



Jurisprudencia sobre la tentativa de robo agravado

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras Clave: Robo Agravado, Tentativa, Fase de consumación, Delito imposible, Delito Frustrado.	
Fuentes: Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 13/06/2013.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la tentativa de robo agravado. Se presenta variada información sobre el tratamiento procesal penal del tema, explicando el desapoderamiento y la consumación, la posibilidad de disponer del bien sustraído, la consumación del hecho, el delito imposible e inexistencia, entre otros.

Contenido

JURISPRUDENCIA	2
1. Robo agravado: Desapoderamiento por un breve lapso de tiempo no implica una disponibilidad exigible por la fase de consumación	2
2. Colaboración del imputado para encontrar bien sustraído no configura desistimiento o tentativa	8
3. Tentativa de robo agravado: Configuración al no existir en el caso concreto posibilidad real para disponer del objeto sustraído	10
4. Robo agravado: Consideraciones acerca de la disponibilidad del bien, tentativa y consumación del hecho	16
5. Robo agravado: Consideraciones acerca del delito relativamente imposible y su equiparación con la tentativa	18
6. Robo agravado: Breve espacio temporal entre acaecimiento del delito y detención del acriminado, Inexistencia de tentativa.	19
7. Tentativa de robo agravado: Análisis en relación con el desapoderamiento, disponibilidad del bien y delito frustrado	21
8. Robo agravado: Análisis con respecto a la flagrancia, tentativa y delito frustrado	22
9. Robo agravado: Divergencia en cuanto al monto de lo sustraído no configura un estado de tentativa o la inexistencia del ilícito	24

JURISPRUDENCIA

1. Robo agravado: Desapoderamiento por un breve lapso de tiempo no implica una disponibilidad exigible por la fase de consumación

- **Recalificación a tentativa de robo agravado y reenvío para fijar la pena aplicable**

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]ⁱ

Voto de mayoría:

“II.- Único Motivo. Sentencias Incompatibles. Con base en lo preceptuado por el numeral 408, inciso a) del Código Procesal Penal, y lo previsto en los artículos 213 y 73 del Código Penal, así como en los artículos 33, 39 y 41 de la Constitución Política; 7 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 9, inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 4, 6, 142 y 363 del Código Procesal Penal, así como del 71 del Código Penal, considera que se da el vicio de sentencias incompatibles. Es así que la sentencia número 311-2009 de las quince horas con cincuenta y cinco minutos del 21 de agosto de 2009, dictada por el Tribunal de Flagrancia del II Circuito Judicial, se estableció que los hechos analizados eran configurativos del delito de Robo Agravado, en estado de tentativa, con lo cual se condenó al coimputado J.P.V.V. a una pena de tres años de prisión, concediéndole el beneficio de ejecución condicional de la pena, en tanto que al sentenciado, G.F.P., por los mismos hechos, se le condenó a una pena de tres años y cuatro meses de prisión, estableciéndose en sentencia que los hechos eran típicos de un delito de Robo Agravado Consumado. Esto evitó, a pesar de la aceptación del abreviado, que el Tribunal, de conformidad con lo que dispone el artículo 73 del Código Penal, estimara que era consecuente disminuir la pena y otorgar el beneficio de ejecución condicional de la pena. Insiste que la incompatibilidad se da pues las dos sentencias tienen los mismos hechos probados, pero mientras una estima que los hechos quedaron tentados (la 311-2009 del mismo Tribunal de Flagrancias), la otra sentencia (la 285-2009) considera que los hechos se consumaron. Esta última no hizo un análisis de la fase de consumación y de por qué consideró que así había sucedido. Mientras una integración del Tribunal de Flagrancias del Segundo Circuito Judicial de San José consideró que los coimputados no pudieron disponer de los bienes sustraídos, por el simple hecho de que la totalidad de los bienes no se recuperaron, otra consideró que sí pudieron disponer de los mismos. Según el condenado desde que se da el asalto y la detención de los responsables, pasa realmente poco tiempo, solo alcanzan a correr 400 metros y el testigo C.C.S. no los pierde de vista en la persecución. Este último explica que uno de los coimputados le tira la billetera diciéndole que ahí no había nada. Considera que el hecho de que no aparecieran los 6000 colones que allí habían, así como la imagen de la Virgen, puede deberse a diversas circunstancias y no necesariamente a la disposición que hicieran los justiciables del botín del robo. En

ambos procesos se contó con la misma prueba testimonial y documental, pero hubo un trato diferencial en las consideraciones jurídicas sobre la tipicidad y consumación del hecho. El agravio lo hace consistir en que no se le dio un trato igualitario, pues se le condenó a tres años y cuatro meses de prisión por un delito consumado, cuando el mismo debió ser calificado como delito tentado, lo que hubiera conducido a una pena menor a la impuesta y a la posibilidad de haber recibido una condena de ejecución condicional. Solicita por ello que se revoque la sentencia impugnada, y en aplicación de los principios de justicia, celeridad y economía procesal, se le readecue la pena impuesta a tres años de prisión, concediéndole el beneficio de ejecución condicional o, en su defecto, se ordene el reenvío para una nueva substanciación de la causa sobre el tema de la pena pero esta vez bajo una recalificación de los hechos como un delito de **Robo Agravado** en grado de **tentativa**. **Este procedimiento de revisión de la sentencia debe ser declarado con lugar pero por razones diversas a las expuestas por el promovente.** En primer lugar, debe aclararse que en realidad las dos sentencias tienen por probados los mismos hechos, lo que sucede es que los Tribunales le han dado interpretación jurídica diversa. Como bien lo expone el Fiscal de la Unidad de Casación, Msc. Miguel Ángel García Martínez, en la audiencia conferida, a folio 89, en la sentencia del Tribunal de Flagrancias No. 285-2009, proveniente de un procedimiento abreviado, se calificaron dichos hechos como un delito consumado de robo agravado, según acusación del Ministerio Público, hechos que fueron aceptados por los acusados G.F.P. y I.P.G., imponiéndoseles por ello la pena de tres años y cuatro meses de prisión. Según los hechos, le sustrajeron al ofendido el celular y una billetera, los autores fueron perseguidos y capturados poco después, en algún momento, procedieron a disponer de seis mil colones en efectivo y un dije de la Virgen, los cuales no se lograron recuperar. El mismo Tribunal de Flagrancia, pero ahora en la sentencia número 311-2009, de fecha posterior, y al juzgar al imputado J.P.V.V., procedió a calificar los mismos hechos por los que ya habían sido condenados G.F.P. y I.P.G. como un hecho tentado, pues no hubo disponibilidad de los bienes, y en tal supuesto el ilícito había quedado interrumpido en su fase ejecutiva. Según lo relata el juez a partir del minuto 16:50:00, los encartados no pudieron disponer de los bienes, ya que no se pudo comprobar que realizaran una actividad dolosa para disponer de los seis mil colones y del dije. Según el juez, cuando entra en juego un hecho fortuito o accidental esto no puede imputarse a título de dolo en al actuar de los justiciables. En el respetable criterio del Fiscal Miguel Ángel García, esta interpretación judicial llevaría a conclusiones que serían inconsecuentes con el daño patrimonial derivado del despojo, tan solo porque no se puede comprobar que la pérdida del dije y del dinero haya sido parte de una "disponibilidad dolosa" de dichos bienes. También el señor Fiscal de Casación, licenciado Héctor Chacón Chang, en audiencia conferida a folio 103, sostiene que no hay hechos inconciliables sino, tan solo, interpretaciones jurídicas diversas sobre el núcleo problemático del sub iudice. Indica don Héctor, refiriéndose a la pretensión del promovente de obtener la misma pena que le fue impuesta a J.P.V.V., no es un asunto automático, pues el artículo 73 del Código Penal, considera que esta reducción es facultativa, y el juzgador debe analizar en cada caso la participación de los justiciables para observar el grado de reproche por su intervención en el hecho. Así, no será la misma pena para quien aportó únicamente al transporte de la res furtiva, que para quien fríamente ejerció la violencia en contra de la víctima, como tampoco puede esperarse la misma pena para quien realizó el hecho por necesidad como quien lo planeó y ejecutó con afán

vengativo o por placer. Según don Héctor, y a partir de los hechos aceptados, el aporte de G.F.P. involucraba un mayor aporte concreto a la violencia con la que se realizó el ilícito, así como un mayor control individual de la lesividad a la integridad física del ofendido, pues fue G.F.P. quien ejecutó el así denominado "candado chino" contra don J.C.C.. Mientras tanto, el coimputado J.P.V.V., tan solo procedió a extraerle los bienes. De aquí deriva, desde el punto de vista fáctico, fundamento para una mayor pena para el encartado G.F.P.. Pero este es también el criterio respetable del señor Fiscal de Casación Chacón Chang. No obstante, estima esta Cámara, en efecto, lleva razón el impugnante en que el criterio jurídico expresado en la sentencia 311-2009 del Tribunal de Flagrancia, donde se dijo los hechos acusados correspondían a un hecho tentado, encuentra pleno sustento fáctico y apoyo en la perspectiva interpretativa que suscribe esta Cámara. Se tiene presente que la Sala de Casación Penal, en el Voto 548-2006 de las 11 horas del 7 de junio de 2006, con apoyo a precedentes en el mismo sentido citados en dicho voto, considera que la realización ejecutiva del robo, aun cuando haya un marco de disponibilidad muy corto, como el que se dio en la especie, ya se habría consumado para todos los efectos. Es así que se dijo: *"...Con respecto a la posición sostenida por el quejoso de que en el presente asunto en razón de condenársele por el ilícito de robo agravado éste debió calificarse como tentado, más no consumado; la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que el ilícito se ha consumado cuando: " el autor logra colocar la cosa mueble en orden o situación o condición conveniente para deliberar, determinar o mandar libremente lo que ha de hacerse con ella, ya sea ejercer facultades de dominio, enajenarla, gravarla, poseerla o disfrutarla..." (Sala Tercera Voto No. 384-F [...] de las 14:25 horas del 18 de julio de 1996). A mayor abundamiento: "...Conviene recordar que mientras el sujeto pasivo tenga la posibilidad de disponer de la cosa, es decir que aún no haya sido sacada de su esfera de dominio, el delito de robo no se ha consumado, puesto que no se perfeccionado el desapoderamiento. Así, puede suceder que se inicie el robo, sin ni siquiera lograr apoderarse materialmente de la cosa, en cuyo caso estamos claramente en presencia de una tentativa; o bien que se produzca el apoderamiento material de la cosa sin que se de el desapoderamiento -lo que excluye la disponibilidad-, porque se sorprende in fraganti al autor al momento en que se apodera de la cosa o -sin solución de continuidad- se le persigue ininterrumpidamente por parte de la fuerza pública, el ofendido o un grupo de personas, y se le detiene, recuperando íntegramente la totalidad de los bienes, este sería un delito frustrado; una tercera posibilidad, consiste en el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, claro ejemplo de un delito consumado. En el caso concreto, ...los atracadores pudieron disponer del dinero efectivo y un aparato telefónico celular (aunque no se les haya incautado) sin que los tenedores originales pudiesen recuperar sus bienes, razón por la cual se acredita que por algún lapso hubo efectivamente desapoderamiento y se sacó de la esfera de dominio de los dueños, los objetos sustraídos mediante el robo acusado, ya que los endilgados ocultaron el botín conforme a su arbitrio. Dentro de este razonamiento, conviene reseñar que aún cuando se hubiese recuperado la totalidad de las cosas robadas, es aún posible la consumación del delito de robo, cuando el, o los sujetos activos abandonan o tiran el botín con el fin de desvincularse del hecho delictivo, puesto que lo que se protege es la disposición del bien mueble por parte del propietario, poseedor o tenedor del mismo de manera continua, de forma que no puede quedar librado al azar de una eventual recuperación del objeto sustraído el disfrute de su derecho, para poder así estimar que*

