198-207). En específico, los reclamos que ahora se plantean, habían sido resueltos en el considerando segundo de dicha resolución, que se procede a transcribir en lo conducente: *“...Esta Cámara no comparte el criterio de la recurrente, cuando expresa que la pluralidad de acometimientos en el presente caso, obedecen al deseo del autor de asegurar la muerte. Por el contrario, en la especie, se refleja un acto de agresión desmedida, con total indiferencia hacia el dolor que ocasionó en la víctima, al cortar y machacar su cuerpo una y otra vez (no menos de 28 ocasiones), mediante la utilización de un machete. Tampoco es de recibo el alegato de que después del primer acometimiento, la víctima perdiera la conciencia, o bien la vida, al punto que los demás machetazos no le aumentaron dolor alguno, ya que no es cierto –como afirma el recurrente– que de la prueba no se puede desprender que la víctima haya vivido un sufrimiento físico excesivo. Por consiguiente, como bien resuelve el Tribunal, no se puede afirmar que existiera una preordenación que permitiera presumir que con la primer lesión se haya eximido al perjudicado del dolor al suponer que su vida ya había cesado. El hecho de que se determinara cuál fue la herida que causó la muerte del agraviado, conforme se desprende del dictamen médico legal número DA:2008-2346 P.F. (ver folio 37), no significa que pueda excluirse, que las restantes lesiones fueron realizadas mientras el agraviado aún estaba vivo. Aducir que el Tribunal, parte de una falacia de ignorancia, porque asume la existencia de un sufrimiento innecesario, en razón de que el dictamen señalado, no distingue el momento en que se produce cada uno de los veintiocho acometimientos (pre o post mortem) que le propinaron a la víctima, exigiría la necesidad de examinar su cuerpo, antes y después de cada machetazo efectuado, lo cual resulta una exigencia desmedida. Tómese en cuenta que la provocación de un sufrimiento innecesario no deriva de la cantidad de heridas causadas al agraviado, sino de la forma en que el imputado ejecutó la acción de matar a D, siendo indistinto si se produce uno, dos, o veintiocho heridas, pues resulta indiscutible que su accionar responde a una intención inhumana de asesinar brutalmente a una persona, mediante una técnica que generó un aumento innecesario de dolor al destinatario de tal agresión. Para reflejar el aspecto objetivo requerido por tal agravante, el Tribunal contó además de lo descrito en el dictamen médico legal indicado, las fotos 1 y 2 de la secuencia fotográfica visible a folio 72, así como la que se encuentra a folio 43 vuelto. Sobre el aspecto subjetivo, cuestiona la recurrente la declaración del testigo R, cuando refirió que el imputado manifestó: “voy a ir a ver a ese hijueputa para ver si se va a parar de ahí, él estaba sentado...se paraba e iba a donde estaba el cuerpo...él le decía vez hijueputa como era la vara”, situación que al igual que el Tribunal, esta Cámara, considera que se refleja la necesidad imperiosa que tenía el encartado de ver sufrir a su víctima, ante el menosprecio que le significaba que aquel tuviera vida. De igual forma, bien se consigna en el fallo que: “...el hecho de que la herida principal, o herida que ocasionó finalmente la muerte al ofendido haya sido*

identificada por los forenses, esto no significa per se que el resto de lesiones no fueran provocadas mientras el agraviado aún se encontraba con vida, precisamente agonizando. Así mismo, la dinámica según la cual ocurren los hechos nos lleva al convencimiento de que el acusado, el cual se notó por parte del testigo R evidentemente enojado, no se “esperó” a que el ofendido D falleciera para propiciar las otras lesiones, sino que lo propinó en un mismo momento en el tiempo...” (Ver folio 169).- Por otra parte, cuestiona la recurrente la credibilidad que se le rindió a la testigo A, puesto que a su criterio, la misma resulta contradictoria en su declaración. No obstante, el Tribunal al momento de valorar el testimonio, si bien es cierto, indica que exigida la memoria de la deponente, ésta pudo afirmar que el ofendido se encontraba solo en el bar, que no invitó a nadie, pagó su propia cuenta y no hubo ningún altercado en el sitio donde ella trabajaba, por lo que se desvirtúa el dicho del endilgado, cuando pretende justificar su agresión en razón de una agresión previa por parte del agraviado en dicho local. No puede ser considerada como una contradicción relevante, el hecho de que una persona indique en un inicio no recordar bien y luego, poder referir los acontecimientos ocurridos, siendo común que con el paso del tiempo, algunos detalles se vayan olvidando y deba hacerse un mayor esfuerzo para poder precisar lo que ocurrió. Sin embargo, los datos referidos por la deponente, fueron contestes en muchos otros aspectos que fueron acreditados por otros medios probatorios, por lo que el Tribunal pudo constatar la coherencia de lo narrado (Ver folios 151 al 153). En consecuencia, se declara sin lugar el presente motivo de casación...” (fs. 202-204). Si bien en el cuestionamiento de casación, se alude al testigo R, pero no a M, ello no implica una variación del cuestionamiento que justifique un nuevo examen del punto. Nótese que el dato que el requirente pretende introducir a través de lo manifestado en juicio por dicho testigo, es que el sentenciado realizó acciones tendientes a asegurarse que la víctima estaba muerta, lo que no viene a afectar el iter lógico a través del cual, esta Sala estimó que la calificante de ensañamiento, sí se encontraba adecuadamente motivada en sentencia. En consecuencia, debe declararse inadmisibles, el primer motivo de la revisión interpuesta por el defensor particular de L.

II. Como segundo motivo de revisión, el defensor particular de L, alega violación al debido proceso, por falta de una defensa técnica efectiva . A su parecer el sentenciado no fue debidamente representado a lo largo del proceso y en el debate, porque: 1) La defensa no solicitó la presencia de los médicos forenses que elaboraron la pericia 2008-2346 PF, y tampoco se planteó en su momento solicitud de aclaración y adición de la misma. De esta manera, se desaprovechó la oportunidad de “...reforzar elementos tendientes a desacreditar la existencia de dolo de ensañamiento...” (f. 235); 2) La defensa alegó que el imputado actuó en un estado de emoción violenta o en legítima defensa (no se aclaró la posición), pero nunca aportó elemento probatorio alguno que permitiera tener como probable dicha hipótesis y combatir la calificación brindada a los hechos por la Fiscalía, tal y como lo hace ver el Tribunal en sentencia; 3) La

defensora puso al encartado a declarar en el debate, luego de recibida la totalidad de la prueba, sin tomar en consideración las condiciones mentales deterioradas del sindicado debido a su consumo de droga. Arguye que a pesar de que se observa que la defensa guió la declaración, no se aprecia que la misma aporte un solo dato a favor de los intereses del inculpado, y además es contradictoria. 4) De la prueba recibida en debate es claro que la conclusión válida es la de homicidio simple. Sin embargo, la defensa técnica gastó tiempo y recursos en tratar de sostener la tesis de homicidio especialmente atenuado, que *"...no tenía probabilidad alguna de ser acogida por el Tribunal..."* (f. 236). La queja es inadmisibles: Por la vía de apreciaciones subjetivas, respecto a la forma cómo debió ser ejercida la defensa, el requirente no hace otra cosa que replantear, en forma velada, la validez de su tesis consistente en la errónea calificación de los hechos como homicidio calificado, sosteniendo en cambio que se trata de un homicidio simple. Dicha tesis fue descartada en casación, lo que impide el replanteamiento del tema, de conformidad con lo que establece el párrafo primero del artículo 411 del Código Procesal Penal. Por otro lado, nuestra Sala Constitucional ha dicho ya, que no es cualquier discrepancia con la actuación del defensor técnico lo que genera el vicio de indefensión, y de lo apuntado por el licenciado Rodríguez Fernández para dar sustento a su motivo, se desprende con claridad, que lejos de negligencia en el ejercicio de la defensa, lo que se muestra de su parte es una inconformidad con la estrategia de defensa seguida por quien representó anteriormente al sentenciado, por no seguirse la tesis de un homicidio simple, sino la de una eventual legítima defensa, u homicidio especialmente atenuado por actuar en estado de emoción violenta. Lo planteado entonces, a la luz de los pronunciamientos constitucionales, constituye una mera discrepancia en cuanto a la estrategia de defensa que se eligió y, sin necesidad de ulterior análisis de fondo, puede descartarse como violatorio del debido proceso. En este sentido el Contralor de Casación ha señalado que: *"...El derecho de defensa que se desprende del artículo 39 de la Constitución Política y de los párrafos 2, 3 y 5 del artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos humanos implica entre otros, el derecho del reo a ser asistido por un defensor letrado, proveído gratuitamente por el Estado en caso necesario, el derecho a comunicarse privadamente con su defensor, el acceso irrestricto a las pruebas y la posibilidad de combatirlas, el derecho a un proceso público y el derecho a hacer uso de todos los recursos legales de defensa sin coacción de ningún tipo. La valoración que haga el sentenciado sobre la ineficiencia o falta de diligencia de su defensor no puede considerarse como una infracción al debido proceso, salvo que se trate de un caso en que esa actuación fuera del todo negligente o se evidencie que se dio en forma contraria a los intereses del defendido..."* (Sala Constitucional, número 5966, de las 15:12 horas, del 16 de noviembre de 1993). En virtud de las anteriores consideraciones, se declara inadmisibles también, la segunda queja del procedimiento de revisión que plantea el licenciado Rodríguez Fernández.

