Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: APROPIACIÓN Y RETENCIÓN INDEBIDAS

SUMARIO:

1. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN LA DOCTRINA
   a. CONCEPTO
   b. LA ENTREGA DE LA COSA
   c. LAS COSAS QUE SE TRANSFIEREN DEBEN SER MUEBLES
   d. TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN
   e. LA COSA MUEBLE DEBE SER AJENA
   f. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR
   g. LA ACCIÓN DE APROPIARSE
   h. TENENCIA-PRESUPUESTO JURÍDICO
2. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN EL CÓDIGO PENAL
3. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN LA JURISPRUDENCIA
   a. LA DISTINCIÓN CON EL USO INDEBIDO
   b. LA EXISTENCIA DEL BIEN COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE
   c. SOBRE EL ABUSO DE CONFIANZA Y LA DIFERENCIA CON LA ESTAFA
   d. LA LEGÍTIMA ENTRADA EN POSESIÓN DEL BIEN

RESUMEN: En la presente investigación se habla del concepto y los diferentes elementos que componen el delito de apropiación y retención indebidas. Su tratamiento doctrinal, normativo y jurisprudencial en el derecho costarricense. Entre otras cosas se establece la distinción con el delito de uso indebido, se define la existencia como condición esencial, y los criterios diferenciadores del abuso de confianza presente también en el delito de estafa.

EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN LA DOCTRINA

a. CONCEPTO

"Es la apropiación ilícita de cosa mueble, de ajena pertenencia, poseída por título que produzca obligación de entregarla o devolverla, realizada con abuso de confianza, intencionalmente y con ánimo de lucro y que causa un perjuicio efectivo y concretamente determinado en las condiciones económicas de quien las sufre."[1]

"Consiste este delito en apropiarse un objeto mueble, dinero o valores ajenos que se tiene bajo el poder o custodio, pero con la obligación de entregar o devolver, causando con ello un perjuicio a otro.

La apropiación indebida se genera entonces cuando el sujeto activo actúa con la cosa ajena mueble como si fuera de su propiedad, y produce un perjuicio en su verdadero dueño, tal es el caso de quien vende, como si fuera suyo, un libro que le ha sido prestado por tiempo determinado.

(…)

Los Códigos Penales no dan una definición al respecto, simplemente nos dan elementos o presupuestos legales que necesariamente deben darse para poder englobar una determinada situación dentro de la figura tipo que estudiamos; y así, en su oportunidad ieremos analizando cada uno de esos presupuestos.

Se lee en la obra "Programa de Derecho Criminal" de Carrara, lo siguiente: 'Definimos el abuso de confianza como la apropiación dolosa de una cosa ajena, que se ha recibido del propietario mediante una convención que no transfiere el dominio, y para un uso determinado'. Tenemos que la apropiación indebida se da cuando hemos recibido, o ha llegado hasta nuestras manos una cosa mueble, ajena, ya sea que nos la entrega voluntariamente el propietario o un tercero, sin transferencia de dominio y para un uso determinado, bajo la obligación de devolver; con intención dolosa nos apropiamos de ella, causándole al sujeto pasivo un perjuicio económico, que a su vez produce un lucro indebido, pero deseado, en el autor del delito."

Se desprende de lo analizado que el bien está en posesión del agente activo por un título justo; el dolo y su acción criminosa le sigue.

Esta figura ha logrado su inclusión en la legislación penal de muchos países para proteger la propiedad, contra los abusos cometidos por el poseedor, por cualquier título que sea, el cual dispone de una cosa ajena como quien es el dueño.