se está ante un delito consumado sólo cuando los objetos escondidos, abandonados, botados, o lanzados por el agente no son encontrados, ya que ello supondría un esfuerzo adicional al damnificado y/o a las autoridades policiales para acreditar lo que ya está demostrado: que el sujeto pasivo ha perdido la posibilidad de disposición sobre los objetos materiales que ha sido desapoderado y por ende el delito de robo ha sido consumado...” (Sala Tercera, voto 2005-00049 de las 9:35 horas del 4 de febrero de 2005, el subrayado es suplido). Igualmente se ha indicado que: “...en el delito de robo, la agravante contenida en el artículo 213 inciso 2) del Código Penal concurre cuando la conducta delictiva desplegada durante el apoderamiento, se cometa con armas, entendiendo que el apoderamiento no constituye un hecho único y aislado, sino que se conforma de uno o varios actos hasta su consumación, independientemente de que el sujeto activo utilice o no el arma, basta que sea portada incrementando el poder ofensivo de quien hace uso de ella, venciendo así la resistencia de la víctima para repeler el ataque o para impedir la materialización del desapoderamiento de los bienes...” (Sala Tercera, voto 2005- 00637 de las 12:00 horas del 17 de junio de 2005). En el presente caso, el delito se consumó porque claramente se establece en el fallo que el ahora condenado, después de amedrentar a la ofendida con un arma blanca para vencer la resistencia de la misma y facilitar así el apoderamiento del teléfono celular de aquélla; huyó con el bien, pudiendo disponer de éste a su antojo, tiempo durante el cual la propietaria del bien fue desapoderada del mismo, sin posibilidad de disponer del aparato celular. Sobre estos extremos, plasmó el Tribunal en el fallo: “ ...En el caso en estudio se dio el desapoderamiento total por haberse vedado a la ofendida de la disposición del bien al menos por un tiempo. El imputado no es seguido por la víctima, ni por quien la auxilió, en forma sucesiva al hecho, entre este y la detención, media el tiempo que transcurre entre el momento que el imputado se apodera del teléfono celular, huye de lugar, la víctima camina 75 metros hasta que ingresa a [...], comunica lo que le pasó y el señor J.D.C., escucha el relato y decide, con la información dada buscar al sujeto, el que logra detener tiempo después y a doscientos cincuenta metros de [...], durante todo el anterior tiempo la víctima perdió la disposición de su teléfono...” (Cfr. Considerando III. Análisis de la prueba y fondo del asunto, folio 214). Por lo anterior, a criterio de la Sala, la calificación de los hechos es, en cuanto a esto, correcta y por lo tanto, los reclamos del impugnante deben ser rechazados.”

A diferencia del criterio expresado por la Sala de Casación Penal, esta Cámara de Apelación de Sentencia considera que el desapoderamiento por un breve lapso de tiempo no implica una disponibilidad en el sentido que lo exige la fase de consumación del robo. Sin embargo, esto último se produce cuando se han demostrado circunstancias concretas que hacen discutible esa disponibilidad, tal y como sucedió en la especie con la declaración de C.G.S. y que fue analizada de manera correcta por el juzgador de mérito en la sentencia oral (cfr. de 16:50:10 a 16:54:22). La disponibilidad, en el sentido jurídico del término, implica que el sujeto activo del robo puede realizar sobre la cosa amplio ejercicio de actos jurídicos de disposición, lo que previo al despojo no se podía realizar pues el bien estaba en la esfera de disposición de su legítimo dueño o titular. En el decir de Soler, la mera "amotio preparatoria" (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Buenos Aires, 1988), es decir, hacer perder al dueño de manera momentánea la disposición sobre el bien, no es la consumación del robo: reducir una cosa a condición de cosa perdida no es consumir

el robo. Esto es exactamente lo que ocurrió en la especie: los objetos fueron tan solo perdidos o extraviados y no necesariamente dispuestos por los autores del hecho, al respecto existe una duda razonable sobre tal circunstancia. En realidad, la "disponibilidad" en términos jurídicos se da cuanto el objeto abandona de manera efectiva la esfera de custodia de su titular o poseedor (teoría de la "ablatio". Uno de los miembros de esta Cámara, el Juez Jorge Luis Arce Víquez, sostuvo esta tesis, salvando su voto como Magistrado Suplente de la Sala Penal, en el siguiente sentido: *"...Para mi sí son atendibles los reclamos de las licenciadas Melania Calderón Vindas, Ligia Jiménez Zamora y Natalia Gamboa Sánchez, en el sentido de que el delito de Robo agravado no se consumó por causas ajenas a los imputados, motivo por el cual se debe casar la sentencia dictada por el tribunal de juicio para recalificar la conducta de los coimputados como constitutiva de Tentativa de Robo agravado. El hecho probado fue el siguiente: "1.) Al ser aproximadamente las cinco horas con treinta minutos del veintisiete de noviembre del año dos mil nueve el señor ofendido G.F.P.. caminaba en San [...], lugar en donde fue interceptado por los aquí imputados A., J..P.V.V. y M., quienes mediante acuerdo previo y división de funciones procedieron a sustraer bienes de su propiedad, para ello el acusado A. lo tomó del cuello y lo lanzó contra el suelo, y de inmediato le solicitó a los coimputados que tomaran la billetera de la víctima la cual contenía dinero en efectivo, así como un celular y una billetera pequeña con documentos personales. Una vez con los bienes en su poder los acusados huyeron del lugar [...] 2. Ante lo sucedido el ofendido G.F.P. dio aviso a efectivos de la Fuerza Pública que pasaban en patrulla por el lugar, quienes logran detener a los imputados a poca distancia del sitio del ilícito, previo reconocimiento espontáneo del ofendido, logrando el ofendido recuperar su teléfono celular y una de las billeteras, no así su dinero y documentos personales, a los cuales los imputados le dieron un destino no conocido en autos" (Sentencia, folio 206). La defensa técnica ha citado en apoyo de su tesis la sentencia de la Sala N° 236 de las 9:35 horas del 9 de abril de 2003, según la cual cuando hay desapoderamiento del sujeto pasivo pero sin apoderamiento por parte del autor, lo que se configura es una tentativa de Robo, precedente que ahora la propia Sala – por mayoría de votos – contradice al establecer que el delito se consumó, a partir de la presunción de que los coautores dispusieron de los bienes que no fueron recuperados. Es una cuestionable presunción porque si los imputados fueron detenidos en flagrancia ¿a qué se refiere el tribunal de juicio cuando asevera que ellos le dieron "un destino no conocido en autos" a algunos de los bienes? En realidad no hay certeza de que los imputados hayan dispuesto de los bienes no recuperados, más bien existe una duda razonable que debería resolverse en su favor, pues la defensa advierte que el propio ofendido señaló en el juicio que observó sus bienes cerca de las personas detenidas, pero que los oficiales se negaron a requisarlos en el lugar, con el fin de determinar si estos poseían o no el resto de los bienes sustraídos, alegando que lo iban a hacer en la Comisaría, lo que es incorrecto y permite dudar razonablemente acerca del motivo por el cual el ofendido no recuperó la totalidad de sus bienes. A mi entender, conforme a la teoría de la disponibilidad – que erróneamente aplica la mayoría, dándole un sentido que no tiene – la acción típica del Robo, el apoderamiento, no se completó, porque los autores no tuvieron la posibilidad real de ejercer actos de disposición sobre las cosas sustraídas al ofendido: sí pusieron en peligro pero no se sabe con certeza si ellos lesionaron al bien jurídico tutelado. Sí existe tentativa, porque los encartados realizaron actos directamente encaminados a la consumación de un apoderamiento ilegítimo de cosas muebles del ofendido, pero este*