3. Concepto y Alcances del Ensañamiento

[Sala Tercera]^{vii}

Voto de mayoría

“II. [...] La plataforma de hechos probados es la siguiente:

“1. El día 13 de junio de 2010, entre las diecisiete y dieciocho horas, en la localidad de Aguas Claras de Upala, 700 metros al oeste del Bar Higuierón, el encartado I., aprovechando que su madrina y aquí ofendida G. de 65 años de edad se encontraba sola en su vivienda, ingresó armado con un cuchillo hasta su habitación con la finalidad de darle muerte. 2.- Acto seguido, sin que mediara ninguna causa de justificación, el encartado I. le propinó ocho heridas con arma blanca a la agraviada G. en diversas partes del cuerpo y producto de la pérdida de sangre en menos de cinco minutos después en el lugar. 3.- Como resultado de esa acción dolosa del encartado I. la ofendida G. presentó en la cara una herida cortante frontal derecha con laceración de piel y tejido subcutáneo, una herida cortante naso parietal derecha con laceración de piel y tejido subcutáneo. En la cabeza le causó una herida cortante superficial lateral izquierda con laceración de piel y tejido subcutáneo. En la extremidad superior derecha le ocasionó una herida cortante al dorso de la mano y una herida cortante superficial dorsal falange proximal segundo dedo, una herida cortante superficial dorsal falange proximal tercer dedo. En la extremidad superior izquierda le ocasionó una herida cortante superficial ventral mano y muñeca y una herida punzo cortante en el cuello de adelante hacia atrás. 4.- La muerte de la ofendida G., se determinó por medio de Autopsia Legal que es homicida desde el punto de vista médico legal y su causa fue por exanguinación.” (Folio 218 frente y vuelto). El Tribunal a partir de lo anterior concluyó que objetivamente se comprobó que a la víctima se le ocasionaron heridas en cantidad de ocho, pero no por ello se podía concluir que se le provocó dolor innecesario. Además, el *a quo* analizó el dictamen médico de folio 135, del cual concluyó que la herida mortal no le produjo a la víctima una sobrevida mayor a los cinco minutos, por otra parte, se consideró también que no se pudo interpretar que las lesiones aparentemente previas sufridas por la ofendida le ocasionaran un dolor innecesario, porque ello sería realizar una interpretación amplia en contra del encartado, lo que no es posible en nuestro Estado democrático, por ello el Tribunal optó por la interpretación a su favor. El recurrente señala en su escrito de impugnación las resoluciones 1498-2007 de las 15:00 horas, del 20 de diciembre de 2007, 1300-2004, de las 10:10 horas, del 12 de noviembre de 2004 y 438-2003, de las 9:24 horas, del 30 de mayo de 2003 de esta Sala- para fundamentar que en el caso en examen se está en presencia de un homicidio calificado. Sin embargo, esta Sala hizo un análisis integral de las resoluciones citadas, así como un repaso jurisprudencial de pronunciamientos recientes, reiterándose que el ensañamiento exige que el sujeto activo conozca y

quiera el resultado ilícito con un padecimiento innecesario y cruel para la víctima, así lo ha señalado esta Cámara al referir lo siguiente: *“El concepto legal de ensañamiento, como bien lo describe la doctrina, comprende elementos objetivos y subjetivos. Desde el punto de vista objetivo se requiere que la agonía de la víctima implique un padecimiento extraordinario e innecesario, ya sea por el dolor que experimenta, como por su prolongación, consecuencia necesaria del preordenamiento del medio o medios empleados por el sujeto activo. Subjetivamente, el padecimiento al que se somete a la víctima debe ser necesariamente un acto de crueldad del autor, dirigiendo todas sus acciones a provocar la muerte del sujeto pasivo, haciéndolo padecer y preordenando los medios para causarle el sufrimiento, al margen de que el autor se goce o no en el dolor infligido. [...]Contrario a lo que señala el impugnante, los juzgadores sí tuvieron por demostrados los elementos objetivos y subjetivos del ensañamiento, acreditando la agonía de la víctima, sometida a un sufrimiento extraordinario e innecesario por parte del inculpatado, y conforme a las pruebas, la joven mujer estuvo consciente hasta el momento mismo de su estrangulación, pues al sentir los cables que rodeaban su cuello, en un último intento por evitar su muerte, pese al lamentable estado en que ya se encontraba, trató de tomar con su mano izquierda los cables, falleciendo asida al conector de esos objetos, como se determinó en la autopsia y en el acta de levantamiento del cadáver y así lo destacó el tribunal en su fallo – ver folio 491 –, circunstancias que sin lugar a dudas resultaron ser actos de extrema crueldad desplegados por el acusado contra su víctima, preordenando los medios para hacerla padecer incurriendo en la causal de ensañamiento, por lo que la calificación legal otorgada por los jueces se muestra adecuada, sin que se aprecie en el fallo cuestionado una errada aplicación de la ley sustantiva en perjuicio de los derechos fundamentales del encausado...”* (Sala Tercera, 508-F-95, de las 9:50 horas, del 6 de septiembre de 1995, reiterada por la resolución 2011-00295, de las 9:15 horas, del 23 de marzo de 2011). A lo anterior hay que agregar, que la cantidad de heridas no determina que el victimario actuara con ensañamiento, sino que debe de considerarse el elemento subjetivo del dolo, esta Sala ha indicado al respecto lo siguiente: *“(...) la agravante de ensañamiento supone el causarle sufrimientos innecesarios a la víctima antes de que muera, recreándose el agente con el dolor sufrido... objetivamente se requiere el aumento del dolor del sujeto pasivo. El tipo subjetivo exige no sólo el dolo de matar, sino además que el autor en la ejecución de su acción busque que la víctima sufra antes de morir...”* (LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Comentarios al Código Penal, Editorial Juricentro, San José, 1989, págs. 23 y 24). Lo anterior significa que, para que se configure el ensañamiento, se requiere la concurrencia de un elemento objetivo (dolor o sufrimiento innecesarios) y además de uno subjetivo, no sólo el dolo de matar, sino también la clara y manifiesta voluntad del agente en buscar y procurar el dolor de su víctima, a la que hace sufrir innecesariamente. La doctrina además es coincidente al indicar que no basta la repetición de golpes o heridas para que se dé el agravante, sino que se necesita que la

repetición del acto lesivo, responda al propósito deliberado de aumentar el dolor de la víctima. Por faltar ese propósito, la doctrina excluye del agravante los hechos cometidos en un arrebatado de pasión o cólera, “(...) *característicos por lo desbordante y repetido del ataque, pero en los que está ausente el fin peculiar al ensañamiento.*” (FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, decimoquinta edición, 1998, p. 35). (Resolución 2010-00898, 11:30 horas, del 26 de agosto de 2010). De lo anterior, volviendo al caso en particular se puede afirmar que, sí se dio el elemento objetivo, algunas de las lesiones encontradas son de las denominadas de defensa, por la posición defensiva que asume la víctima, pero no el subjetivo, pues de los mismos hechos, y de la fundamentación descriptiva e intelectual realizada por el *a quo*, no se deriva de forma objetiva que I. -junto a la intención homicida- mediara un claro deseo de procurar el dolor y sufrimiento de la víctima. Encuentra esta Sala que los fundamentos del recurrente no evidencian la existencia de la causa de agravación por ensañamiento, tal y como lo concluyeron los juzgadores. En razón de lo anterior se rechaza el reclamo del Ministerio Público.”

4. Ensañamiento: La Quema de una Persona Provocándole la Muerte

[Sala Tercera]^{viii}

Voto de mayoría

“I. [...] En primer lugar, cabe resaltar que tanto en los hechos acusados por el Ministerio Público (Cfr. folios 54 a 55), como en el apartado de hechos probados contenido en el fallo, se menciona que, al cometer el homicidio, la procesada prolongó de manera innecesaria el sufrimiento de la agraviada. En razón de lo anterior, se hace necesario determinar si en el caso concreto estamos en presencia de un homicidio calificado por ensañamiento. En cuanto a esta modalidad calificante, en esta misma Sede se ha señalado: “...*el ensañamiento es una circunstancia agravante que consiste en aumentar de forma deliberada e inhumana el dolor del ofendido. En palabras de Fontán Balestra, “Es ésta una combinación de los medios con el propósito del agente, pues hay en quien se ensaña el deseo definido de causar sufrimientos innecesarios antes de morir.”* (FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, decimoquinta edición, 1998, p. 35). *En el ensañamiento, el tipo objetivo consiste en causarle sufrimientos innecesarios a la víctima antes de que muera y el tipo subjetivo exige que el autor en la ejecución de los actos busque que la víctima sufra antes de morir...*” (Sala Tercera, número 2007-01152, de las 15:10 horas, del 08 de octubre de 2007); por otra parte, en la sentencia número 2004-01469, de las 09:30 horas, del 22 de diciembre de 2004, la misma Sala refirió: “*Con respecto al ensañamiento, se ha determinado en doctrina que el hecho de quemar o prenderle fuego a una persona configura la agravante (así Ricardo Levene, Manual de Derecho Penal, Buenos Aires, 1978)...*”. A efectos de evitar alguna confusión, debe tomarse en

cuenta que cuando se da un homicidio simple suele producirse un sufrimiento a la víctima, no obstante, en el homicidio calificado por ensañamiento, hay un elemento adicional que justifica la agravante. En el fallo recurrido, se tiene por demostrado que la muerte de la ofendida Y. fue provocada por la imputada al haberle rociado con tolueno su cuerpo y posteriormente haber procedido a lanzarle un fósforo para que muriera ardiendo. Es un hecho incontrovertible el que este tipo de muertes no son inmediatas, pues suponen una prolongación durante la cual se sabe que la víctima está muriendo con un elevado impacto emocional. No cabe la menor duda que la muerte se dio de una forma trágica, con un sufrimiento adicional, es decir, el ensañamiento se configuró según la misma modalidad de la muerte. La experiencia vivencial y científica (reglas de la sana crítica) demuestran que la muerte por quemaduras es traumática. La doctrina médico legal ha dicho que: *“...El peligro para la vida que representan las quemaduras no reside tanto en su profundidad como en su extensión...”* (CALABUIG, GISBERT. *Medicina Legal y Toxicología*. Barcelona: Masson, sexta edición, 2005, p. 411). El Dictamen Médico Legal que se incorporó como prueba en el juicio oral y público establece: *“...LESIONES ENCONTRADAS: Quemaduras de II y III grado en el 35% de la superficie corporal ubicadas en la totalidad del rostro y pabellones auriculares, que únicamente respeta ambos párpados superiores, en cuello anterior, posterior y caras laterales, en la totalidad del tórax anterior que únicamente respeta aerolas y pezones, la cara anterior de ambos brazos y antebrazos que únicamente respeta los pliegues de codos y en la cara dorsal de la mano izquierda. Daño severo de los pulmones (síndrome de distrés respiratorio). MANERA DE MUERTE: Homicida, desde el punto de vista médico-legal...”* (Cfr. folio 19). Las conclusiones del dictamen no dejan la menor duda de que se infligió un cruel sufrimiento y prolongados dolores a la agraviada antes de su muerte. Es de conocimiento generalizado que el provocar la muerte de una persona quemándola, implica una muerte trágica, en tanto conlleva un aumento deliberado y cruel en el dolor hacia la persona ofendida, lo que resulta suficiente para concluir que el medio empleado por la imputada demuestra en sí mismo el ensañamiento. Conforme a lo anterior, los suscritos Magistrados consideramos que el Tribunal delimitó claramente el concepto de “ensañamiento”, sus alcances e interpretación para el caso concreto, así como un manejo del material probatorio que le permitió aplicar dicha figura a la acción inhumana e innecesaria realizada por la imputada. No lleva razón el defensor en sus alegatos, al considerar que la conducta en que incurrió su representada encuadra dentro del tipo penal de homicidio simple, pues quedó evidenciado que la señora A. causó sufrimientos innecesarios, con total indiferencia hacia la agraviada, antes de que muriera (tipo objetivo) y llevó a cabo los actos buscando que Y. sufriera antes de morir (tipo subjetivo), aspectos característicos del ensañamiento y que permiten confirmar el dictado de la sentencia condenatoria por el delito de homicidio calificado. En razón de lo indicado, no estando en presencia de vicio alguno se declara sin lugar el recurso de casación.”