Debe quedar claro que el sujeto activo, que es quien comete el delito, tiene la posesión por un título justo, ya sea porque se le hizo la entrega de la cosa voluntariamente por el que puede, (digamos por ejemplo, por el propietario o un tercero) o bien por algún otro título que conlleva la obligación de devolver o entregar, (…). Según Maggiore: 'No hay, pues, apropiación, por faltar posesión verdaderamente dicha, sino solamente hurto agravado, …cuando la cosa no ha salido de la esfera de posesión del propietario (como en el caso del joyero que le da a examinar un collar al comprador, que se lo apropia; del criado que se roba la maleta que le ha entregado su amo para que lo acompañe, del huésped que sustrae un objeto de la habitación en que ha sido hospedado, etc.)… En otros términos: de la simple tenencia material, no acompañada de intención de retener, que sea trocada en propiedad por el agente, no puede hacer apropiación indebida, sino hurto.

Luis Carlos Pérez da una definición similar de este delito que él también llama "abuso de confianza". No incluye expresamente el concepto de retención indebida dentro de su definición de apropiación indebida, sin embargo, ya en el desarrollo del tema dice que una de las formas comunes de apropiación es la retención, de la cual da la siguiente definición: "la retención, o sea, el hecho de quedarse con la cosa, sin facultad legal, manifestado con actos positivos de no devolverla."[2]

b. LA ENTREGA DE LA COSA

"Dentro de este delito de apropiación indebida, según hemos dicho, la cosa mueble ajena la recibe el sujeto activo, es decir, llega a tener la posesión de la misma por un título justo. Así encontramos que la entrega se la hace voluntariamente el propietario con la intención de cederle la posesión.

Si hay quien usurpa esa posesión, no cabe hablar de apropiación indebida, sino de hurto, porque dijimos que es presupuesto legal de la apropiación indebida que la posesión se tenga por título justo, digamos que se recibe de quien puede hacer la entrega."[3]

c. LAS COSAS QUE SE TRANSFIEREN DEBEN SER MUEBLES

"Otro aspecto importante es que las cosas que se transfieren sean muebles o las haya convertido en tales el que se beneficia de ellas contra lo acordado.

(…)

En este aspecto, la naturaleza del objeto sobre el que recae la apropiación, debe ser idéntico al del hurto. Tiene que ser una cosa mueble, que pueda ser transportable. Recordemos que el antecedente histórico de la figura de apropiación indebida fue el hurto de cosas."[4]

d. TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN

"Otro elemento constitutivo de la apropiación indebida es que se trasmite la posesión de la cosa mueble al sujeto activo, no el dominio.

Esto es que el propietario sigue siéndolo y en tal caso, mantiene el dominio, calidad que no transfiere l dueño de la cosa material cuando por su propia voluntad ha entregado el objeto mueble.

A este respecto dice Carrara: "Cometen abuso de confianza el depositario, el comodatario y el arrendatario a que se apropian la cosa mueble depositada, prestada o alquilada; el aparcero que vende los bueyes sin consentimiento del dueño; el triturador de aceitunas, el molinero o cualquier otro obreroque se apropia los géneros que se le entregan para los trabajos; el transportador que se apropia las cosas que se le confían para que las lleve a otra parte y en general, todo el que después de haber recibido del dueño alguna cosa para hacer de ella un uso determinado, la emplea de otra manera, en provecho propio, como si fuera su dueño.

Entendemos que el sujeto activo del delito de apropiación indebida no tiene la propiedad de la cosa mueble, si no que posee a nombre de otra persona; pero esta posesión debe entenderse como mera tenencia y con ese título se transfiere la cosa mueble, con el objeto de que se realice un fin determinado, y con la obligación de devolver las cosas que se han recibido."[5]

e. LA COSA MUEBLE DEBE SER AJENA

"La cosa que se recibe para una mera tenencia no pertenece a quien la recibe, si no que es propiedad de quien hace la entrega, o sea,

del sujeto pasivo, aunque puede darse el caso de que la entrega no la hace su propietario, sino un tercero. En estos casos, el tendor de la cosa sabe que no le pertenece, que es ajena y que tiene la obligación de devolver o entregar."[6]

f. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR

"El delito de apropiación indebida tiene lugar cuando se falta a ese deber de entregar a que está obligado el tenedor de la cosa."[7]

g. LA ACCIÓN DE APROPIARSE

"Esta acción significa que el agente activo se hace dueño del objeto y se comporta como su propietario, sometiéndolo a su voluntad.
(…)
La intención de apropiarse juega papel importante para la tipificación jurídica del delito de apropiación indebida, y esto trae serias complicaciones para una correcta calificación jurídica de esa intención."[8]

h. TENENCIA-PRESUPUESTO JURÍDICO

"Uno de los presupuestos de este delito es que la cosa la tiene el agente en su poder, con derecho de posesión por un título legítimo; le ha sido entregada en virtud de la confianza que inspiraba; o bien se le entregó por un error.

Recibe la cosa en depósito, comisión, administración, etc, o bien por algún título que lo obliga a devolverla o entregarla.

Se requiere entonces una tenencia jurídica y no una simple entrega material, esto quiere decir que se tiene la cosa en base a un título adjudicado en derecho, sin que haya mediado violencia o fraude para lograrlo y debe ser un derecho conferido por quien puede y tiene capacidad legal para ello."[9]

2. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN EL CÓDIGO PENAL

"Artículo 223.- Apropiación y retención indebidas.(*)

Se impondrá la pena establecida en el artículo 216, según el monto de lo apropiado o retenido al que, teniendo bajo su poder o custodia una cosa mueble o un valor ajeno, por un título que produzca la obligación de

entregar o devolver, se apropiare de ello o no lo entregare o restituyere a su debido tiempo, en perjuicio de otro.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa, con perjuicio ajena, la pena se reducirá a juicio del Juez.

En todo caso, previamente el imputado será prevenido por la autoridad que conozca del asunto, para que, dentro del término de cinco días, devuelva o entregue el bien, y si lo hiciere no habrá delito, quedando a salvo las acciones civiles que tuviere el dueño.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982."[10]

3. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN LA JURISPRUDENCIA

a. LA DISTINCIÓN CON EL USO INDEBIDO

"V-44-F

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

San José, a las diez horas cinco minutos del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno.-

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Willie Otto Vargas Berrocal: unión libre, comerciante, vecino de Florida de Tibás, hijo de José y de Carmen, cédula de identidad número 1-659-532 por el delito de hurto de uso en daño de Mario Vargas Castro.- Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Jesús Alberto Ramírez Quirós, Presidente, Mario Alberto Houed Vega, Daniel González Alvarez, Alfonso Chaves Ramírez y Rodrigo Castro Monge.- La defensa del acusado está a cargo del Licenciado William Barquero Bogantes.- Con la representación del Ministerio Público, el Doctor José María Tijerino Pacheco.-

Resultando:

1.- Que mediante sentencia número 213-89 dictada a las nueve horas y cuarenta y cinco minutos del veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, pruebas recibidas y artículos 39 de la Constitución Política, 1, 30, 45, 71 a 74, 211 del Código Penal; 1, 393, 395 a 397, 399 y 543 del de Procedimientos Penales, por el resultado de los votos emitidos, por unanimidad y variando la calificación de los hechos, se declara a Willie Otto Vargas Berrocal, autor responsable del delito de hurto de uso cometido en daño de Mario Vargas Castro y en tal carácter se lo condena a sufrir un año de prisión, que descontará en el lugar y forma que indiquen los respectivos reglamentos penitenciarios, previo abono de la preventiva ya cubierta. Se lo condena asimismo al pago de ambas costas del juicio y, firme el fallo, inscríbase en el Registro Judicial de Delincuentes. Expídanse testimonios y copias de estilo. fs) Lic. Manuel Alvarado Blanco, Lic. Oscar Fonseca Montoya, Dr.