no se produjo por causas independientes de los coautores (artículo 24 del Código Penal), quienes fueron detenidos en flagrancia por la policía. En efecto, dice la ley que "Habrá flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito" (el subrayado es suplido, artículo 236 del Código Procesal Penal). De manera que si la detención de los agentes se dio en una situación de flagrancia, bajo inmediata persecución policial, no parece plausible la tesis del tribunal de juicio en el sentido de el delito de robo agravado se consumó porque los acusados "dieron un destino no conocido" a los bienes no recuperados, afirmación que por sí sola resulta insuficiente para justificar razonablemente su decisión de dar por consumado el delito, pues la disponibilidad debe corresponder ser una posibilidad real. Este defecto en la fundamentación jurídica le causa un agravio a los imputados, ya que de haberse calificado el hecho como tentado, se hubiera podido aplicar la regla de penalidad prevista en el párrafo segundo del artículo 73 del Código Penal, según el cual "La tentativa será reprimida con la pena prevista para el delito consumado, disminuida o no a juicio del juez", por lo que se debe ordenar el reenvío del proceso al competente únicamente para la nueva sustanciación de la pena a imponer a los tres condenados por el delito de Tentativa de Robo agravado. No procede fijar la pena directamente en esta sede, la enmienda del error requiere producirse con las garantías del juicio oral, público, continuo y contradictorio, si se quiere «preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten» (artículo 6 Código Procesal Penal), muy especialmente, si fuera el caso, al momento de individualizar y fijar la pena aplicable, en atención a lo cual deben preservarse todas las condiciones necesarias para no tornar nugatorio el derecho al recurso ni a los imputados, ni al Ministerio Público. (Voto Salvado del Juez Jorge Luis Arce Víquez en el Voto 1270 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de las 11:36 hrs. del 4 de noviembre de 2011. La mayoría de la Sala Penal sostuvo, una vez más, el criterio ya analizado anteriormente, del desapoderamiento momentáneo como consumativo del delito de robo). Tal y como se expone en esos razonamientos, la tentativa está fundada en que los actos dirigidos a la consumación quedan en su fase ejecutiva por causas externas a los autores. Asimismo, la disponibilidad sobre los bienes no es efectiva, pues no fue posible a los autores ejercer de manera efectiva los derechos derivados de aquella, conforme a sus objetivos y a la predeterminación final que acompañó su actuar criminal. **Así las cosas, corresponde declarar con lugar el motivo de revisión, y recalificar los hechos tenidos por demostrados en la sentencia 285-2009 del Tribunal de Flagrancia de este Segundo Circuito Judicial de San José como configurativos de un delito de Robo Agravado en grado de Tentativa.** Ahora bien, esta Cámara considera que no puede fijarse la pena que corresponde a la tentativa en esta sede, por dos razones fundamentales: En primer lugar, el artículo 73 del Código Penal obliga a hacer una valoración del aporte de cada uno de los intervinientes en el delito, conforme a su grado de participación, la medición específica del reproche jurídico penal de su aporte y a la circunstanciación del hecho punible que se analiza. Este análisis debe hacerlo el juez de mérito, con la fundamentación correspondiente, en la inmediación de un debate, que debe convocarse, únicamente a este respecto sobre la pena que habrá de imponerse a los sentenciados G.F.P. e I.P.G., a este último porque los efectos de lo aquí decidido sobre la recalificación de un delito consumado de Robo Agravado a uno tentado lo

deben de beneficiar en virtud del efecto extensivo de lo aquí decidido. En segundo lugar, porque de esta manera tanto G.F.P. y I.P.G., tendrán abierta la posibilidad de cuestionar, nuevamente, ante esta sede de Apelación de Sentencia, la fundamentación que se haga del fallo que, eventualmente, pudiera serles adversa. Con el fin de garantizar este derecho al recurso de apelación, reconociendo que es en la sede de mérito que debe analizarse, fundamentarse y fijarse el monto aplicable por la tentativa cometida, es que se anula parcialmente la sentencia 285-2009 del Tribunal Penal de Juicio de Flagrancia, de las catorce horas treinta y cinco minutos del 22 de julio de 2009, únicamente en cuanto se recalifican los hechos demostrados a un delito de Robo Agravado en grado de tentativa en perjuicio del señor J.C.C.. En todo lo demás se mantiene incólume el fallo. Para la fijación de la pena, se ordena el reenvío ante el Tribunal de origen con el objetivo que se analice, se fundamente y se fije el monto de pena aplicable a los justiciables G.F.P. e I.P.G. por el delito tentado que aquí ha sido recalificado.”

2. Colaboración del imputado para encontrar bien sustraído no configura desistimiento o tentativa

- **Tentativa de robo agravado: Colaboración del imputado para encontrar bien sustraído no la configura**

[Tribunal de Apelación de Sentencia, III Circuito Judicial de Alajuela, Sección I, San Ramón]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“II- El licenciado Javier Gallo Piña, defensor particular de los imputados, interpone recurso de casación contra la sentencia N° 146-F-2010 de las 20:02 horas del 30 de noviembre de dos mil diez, dictada por el Tribunal de Flagrancia de Puntarenas, fallo mediante el cual se declaró como autores responsables a M y W del delito de Robo Agravado y se le impuso una pena a cada uno de ellos mediante procedimiento abreviado, de tres años y cuatro meses de prisión. Como primer motivo se alega errónea calificación del tipo penal. El reclamante estima que si bien los encartados se sometieron a un proceso abreviado donde aceptaron la culpabilidad del hecho, el Tribunal se equivoca en cuanto a la calificación, ello por cuanto lo correcto es que se trata de un robo simple ya en realidad nunca hubo disponibilidad del bien mueble (un celular), por lo que el delito no se consumó materialmente y los encartados no pudieron disponer materialmente del bien sustraído, siendo que por iniciativa de M, le indica voluntariamente al oficial de tránsito el lugar dónde había lanzado el celular, por lo que estima que existe arrepentimiento por parte de los sindicados al ser detenidos y estima que el delito quedó frustrado (sic, folio 20), y no hubo agotamiento o disfrute del ilícito. Se discute que el encartado W no tuvo dominio del hecho, ya que éste no ejerció violencia, ni intimidó, amenazó, ni inmovilizó a la ofendida, tampoco le indicó a la ofendida que entregase el celular, siendo que la acción fue desplegada únicamente

por M, por lo que existe una duda en cuanto a la participación de W, de allí que no cabe la agravación de la figura. La sentencia recurrida no describe elementos suficientes para tener por acreditados el uso de la intimidación por parte de los suscritos, tampoco se demostró que W tuviera dominio del hecho. **El reclamo no es de recibo:** Conforme al registro digital de la sentencia, al ser las 20 horas, 8 minutos y 6 segundos el Juzgador inicia la fundamentación del fallo, y de ello se desprende claramente que si bien familiares y un oficial de tránsito fueron tras los asaltantes prontamente, la persecución no inició de manera inmediata a la perpetración del robo, de tal manera que sí hubo un lapso en el cual los sujetos activos dispusieron del bien sustraído, el cual estaba fuera del alcance de la víctima o de cualquier autoridad que pudiese recuperarlo. Para determinar el momento de la consumación del hecho, esta Cámara se aparta de la teoría de la privación o "*ablatio*", considerando que ella tiene lugar cuando el autor ha sacado la cosa de la esfera de custodia de su tenedor. La otra teoría que no sigue este Tribunal, es la de la destinación o "*illatio*" según la cual la consumación tiene lugar una vez que el agente ha logrado trasladar la cosa al lugar al cual la destinaba para aprovecharla o utilizarla de cualquier modo. (Creus Carlos, Derecho Penal Especial, tomo I, pag. 391). El robo consiste en "*apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble [...]*" (art. 212 CP) y ello implica no solamente el desapoderamiento o «sacar de la esfera de custodia de su tenedor» el objeto sino que a su vez requiere el «apoderarse». Entonces para la consumación del Robo se exige que haya «apoderamiento», no basta el «desapoderamiento». Por ello la acción descrita como «tomar» una cosa mueble no solamente debe provocar que la misma se sustraiga de la esfera de poder del propietario, pues para el hurto y el robo no es suficiente con ello, sino que es necesario que pase al dominio del sujeto activo, llegando a tener cuando menos la «disponibilidad» sobre el objeto. De tal manera se evita que el apoderamiento y la desposesión se fundan imposibilitando la distinción entre tentativa y consumación, lo que transformaría el hurto y el robo en un delito de mera actividad. Por ende, el hecho como tal se ha tipificado correctamente como Robo Agravado consumado. Pero sobre todo, la ubicación del hecho dentro del *iter criminis*, -contrario a lo que afirma el recurrente-, no incide en la calificación jurídica como se plantea en el recurso, puesto que no trastoca el robo agravado en robo simple, ya que la conducta acusada se agrava por la participación de dos sujetos en la acción, aspecto que ha quedado plenamente acreditado más allá de la aceptación de cargos de los sindicados, ya que la menor ofendida fue la persona que describió la manera en que fue abordada y atacada por M y W. En otro orden de ideas, lo que la Defensa señala como actitud de arrepentimiento por parte de M, al indicar voluntariamente al oficial de tránsito el lugar dónde se encontraba el celular sustraído no implica en forma alguna que el hecho haya quedado tentado, la circunstancia de que al ser aprehendido colaborase con las autoridades, es un aspecto que podría considerarse en un proceso ordinario al momento de la imposición de la sanción, pero en este caso no presenta una incidencia actual dado que los imputados aceptaron someterse a un proceso abreviado y la pena mínima de cinco años prevista para el delito de robo agravado se disminuyó en un tercio quedando reducida a tres años y cuatro meses de prisión, por lo que no es un punto que pueda beneficiarles en el *quantum* punitivo previamente acordado, dado que ya existe un entendimiento en el monto de la pena y además no se le planteó al Juez la arista que ahora se invoca. Más claro aun, el que el imputado haya indicado dónde estaba el objeto sustraído, si bien puede entenderse como «arrepentimiento» y no como «desistimiento», pues por las razones ya dichas el hecho

se había consumado, al haber tenido «disponibilidad» sobre el bien el sujeto activo, es algo que únicamente incide sobre la pena a imponer. Pero en el presente asunto se pactó la aplicación del procedimiento abreviado y ello de por sí ya implica una pena por debajo del mínimo que correspondería al delito consumado, tal como aquí sucedió, de manera que no tendría repercusión alguna en la presente causa. A no ser que el recurrente confunda el «arrepentimiento» con el desistimiento, en cuyo caso debe remitírsele a las razones brindadas para considerar el presente hecho como consumado. Por otra parte, el dominio funcional del hecho no se define a partir del comportamiento igual o equivalente de los coautores, sino de la distribución de funciones en el momento de la realización del hecho, porque ambos tienen control sobre el acaecimiento del ilícito, por ende, no es necesario que W le haya pedido el celular a la víctima, ni que accione físicamente sobre su humanidad, ello por cuanto entre los endilgados existió un plan de cómo realizar el hecho punible y la conducta desplegada no tiene que ser igual, pero sí idónea o complementaria para la perpetración de la delincuencia, tómesese en cuenta que de la *notitia criminis* se denota que la víctima fue abordada por ambos sujetos, por lo expuesto se desecha el alegato del impugnante en cuanto a la inexistencia del dominio funcional del hecho por parte del coimputado W. Contrario a lo que se afirma en el recurso, no sólo existió intimidación en contra de la perjudicada S sino que ante la renuencia de ésta a entregar el teléfono celular, el bien le fue arrebatado al tiempo que se le lanzó sobre una cerca, es decir, hubo uso de violencia sobre la víctima, de allí que no sea de recibo el argumento de ausencia de intimidación sobre la ofendida. Se declara sin lugar el primer motivo de casación interpuesto.”