5. Alevosía: Elementos Objetivos y Subjetivos que la Configuran

[Sala Tercera]^{ix}

Voto de mayoría

“II. Recurso de casación interpuesto por la licenciada Elena Romero Morales, en su condición de representante del Ministerio Público. Motivo por el fondo. En su único reproche alega errónea aplicación de la norma sustantiva. La recurrente señala que al imputado G se le condenó por un delito de homicidio simple, a pesar que la acción típica que se configura es calificada por alevosía, tal y como fuere acusada en su oportunidad por el órgano fiscal. En su criterio, los hechos acusados contienen los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal de homicidio calificado por alevosía sorpresiva, para lo cual procede -con la ayuda del diccionario de la Real Academia Española y de los elementos probatorios llegados al proceso- a analizar la frase que contiene el párrafo uno de esa relación de hechos en donde se describen -a su juicio- los elementos del tipo penal agravado, sea que *"el ofendido se encontraba descuidado"* cuando el imputado G acometió de manera sorpresiva en contra de su integridad física, concluyendo ulteriormente que el Tribunal incurrió en una fundamentación incorrecta, ya que en la primera parte de la sentencia recurrida indica que el imputado G acometió contra el ofendido J cuando éste se encontraba descuidado, lo que refleja la actuación sobre seguro del justiciable, pero más adelante en el considerando sobre la calificación legal determina que se trata de un homicidio simple, por no contener la pieza acusatoria esa descripción detallada del hecho. El reclamo es de recibo. Aunque la recurrente incurre en una incorrecta técnica recursiva al irrespetar el principio de intangibilidad de hechos probados en un alegato por el fondo, lo cierto es que de una lectura correcta del desarrollo de dicho motivo y conforme al numeral 462 del Código Procesal Penal, este órgano de Casación conoce el alegato de fundamentación contradictoria de la sentencia, que es la protesta principal de la impugnante en este caso. Según lo ha establecido esta Sala Tercera en el voto 2011-00076, de las dieciséis horas y cero minutos del treinta y uno de enero del dos mil once, *"la sentencia como una unidad lógica-jurídica debe bastarse a sí misma de principio a fin"*, lo que implica que los argumentos contenidos en ella no solo deben ser redactados o expuestos en forma clara, sino que no pueden ni deben incurrir en contradicciones, de manera que *"podrán tenerse como hechos acreditados no solo los que se hallen en el acápite titulado al efecto, sino que también lo serán aquellos que puedan derivarse del análisis probatorio descriptivo e intelectual correspondiente [...]".* (Resolución número 2006-00331, de las 9:30 horas, del 28 de abril de 2006). Para el caso concreto, esta Cámara denota que el Tribunal de Juicio de la Zona Sur, Sede Pérez Zeledón, incurre en una fundamentación contradictoria, pues en la primera parte de la sentencia y después de realizar el respectivo análisis del acervo probatorio recibido en debate, específicamente de los testigos presenciales del hecho consistentes en K, M, JM y R,

así como de la prueba documental incorporada en el contradictorio, determina que el imputado G procedió a atacar al ofendido J, para lo cual ingresó a dicho establecimiento, tocó el hombro del ofendido y una vez que aquel se vuelve para identificar a la persona que lo requiere es sorprendido por el endilgado, quien le propina dos estocadas en su tórax, mismas que le produjeron momentos después la muerte (C0000110819105141.vgz. 10:56:25). Así, aunque el *a quo* detalla que el ofendido se encontraba totalmente desprevenido por hallarse conversando -según unos testigos- o tomando licor -según otros-; que el hecho se produce en un único y primer contacto entre justiciable y víctima (cf.C000011081911000.vgz.11:34:30 y ss), concluye calificando el hecho como un delito simple cuando realiza el análisis jurídico del caso (cf.C000011081911000, vgz. 11:38:47), resolviendo que al no ser la acusación presentada por el Ministerio Público clara, precisa o circunstanciada, sino meramente abstracta o genérica en cuanto a definir el elemento de alevosía, no se podría tener por acreditada la existencia de un homicidio calificado (cf. C000011081911000, vgz.11:40). No obstante, aunque esta Sala es conteste con el *a quo* en que la redacción de la pieza acusatoria no es la más adecuada, lo cierto es que los argumentos utilizados por los sentenciadores para determinar la existencia de un delito de homicidio simple, se contradicen abiertamente con los razonamientos esgrimidos en la misma resolución para no tener por probada la alevosía como agravante del homicidio, puesto que por un lado se tienen por probados los elementos objetivos y subjetivos de la alevosía, sean la inadvertencia o indefensión de la víctima contra el ataque y la voluntad del sujeto activo de procurarse las circunstancias que le son favorables para valerse de estas en la materialización de la intención homicida sin ningún riesgo posible para sí, pero por otro lado, se concluye con la acreditación de la figura simple del homicidio. Así, los sentenciadores en la resolución recurrida, haciendo referencia al voto 102-25011 de esta Sala, señalan que: *"...dentro de las formas alevosas indicadas por la jurisprudencia nacional y incluso en un voto citado por la Fiscalía, que es el voto 120-2010 de la Sala Tercera de las nueve horas diecinueve minutos del nueve de febrero del dos mil diez, es un caso que podría tener relevancia para la resolución de este asunto, refiere como una de las formas de alevosía, la alevosía sorpresiva, súbita o inopinada que se caracteriza por tener lugar un ataque ex improvisu, es decir, por desencadenarse un ataque de forma sorpresiva, repentina e inesperadamente, de forma fulgurante e imprevisto por el sujeto pasivo que no permite a la víctima reaccionar ni eludir el golpe, estando la víctima de espaldas o de frente, caracterizándose con frecuencia por cuanto el agresor aun cuando no se oculta físicamente, sin embargo no deja traducir sus intenciones hasta el momento en que despliega su agresión, concurriendo generalmente un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto -no la idea previa de matar- y la ejecución, de suerte que estando totalmente desprevenido el ofendido, éste no espera aquella agresión a su integridad corporal y, por tanto, impide toda preservación o el intento defensivo más elemental."*; eso lo digo por un voto incluso que fue retomado por la fiscalía para

indicar porque en este caso había alevosía, más allá de ese voto se refiere que "note quien recurre que el imputado, que el imputado atacó de forma sorpresiva, repentina e inesperada a la ofendida, lo que le impidió a ella reaccionar o defenderse de dicho ataque, al haber estado en ese momento de espaldas a su victimario. En este sentido, el tribunal valoró que el ataque se había producido por la espalda y que fue rápido y mortal, pues no dio tiempo a la ofendida para interponer sus brazos como defensa, haciéndola caer inmediatamente..."

, si bien este voto da base para tener por cierto, de acuerdo con el análisis probatorio como lo tiene el Tribunal que el acusado si actuó en una forma alevosa, es lo cierto, que la acusación -como reiteradamente se ha dicho no describe esa circunstancia fáctica de alevosía y es que la acusación en cuanto a este aspecto calificante se limita a hacer frases generales que podrían ser aplicables a casi cualquier tipo de alevosía sorpresiva, así se extrae de la acusación..."

(COOOO110819110000.vgz. 11:45, el resaltado no pertenece al original). De acuerdo con el cita anterior, los sentenciadores por una parte determinan que la acusación no contiene la descripción del elemento alevoso y que aquella es general o abstracta, pero en el mismo argumento y casi de manera simultánea, reconocen que la requisitoria fiscal sí contiene esa descripción, solamente que lo que no hace es determinar con certeza una categoría específica del tipo alevoso. Así, la relación de hechos acusados, de la cual la defensa técnica y material tuvo conocimiento desde el 6 de abril de 2011, por medio de la notificación del señalamiento a audiencia preliminar que realizará el Juzgado Penal de Buenos Aires de Puntarenas (f.130-131), establece en su primer párrafo lo siguiente: "1.El día nueve de octubre del año dos mil diez, al ser aproximadamente las veintitrés horas treinta minutos, el ofendido J, se encontraba de pie en el salón de baile [...], momento en que el encartado G, quien a sabiendas de que el ofendido en algún momento iba a llegar al baile que se realizaba en el [...], y con la única y clara intención de causarle la muerte, se encontraba esperando al ofendido J al lado de afuera de la puerta del salón de baile desde varias horas antes, siendo que en ese momento el encartado G, actuando a lo seguro, procedió a ingresar dentro del Salón [...] portando un cuchillo en su mano, y aprovechando que el ofendido se encontraba descuidado, de manera sorpresiva acometió contra la integridad física del ofendido J, quien ante lo inesperado del ataque y aunado a que se encontraba en estado de ebriedad, no tuvo oportunidad de defenderse, y acto seguido el encartado G le propinó una puñalada en el tórax y otra en el abdomen...(f.112-113, la cursiva, la negrita y subrayado no pertenecen al original). De acuerdo al cuadro fáctico descrito, resultaba primordial que los Juzgadores, a partir del contradictorio, analizaren la existencia o no del homicidio por alevosía -acusado como parte de la teoría de caso por el Ministerio Público-, ya que de la lectura atenta de dicha requisitoria fiscal, se constata, por el contrario, que lo echado de menos por el Tribunal de Juicio se encuentra descrito de manera genérica pero clara en ella, pues no solo se describe la

existencia de una circunstancia de descuido por parte del sujeto pasivo sino también un estado de ebriedad que le impedía mantenerse atento a lo que ocurría a su alrededor, con la consecuente imposibilidad de defensa y sin representar ningún riesgo para el sujeto activo (sic) y la labor de los sentenciadores, es sin lugar a dudas determinar conforme al caso concreto y al análisis de acervo probatorio, la existencia o no de esos elementos, careciendo de importancia para la resolución del caso, la determinación concreta del tipo de alevosía a que refiere la doctrina. Conforme a los parámetros jurisprudenciales definidos y delimitados claramente por esta Sala Tercera, se ha dicho que la acusación *"es una hipótesis que debe ser demostrada, y en ese tanto, es posible que durante el contradictorio surjan variaciones sobre los hechos, las cuales, mientras no se aparten del núcleo central de lo acusado, no restringen las posibilidades defensivas. Es decir, son aquellos elementos esenciales los que no pueden variar..."*

(Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2011-00203, de las nueve horas y veintidós minutos del cuatro de marzo del dos mil once), de manera que en la especie, no era necesaria la existencia de una identidad absoluta entre los hechos acusados y los hechos probados, sino que el Tribunal sentenciador, en el ejercicio de su rol de tercero imparcial, determinará la inexistencia o existencia de la calificante de alevosía, conforme a los parámetros establecidos por esta Sala Tercera en el voto 2008-01196 de las diez horas diez minutos del veintidós de octubre de dos mil ocho, que en lo que interesa ha establecido lo siguiente: "...como motivo de calificación del homicidio, requiere tanto de un elemento objetivo, como de un elemento subjetivo. El elemento objetivo se presenta, únicamente, si la víctima de un delito de homicidio se encuentra en una situación de indefensión tal que ni siquiera le permite oponer un grado mínimo de resistencia, capaz de generar algún riesgo para el autor del ilícito. Tal estado de indefensión puede ser procurado por el autor o simplemente aprovechado por él con el fin de poder ejecutar los actos que configuran el homicidio sin ningún riesgo, es decir, completamente a resguardo, con la seguridad de que la víctima no podrá reaccionar para defender su vida. Por otra parte, esta circunstancia de procurar o de aprovecharse de la situación de indefensión que configura objetivamente la alevosía, debe verse acompañada de un elemento subjetivo, de insoslayable constatación. Siempre se debe demostrar que, al momento de los hechos, el sujeto actuante conocía las circunstancias que le eran favorables y que procuró o quiso valerse de esas circunstancias para poder materializar su intención homicida sin ningún riesgo posible para sí. En este sentido debe entenderse lo indicado por esta Sala, por ejemplo, en el voto N° 2001-00212 de las 9:00 horas del 23 de febrero de 2001 en el cual se indica, claramente, que para que exista alevosía "...no basta con que la víctima se encuentre en situación de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, sino que el autor debe haber conocido y querido realizar la acción en tales circunstancias". El legislador ha querido calificar los homicidios realizados de esta

manera porque con su ejecución queda en evidencia una voluntad homicida a la que se adiciona la intención de que el sujeto pasivo no tenga ninguna oportunidad de defender su vida, precisamente porque las circunstancias de indefensión creadas o aprovechadas, -pero conocidas y queridas por el autor-, así lo permiten. Debe enfatizarse entonces, que la situación objetiva de la que se vale el autor para cometer un homicidio a resguardo, sin riesgo para sí, no puede ser producida azarosamente al momento del hecho, sino que debe ser creada o aprovechada por el autor de tal ilícito bajo su conocimiento y voluntad, con la finalidad de matar” (Sala Tercera, resolución Nº 873-2010, 9:55 horas, 13 de agosto de 2010, los resaltados son del original). Asimismo, ha dicho que, “Para la correcta delimitación de la alevosía es necesario distinguirla de aquellas circunstancias en las que existe simplemente una situación de superioridad creada o aprovechada por el autor. El Tribunal hizo referencia a situaciones de superioridad generadas por el número de autores, por el uso de armas durante la ejecución del tipo penal y porque las víctimas no portaban armas. Estas circunstancias de superioridad sin embargo, no funcionan por sí solas como motivos de calificación del homicidio por la sencilla razón de que el legislador no las ha seleccionado como tales. No obstante, con la creación o el aprovechamiento de estas y otras situaciones de superioridad (de modo, tiempo y lugar) surge la dificultad de que, por un lado, con ellas el autor de un homicidio puede reducir, efectivamente, la capacidad de defensa de la víctima y, con ello, puede reducir el riesgo que implica para él el hecho de que la víctima se defienda; pero, por otro lado, tales circunstancias de superioridad también están cubiertas ya por el tipo penal básico del homicidio. De modo que para realizar un adecuado juicio de subsunción, de tipicidad, se debe diferenciar entre meras circunstancias objetivas de superioridad, que no califican el homicidio, y circunstancias objetivas que configuran un estado de indefensión que, como requisito de la alevosía, efectivamente califican el homicidio. Esta distinción es necesaria porque si no se le estaría concediendo un atributo calificante a circunstancias objetivas no previstas como tales en el Código penal, con lo cual se vulneraría el principio de legalidad penal. El tema es ampliamente debatido en la dogmática penal, sin embargo, un criterio útil para realizar tal distinción, seguido en la jurisprudencia de esta Sala, es de naturaleza cuantitativa. Para realizar tal diferenciación debe considerarse el grado de afectación que generan las circunstancias objetivas de ejecución del tipo sobre la capacidad de defensa de la víctima. En este sentido, puede afirmarse que con los actos de ejecución del homicidio cometidos de manera alevosa se busca provocar, o aprovechar, una circunstancia objetiva que anula de manera absoluta la capacidad de defensa de la víctima y que, por ello, le generan un estado de indefensión total. Mientras que con los actos de ejecución del homicidio cometidos bajo simples condiciones de superioridad, por el contrario, se busca provocar o aprovechar circunstancias objetivas con las cuales solamente se debilita o disminuye la capacidad de defensa de la víctima, más no se anula del todo y, por ello, no se genera el estado de indefensión que requiere la alevosía (En este mismo sentido puede verse el voto de esta

Sala de Casación penal número 553 de las 9:15 horas del 3 de junio de 2005)." (ibidem, los resaltados son del original)..."*Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 2011-00986, de las diez horas y cero minutos del cinco de agosto del dos mil once.* Es decir, conforme a los exigencias anteriores, corresponde ineludiblemente determinar al Tribunal sentenciador, acorde al análisis del caso concreto confirmar o desechar la existencia de los elementos antes descritos, pero teniendo en consideración que el principio de correlación entre acusación y sentencia como garantía de imputación no "exige que los hechos acusados presenten una identidad absoluta con los que se han tenido por demostrados, sino que lo que se pretende es que en sentencia no se produzcan variaciones al marco fáctico que se imputó, que afecten o impidan el ejercicio de una adecuada defensa". Así lo ha indicado esta Sala en la resolución número 95-F, de las 9:35 horas, de 12 de marzo de 1993: "... no puede -en virtud del principio de correlación entre acusación y sentencia- esperarse una identidad absoluta entre hecho imputado y hecho probado. Dicho principio procura evitar la lesión de los derechos del encartado, por lo cual no debe encontrar en el debate variaciones al marco fáctico, que constituyan 'sorpresas' y le impidan el ejercicio de la defensa. La identidad absoluta entre acusación y sentencia, es prácticamente inalcanzable. El proceso penal inicia con un sencillo aviso acerca de la posible comisión de un hecho delictivo, que provoca una investigación judicial para allegar elementos probatorios al expediente, a fin de comprobar o desvirtuar la noticia. Obviamente, en esta actividad procesal, según sean reunidos los elementos de juicio se va modificando el criterio del tribunal con relación a los hechos, y no se viola la defensa en tanto las variaciones no incidan en el núcleo esencial de la acusación...", careciendo de importancia para esta Sala Tercera así como para resolución del caso concreto, la descripción y posterior determinación -conforme a la doctrina- de una categoría específica de alevosía, sino que se constate la concurrencia de la alevosía en la forma como el endilgado dio muerte al ofendido J, toda vez que se aprovecha para la supuesta comisión del delito, de dos circunstancias de superioridad: al tratarse no solo de un salón de baile donde concurrían gran cantidad de personas, sino del hecho que la víctima se encontraba en la barra de dicho establecimiento, momento en el cual el justiciable con la única intención que J no notará su presencia por encontrarse de espaldas a la puerta lo aborda por el hombro y sin dejarlo reaccionar, lo ataca en dos oportunidades en sus órganos vitales, falleciendo producto de este actuar momentos después. Situaciones todas que unidas conllevaron a la configuración de un actuar sobre seguro o alevoso y que el *a quo* no valoro correctamente. Por los motivos antes analizados, debe acogerse el reclamo del Ministerio Público. En consecuencia, se anula la sentencia impugnada, ordenándose el reenvío de la causa al Tribunal de origen para que, con otra integración, se proceda a una nueva sustanciación, conforme a derecho."

6. ¿Por qué la Alevosía es un Agravante del Delito?