Gerardo Calvo Picado. Sr. Rodolfo Quirós Vargas, Prosecretario".-

2.- Que contra el anterior pronunciamiento el Licenciado William Barquero Bogantes en calidad de defensor del acusado, interpuso recurso de casación por el fondo. Alega violación de los artículos 1, 45, y 211 del Código Penal y el 39 de la Constitución Política al estimar que la conducta de su patrocinado no es típica del delito de hurto de uso en virtud de haber entrado en posesión del vehículo en forma legítima.- Solicita se absuelva de toda pena y responsabilidad al acusado.-

3.-Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, la Sala se planteó todas las cuestiones formuladas en el recurso, declarándolo con lugar.-

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

Redacta el Magistrado González; y,

Considerando:

El Licenciado William Barquero Bogantes en su calidad de defensor público del encartado acusa como violados los artículos 1, 45, y 211 del Código Penal y el 39 de la Constitución Política, al estimar que la conducta de su patrocinado no es típica del delito de hurto de uso, en virtud de haber entrado en posesión del vehículo en forma legítima. Estima que se trata de un caso de uso indebido de la cosa previsto en el artículo 223 del Código Penal, pero que por haberse entregado el vehículo al ofendido, ya no existe delito que perseguir en virtud de que dicha devolución elimina la existencia del ilícito, resultando innecesaria la prevención. En efecto el Tribunal tuvo por acreditado que el ofendido dejó aparcado su vehículo en un lote vacío situado al costado sur de la Plaza de la Democracia, y el encartado le solicitó cuidarlo, requiriéndole al ofendido las llaves de la ignición. Agregó el Tribunal que esa situación la aprovechó el imputado para tomar el vehículo, y cuando circulaba por "Lotes Tournon" de esta ciudad, se fue hacia un caño, produciéndole daños al automotor, el cual procedió a dejar en ese lugar, y para luego devolverlo a su propietario, a quien condujo a ese lugar con unidades de radiopatrullas. El Tribunal concluyó que esos hechos son típicos del delito de hurto de uso que prevé y sanciona el artículo 211 del Código Penal; sin embargo, como bien lo precisa la defensa y lo acepta el Jefe del Ministerio Público, en la especie no hubo un apoderamiento ilegítimo del bien, en virtud de que el encartado entró en forma legítima en posesión del automotor, al recibirlo del propio ofendido para que lo custodiara. Sin ese elemento desaparece cualesquiera de las formas del hurto. También llevan razón el señor defensor y el Fiscal General al indicar que en la especie nos encontramos ante un uso indebido de cosa ajena previsto en el párrafo segundo del artículo 223 ibídem, pues el encartado **abusó de la confianza** que el ofendido descargó en él, al utilizar el vehículo que se le entregó en custodia, con evidente perjuicio para el dueño. Ahora bien, el Jefe del Ministerio Público discrepa del recurrente en cuanto este último solicita se absuelva al imputado por haber devuelto la cosa. Afirma el Fiscal General que el sentido común nos señala que no puede ser devuelto o entregado lo que no se posee, aquello sobre lo que ya no se tiene poder, de