3. Tentativa de robo agravado: Configuración al no existir en el caso concreto posibilidad real para disponer del objeto sustraído

- **Análisis en relación con la teoría de disponibilidad del bien, teoría individual objetiva, tentativa acabada e inacabada y desistimiento**

[Sala Tercera]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“II. Primer motivo: Errónea aplicación del artículo 213 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 24 del Código Penal: El licenciado César Edgardo Palma Ulate, defensor público de G. invoca los artículos 20, 22, 27, 33, 37, 39 y 41; 3, 10, 11, 12 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; 9, 14 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 25 de la Declaración de los Derechos y Deberes Políticos; 369 del Código Procesal Penal y 24, 71, 73, 213 del Código Penal. Indica que, en la pieza acusatoria no se desprende donde se da la *disposición* sobre los bienes de la ofendida por parte del imputado G. y la sentencia no logra acreditarlo mediante su fundamentación. Así, especifica que en el caso concreto, el imputado se

lleva los bienes de la ofendida y los traslada a su vehículo que se encontraba apagado. Sin embargo, en menos de un minuto los vuelve a sacar y se los entrega nuevamente y de forma voluntaria a la ofendida. Por lo que, considera que el Tribunal fundamentó la *disposición temporal* sobre estos bienes en ese minuto. A pesar de que, en ese lapso, G. no fue perdido de vista ni por la ofendida ni por los testigos. Además, afirma que: “...no hubo extravío de bienes y la persecución se da de forma inmediata, continua e invariable a tal punto que los bienes nunca salen de la esfera de custodia de la ofendida y los testigos”. (Folio 55). Finalmente, sostiene el recurrente que, en la especie debe analizarse la posibilidad de aplicar la teoría del desistimiento voluntario. En razón de que el imputado voluntariamente le devolvió los bienes a la ofendida de manera completa no con la intención de negociar. Pues, la ofendida incluso le manifestó al imputado que ella no tenía las llaves de su vehículo y aún así este le devolvió los bienes a la ofendida sin la intención de obtener nada a cambio. De igual forma, la entrega que hace a la ofendida es definitiva y no procura nuevamente apoderarse de ellos para poder proceder con la consumación del dolo delictivo ni la perpetración del hecho. Además, nadie obligó a su representado a entregar el bien a la ofendida. **Se declara con lugar el motivo formulado.** En cuanto a los **delitos contra la propiedad o los delitos de apropiación**, se caracterizan porque el objeto material de la acción es una **cosa mueble ajena (movible)**. Y, la acción consiste en una **apropiación o destrucción de la cosa**. Nuestro legislador, en el artículo 212 del Código Penal (tipo base del delito de robo), expresamente habla de “**apoderarse**” lo que es incorrecto porque alguien puede **apoderarse** de una cosa **sin apropiarse** de ella. Con relación al **bien jurídico tutelado** es la **simple posesión o tenencia de la cosa mueble**, entendida como la posibilidad exclusiva de realizar sobre la cosa **actos materiales de disposición** sin importar en el caso concreto, si ésta fue obtenida legítimamente o no por el sujeto pasivo (*Hess Herrera, Ingrid y otros: Delitos contra la Propiedad en Costa Rica*, investigación dirigida por Henry Issa El Khoury, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1992, p. 28). Con relación al *inter criminis* en los delitos contra la propiedad, esta Cámara ha definido que para determinar si hubo robo consumado o no, es necesario examinar si el desapoderamiento se perfeccionó. En este sentido, se ha adoptado la denominada **Teoría de la disponibilidad**, la cual consiste en que si el autor ha tenido la posibilidad de disponer de la cosa, el delito se consuma. Incluso, aún cuando se le persiga después del hecho. Se ha hecho hincapié que la disponibilidad debe entenderse como posibilidad de disponer de los bienes, y no disponibilidad efectiva, porque ello sería llevar demasiado lejos los límites de la consumación, confundiéndola con la fase de agotamiento, de acuerdo al plan ideado por el autor. (En este sentido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, V-179-F, del 23-4-1993, 185 del 26-4-1996, 628, del 31-7-2003 y, 639-2007 del 8-6-2007). Respecto a los estadios de ejecución conforme a la Teoría del delito, la jurisprudencia de esta Sala ha indicado que: i) Se presenta cuando la ejecución de la acción típica se interrumpe en sus comienzos a causa de factores ajenos a la voluntad del agente, que le impiden la consumación de la conducta. Los actos iniciados deben ser idóneos y deben estar inequívocamente dirigidos a la consumación. Específicamente se inicia la ejecución del delito sin llegar a apoderarse de la cosa. Esta tentativa se conoce como incompleta o interrumpida (tentativa inacabada); ii) el agente realiza todo lo que está a su alcance para lograr la consumación, pero no lo logró por causas ajenas a su voluntad. Se le conoce también como completa o concluida. Concretamente, se da el apoderamiento material de la

cosa sin que se dé el desapoderamiento -o que excluye la disponibilidad, porque se sorprende *in fraganti* al autor al momento en que se apodera de la cosa o -sin solución de continuidad- se le persigue ininterrumpidamente por parte de la fuerza pública, el ofendido o un grupo de personas, y se le detiene, recuperando íntegramente la totalidad de los bienes (tentativa acabada o delito frustrado). Hay supuestos de tentativa acabada en los que, después de la actividad del agente, la lesión o daño no se produce por causas independientes de la voluntad del agente. En estos casos, su decisión libre y espontánea, de no consumir el hecho requiere, para que sea impune, no solo el cese o el abandono de la actividad, sino también de una actividad eficiente para evitar el resultado. **Esto se conoce como arrepentimiento activo, distinto del simple desistimiento o tentativa desistida** que se presenta cuando el agente, a pesar de haber iniciado la ejecución de la conducta típica o haberla completado, mediante actos idóneos encaminados a la consumación, de manera voluntaria decide poner fin a su actuar criminoso. En este supuesto, lo determinante es la propia voluntad, como el factor que impide la consumación. A esta figura se le conoce también como desistimiento. En el desistimiento, los motivos por los que el agente se determina a interrumpir la ejecución del delito encuentran su origen en la interioridad psíquica del sujeto, sin que concurren influencias externas capaces de hacer modificar su conducta (puede producirse, por ejemplo, por razones de conciencia, por miedo a la pena, vergüenza, piedad, arrepentimiento, etc.). En la tentativa, por el contrario, más bien esas influencias externas concurrentes motivan la determinación, privando a esta del rasgo de la voluntariedad que caracteriza al simple desistir. En este sentido, en los casos de la tentativa acabada, para que opere el desistimiento o arrepentimiento y sus consabidos efectos, es necesario que el agente no solo deje de actuar en forma voluntaria, sino que además realice una conducta que tenga como resultado evitar la consumación del delito. Para que haya desistimiento en el caso de la tentativa inacabada, basta con que el autor deje de actuar (desistimiento pasivo). En la tentativa acabada, en donde ya el autor ha realizado todo y la consumación depende de su no intervención futura, requiere que se manifieste en términos de una actividad de evitación (desistimiento activo). El desistimiento es una causa de atipicidad de la tentativa, el desistimiento voluntario del autor deja atípica la conducta de los partícipes, por el principio de accesoriedad limitada de la participación y **iii**) el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, aunque sea momentánea (**delito consumado**). (Ver votos N° 348-1996, del 18 de julio de 1996, N° 2000-1207 del 19 de octubre de 2000, N° 542-2004, del 21 de mayo del 2004, N.º 2005-1253 del 7 de noviembre de 2005). En cuanto a la tesis para distinguir entre los actos de ejecución y los preparatorios, esta Cámara ha seguido la **tesis individual objetiva** por considerar que: *“Esta teoría se mantiene en el plano de lo objetivo en cuanto parte de la consideración de la conducta típica particular (teoría formal-objetiva), introduciendo un elemento individualizador (subjetivo), como plan del autor, pero que por su naturaleza es susceptible de ser valorado por un tercero en cuanto a la determinación de la “proximidad inmediata” a la realización típica”* (Voto N.º 00026-2010, del 29-1-2010, N.º 1043-00, del 8-9-2000 y; 01104-2006, del 30-10-2006). Doctrinalmente se ha dicho que: *“(…) el delito se consume con la completividad del apoderamiento de la cosa, es decir con la creación de las posibilidades de disposición de ella por parte del agente. El solo hecho de haberle logrado el desapoderamiento -con la intención de apoderarse- constituye tentativa; ésta se extiende aún a la simple penetración en la esfera de custodia de la cosa cuando ella puede considerarse materialmente acotada,*