[Sala Tercera]^x

Voto de mayoría

“II. [...] Como segundo alegato, la defensa refiere que falta la acreditación de dolo de matar por parte del imputado, porque no es posible deducir tales conclusiones del material probatorio. En el mismo sentido, señala que el dictamen médico legal 57-2011 no estableció que se haya puesto en peligro la vida del ofendido, ya que aunque quede una cicatriz de nueve centímetros en la frente de la víctima no significa que se comprometiera su función vital, ni que existiera un dolo de acabar con la vida de éste. Observa esta Sala que el alegato no puede prosperar tal y como lo analizó el Tribunal en sus conclusiones al indicar que resultó evidente la intención de matar por parte del encartado (13:23 horas), porque un machetazo en la cabeza, en las dimensiones en que sucedió, lleva a concluir que es evidente el peligro que corrió el ofendido (13:23 horas). Además, observa esta Cámara, en la hoja del Servicio de Emergencias del Hospital de Ciudad Nelly, se estableció que G., ingresó con herida de 10 centímetros de longitud, con exposición de lámina externa ósea (Folio 79 vuelto). Lo anterior demuestra que el imputado no sólo quería robarle el dinero en efectivo a su hermano, sino que para realizarlo le propinó un golpe en la cabeza con la intención de acabar con su vida y así lograr la impunidad del robo, lo cual constituye un dato claro y suficiente, no solo para darle al hecho aquel calificativo, sino también para que tanto la defensa como el imputado, conociendo esas circunstancias fácticas, dispusiesen los medios necesarios para ejercer la defensa. A lo anterior se suma que, no constituye un requisito del tipo penal, que el autor del ilícito haga saber en forma verbal al sujeto pasivo, lo que dispone a realizar, de esta manera resulta suficiente con las circunstancias y lesiones presentadas por el ofendido, según lo consideró el Tribunal, para que se desprenda el *animus necandi*. Otro aspecto que es alegado por la recurrente es que los juzgadores, no analizaron la existencia de una legítima defensa. Además, consideran que no se brindan las razones por las cuales le mereció credibilidad al ofendido y no a su representado. Se observa que al respecto tal y como se estableció en el análisis que hace el *a quo*, de la prueba documental y testimonial, no logró acreditar la existencia de una acción defensiva por parte del encartado, a partir de una agresión ilegítima de parte del ofendido, porque sus argumentaciones no soportaron el análisis de la lógica y la experiencia. El artículo 28 del Código Penal contempla en lo que interesa: “No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; y b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión”. Nuestro Código Penal, señala dos requisitos esenciales de la legítima defensa; el primero de ellos, constituido por la necesidad de una agresión ilegítima y, el segundo, identificado con la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. En la doctrina se habla de un tercer requisito,

representado por la falta de provocación suficiente. La agresión ilegítima puede tener lugar en forma activa (acción) o pasiva (omisión), defendible; dentro de estos los bienes en sentido patrimonial, además de la vida, la integridad física, la libertad o el honor; es decir, bienes jurídicos que el sujeto individualmente puede defender. La agresión ha de ser ilegítima, es decir, antijurídica, pero esta antijuridicidad no puede ser meramente formal, sino material, es decir, debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles. Se habla de una agresión actual, no es justificada la defensa, cuando la agresión ha cesado y también se debe de considerar la inminencia del ataque. En el presente caso quedó acreditado que el ofendido se encontraba completamente indefenso, se retiró a orinar y cuando menos pensó su hermano le profirió un machetazo en la cabeza con la finalidad de robarle y causarle la muerte para asegurar el primer hecho ilícito. No existió ninguna provocación, agresión o circunstancias que legitimara el actuar del encartado tal y como lo indicó el Tribunal en la sentencia, de tal manera que debe de rechazarse el alegato planteado. En consecuencia se declara sin lugar el motivo de casación interpuesto por la defensa.

III . El Fiscal de Juicio de la Fiscalía Adjunta de Corredores del Ministerio Público, licenciado Greivin Alfonso Fuentes Montoya, alega como único motivo, falta de fundamentación de la pena impuesta. A su criterio, el Tribunal no argumentó las razones por las cuales le impuso al encartado la pena de ocho años de prisión, apartándose de los parámetros fijados en el numeral 71 del Código Penal y lo establecido en el numeral 112 incisos 2 y 8 del Código Penal. Refiere el órgano fiscal que no se consideró la gravedad del hecho, dejando de lado aspectos esenciales que garanticen la proporcionalidad de ésta en relación con el daño sufrido por la víctima. Se agrega en el reclamo que como parte de los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible, se demostró el irrespeto del encartado por la vida y la propiedad ajena, así como su falta de arrepentimiento. En cuanto a la calificación jurídica se reclama que el Tribunal no consideró que la conducta del justiciable responde a lo establecido en el artículo 112 inciso 8, ya que la finalidad del encartado lo fue robarle al ofendido y acabar con su vida para asegurarse el apoderamiento del dinero de la víctima, quien además era su hermano. A criterio del ente acusador el Tribunal no fundamentó la pena que impuso, ni indicó las razones por las cuales rechazó la solicitud del ente fiscal. El reclamo se declara con lugar. Establece el numeral 112 del Código Penal: *“Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate: [...]1) A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubinario, si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital, por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho. [...] 5) Con alevosía o ensañamiento. [...] 8) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar, para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.”* El Tribunal, tomó como base el mencionado tipo penal, aplicando a su vez, el numeral 24 del mismo cuerpo legal al

haberse realizado el hecho en grado de tentativa, lo que abre la posibilidad de disminuir la pena a criterio de los juzgadores, facultad que fue utilizada en el caso en estudio, imponiéndole al justiciable L. la sanción de ocho años de prisión (13:40 horas). No obstante lo anterior, el Tribunal no fundamentó, en absoluto, las razones por las cuales disminuyó la sanción del mínimo que contempla el tipo penal que es 20 años de prisión, contraviniendo lo establecido en los numerales 72 y 73 del Código Penal, que en lo conducente indican: artículo 72: *“Cuando concurran circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el Juez las apreciará por su número e importancia, de acuerdo con el artículo anterior. Penalidad del delito y de la tentativa.”* Y el artículo 73 establece: *“El delito consumado tendrá la pena que la ley determine, fijada dentro de sus extremos, de acuerdo con el artículo 71. La tentativa será reprimida con la pena prevista para el delito consumado disminuida o no a juicio del Juez.”* La fundamentación que exige la norma la debe plasmar el Tribunal, en la motivación del fallo, sin embargo, en el caso en particular únicamente se indicó que la conducta desplegada por el encartado L., configuró el delito de homicidio calificado, establecido en el artículo 112 inciso 8 y no otro, sin mayor fundamento (13:40 horas). Los Juzgadores dejaron de lado el análisis de la calificante del tipo penal, precisamente la relación de hermanos que mantienen encartado y víctima, a pesar de haberla considerado y tenido por establecida a lo largo del debate y en sus fundamentos. Además, no se analizaron los elementos agravantes del tipo penal establecidos en los incisos 1, 5 y 8 de dicho numeral, mismos que se encuentran típicamente en la relación de hechos que tuvo por probada el Tribunal. Se omitió cualquier análisis sobre la existencia del *homicidio criminis causa*, dejando de lado los concursos de delitos entre el homicidio y el robo agravado tal y como lo solicitó el Ministerio Público, que incluso solicitó una pena de 20 años por el homicidio y 5 años de prisión por el robo agravado, como forma de individualización de la sanción, sin embargo el *a quo* omitió cualquier análisis al respecto (10:12 horas), únicamente indicó que no se está en presencia de un concurso ideal, sin hacer mayores consideraciones estableció el Tribunal que de conformidad con la dinámica de los hechos, se omitió cualquier estudio sobre la alevosía establecida en el inciso 5, siendo claro y así establecido desde la plataforma de hechos probados y del análisis intelectual que hizo el Tribunal, que el justiciable se acercó a su hermano por la espalda y se sirvió de la distracción de éste para propinarle un machetazo por la cabeza, al punto de que la víctima no tuvo oportunidad de reaccionar o defenderse y cayó al suelo sin posibilidad de defensa alguna, siendo que posteriormente cuando el ofendido se encontraba en el suelo le propinó otra lesión con el machete de cortar zafra, en la cara y le dio de patadas por el abdomen. Esto es así, porque el sindicado no solo aprovecha el momento en que el ofendido se encontraba distraído, orinando de espaldas, sin percibir su acercamiento, sino que asegurándose de haber dado muerte a su hermano le propina lesiones en su cara y patadas por su abdomen, lo que sin duda alguna, es indicativo de su actuar alevoso. No cabe duda para esta Sala que en el caso en particular existe, una de las agravantes de

la pena consistente en la alevosía, contenida en el inciso 5) del artículo 112 del Código Penal, que supone un elemento subjetivo que consiste en la búsqueda o aprovechamiento de condiciones que faciliten la realización del delito, debido a alguna particular situación en que se encuentre el sujeto pasivo, que impida o aminore cualquier posibilidad defensiva. Este es precisamente el caso en la situación particular, según los hechos probados y antecedentes de esta Sala en los que se ha indicado lo siguiente: *“(…) La calificante de alevosía contemplada en el inciso 4)- actual inciso 5- del artículo 112 del Código Penal, requiere desde el punto de vista objetivo que la víctima se encuentre en situación de indefensión, de modo que le impida oponer un nivel de resistencia que implique riesgo alguno para el autor. Ésta puede proceder: “... de la inadvertencia de la víctima o de los terceros respecto del ataque (p. ej., disparar por la espalda) o de las condiciones en que aquélla se encuentra...procurada por el autor...o simplemente aprovechada por él...”.* (Creus, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, 5ª edición actualizada, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 28). Desde el punto de vista subjetivo, más bien se debe demostrar que el imputado conoció las circunstancias que le eran favorables a su propósito homicida, y que quiso valerse de ellas, ya que como ha indicado esta Sala: *“...no basta con que la víctima se encuentre en situación de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente, sino que el autor debe haber conocido y querido realizar la acción en tales circunstancias.”*(Nº 2001-00212 de 9:00 horas del 23 de febrero de 2001). Resulta necesario recalcar, que el motivo de agravación de la alevosía, tiene su razón de ser en: *“...El autor no solo ha querido la acción homicida, sino que además la ha querido en circunstancias en las que ninguna oportunidad para defender la vida dejó al atacado; y debe tratarse de una creación o aprovechamiento de la indefensión por parte del victimario en forma intencional y orientada a matar; por lo tanto tal situación no puede ser resultado del azar ni de accidente al momento del hecho, sino que ha de ser creada conscientemente o aceptada con conocimiento por el homicida.”* (Irueta Goyena, José. El delito de homicidio, pág. 188. Citado por Gómez López, Orlando. El homicidio, Tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1993, págs. 446 y 447). (Resolución 299-2007, de las 8:55 horas, del 28 de marzo de 2007). Aún y cuando nos encontremos ante un delito tentado dentro de la dosimetría de la pena deben considerarse, aquellos delitos de pasaje, la indudable lesión a bienes jurídicos que con su actuar provocó el autor del hecho, como en el caso en particular donde no solo se intentó acabar con la vida del ofendido, sino que se le ocasionaron lesiones graves en su integridad física propiamente en su rostro de tal magnitud que dejaron evidentes marcas indelebles en su rostro y como si fuera poco se lesionó la propiedad del ofendido. Todas las razones indicadas permiten establecer que el fallo contiene una injustificada fundamentación de la pena impuesta, siendo incluso como se indicó, insuficiente, por lo que procede revocar el fallo, únicamente en cuanto se refiere a la fijación de la pena de ocho años de prisión, impuesta al encartado L., ordenándose el reenvío para que el Tribunal de Juicio, con nueva integración, proceda a sustanciar el

extremo revocado, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 71 del Código Penal y de conformidad con los numerales 213 y 112 incisos 1, 5, 8, en relación con el 72 y 73 del mismo cuerpo legal. En lo demás, se mantiene el fallo incólume.”