tal forma que si la conducta del agente en la figura del uso indebido de cosa ajena consistiera en algo distinto del uso momentáneo del bien, es decir, en una apropiación, habría desaparecido el elemento diferenciador entre ambas figuras, pues quien se apropia del bien ajeno, o lo retiene, no se limita a usar ese bien, existiendo un plus en la conducta que **la saca de la previsión legal del simple uso para pasarla a la apropiación o retención.** Agrega que quien nunca se ha apropiado de la cosa no puede ser compelido a entregar o devolver, razón por la cual concluye que no debe formulársele ninguna prevención, lo cual confirma, según su criterio, el hecho de que la prevención se dirija a resolver un conflicto de intereses entre quien se ve privado de un bien siendo su legítimo poseedor o propietario y quien lo tiene por haber entrado en posesión de buena fe. Este razonamiento del Ministerio Público no es de recibo. Es cierto que en la apropiación indebida común existe un plus en la conducta del sujeto que la distingue del uso indebido, ya que en esta última el sujeto activo sólo pretende usar la cosa con perjuicio ajeno, mientras que en la primera la pretensión va más allá al retenerse o apropiarse indebidamente el bien, estando obligado a devolver. Pero, de no aceptarse la prevención establecida en el párrafo final del artículo 223 citado, como requisito del tipo de uso indebido, se llegaría al absurdo de excluir la responsabilidad penal cuando se da la figura simple o común del párrafo primero, en los casos en que el sujeto devuelve el bien, pero de penar y sancionar la fórmula atenuada (uso indebido) no obstante que también devuelva el bien. En realidad en ambos casos estamos ante una típica apropiación o retención indebida, sólo que en el tipo penal atenuado la sanción puede reducirse porque el sujeto no pretendía apropiarse del bien para sí o un tercero, sino que su propósito iba dirigido a utilizar la cosa, sin otro ánimo evidente, y por lo general restituye el bien mucho antes de formularse la prevención, sin que para ello el ofendido deba utilizar los procedimientos coactivos de los órganos de justicia penal. En todo caso conviene agregar que fue el legislador quien no hizo la distinción entre las dos figuras punibles previstas en el artículo 223 citado, a los efectos de la prevención, motivo por el cual la devolución de la cosa constituye en ambos casos una causal que excluye la existencia del delito. Por lo expuesto la Sala concluye en que también en los casos de uso indebido previstos en el párrafo segundo del artículo 223 citado opera la causal que excluye el delito, cuando el imputado devuelve el bien antes o dentro de los cinco días siguientes a que la autoridad que conozca del asunto le prevenga la devolución. En el presente caso el imputado entregó el bien al ofendido y hasta la fecha no se le ha formulado prevención alguna, razón por la que no se ha configurado uno de los requisitos del tipo previsto en esa norma, sea el incumplimiento de la prevención, y ya no existe posibilidad de que tal circunstancia ocurra por estar la cosa en custodia del ofendido. En consecuencia, conforme lo solicita la defensa, debe declararse con lugar el recurso, casar el fallo en todos sus extremos y en su lugar absolver al imputado de toda pena y responsabilidad por el hecho atribuído. Son las costas a cargo del Estado.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso por el fondo. Se casa la

sentencia y se absuelve al imputado Willie Otto Vargas Berrocal de toda pena y responsabilidad del hecho atribuído en perjuicio de Mario Vargas Castro. Son las costas a cargo del Estado. Notifíquese.-"[11]

b. LA EXISTENCIA DEL BIEN COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE

V-294-F

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las diez horas quince minutos del veintiocho de setiembre de mil novecientos noventa.-

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Idalí Corrales Bonilla, 54 años, casado, comerciante, de Pavas, cédula 2-181-276 por el delito de Retención Indebida en perjuicio de Flor de María Granados Navarro. Intervienen en la decisión del recurso los señores Magistrados: Jesús Alberto Ramírez Quirós, Presidente, Dora María Guzmán Zanetti, Mario Alberto Houed Vega, José Alberto Gamboa Salazar y Daniel González Alvarez. La defensa del imputado está a cargo del licenciado Horacio Mejías González. Con la representación del Ministerio Público, se apersonó en Casación, la licenciada Patricia Cordero Vargas.-

RESULTANDO:

1.- Que mediante sentencia 83-90 dictada a las diecisiete horas quince minutos del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa, el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda de San José, resolvió: " Por Tanto: En mérito de lo expuesto, artículos 395, 396 y 398 del Código de Procedimientos Penales y normas legales citadas, se declara a Idalí Corrales Bonilla, autor responsable de un delito de retención indebida en perjuicio de Flor Granados Navarro y en tal carácter se lo condena a cumplir como pena el tanto de un año de prisión que deberá descontar en el lugar y forma que determinen los respectivos reglamentos penitenciarios, previo abono de la preventiva que hubiere cubierto. Son las costas procesales y personales a cargo del condenado, firme esta sentencia inscríbase en el Registro Judicial de Delincuentes. Por un período de prueba de tres años, se concede a favor del incriminado el beneficio de la condena de ejecución condicional, quedando advertido en este acto de que si cometiere nuevo delito doloso con pena de prisión superior a los seis meses, este Tribunal podrá revocarle el acuerdo con que ahora se le favorece. Asimismo se absuelve de toda pena y responsabilidad al citado Corrales Bonilla por un delito de retención indebida y por estafa cometidos en perjuicio de Flor Granados Navarro. Se resuelve sin especial condenatoria en costas. Hágase saber. fs) Fernando Cruz C.-Jorge Chacón L.-Dunia Chacón Ch.-Ricardo Baltodano R.-Pro-srio a.i.".-

2.- Que contra el anterior pronunciamiento el licenciado Horacio Mejías González, en su calidad de defensor particular del imputado Idalí Corrales Bonilla, plantea recurso de casación por la forma y fondo. Reclama la violación de los artículos 106 y 400 inciso 4 del Código Procesal Penal, al estimar el defensor que la fundamentación del fallo es incongruente y contradictoria, además de ilegítima. Acusa violados los artículos 223 en relación con el 1, 30 y 45 del Código Penal, por aplicación indebida. Solicita se case la sentencia y se ordene el reenvío

para nueva sustanciación, o en su defecto se absuelve de toda pena y responsabilidad a su defendido por el único delito que fue sentenciado.-

3.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, la Sala se planteó todas las cuestiones formuladas en el recurso, declarándolo sin lugar.-

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

Redacta el Magistrado González Alvarez; y,

CONSIDERANDO:

I - En el primer motivo del recurso por la forma se reclama la violación de los artículos 106 y 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales, al estimar el defensor que la fundamentación del fallo es incongruente y contradictoria. Tal vicio lo sustenta, en primer lugar, en que se condena al imputado por el delito de apropiación indebida de un vehículo propiedad de una sucesión, no obstante que en la propia sentencia se tiene por cierto que el encartado adquirió por cesión todos los derechos hereditarios, en cuyo caso no estaba obligado a devolver el bien. Tal reproche no es de recibo, porque no existe ninguna incongruencia ni contradicción. Los juzgadores tuvieron por cierto que en el juicio sucesorio se presentaron varios escritos mediante los cuales se cedían los derechos hereditarios al imputado, sin embargo también indica la sentencia que la cesión no fue aprobada por el juzgado que tramitaba el sucesorio por existir herederos menores de edad y para ceder en su nombre sus representantes legales requerían tramitar previamente unas diligencias de utilidad y necesidad que a este momento no habían hecho. En consecuencia no se tuvo al imputado como cesionario de los derechos hereditarios, en cuyo caso no existe contradicción con la exigencia de devolver el vehículo. También reclama el recurrente que esa incongruencia en la fundamentación se produjo porque se tuvo por cierto que el vehículo no existe, por haber sufrido un accidente de tránsito, en virtud del cual el Instituto Nacional de Seguros lo calificó como pérdida total desde fecha anterior a la prevención que se le hizo al imputado para que devolviera el bien, pero que nadie está obligado a lo imposible. Tampoco en este aspecto la fundamentación es contradictoria. En la sentencia se tuvo por cierto que el vehículo sufrió un accidente, por el cual en efecto la institución aseguradora reconoció pérdida total, dinero que retiró el imputado, sin embargo el Tribunal expresó en su fundamentación, que esa circunstancia no relevaba al imputado de la obligación de devolver ya sea los ciento dos mil colones de la cesión, o bien lo que quedó del automóvil más la indemnización que recibió de la institución aseguradora. En consecuencia, no existe ninguna contradicción en los fundamentos de la sentencia, pues el Tribunal no exigió al imputado la realización de un hecho imposible. Ello justifica rechazar el primer motivo.-