aunque no se haya alcanzado a perpetrar el apoderamiento(...)” (Creus, Carlos. “Derecho Penal Parte Especial”. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp.419-420). Siguiendo la tendencia doctrinal acogida por la jurisprudencia de esta Sala, es preciso valorar distintos elementos fácticos y circunstancias para comprender la decisión jurisdiccional tomada por el a quo al establecer la existencia de un robo agravado consumado y no, uno en grado de tentativa. En cuanto a las circunstancias fácticas, los Jueces tuvieron por acreditado los siguientes hechos: “1) *El día 15 de febrero de 2011, al ser aproximadamente las 19:30 horas, en San José, Barrio Don Bosco, de la funeraria del Recuerdo 75 metros sur, se encontraba la ofendida G.C. la cual caminaba hacia su vehículo llevando consigo una caja conteniendo documentos personales y una computadora portátil marca HP, un bolso color negro con dorado, valorado en doscientos cincuenta dólares, el cual contenía un teléfono celular marca Nokia color negro valorado en ¢120.000,00 un perfume Dolce Gabbana, una billetera, objetos de uso personal, una billetera con ¢100.000,00 colones y tarjetas bancarias.* 2) *En ese momento, con la intención de sustraer ilegítimamente bienes ajenos, se presentó el encartado G. en el vehículo Honda, color blanco, placa [...], se bajó de este automotor y segundos después cuando la agraviada abordó el vehículo de su propiedad, el imputado se le acercó, la amenazó con un arma punzo cortante que colocó en el lado izquierdo de su cuello y le exigió que no gritara, a su vez que le exigía la entrega del bolso.* 3) *Con el fin de evitar que el imputado le sustrajera su computadora portátil, la ofendida la lanzó hacia la parte trasera de su carro, de seguido el acusado G. le arrebató un collar color verde que la ofendida portaba en su cuello y le arrebató un bolso color negro, sin embargo la agraviada opuso resistencia y comenzó a gritar, no soltó el bolso y fue arrastrada varios metros por parte del acusado hasta que una de las tiras del bolso se rompió. Una vez con este bien en su poder el encartado se retiró del sitio hasta su automotor, el cual estaba estacionado a escasos metros del lugar. A raíz de esta acción la agraviada sufrió golpes en sus rodillas y rasguños en el cuello, en la zona donde el encartado le colocó el arma punzo cortante.* 4) ***Sin embargo en ese instante el imputado se percató que se le dificultaba darse a la fuga pues no tenía las llaves de su automotor, mismas que había perdido en el forcejeo, por lo cual regresó hasta donde estaba la ofendida para buscarlas. Posteriormente, al no encontrar sus llaves y creyendo que la ofendida las tenía en su poder, el acusado se devolvió a su vehículo, sacó el bolso de la agraviada, se presentó ante ella y le tiró el bolso proponiéndole que le entregase sus llaves a cambio.*** 5) *Instantes después pasaban por el sitio oficiales de la Policía Municipal, los cuales fueron alertados por un transeúnte de lo que estaba sucediendo, se acercaron al lugar y aprehendieron al encartado.* 6) *Una vez detenido el imputado fue plenamente reconocido por la agraviada como la persona que la asaltó. Los bienes sustraídos fueron recuperados, y el arma punzo cortante con la cual la ofendida fue amenazada se decomisó en el lugar de los hechos”.* (Folios 33-34) (El subrayado es suplido). El Tribunal de juicio descartó que se tratara de una tentativa, diciendo lo siguiente: “*El imputado en ese primer momento del inter criminis aborda a la ofendida pone el cuchillo sobre su cuello, jala fuertemente el bolso, la arrastra en esa acción de tratar de apoderarse del bien y logra apoderarse efectivamente, se apodera cuando el bolso se rompe, una de las fajas del bolso se rompe y él se apodera del bien. Se dirige hasta su vehículo que él había estacionado ahí minutos antes, 50 metros aproximadamente del lugar donde la ofendida tenía su oficina y él pone el bolso dentro de su vehículo. De esta forma, el Tribunal considera que se*

consume el delito, que logra el apoderamiento del mismo, porque a partir de ese momento ya el imputado está en pleno dominio de ese bien, ya ha salido de la esfera de custodia de la ofendida y ya la ofendida no tiene posibilidad de disponer sobre él. Lo que frustra la acción del imputado, su deseo de irse del lugar no es una acción externa o el hecho de que él fuera seguido o el hecho de que algo le impidiera disponer de ese bien. Lo que frustra su acción es que el imputado no encuentra las llaves de su vehículo y como no las encuentra, empieza a buscarlas en el lugar. Y además, ya para ese momento están por lo menos dos personas que están ayudando a la víctima dándole soporte. Y, estos dos testigos, J.A. y W. están en el sitio. Como dice W. estábamos viendo que él no se fuera, tratando de que él no se fuera. Pero, él está buscando las llaves y no las encuentra, entonces, regresa a su vehículo y en un acto claro de disposición de ese bien toma el bolso y se viene para donde está la ofendida y le dice: "...deme las llaves, entonces yo le doy el bolso" "...devuélvame las llaves, entonces yo le doy el bolso" y, en esa discusión se mantuvo el imputado hasta que llegó la policía municipal y lo detuvo tratando de negociar la entrega del bolso contra las llaves que él no encontraba de su vehículo. No es cierto, como dice el señor defensor que él no tenía posibilidad de disponer de ese bien porque si la tuvo en el momento en que él tuvo ese bolso en su vehículo y cierra su vehículo, él pudo irse inclusive del lugar o, pudo haber cerrado con seguro su vehículo irse del lugar y regresar otro día o mandar a otra persona o hacer cualquier otra acción pero probablemente no quería abandonar su vehículo tampoco, quería retirarse del lugar pero con su vehículo y, entonces dispone nuevamente del bien ¿cómo? Canjeándolo, intentando canjear un bien con un bien que él suponía que la ofendida tenía que eran sus llaves que en ningún momento ella tuvo acceso a las mismas. La víctima perdió la posibilidad de disponer de sus bienes y esa adquisición del poder de disponer pasó a manos del imputado, en el momento en que él lleva el bien hacia su vehículo y lo asegura de esa forma. **El hecho de que posteriormente él ha venido y como no encontraba las llaves, como no se las daban tiró el bolso en la acera, eso no quiere decir que no sea un acto de disposición también de él. Una vez que el delito estaba totalmente consumado. Así que, desde el ámbito de la teoría de la disponibilidad, siendo que él tuvo la disponibilidad de disponer. Efectivamente dispuso como él lo quiso canjeando el bien y después tirándolo en la acera. No quiere decir que el delito por sí no se haya consumado sino que, el delito quedo debidamente acreditado tal y como lo acusó el Ministerio Público". (15:30:43 a 15:38:30 de la sentencia número 148-2011, de las 15:30 horas, del 28 de febrero del 2011, del Tribunal Penal de Flagrancia) (Lo resaltado es suplido). De acuerdo a lo anterior, el desapoderamiento ilegítimo se presenta como uno de los actos ejecutivos del delito de robo, que -en el caso concreto- el Tribunal acreditó mediante el testimonio de J. y W., que dicho despojo era conteste con la unívoca intención que tenía el encartado de robar, al respecto éste último indicó: "(...) **lo primero que vi, fue un muchacho que iba corriendo con un bolso pero al puro frente mío se calló con todo y bolso, se le cayeron varias cosas de las manos y siguió corriendo hacia un honda civic tipo ranita que estaban con las luces intermitentes encendidas, como a unos 75 metros donde estaba la licenciada con el carro de ella. Entonces el señor yo creí que se iba a montar y se iba a ir en ese momento pero no lo hizo porque se le cayeron las llaves en una alcantarilla que hay por ahí. ...Él se devolvió pero sin el bolso,****

empezó a dar vueltas como loco y empezó a decir que él no había asaltado a la muchacha y entonces yo le preguntaba: ¿pero usted asalto a la muchacha? y decía: no...! no...! yo no la he asaltado. Pero al ver yo a la muchacha que estaba tan aterrorizada, le hacía preguntas a la muchacha pero no podía contestar porque estaba muy aterrorizada. Ella estaba toda despeinada y no podía ni hablar porque yo le di el teléfono mío, tómese llaméese el 911, pero ni eso pudo hacer ella porque ella estaba demasiado afectada. Y el señor seguía buscando. Y cuando vio que la cosa era en serio que ya lo estábamos reconociendo él se devolvió al carro y le trajo el bolso a la muchacha y se lo tiro así y le dijo: **Tome aquí esta el bolso pero eso sí me devuelve las llaves.** Y dice la muchacha: Pero yo no tengo las llaves, yo no tengo las llaves. Pero usted me las quitó y ella decía: yo no tengo las llaves, no tengo las llaves. **Yo ya había visto que las llaves habían caído en una alcantarilla pero de lógica no se lo íbamos a ir para que él se fuera. Entonces él tiró el bolso al suelo y siguió buscando las llaves como si nada hubiera pasado y, en ese momento yo vi un cuchillo en el suelo del carro, no se lo vi a él en las manos pero si me imagino que con ese la ataco a ella. (...) sinceramente no se pudo ir porque no encontró las llaves lamentablemente. Después venían pasando unos policías municipales y le dijimos que aquí el muchacho asaltó a esta muchacha...ya fue cuando lo agarraron.**

Ministerio Público: Cuando la policía llegó aproximadamente cuánto tiempo tardó, desde el momento en que sale hasta el momento en que llega? **Testigo:** No estoy muy seguro, porque estuvo muy caliente el asunto. Me imagino que de unos 15 a 20 minutos, alrededor. Ahí estuvimos en la serie de trifulcas para ver qué podíamos hacer con el delincuente, para que no se fuera. Dichosamente como le digo no tenía las llaves para poderse ir. **Ministerio Público:** ¿Cuándo llegó a la policía dónde estaba él? **Testigo:** Cuando llega la policía él estaba en la misma discusión con nosotros. Después él se corrió hacia el carro. La policía venía poro la pizza hut y ya él corrió hacia el carro (9:46:33 a 09:53:00). Y el testimonio de J.A. que indicó: "(...) él no se puede ir en el carro porque a él se le perdieron las llaves en un pasadizo donde pasan algunos carros, entonces a él se le fueron las llaves ahí. Comenzó a buscar las llaves para ver donde estaban para irse. Él estaba muy preocupado porque las llaves estaban ahí adentro y no podía irse con el carro, estaba preocupado y al rato llegó la policía. **Ministerio Público:** Él decía algo cuando buscaba las llaves? **Testigo:** Lo que preguntaba era por las llaves, ¿dónde estaban las llaves?. **Las llaves estaban en el pasadizo donde había agua. Como era de noche, no observaba las llaves. Después vino un muchacho de la oficina municipal y alumbró con un foco y encontramos las llaves que estaban ahí del carro. (...)**" (Secuencia 10:19:28 a 10:20:44). (Lo resaltado es suplido). Es decir, con la prueba recabada en debate, el Tribunal logró tener por acreditado que la intención (o dolo) del imputado con respecto al despojo de los bienes, era perpetrar un robo (agravado por el uso de armas), logrando penetrar en la esfera de custodia que tenía la ofendida sobre éstos, como parte de los actos ejecutivos emprendidos. Para ello, el justiciable le colocó a la víctima el filo de un cuchillo en su cuello -bajo amenaza- para que le entregara los bienes de valor, con la finalidad de apoderarse ilegítimamente de estos. Así, inicialmente intentó despojarla de una caja. Sin embargo, al no lograrlo, el acusado le arrebató un collar y la sujetó del bolso, arrastrándola varios metros hasta que una de las fajas del bolso cedió, situación que aprovechó el encausado para tratar de huir en su vehículo con los bienes sustraídos en su poder. No obstante, en ese momento, se percató que las llaves del automotor se habían extraviado, lo que le impidió huir con las