7. Tipos de Alevosía

[Sala Tercera]^{xi}

Voto de mayoría

“III. [...] La calificación jurídica [homicidio alevoso] otorgada a los hechos, es correcta. En el caso bajo examen, se acreditó que los co-autores del homicidio de L., le engañaron, construyendo toda una trama (la cual incluye una llamada telefónica de un supuesto cliente de la chatarra, desde Guápiles, como ya se explicó) para colocar al ofendido, desprevenido y bajo engaño, en la ubicación requerida. La elaboración de una emboscada en la que la víctima, efectivamente cae, coloca al sujeto activo en una situación real de desventaja, querida y buscada – como ya se tuvo ocasión de acreditar – por parte de los coautores del hecho. Del dicho de la señora J.S., abuela del ofendido, y de su amigo, J.H., se obtiene que al salir de su casa, el afectado lo hace confiado, pues le pide a J.H. el favor de que lo traslade hasta el parque de Desamparados, con el fin de finiquitar una potencial venta de la chatarra de su anterior vehículo (cfr. fs. 2312 vto. y 2313 fte.). La situación descrita configura la causal de alevosía, con independencia que en el curso del plan de autor, el ofendido haya podido percatarse de que se encontraba en una situación de peligro. Esto ocurre, según lo relata el propio J.H., luego de que los sujetos que se hallaban a bordo del Mitsubishi Nativa, mostraran un comportamiento extraño, debido a que se suponía que J.H. y L. los dirigían, hacia el sitio donde se encontraba la chatarra a la venta y de manera atípica, en una vía con un carril en cada sentido, los sujetos del vehículo verde se colocan al lado del automotor conducido por J.H. Luego de ello, J.H. vio salir a su amigo, corriendo de su carro que en ese momento se hallaba detenido haciendo un alto, “...él observa hacia atrás y ve la luz, oye los impactos y ve a L. caer, agregando que observó la silueta del que dispara que se había bajado del lado del acompañante, para luego volverse a subir...” (f. 2313 fte.). Precisamente la elaboración de una emboscada, en la que los sujetos activos controlaban la situación, es lo que convierte en alevoso el homicidio. Sobre el particular, se ha referido esta Sala al exponer las diferentes hipótesis de la conducta alevosa: “...Tradicionalmente, se ha entendido la alevosía como ese actuar sobre seguro, y se ha puntualizado en que la apreciación de la alevosía “no es necesario que el agente haya buscado y elegido de propósito ex ante los medios modos o formas de ejecución tendentes a asegurarla con eliminación del riesgo de reacción de la víctima, sino que basta con que el sujeto meramente aproveche tales medios, modos o formas de ejecución, que sin haberlos buscado, se le

presentan, y los emplee o utilice encaminados para el aseguramiento del hecho sin peligro para su persona.” CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español*, II, p. 372, citado por Arias Eibe, Manuel José. *La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial*, p.2, en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf>). Se pueden distinguir, según la doctrina, tres clases de alevosía: a) alevosía proditoria, aleve o traicionera que se refiere a los supuestos en que los que “el ataque que tiene lugar sobre el sujeto pasivo va precedido de trampa, emboscada, celada, lazo, acecho, insidia, apostamiento o asechanza, actuando el autor “a traición sobre seguro” como por ejemplo, “utilizando estratagemas o procedimientos engañosos o tretas para atraer pérfidamente a la víctima con ocultación sinuosa del ánimo hostil, caracterizándose en ocultación de las intenciones y proyectos homicidas o lesivos, en cuanto el propio agresor se esconde a la vista de la víctima”. ; b) la alevosía sorpresiva, súbita o inopinada que se caracteriza “por tener lugar un ataque ex improvisu, es decir, por desencadenarse un ataque de forma sorpresiva, repentina e inesperadamente, de forma fulgurante e imprevisto por el sujeto pasivo que no permite a la víctima reaccionar ni eludir el golpe, estando la víctima de espaldas o de frente, caracterizándose con frecuencia por cuanto el agresor aun cuando no se oculta físicamente, sin embargo no deja traslucir sus intenciones hasta el momento en que despliega su agresión, concurriendo generalmente un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto -no la idea previa de matar- y la ejecución, de suerte que estando totalmente desprevenido el ofendido, éste no espera aquella agresión a su integridad corporal y, por tanto, impide toda preservación o el intento defensivo más elemental.”; y por último, c) la alevosía de prevalimiento, desvalimiento o indefensión, caracterizada “por el aprovechamiento de una especial situación accidental de indefensión o desamparo -absoluto o muy acentuado- de la víctima en la que ésta no puede defenderse, y reservada para cuando el ataque sobre la misma tiene lugar de forma especialmente ruin, cuando está acostada, tendida en el suelo, sentada, de rodillas, dormida, embriagada en fase de crisis aguda, o en otra situación de indefensión no provocada por la acción del sujeto, dirigida a la producción del resultado de muerte o lesiones corporales.” (Ver este sentido, Arias Eibe, Manuel José, *op.cit.* p.15 en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf>)...” (Sala Tercera, número 120, de las 9:19 horas, del 19 de febrero de 2010). Como puede apreciarse del cuadro fáctico probado, en el caso bajo examen concurre el primero de los tipos descritos de alevosía, pues se ha demostrado a plenitud la elaboración de una trampa para dar muerte a la víctima, y ello, con exclusión del disparo por la espalda de L., mientras iba huyendo, basta para tener la conducta como alevosa. En cuanto al homicidio por pago, el recurrente lo que cuestiona es la acreditación realizada en el fallo, de que el dinero depositado por J., en su cuenta bancaria, a las 14:00 horas del día 7 de septiembre de 2006, corresponda al pago por darle muerte al ofendido. El Tribunal no inobserva la prueba documental presentada por la defensa, sino que aún en su consideración, explica ampliamente por qué, aún teniendo por cierto que J.

tuviera fondos procedentes de otros negocios, existe una conjunción sólida de indicios que permite asegurar que los 3.843 dólares depositados el día del evento, corresponden al pago por la acción delictiva que ejecutaría horas después (ver fs. 2322 vto a 2323 fte.). Su detalle forma parte del contenido del segundo considerando de esta resolución, a la cual se remite. Por los motivos antes expuestos, se declara sin lugar el único motivo por el fondo, planteado por el licenciado Salazar Rodríguez, así como el reclamo único por el fondo, interpuesto por el licenciado Gairaud Salazar.”

8. Homicidio Calificado por el Medio Utilizado

[Sala Tercera]^{xii}
Voto de mayoría

“IV. En el cuarto motivo se reclama *fundamentación contradictoria de la sentencia*. Indica el recurrente, que se condenó al encartado por 19 delitos de homicidio calificado con dolo eventual, todos en concurso ideal. A pesar de que en su análisis, el Juzgador examinó doctrinaria y jurisprudencialmente las figuras del dolo eventual y la culpa consciente, para concluir en que el autor realizó la conducta con dolo eventual, también, como uno de los indicios en que sustentó la decisión, consideró que el móvil del hecho fue la intención del acusado de reiterar su acto heroico del día 8 de enero de 2005, es decir, que deseaba disfrutar nuevamente de protagonismo, sea, apagar el siniestro sin que hubiese pérdidas humanas, o lo que es lo mismo, no aceptaba las consecuencias. Este argumento, señala el impugnante, no sólo se encuentra por escrito en la sentencia, sino que al justificar la parte dispositiva del fallo, el presidente del Tribunal afirmó, que no se consideró que el encartado tuviera intención homicida, sino sólo recrear lo sucedido el 8 de enero, lo que demuestra inconsistencia en la resolución, sin que se pueda atacar el razonamiento del Tribunal debidamente, pues existen dos juicios que se contraponen entre ellos. Del análisis del Juzgador, podría pensarse en una culpa consciente, pero no se dice expresamente, sino más bien se habla de dolo eventual, lo que convierte en confuso el fallo. No se acoge el reclamo. Antes que un problema de fundamentación, a juicio de esta Sala, se está ante un tema de calificación jurídica. Se tuvo por cierto que el acusado, conociendo las condiciones de infraestructura del Hospital y la situación de las personas que allí se encontraban, provocó un fuego, a sabiendas del peligro que causaba (folio 1545), en busca de reconocimiento, según el móvil que atribuyó el Juzgador al actuar del sindicado: “...J, es protagonista y quedó como un héroe y él quería recrear esta misma historia para un segundo caso, y para eventualmente quedar como un héroe nuevamente”. Esto último, y atendiendo a todo el análisis de la personalidad de J, es lo que considera esta Cámara que fue el móvil de L...” (folio 1638). Esta conducta la califica como propia de 19 delitos de homicidio calificado, con dolo eventual, en concurso ideal. La calificación de

los hechos no es compartida por esta Sala, como se examinará al resolver el siguiente motivo.