II - En el segundo motivo de forma se alega la violación de los artículos 106 y 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales, al estimar el recurrente que la sentencia es infundamentada en cuanto al derecho. Señala la defensa que la conclusión del tribunal arranca de una hipótesis jurídica falsa, al no darle valor al contrato de cesión de

derechos, perfeccionado conforme a los artículos 1117 a 1122 del Código Civil por el ajuste de voluntades. Agrega que es falso que la autoridad judicial que conoció del sucesorio haya invalidado el contrato de cesión. Finalmente señala que la sentencia también es infundamentada porque es falso lo que se afirma en la sentencia en el sentido de que Doña Flor de María Granados Navarro por el sólo hecho de haber aceptado el cargo de albacea asumiera la calidad de administradora del taxi. Como se aprecia los argumentos de la defensa van dirigidos a atacar las conclusiones jurídicas del Tribunal, pero el vicio que se invoca y al que se refieren los artículos 106 y 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales, consiste en la ausencia de la fundamentación en cuanto al derecho según lo señala el recurso. Independientemente de que se compartan o no las conclusiones jurídicas del Tribunal, ellas existen y no hay inmotivación alguna. En todo caso, tampoco es posible atender el reclamo de ausencia en la fundamentación partiendo del desconocimiento de los hechos que como probados tuvo el Tribunal en la sentencia. Por lo expuesto debe rechazarse el segundo motivo del recurso.-

III .- En el tercer motivo del recurso se reclama la violación de los artículos 106 y 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales, al estimarse que la fundamentación es ilegítima. Señala el recurrente que el Tribunal extrajo del proceso sucesorio que la cesión fue invalidada por la autoridad judicial y que desde el momento en que la ofendida aceptó el cargo de albacea asumió la calidad de administradora del taxi, aspectos que no constan en dicho juicio sucesorio. En realidad el Tribunal tuvo por cierto que fue el imputado quien presentó un escrito ante el juzgado que tramitaba el sucesorio, con fecha 13 de junio de 1985, en el cual expresaba que la cesión no era válida porque para traspasar los derechos de los menores debía presentarse previamente diligencias de utilidad y necesidad, y por ello solicitaba se le devolviera la suma de dinero que él había depositado para cubrir el monto de la cesión, petición que fue acogida por el juzgado, y a partir de esa fecha el imputado dejó de ser parte en el sucesorio. En realidad el Tribunal no concluye en que el juzgado invalidó la cesión, sino que fue el propio imputado quien así lo alegó para retirar el dinero que había depositado para adquirir los derechos sucesorios, razón por la cual esa negociación no surtió efectos jurídicos en ese proceso. Lo que señala el Tribunal penal en la sentencia es que el juzgado civil nunca aprobó la cesión porque el propio imputado pidió que se le devolviera el dinero que había depositado para cubrir el monto de la cesión, alegando que la misma no era válida. En cuanto a que el albacea es el administrador de los bienes sucesorios, ello lo dispone el artículo 548 del Código Civil, en cuyo caso no puede afirmarse que la fundamentación es ilegítima. Por todo lo expuesto debe rechazarse también este motivo del recurso.-