pertenencias de la perjudicada. En ese instante G. creyendo que G.C. tenía sus llaves, procedió a proponerle que le entregara las llaves a cambio del bolso, sin embargo, en ese momento es observado -entre otros- por J.A. y W., quienes presenciaron los hechos desde el intervalo en que el imputado salió con el bolso de la agraviada hacia su vehículo honda civic, hasta que, llegó la policía municipal. Es decir, el encartado nunca se marchó del lugar ***sin ser perdido de vista*** por la ofendida G.C. y los testigos indicados, quienes lo descubrieron en flagrancia. De manera que, no existió una posibilidad real para disponer del objeto sustraído, al margen de que fuera detenido con él aún en su poder, gracias posteriormente a las gestiones de la policía municipal. Recuperándose así, íntegramente la totalidad de los bienes de la agraviada. Por consiguiente, el delito de robo agravado cometido por G. no llegó a consumarse. Ahora bien, ante esta sede el Ministerio Público le da la razón al recurrente y suscribe que: “...erró el Tribunal al fundamentar solventemente la razón por la cual el hecho probado era un delito de robo agravado consumado y no un robo tentado”. (Cfr. 64 a 66), solicitando que se anule la sentencia y que se ordene el reenvío para una nueva sustanciación. Con fundamento en lo anterior, esta Sala declara con lugar el alegato de fondo. Se casa la sentencia recalificándose los hechos a un único delito de robo agravado en grado de tentativa. Se ordena el reenvío de la causa para que el Tribunal, con otra integración de sus miembros, proceda a nueva sustanciación en cuanto a la fundamentación de la pena. (En este mismo sentido, ver voto número 482-05, de las 8:55 horas, del 25 de mayo de 2005, Sala Tercera). En los demás aspectos el fallo se mantiene inalterable. El imputado se mantendrá en prisión mientras se realiza la fijación de la pena.”

4. Robo agravado: Consideraciones acerca de la disponibilidad del bien, tentativa y consumación del hecho

[Sala Tercera]^{iv}

Voto de mayoría

“II.- Primer motivo por el fondo de la licenciada Vargas Monge y segundo planteado por Díaz Sánchez y único incoado por Chavarría Cubero. Errónea aplicación de la ley sustantiva.- Estiman los recurrentes que los Jueces se equivocaron al calificar los hechos bajo la figura del robo agravado en su modalidad consumada, pues se tuvo por acreditado que todos los imputados fueron detenidos a pocos metros del lugar de los hechos, sin que hayan podido disponer de los bienes puesto que los mismos fueron recuperados al momento de su detención. Consideran que el hecho de que la billetera no tuviera los documentos personales del ofendido al momento de ser recuperada, no significa que ellos hayan dispuesto de tales bienes, pues antes fueron aprehendidos. El reclamo no es de recibo. De acuerdo con el análisis del *iter criminis*, esta Sala considera que la acción que se tuvo por acreditada, refiere la existencia del delito de robo agravado consumado y no en estado de tentativa como lo pretenden hacer ver los recurrentes, al indicar que sus representados no dispusieron de los bienes, puesto

que fueron detenidos en un corto tiempo y distancia. Al respecto la jurisprudencia de esta Sala, ha sido conteste al indicar en casos similares que: “...*Confunde la impugnante el éxito del plan delictivo y el llamado agotamiento del hecho -es decir, alcanzar los fines propuestos por los autores de un hecho delictivo, que carecen de relevancia para la tipicidad del mismo- con la consumación. En el robo, como es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, la teoría de la disponibilidad no implica que el sujeto activo goce del bien según su planeación: supone, antes por el contrario, que logró desapoderar a la víctima del bien, sacarlo de su esfera de custodia y tenerlo en la propia, aún si se trata de un breve lapso de tiempo, como sucedió en este caso [...]*” precedente número 2009-0031, de las 10:40 horas, del 16 de enero de este año, en el que se hace un extenso repaso de los antecedentes jurisprudenciales sobre el tema, entre los que resulta de relevancia el número 639-07, de las 10:50 horas, del 8 de junio de 2007, oportunidad en la que se consideró “[...] *No existe tentativa en todos los casos en que exista proximidad espacial y temporal entre la sustracción y la detención de los autores del ilícito, ni siempre que se logren recuperar los bienes en forma expedita, existe tentativa...* ”. (Ver voto 1108-09, de las 9:01 horas, del 11 de setiembre, de 2009). En este orden de ideas, los Jueces tuvieron por acreditado que: “...*el ofendido avisó a los oficiales de lo sucedido y brindó las características de los imputados, situación que permitió que a pocos metros del lugar los acusados fueran detenidos lográndose decomisar al encartado J, el teléfono celular propiedad del ofendido, asimismo se logró encontrar en el cajón de la patrulla en el cual transportaban a los acusados, la billetera color negro que le fue sustraída al ofendido, pero la misma no contenía los documentos y tarjetas de débito del ofendido...*” (Ver folio 116 frente y DVD sentencia oral tiempo 14:33:00). Se extrae de lo anterior, que los imputados sí dispusieron del objeto robado, pues lograron sacarlo de la esfera de custodia de su dueño, al punto que los bienes que fueron sustraídos no fueron recuperados en su integridad, lo cual implica que la consumación del apoderamiento ilícito se perfeccionó. Debe recordarse que en este tipo de delitos: “...*pueden distinguirse hipotéticamente tres estadios de ejecución conforme a la teoría del delito: i) el iniciar la ejecución del delito sin llegar a apoderarse de la cosa (tentativa); ii) el apoderamiento material de la cosa sin que de el desapoderamiento -lo que excluye la disponibilidad-, porque se sorprende in fraganti al autor al momento en que se apodera de la cosa o -sin solución de continuidad- se le persigue ininterrumpidamente por parte de la fuerza pública, el ofendido o un grupo de personas, y se le detiene, recuperando íntegramente la totalidad de los bienes (delito frustrado); y iii) el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, aunque sea momentánea (delito consumado)...*” El subrayado y resaltado no es del original (Ver voto 348-1996, de las 14:25 horas del 18 de julio de 1996). Es decir, aún y aceptando –de forma hipotética– que los imputados fueron detenidos sin haber sido perdidos de vista, resulta esencial para descartar la consumación del ilícito, que los bienes hayan sido recuperados de forma completa, pues de lo contrario, quedaría aceptar que los mismos salieron de la esfera de custodia del agraviado, tal y como sucede en el presente caso, puesto que el contenido de la billetera nunca fue ubicado, consecuentemente, se perfeccionó la sustracción. No obstante lo anterior, señala el Tribunal en sentencia: “...*se puede derivar que sí ocurrió una pérdida del contacto visual del ofendido con los imputados en un lapso de entre cuatro y cinco minutos, en primer instancia cuando el transeúnte le ofrece el teléfono para que llame, posteriormente, cuando conversa con el taxista quien le ofrece colaboración y el ofendido incluso en una actitud de resignación le dice*

que si valdrá la pena seguirlos, y ante la respuesta del taxista accede el ofendido, y un tercer momento, cuando llega la unidad policial, el les da los datos de identificación, tardan un poco porque no puede escribir su nombre, cuando manifestó que los perdió de vista...” (DVD Sentencia oral, 14:38:00). Consecuentes con lo dicho, se desprende que los Jueces fueron claros en indicar que la cercanía que existió en los aspectos espacio temporales en que se dio la detención de los encartados, no excluye la disposición que tuvieron de los bienes sustraídos, sin que se requiera el disfrute, lucro u obtención de algún beneficio, para perfeccionar el apoderamiento. En consecuencia, se declaran sin lugar los presentes reclamos.”

5. Robo agravado: Consideraciones acerca del delito relativamente imposible y su equiparación con la tentativa

[Sala Tercera]^v

Voto de mayoría

“II. [...] El recurrente parte de un equívoco, cual es, que traslada al sujeto pasivo del delito, al ofendido, el conocimiento de la peligrosidad, (de que su cuenta bancaria, no tenía fondos en el momento de los hechos y por consiguiente conocía que no tenía riesgo de perder su dinero), cuando es todo lo contrario, es el sujeto activo, el autor, sobre el que debe analizarse si su acción cumplía con los elementos objetivos y subjetivos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y lesividad. Por otra parte, en palabras del jurista costarricense Dr. Francisco Castillo “#100.- El art. 24 Cód.Pen. sigue la distinción entre imposibilidad relativa, equiparada a la tentativa, e imposibilidad absoluta, originalmente sancionada con una medida de seguridad, como lo hace el Código Penal italiano...En consecuencia nuestro derecho penal vigente sigue la teoría mixta...”“El delito relativamente imposible se equipara a la tentativa” (Tentativa y desistimientos voluntario, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, pag.111). En el párrafo #98, el citado tratadista explica: “De acuerdo a la teoría que podemos llama “mixta” se distingue entre imposibilidad absoluta o radical, que produce impunidad penal, y la imposibilidad relativa u ocasional, en la cual solamente el agente no ha alcanzado el resultado por una circunstancia fortuita. Esa imposibilidad relativa es punible como tentativa”...“Hay imposibilidad relativa, en el caso de una ausencia momentánea del objeto,- por ejemplo, el día del asalto la caja fuerte de la fábrica estaba vacía, por casualidad,- o bien por una incorrecta utilización de los medios por agente.”(Op.cit., pag.109). Más adelante el autor reitera: “Sin embargo, nuestro legislador considera como tentativa casos en los que la consumación del delito es relativamente imposible por una falta transitoria del objeto. Por ejemplo: “A y B se meten a un edificio para robar la caja fuerte. Los propietarios de los valores depositados en ella habían trasladado, por casualidad, esos valores a otra parte el día anterior. De modo que A y B encuentran la caja vacía.”...“En estos últimos casos, la circunstancia transitoria que produjo la falta de objeto, aunque implica ausencia de violación o de puesta en peligro del bien jurídico tutelado en concreto,

representa un peligro en abstracto para el bien jurídico y es, en consecuencia, una circunstancia independiente de la voluntad del agente(caso fortuito o fuerza mayor.” (Ibidem, pag.117). En este sentido puede consultarse la (sic) las 9:04 horas, del 30 de enero de 2009, en la cuál, el voto de mayoría acoge este criterio. De esta forma, resulta claro, que los hechos atribuibles a M. se enmarcan dentro del tipo penal del robo agravado en tentativa, porque realizó acciones propias de dicho injusto penal: intentó sustraer dinero y bienes del ofendido empleando violencia en las personas mediante el uso de armas, acciones éstas que en sí mismas, también resultan delictivas si se les analiza independientemente, pues hay agresión con arma (le colocó el arma blanca a la altura del cuello en forma amenazante, - artículo 140 del Código Penal), hay privación de libertad agravada (lo obliga a caminar aproximadamente cien metros hasta donde estaba el cajero, lo obliga a entrar al sitio- Artículos 191 y 192 del citado cuerpo normativo-), solo que dichas delincuencias concurren aparentemente y se subsumen en los artículos 212 y 213 del Código Penal, sin alcanzar en este caso el objetivo, la consumación de la dirección de la acción, por cuanto la cuenta bancaria de A. carecía de fondos en ese momento y el ofendido no portaba bienes en sus ropas, circunstancias que eran independientes al agente, pero que si constituyó un peligro abstracto, potencial aunque no concreto y por ende no lo exime del reproche y de su consecuencia en los términos del artículo 24 del código sustantivo, dado que por circunstancias ajenas a su voluntad, el delito no se consumó, como lo consideraron los juzgadores en la sentencia recurrida.”