V. Cómo único motivo por el fondo se reprocha *errónea aplicación de la ley sustantiva*. Partiendo de los hechos que el Tribunal tuvo por acreditados, en el razonamiento sobre tipicidad, el Juzgador señala que la figura aplicada, de homicidio calificado por el medio, y el de incendio con resultado muerte, son similares, haciendo la diferencia el elemento subjetivo del tipo, esto es, la intencionalidad de cometer los homicidios. Indica el recurrente, que lo que marca la diferencia entre ambas figuras típicas, es que en el homicidio por un medio idóneo para crear un peligro común, se requiere del dolo directo respecto al resultado muerte. En este caso, según tuvo por acreditado el Juzgador, el acusado actuó con dolo eventual, es decir, conociendo el resultado, y aceptándolo, pero no con dolo directo (con conocimiento y deseo de realizar la conducta, con voluntad final). Es por ello que la conducta sería propia del delito de incendio. Se acoge el reclamo. En la sentencia, se tiene por probado: “ 1) *Que desde el 13 de julio 2003 el imputado J, se desempeñaba como asistente de pacientes en el Hospital Calderón Guardia, propiamente en la Sección de Cirugía 2, ubicado en el cuarto piso del edificio anexo, en razón de lo cual, a eso de las 23:30 hrs del 11 de julio del dos mil cinco, ingresó a recoger medicamentos a una pequeña bodega de una medida aproximada a los cinco metros de ancho por dos metros treinta de largo, construida parte en madera y vidrio, ubicada en el tercer piso del mismo edificio anexo, a la entrada del salón de Cirugía 4 de Mujeres, donde se almacenaba en estanterías de madera, cantidad de material de fácil combustión, como papelería, vasos y platos plásticos, equipo médico, mantillas desechables, algodón, telas, algunos medicamentos, cajas con sueros, cajas de cartón y otros; 2) Que el imputado L, conocía las condiciones de infraestructura del edificio, sabía que en ese horario nocturno laboraba poco personal hospitalario. Tenía conocimiento del alto valor económico del equipo e instrumental médico del hospital así como la cantidad de pacientes en más de doscientos, que se encontraban internados en los distintos salones. Los que, a esa hora regularmente dormían, o estaban bajo efecto de anestesia, lo cual los imposibilitaba para reaccionar ante cualquier peligro. Teniendo en cuenta lo anterior, aproximadamente a las 2:15 hrs de la madrugada del 12 del citado mes de julio, el imputado L, regresó a la citada bodega de materiales; 3) Que una vez dentro de la bodega, el imputado L, procedió con total desprecio por la vida de las personas que se encontraban en el hospital, a saber pacientes y personal administrativo y profesional, a provocar un fuego que produjo la combustión de los materiales almacenados en el aposento aludido, sin importarle las personas que podrían morir a causa de su acción deliberada; 4) Que tal acción la realizó el imputado voluntariamente a sabiendas de que el peligro por él causado con el fuego, podría dar muerte a varias personas, incluidos sus mismos compañeros de trabajo, destruir la infraestructura del nosocomio, sus alrededores, así como los instrumentos y equipos médicos del hospital; 5) Que*

luego del incendio provocado, el encartado L, se retiró rápidamente de la bodega siniestrada, siendo sorprendido en ese preciso momento por uno de los empleados del Departamento de Aseo del Hospital que pasaba frente a ésta; 6) Que en cuestión de segundos, el fuego y el humo se propagaron con mucha intensidad, a través de un conducto de aire ubicado en una de las paredes de la bodega, y por los ventanales hacia los otros pisos, llegando hasta las Secciones de Cardiovascular, Urología, Neurocirugía y el Anexo de Neurocirugía, en las cuales había cantidad de pacientes, algunos de los cuales lograron salir por los ventanales, ubicándose en las orillas externas de éstos, mientras que los ofendidos...fallecieron carbonizados por el fuego, ante la imposibilidad física de reaccionar ante el peligro, dada su delicado estado de salud, su estado de inconsciencia por la anestesia, o por encontrarse durmiendo en sus camas; 7) Que también fallecieron en el sitio, las enfermeras P, por intoxicación con monóxido de carbono, M. y M, carbonizadas, quienes a pesar de encontrarse laborando en perfectas condiciones físicas, no lograron evitar las llamas ni la inhalación del humo causado por el incendio” (folio 1545). Si bien en la sentencia se tiene por acreditado que el acusado se representó el resultado, al realizar el análisis probatorio, el Tribunal afirma como móvil de la conducta del acusado, el deseo de protagonismo, de quedar nuevamente como un héroe, al igual que en el conato de incendio de enero de 2005, lo cual requería, obviamente, el control de la situación, sin pérdidas humanas. Con base en estos elementos, se hace necesario examinar las figuras penales acusadas (incendio y homicidio calificado), para determinar en este caso, la figura a aplicar.

VI. a) Sobre el delito de incendio: contemplado en el Código Penal, en el título IX, como delito contra la seguridad común, en el que se regulan el incendio y otros estragos: *“Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que, mediante incendio o explosión, creare un peligro común para las personas o los bienes”*. La pena aumentará si se produce el resultado muerte: *“2) De diez a veinte años de prisión, si el hecho causare la muerte o lesiones gravísimas a alguna o algunas personas, o si efectivamente se produjere la destrucción de los bienes a que se refiere el inciso anterior”*. El bien jurídico protegido con esta norma, es la seguridad común: *“...los delitos de que trata este título están dirigidos a proteger la seguridad común; se entiende por tal la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen. Las acciones típicas que los constituyen son todas ellas generadoras de peligro para esa integridad, al crear condiciones de hecho que pueden llegar a vulnerarla”* (Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Astrea, 1988, página 1). Sobre el peligro común, señala este autor: *“Mientras que en otros títulos del Código Penal los bienes o personas cuya integridad se protege son determinados en cuanto titulares de esa protección (la vida de la víctima del homicidio, la tenencia del tenedor en el hurto, etc.), esos titulares están aquí, en principio, indeterminados. El peligro que generan las acciones típicas es un peligro común, es decir, un peligro en el que las posibilidades de dañar bienes*

jurídicos se extiende a un número indeterminado de personas que son titulares de ellos, amenaza a las de toda una comunidad o colectividad. Las características de esas acciones indican que su autor no puede limitar su eventual poder vulnerante a determinados bienes o a determinadas personas; éste puede extenderse a cualquiera de los componentes de la comunidad o colectividad” (misma obra, página 2). El tratadista afirma que el autor del ilícito, sabe el riesgo que su acción implica para bienes o personas indeterminadas, es decir, el peligro común que puede entrañar. El fin de su acción no es causar la muerte de alguien, o la destrucción de bienes, sino la creación del peligro. Señala la doctrina (Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial, Abeledo-Perrot, 1985): *“En estos delitos el contenido del elemento subjetivo ha de ser tomado constantemente en consideración, pues de él dependerá, con frecuencia, que la acción se adecue a una u otra figura. Si el fin perseguido por el agente es la muerte de una persona, y para ello se vale de incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos, el hecho está subordinado a la figura del art. 80, inc. 2º y será, por tanto, un homicidio cualificado (página 615)...Por otra parte, el modo como el delito está previsto tiene incidencia en el aspecto subjetivo, pues el dolo debe abarcar el peligro común o su posibilidad. Si el incendio, en lugar de ser el medio para crear un peligro común, es el elegido para cometer un homicidio, el hecho se subordina al artículo 80, inciso 5º. En cambio, si se procura destruir la propiedad ajena, sin peligro para las personas o bienes, el hecho configurará solamente daño (página 616)... No parece sobrado volver a recordar aquí que la muerte no ha de haber estado en los propósitos del autor, pues si el incendio, inundación o explosión hubieran sido el medio elegido para causar la muerte, la acción se adecuaría al inciso 5º del artículo 80 como homicidio cualificado...”* (página 619); b) Delito de homicidio calificado por el resultado: señala el artículo 112 del Código Penal, que se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate por un medio idóneo para crear un peligro común. Es este un delito contra la vida (Libro II, Título I). En nuestro sistema, las calificantes del homicidio pueden darse 1.- en razón del modo (ensañamiento); 2.- del vínculo (pariente); 3.- de la causa o motivación (por precio); 4.- del medio (incendio). En esta última calificante, se selecciona el medio idóneo para matar: *“...en este caso el peso de la conexión subjetiva es fundamental: el medio debe haber sido seleccionado como tal para matar; se debe haber querido matar con ese medio. En cuanto a la producción de la muerte, es indispensable el dolo directo, pero respecto a la idoneidad del medio seleccionado para producir el peligro común, basta que el agente haya aceptado la producción de ese peligro utilizando el medio aunque no tuviera certeza de aquella idoneidad. Si la conexión subjetiva a que antes nos referíamos no ha existido, es decir, si el medio no ha sido seleccionado por su autor para matar, se dará el delito contra la seguridad común agravado por la muerte...”* (Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Astrea, 1988, página 44). En el mismo sentido, Ricardo Núñez: *“El homicidio se agrava en este caso, porque el medio de que se vale el agente, a la par que dificulta la defensa*

de la víctima, crea un peligro para las personas y los bienes en general. Se trata en realidad, del homicidio cometido mediante la comisión de un delito contra la seguridad pública: lo que separa este homicidio calificado de un delito contra la seguridad pública agravado por el resultado letal, es que, ante la posibilidad de que se produzca, a este resultado, que es preterintencional, el autor del atentado contra la seguridad pública no lo quiere ni lo acepta. Por el contrario, el homicidio de que tratamos requiere que al consumir el delito contra la seguridad pública el dolo del autor, aunque sea eventual, comprenda la muerte de alguna persona.” (Ricardo C. Núñez, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Lerner, 1978, página 58). Es claro que el homicidio se califica en razón del medio empleado, que implica un peligro para terceros, y sus bienes; c) diferencia entre el delito de incendio, y el de homicidio mediante un medio idóneo para crear un peligro común: al hacer el análisis de tipicidad, el Tribunal de mérito expuso: “ En apariencia los delitos parecen similares, pero la distinción se obtiene a partir del tipo subjetivo del delito, ya que mientras las muertes en el incendio del 246 aparecen como una consecuencia del hecho, las muertes en el homicidio calificados son queridas y por ende, el autor dirige su conducta hacia esa realización. Lo anterior significa que en el homicidio calificado se exige la representación del sujeto activo del resultado muerte y si lo admite como tal y realiza el incendio, la producción del peligro común, deja de ser un fin, para convertirse en el medio empleado para producir esas muertes. Resulta, entonces obvio, que la distinción está en el tipo subjetivo del delito y la motivación del autor. Mientras que en los delitos de peligro común el autor quiere generar una situación de riesgo, en el delito de homicidio calificado por medio idóneo para crear peligro común, la finalidad de esa concreción del riesgo está acompañada de la finalidad de producir la muerte, aunque esa finalidad no aparezca de manera pura, como ocurre en el caso bajo análisis” (folio 1663). En ese último párrafo, se centra la diferencia en la finalidad del sujeto activo, pues mientras en el homicidio se desea matar usando un medio peligroso para terceros, en el incendio, se desea crear el peligro común. Es esta la posición de la doctrina: “Lo esencial es distinguir estas figuras del homicidio cualificado de las de los delitos contra la seguridad pública, puesto que ellas pueden resultar objetivamente idénticas. La diferencia está dada por el elemento subjetivo: mientras en los delitos contra la seguridad pública el dolo del autor no está dirigido hacia la muerte de un hombre, la que se produce generalmente como un resultado preterintencional, en el homicidio cualificado el autor obra con dolo de homicidio, para cuyo fin elige esos medios. No basta entonces para configurar el homicidio del artículo 80 el dolo eventual, que podrá estar presente en las figuras de los delitos contra la seguridad pública, dada la naturaleza de los medios empleados” (Fontán Balestra, obra citada, página 45). Para Ricardo Núñez: “lo que separa este homicidio calificado de un delito contra la seguridad pública agravado por el resultado letal, es que, ante la posibilidad de que se produzca, a este resultado, que es preterintencional, el autor del atentado contra la seguridad pública no lo quiere ni lo acepta. Por el contrario, el homicidio de que tratamos requiere que al consumir el