6. Robo agravado: Breve espacio temporal entre acaecimiento del delito y detención del acriminado, Inexistencia de tentativa.

[Tribunal de Casación Penal]^{vi}

Voto de mayoría

“II.- En su único motivo por la forma señala la recurrente que el Tribunal de Flagrancia condenó a su patrocinado por un delito de robo agravado consumado pese a que de la prueba existente se deriva que el delito era a modo tentado, por lo que en razón de tal calificación se le impidió la posibilidad de una pena menor a la impuesta. Reclama que el juzgador violentó las reglas de la lógica, la derivación y la psicología puesto que de la prueba no se puede derivar que el imputado dispusiera del bien sustraído o tuviera la posibilidad de disponer de él, en tanto la detención del mismo se dio un minuto después del suceso, a escasos cien metros del sitio por lo que los bienes fueron recuperados en su totalidad. En consecuencia, al no haberse dado una calificación legal correcta, se le impidió acceder a una pena más leve que la que se le impuso, y que le permitiría gozar del beneficio de ejecución condicional de la pena. Por lo anterior gestiona que en esta sede se recalifiquen los hechos y se le imponga a su representado una pena igual o inferior a los tres años de prisión y se le otorgue, además, el beneficio de ejecución condicional de la pena. ***El reproche no puede prosperar.*** Ha de hacerse notar que en la presente causa el fallo impugnado deviene

de la aplicación de un procedimiento abreviado, en el cual desde un inicio, no sólo se pacto la pena, de tres años cuatro meses de prisión, sino también la calificación legal, de robo agravado consumado. Extremos en los cuales la impugnante manifestó su acuerdo (*cf. folios 9 a 10 y 14 a 15*); y si bien, no se puede ignorar, que consideró la posibilidad de que el delito que se le imputó al señor XX lo fuera en tentativa, lo que permitiría, eventualmente, la concesión del beneficio solicitado, igualmente se mostró conforme con la calificación antes relacionada. Todo lo cual en alguna medida desmerece su discurso. No obstante, es claro que el tema sí fue retomado por el Juez de Flagrancia sin que, se denote, entonces, el vicio que se alega, en tanto que conforme al fallo vertido, virtud de la probanza que le sirve de base, es clara no solo la actuación del imputado XX, quien en compañía de otro sujeto no identificado y mediante el uso de un arma punzocortante despoja al ofendido de su teléfono celular cuando éste se disponía a tomar el autobús, sino que una vez realizado ese acto delictivo se retira del lugar, no sin antes conminar a la víctima, siempre utilizando aquel arma, a que suba al automotor. Es así como su detención se da, entonces, en razón de que la víctima al ver oficiales de policía por las cercanías baja del transporte público y con la descripción que les brinda, éstos se dan a la tarea de iniciar su búsqueda, para lo cual siguen la ruta que éste tomo, según señaló el ofendido. Decisión que resultó correcta en tanto lo ubican minutos después, no un minuto como afirma la recurrente, no solo llevando aquel teléfono celular sino el arma blanca utilizada para consumir el delito (*cf. acta de decomiso de folio 1 fte.*). De lo anterior, se colige, que si bien el espacio temporal entre el acaecimiento del delito y la detención del acriminado fue breve, e incluso la distancia recorrida por éste fue corta, sí hubo un desapoderamiento real al ofendido de su móvil, quién lo llegó a perder de vista, afirmación ésta que es acorde con aquel análisis, no sólo porque fue obligado a subir al autobús sino porque son los oficiales de policía quienes logran dar con el paradero del imputado poco después, y ello, en virtud de la descripción que se les brinda. Todo lo cual relaciona el fallo de mérito, en tanto señala que: *"En bien es cierto fueron escasos minutos que usted estuvo fuera del alcance, incluso de la vista tanto de la autoridad policial como del ofendido, ciertamente esos minutos lo hubieran permitido perfectamente como lo fue en ser actos de dominio, actos de imperio, por lo cual lo pudo haber destruido, ocultado o vendido, precisamente este estado es lo que lo hace de que este hecho es consumado y no tentado, por que efectivamente salieron completa y absolutamente de la esfera de custodia, esfera de dominio de su legitima propietario que es el ofendido y le permitió usted ejercer actos de imperio, que usted en ese momento o decidido fue dejárselo, observarlo o ver que era muy bonito, esto era parte de su muy particular intención para cometer este tipo delitos, pero si hace que este delito hace un delito consumado."* (sic) (*Cfr. folio 39*). Consecuentemente, al estar acreditado no solo el delito, sino la disposición que del bien sustraído pudo hacer el imputado, no existen los vicios señalados en cuanto a la calificación legal que se convino, pese a que aún en el supuesto de que aquel fuera un acto tentado, no necesariamente implica una disminución de la pena pactada (*inteligencia del numeral 73 del Código Penal*) ni tampoco, en tal supuesto, la concesión automática del beneficio de ejecución condicional de la pena (*inteligencia del numeral 59 del Código Penal*) como se pretende. Sin lugar el recurso de casación interpuesto."

7. Tentativa de robo agravado: Análisis en relación con el desapoderamiento, disponibilidad del bien y delito frustrado

[Sala Tercera]^{vii}

Voto de mayoría

"II. [...] Con respecto a la posición sostenida por el quejoso de que en el presente asunto en razón de condenársele por el ilícito de robo agravado éste debió calificarse como tentado, más no consumado; la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que el ilícito se ha consumado cuando: *“ el autor logra colocar la cosa mueble en orden o situación o condición conveniente para deliberar, determinar o mandar libremente lo que ha de hacerse con ella, ya sea ejercer facultades de dominio, enajenarla, gravarla, poseerla o disfrutarla...”* (Sala Tercera Voto No. 384-F [...] de las 14:25 horas del 18 de julio de 1996). A mayor abundamiento: *“...Conviene recordar que mientras el sujeto pasivo tenga la posibilidad de disponer de la cosa, es decir que aún no haya sido sacada de su esfera de dominio, el delito de robo no se ha consumado, puesto que no se perfeccionado el desapoderamiento. Así, puede suceder que se inicie el robo, sin ni siquiera lograr apoderarse materialmente de la cosa, en cuyo caso estamos claramente en presencia de una tentativa; o bien que se produzca el apoderamiento material de la cosa sin que se de el desapoderamiento -lo que excluye la disponibilidad-, porque se sorprende in fraganti al autor al momento en que se apodera de la cosa o -sin solución de continuidad- se le persigue ininterrumpidamente por parte de la fuerza pública, el ofendido o un grupo de personas, y se le detiene, recuperando íntegramente la totalidad de los bienes, este sería un delito frustrado; una tercera posibilidad, consiste en el apoderamiento con desapoderamiento y disponibilidad sobre la cosa, claro ejemplo de un delito consumado. En el caso concreto, ...los atracadores pudieron disponer del dinero efectivo y un aparato telefónico celular (aunque no se les haya incautado) sin que los tenedores originales pudiesen recuperar sus bienes, razón por la cual se acredita que por algún lapso hubo efectivamente desapoderamiento y se sacó de la esfera de dominio de los dueños, los objetos sustraídos mediante el robo acusado, ya que los endilgados ocultaron el botín conforme a su arbitrio. Dentro de este razonamiento, conviene reseñar que aún cuando se hubiese recuperado la totalidad de las cosas robadas, es aún posible la consumación del delito de robo, cuando el, o los sujetos activos abandonan o tiran el botín con el fin de desvincularse del hecho delictivo, puesto que lo que se protege es la disposición del bien mueble por parte del propietario, poseedor o tenedor del mismo de manera continua, de forma que no puede quedar librado al azar de una eventual recuperación del objeto sustraído el disfrute de su derecho, para poder así estimar que se está ante un delito consumado sólo cuando los objetos escondidos, abandonados, botados, o lanzados por el agente no son encontrados, ya que ello supondría un esfuerzo adicional al damnificado y/o a las autoridades policiales para acreditar lo que ya está demostrado: que el sujeto pasivo ha perdido la posibilidad de disposición sobre los objetos materiales que ha sido desapoderado y por ende el delito de robo ha sido consumado...” (Sala Tercera, voto 2005-00049 de las 9:35 horas del 4 de febrero de 2005, el subrayado es suplido). Igualmente se ha indicado que: *“...en el delito de robo,**

la agravante contenida en el artículo 213 inciso 2) del Código Penal concurre cuando la conducta delictiva desplegada durante el apoderamiento, se cometa con armas, entendiéndose que el apoderamiento no constituye un hecho único y aislado, sino que se conforma de uno o varios actos hasta su consumación, independientemente de que el sujeto activo utilice o no el arma, basta que sea portada incrementando el poder ofensivo de quien hace uso de ella, venciendo así la resistencia de la víctima para repeler el ataque o para impedir la materialización del desapoderamiento de los bienes...” (Sala Tercera, voto 2005- 00637 de las 12:00 horas del 17 de junio de 2005). En el presente caso, el delito se consumó porque claramente se establece en el fallo que el ahora condenado, después de amedrentar a la ofendida con un arma blanca para vencer la resistencia de la misma y facilitar así el apoderamiento del teléfono celular de aquélla; huyó con el bien, pudiendo disponer de éste a su antojo, tiempo durante el cual la propietaria del bien fue desapoderada del mismo, sin posibilidad de disponer del aparato celular. Sobre estos extremos, plasmó el Tribunal en el fallo: “...En el caso en estudio se dio el desapoderamiento total por haberse vedado a la ofendida de la disposición del bien al menos por un tiempo. El imputado no es seguido por la víctima, ni por quien la auxilió, en forma sucesiva al hecho, entre este y la detención, media el tiempo que transcurre entre el momento que el imputado se apodera del teléfono celular, huye de lugar, la víctima camina 75 metros hasta que ingresa a Electrónica Hidalgo, comunica lo que le pasó y el señor Javier Duarte Centeno, escucha el relato y decide, con la información dada buscar al sujeto, el que logra detener tiempo después y a doscientos cincuenta metros de Electrónica Hidalgo, durante todo el anterior tiempo la víctima perdió la disposición de su teléfono...” (Cfr. Considerando III. Análisis de la prueba y fondo del asunto, folio 214). Por lo anterior, a criterio de la Sala, la calificación de los hechos es, en cuanto a esto, correcta y por lo tanto, los reclamos del impugnante deben ser rechazados.”

8. Robo agravado: Análisis con respecto a la flagrancia, tentativa y delito frustrado

[Sala Tercera]^{viii}

Voto de mayoría

"VI- En el primer motivo de fondo, se recrimina que no fueron debidamente aplicados los artículos 24, 47, 71, 72 y 74 del Código Penal, porque no se analizó la “participación exigua de mis defendidos”, para lo cual se remite a la declaración del ofendido Reyes Vega y concluye que, al haber sido detenidos en flagrancia, se está ante un delito tentado y en el que actuaron como cómplices. Tampoco es de recibo el reproche. El impugnante pretende replantear la prueba a fin de llegar a conclusiones fácticas más favorables a sus representados, lo cual no es válido tratándose de un alegato de fondo, en el que lo que se examina es la correcta adecuación de la calificación jurídica a una especie fáctica determinada. Si en ventaja del recurso, esa especie es modificada por el recurrente, el estudio es inviable porque no hay identidad

de referentes entre el fallo y la impugnación. Ahora bien, si es que nos remitimos a los hechos tenidos por ciertos en la sentencia, se verá que no es cierto que los mismos quedaran en grado de tentativa. Flagrancia no es lo mismo que delito frustrado. Aquella se da cuando el sospechoso es encontrado al momento de cometerlo o inmediatamente después de su acción posiblemente delictiva, o es perseguido o con rastros de esta (artículo 236 del Código Procesal Penal). La tentativa, conforme al artículo 24 del Código Penal, cuando por circunstancias ajenas, el sujeto no puede consumar el delito una vez puesta en marcha los actos ejecutivos. Aquella es una situación que no necesariamente coincide con esta. En el presente asunto, el que los encartados fueran detenidos pocos minutos después del robo y en posesión de buena parte de los objetos en cuestión, los hizo ser hallados en flagrancia; pero eso en modo alguno implicó que su acción quedara en el estadio de tentativa, puesto que (como puede verse a folio 398), los bienes de los perjudicados ya habían sido sacados de su esfera de custodia e ingresado a la disponibilidad de los perpetradores, lo que consumaba el delito. Por lo demás, no es cierto que la actuación de Diego Arrieta Solano y Jaison Castro Soto fuera a nivel de cómplices, ya que como establece el propio fallo (folio 397), los acusados actuaron de un modo preordenado y mediante el codominio del hecho (folio 413), es decir haciendo un aporte sustancial al resultado típico, presidido por un dolo común. Por consiguiente, resultan partícipes en calidad de coautores, de conformidad con el artículo 45 del Código Penal.

VII- Finalmente, en el segundo motivo de fondo, se considera que no es dable atribuirles su silencio para tenerlos por incurso en dos delitos de robo, pues lo cierto es que los hechos apuntan a que fue un solo robo y como tal debe ser calificada su delincuencia. En este aspecto lleva razón el petente: Como es visible a folio 414, el Tribunal calificó el hecho cometido como dos robos agravados cometidos en concurso ideal, por ser dos los ofendidos de una sola acción. Sin embargo, basta tener en cuenta que en el presente caso se está ante la lesión de bienes jurídicos que no son personalísimos, sino patrimoniales. Esto es, aquellos (los personalísimos) tiene por rasgo el que se infringe tantas veces la norma o precepto cuantos sean los perjudicados, porque son bienes que cada persona alberga en sí misma. Los otros (como son los patrimoniales) no, sino que son independientes de la personalidad y corporeidad de sus titulares. Por ende, si se comete una acción en la que se infringe varias veces el tipo penal, en realidad la norma y el bien jurídico que esta recoge se verá quebrantado únicamente una vez, sólo que en detrimento de tantas personas como los afectados por dicha acción. En este caso, el robo agravado efectuado en daño de Álvarez Sánchez y Reyes Vega recayó sobre bienes no personalísimos, toda vez que, aunque el robo (y especialmente esta modalidad de robo agravado) es un delito pluriofensivo, no hay discusión de que el bien jurídico principal que tutela es el patrimonio. En consecuencia, debe darse la razón al defensor, casando la sentencia y declarando a Jimmy Salas Arronis, Geovanni Salazar Ruiz, Diego Alonso Arrieta Rojas y Jaison Castro Soto, coautores responsables de un único robo agravado cometido en menoscabo de Julio Álvarez Sánchez y Jefferson Reyes Vega. En esa condición, se mantiene la pena fijada por el a-quo, de cinco años de prisión que deberá descontar cada uno."

9. Robo agravado: Divergencia en cuanto al monto de lo sustraído no configura un estado de tentativa o la inexistencia del ilícito

[Sala Tercera]^{ix}

Voto de mayoría

"I. [...] Básicamente, el gestionante alega que el monto de lo sustraído no quedó fehacientemente demostrado mediante una auditoria bancaria, ya que el gerente del banco que interpuso la denuncia indicó que los atracadores se habían robado la suma de veintidós millones novecientos mil colones (22.900.000), siendo que luego se determinó que la cantidad dicha era de veintiún millones seiscientos cuarenta y dos mil colones (21.642.000) por lo que de acuerdo a las versiones expuestas en el debate, hay un faltante de un millón doscientos cincuenta y ocho mil colones (1. 258.000); el sentenciado opina que el único medio para determinar el verdadero monto robado era la auditoria supracitada misma que no se aportó, lo que es violatorio del debido proceso. Wilson Arguedas Varela se pregunta si acaso los empleados bancarios no se aprovecharon del robo para embolsarse ese dinero faltante (**ver folio 831, líneas 1 a 3**), considera que la importancia de este reclamo es que establecer el punto tiene incidencia en que se considere que el delito quedó en estado de tentativa. En cuanto a la ausencia de la auditoria, el peticionario considera que la sentencia no está debidamente fundamentada y por ende considera espuria la declaración del gerente bancario. Solicita la reducción de la pena de diez años a cinco años de prisión y lo que a bien tengan interponer (*sic*) a favor de ese demandante de justicia. **El procedimiento resulta inadmisibile:** el alegato aducido por el gestionante es manifiestamente infundado, en los términos del párrafo primero del ordinal 411 del Código Procesal Penal, puesto que obedece a un intento de tasación de prueba que pretende limitar la facultad que tiene el tribunal de instancia de libre apreciación probatoria, nótese además la inconducencia del argumento esgrimido por el sentenciado, en cuanto a que aún aceptando hipotéticamente la divergencia en cuanto al monto de lo sustraído, ello no hace desaparecer ni la acción delictiva perpetrada, ni -dentro del *iter criminis*- torna el robo agravado como un ilícito en estado de tentativa, por lo cual se procede a su rechazo *ad portas*. No se omite manifestar que además, en sede de casación, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia indicó en lo conducente que: *"Por otra parte y a diferencia de la opinión del defensor particular, el principio de libertad probatoria faculta al a quo para establecer el perjuicio causado mediante prueba testimonial, en este caso, la declaración del gerente del Banco, Randall Arce Gamboa, sin que se estime necesario que el monto que se afirma fue sustraído, coincida de manera exacta con el que se recuperó como bien expuso el Tribunal de mérito."* (**Resolución 2003-00103 de las 8:55 horas del 21 de febrero de 2.003**); por lo expuesto, se procede a declarar inadmisibile la gestión intentada por Wilson Arguedas Varela."

-
- ⁱ Sentencia: 328. Expediente: 09-000617-1092-PE. Fecha: 27/02/2012. Hora: 11:44 AM. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.
- ⁱⁱ Sentencia: 49. Expediente: 10-000170-1109-PE. Fecha: 01/02/2012. Hora: 3:40 PM. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia, III Circuito Judicial de Alajuela, Sección I, San Ramón.
- ⁱⁱⁱ Sentencia: 1060. Expediente: 11-000133-1092-PE. Fecha: 30/08/2011. Hora: 3:20 PM. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.
- ^{iv} Sentencia: 674. Expediente: 09-000741-1092-PE. Fecha: 01/06/2011. Hora: 12:05 PM. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.
- ^v Sentencia: 1191. Expediente: 05-900604-0073-PE. Fecha: 28/10/2010. Hora: 10:50 AM. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.
- ^{vi} Sentencia: 391. Expediente: 08-000001-1092-PE. Fecha: 16/04/2009. Hora: 3:56 PM. Emitido por: Tribunal de Casación Penal.
- ^{vii} Sentencia: 548. Expediente: 05-000273-0006-PE. Fecha: 07/06/2006. Hora: 11 AM. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.
- ^{viii} Sentencia: 611. Expediente: 02-200274-0305-PE. Fecha: 17/06/2005. Hora: 10:40 AM. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.
- ^{ix} Sentencia: 374. Expediente: 03-000226-0006-PE. Fecha: 16/04/2004. Hora: 9:47 AM. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.