delito contra la seguridad pública el dolo del autor, aunque sea eventual, comprenda la muerte de alguna persona” (obra citada, página 58). Si bien la doctrina coincide en hacer descansar la diferencia de las figuras, en el elemento subjetivo del tipo, no son coincidentes en el dolo requerido para el homicidio calificado, que algunos consideran debe ser directo, y para otros, basta el eventual, aspecto al que nos referiremos posteriormente. Sí es claro que la diferencia entre los ilícitos se centra en el fin perseguido por el autor. Mientras en el homicidio por un medio idóneo para crear un peligro común el sujeto activo desea matar, usando un medio especial, y poniendo en peligro a personas y bienes indeterminados, en el incendio lo que se desea es crear el peligro, del que puede resultar la muerte de un número indeterminado de personas, o la destrucción de bienes, resultado que aumenta la sanción.

VII. Análisis del caso concreto: según se estableció en el fallo, el encartado provocó el incendio con el fin de repetir la hazaña lograda en el incendio de enero de 2005, cuando dirigió el equipo que controló el fuego, por lo cual las autoridades hospitalarias le reconocieron su trabajo (folio 1638). Es claro entonces que su intención no fue causar la muerte de alguien, usando para ello el fuego, sino nada más empezar un incendio, creando con ello, claro está, un peligro común, que conoció y aceptó. Su dolo no fue de matar, sino precisamente el de causar un peligro común, del cual él sacaría provecho para lograr reconocimiento. Sustentados en la diferencia señalada en la doctrina, a la que ya se hizo mención, estaríamos en presencia del delito de incendio, y no de homicidio calificado. Además, nos atenemos a la corriente doctrinaria que niega la posibilidad de que sea suficiente el dolo eventual para configurar el homicidio calificado por el medio usado, posición que asume esta Sala. Si el sujeto activo del delito de homicidio, escogió un medio para cometer el delito, que le garantiza una mayor vulnerabilidad de la víctima (ya sea por medio de veneno insidiosamente suministrado, o por un medio idóneo para crear un peligro común), y por tanto, mayor posibilidad de éxito, actúa con dolo directo de matar. Precisamente la selección del medio le garantiza al autor el resultado deseado. En este caso, según tuvo por cierto el Tribunal, el imputado, quien conocía las condiciones del hospital, tanto de infraestructura, como de la cantidad y estado de los pacientes, prendió fuego al nosocomio. También tuvo como acreditado que la conducta del acusado tenía como móvil, lograr el reconocimiento público, y quedar como un héroe, como pasó en el incendio anterior, por su diligencia, liderazgo y conocimientos, y la habilidad para extinguir el peligro, como se le reconoció en el pasado. Según ese cuadro fáctico, el dolo del acusado nunca fue el de matar a alguien, usando el fuego como medio para garantizar el resultado, sino el de incendiar, sabiendo el riesgo que su acción implicaba para bienes o personas indeterminadas, es decir, el peligro común que su actuar entrañaba, por lo cual su conducta se adecua al tipo previsto en el artículo 246 del Código Penal, agravada la sanción en vista del resultado muerte. Esta Sala considera, al igual que Díaz Pita: *“Pues bien, tal y como afirma la doctrina mayoritaria, en el caso*

del asesinato, el objetivo del sujeto lo constituye, precisamente, la muerte del sujeto pasivo, utilizándose para ello los medios descritos en el art. 406. Debemos tener en cuenta que entre todas las circunstancias del asesinato y el resultado muerte existe una relación teleológica, es decir, el sujeto dirige su acción a la muerte de la víctima y para ello, utiliza alguno de los medios determinados previstos en el citado precepto, pero no al revés. No se trata, por tanto, de situar el objetivo del sujeto en la utilización de un medio, como por ejemplo, el incendio, que, con posterioridad pueda o no causar una muerte. Se trata de que el sujeto busca la muerte de otro empleando para ello el incendio...” (María del Mar Díaz Pita, El Dolo Eventual, tirant lo blanch, Valencia, 1994, página 349, énfasis en el original). Por lo indicado, se casa la sentencia recurrida, recalificándose los hechos acreditados como constitutivos del delito de incendio, previsto y sancionado en el artículo 246 inciso 2) del Código Penal. Se dispone el reenvío de la causa para la fijación de la pena, de conformidad con la nueva calificación.”

9. Homicidio Calificado por Medio Idóneo

[Sala Tercera]^{xiii}

Voto de mayoría

"III. Luego, en lo que concierne al delito de homicidio calificado no era necesario, como pretende el gestionante, que se hubiera incautado -directamente al justiciable- la sustancia venenosa que acusó la muerte de la menor. La circunstancia de que sus hijas hubieran manifestado al justiciable un día antes del deceso de la perjudicada, que no querían que las volviera a buscar, así como la desobediencia reiterada a apercibimientos o medidas de protección y sobre todo la presencia establecida del convicto en el sitio del suceso minutos antes de fallecer su hija y después de darle una bebida que a la postre causó su muerte, constituyen elementos de juicio idóneos para establecer -en primer lugar- el asedio a que se vio sometida la víctima, así como la intención de J.F. de acabar con la vida de Y., para procurarse la impunidad por el delito de corrupción que ya había cometido. De cualquier forma, el reclamo carece de interés, pues estando acreditada la acción homicida, la falta de hallazgo de los medios con que aquella se realizó, no desvirtúa las conclusiones inculpativas establecidas. Valga recordar que para aplicar la ley sustantiva (homicidio calificado por medio de veneno insidiosamente suministrado, artículo 112 inciso 4) del Código Penal) no se requiere un conocimiento en detalle de la composición química del veneno suministrado, ni de los efectos particulares que pueda causar al organismo humano, pues lo importante es que el sujeto utilice de manera insidiosa el veneno para causar la muerte, sabiendo que el medio utilizado es idóneo para ese fin. Luego, para descartar la versión que en su defensa rindiera el imputado, el Tribunal consideró que la sustancia que aquel suministró a la menor, no fue la denominada "Hidroal"

(confrontar folios 671 y siguientes), porque: a) en primer término, ese medicamento - utilizado para tratar la gastritis y otras molestias estomacales- no produce los efectos letales que ocasionó el veneno; b) solo el justiciable fue visto entregando un "líquido amarillento" a su hija, aproximadamente quince minutos antes de que ella falleciera, con lo que -de acuerdo con la prueba recibida- el resultado se produjo en el término inmediato normal en que la sustancia venosa produce su efecto, sin que sea dable sostener que ingirió el veneno antes de ser vista con su padre; c) que la menor no tenía ideas suicidas, que la hubieran inducido a quitarse la vida; d) como se desprende del fallo y lo apunta la representante del Ministerio Público al contestar la audiencia respectiva, la versión del imputado no era creíble, porque: "...extrañamente sin tener ninguna comunicación anterior con la menor, llega con algo para que esta tome, sino por es que planea ultimarla de dicha manera... (sic., folio 705 vuelto)."

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.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 4573 del cuatro de mayo de 1970. **Código Penal**. Vigente desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 36 de 36 del 03/08/2011. Publicada en: Gaceta N° 257 del 15/11/1970. Alcance: 120 A.

ⁱⁱ CREUS, Carlos & BOUMPADRE, José Eduardo. (2010). **Derecho Penal Parte Especial**. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Pp 19-20.

ⁱⁱⁱ CREUS, Carlos & BOUMPADRE, José Eduardo. (2010). **Derecho Penal Parte Especial**. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Pp 20-22.

^{iv} CREUS, Carlos & BOUMPADRE, José Eduardo. (2010). **Derecho Penal Parte Especial**. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Pp 22-24.

^v SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 489 de las diez horas con veintiocho minutos del dieciséis de marzo de dos mil doce. Expediente: 10-000174-0006-PE.

^{vi} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1466 de las nueve horas del veintiuno de septiembre de dos mil doce. Expediente: 11-000194-0006-PE.

^{vii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1281 de las diez horas con diecinueve minutos del veintiuno de octubre de dos mil once. Expediente: 10-000483-0073-PE.

^{viii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 896 de las once horas con diez minutos del dieciocho de agosto de dos mil diez. Expediente: 05-005373-0042-PE.

^{ix} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 163 de las nueve horas con veintiocho minutos del diez de febrero de dos mil doce. Expediente: 10-000347-0990-PE.

^x SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1292 de las once horas con treinta minutos del veintiuno de octubre de dos mil once. Expediente: 10-202402-0456-PE.

^{xi} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1052 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del ocho de octubre de dos mil diez. Expediente: 06-018264-0042-PE.

^{xii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 54 de las diez horas con cincuenta y ocho minutos del veinticinco de enero de dos mil ocho. Expediente: 05-014182-0042-PE.

^{xiii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 744 de las ocho horas con cincuenta minutos del once de junio de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 97-000171-0502-PE.