IV .- En el recurso por el fondo se acusan violados los artículos 223 en relación con el 1, 30 y 45 del Código Penal, por aplicación indebida. El señor defensor argumenta que al tenerse por demostrado que el vehículo ya no existía a la fecha en que se le previno al imputado su devolución, conforme a los artículos 830 a 834 del Código Civil, debe concluirse que no podía retenerse algo que no existía, puesto que las cosas perecen para su dueño. Es cierto, conforme ya se indicó al resolver el recurso por la

forma, que en la sentencia se estableció que el vehículo sufrió un accidente por el cual el Instituto Nacional de Seguros reconoció como "pérdida total", pero ello no significa que el bien se hubiere extinguido o hubiere desaparecido. Por esa razón el Tribunal estimó que el imputado debió devolver lo que quedó del automóvil más el dinero que pagó la institución aseguradora, pero al no hacerlo así tipificó la acción descrita en el artículo 223 del Código Penal. En efecto, en la sentencia no se tiene por demostrado que el vehículo despareciera, sino que sufrió un percance por el cual el Instituto Nacional de Seguros pagó todo su precio. Esta circunstancia no eximía al imputado de su obligación de devolver el bien, aún cuando estuviere totalmente dañado, de modo que al no devolver configuró el ilícito por el que resultó condenado. En consecuencia, debe rechazarse también el recurso por el fondo.

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso.-"[12]

c. SOBRE EL ABUSO DE CONFIANZA Y LA DIFERENCIA CON LA ESTAFA

V-690-F

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

San José, a las diez horas diez minutos del veinte de diciembre de mil novecientos noventa y uno.-

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Gerardo Jiménez Cubero, mayor, divorciado, contador, vecino de Alajuela, hijo de Lindor y Elia, cédula de identidad N 2-243-431 por el delito de robo simple con fuerza en las cosas cometido en perjuicio de Procesadora de Carnes Super Super S. A..- Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Daniel González Alvarez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Mario Alberto Houed Vega, Alfonso Chaves Ramírez y Rodrigo Castro Monge.- Son partes, el acusado y su defensor el licenciado Luis Andrés Bonilla Umaña y la licenciada Leda Méndez Vargas como representante del Ministerio Público.-

Resultando:

1.- Que mediante sentencia N 70-91 dictada a las 10:50 hrs. del 3 de abril del año recién pasado, el Tribunal Superior Primero Penal, Sección Segunda de San José resolvió: "POR TANTO: En virtud de lo expuesto, artículo 39 de la Constitución Política 392, 395, 396, 399, 512 y 542 del Código de Procedimientos Penales, 1, 30, 31, 45, 71 a 74, 78, 212 inciso 2) del Código Penal, se declara a GERARDO JIMENEZ CUBERO, autor responsable del delito de ROBO SIMPLE CON FUERZA EN LAS COSAS, cometido en perjuicio de PROCESADORA DE CARNES SUPER SUPER S. A., y en ese carácter se le impone el tanto de DOS AÑOS DE PRISION, pena que deberá descontar en el lugar y forma que determinen los respectivos reglamentos carcelarios, con abono de la preventiva que hubiese cumplido.- Quedan las costas del proceso a cargo del Estado. Firme esta sentencia inscríbase en el Registro Judicial de Delincuentes. No ha lugar a conceder el beneficio de ejecución condicional solicitado por el señor Defensor a favor de su defendido. Enviénse los testimonios de estilo, dejándose al convicto a la orden del Instituto Nacional de Criminología. POR LECTURA NOTIFIQUESE. LIC. ARMANDO

RIVERA MONGE. JUEZ. LIC. ALEJANDRO LOPEZ MC ADAM. JUEZ. LIC. CARLOS SANCHEZ FERNANDEZ. JUEZ. MARIELOS ALFARO RODRIGUEZ. PRO SRIA.".-

2.- Que contra el anterior pronunciamiento el acusado interpuso recurso de casación por el fondo.- Acusa la inobservancia de los artículos 30, 31 y 223 del Código Penal así como la errónea aplicación del artículo 212 ibídem, alegando, básicamente, que el cuadro fáctico plasmado en la sentencia impugnada no se subsume en el delito de Robo Simple con Fuerza en las Cosas (como lo estimó el Tribunal de mérito), sino que a lo sumo configuraría la delincuencia de Apropiación o Retención Indebida. Solicita se resuelva el caso de acuerdo con la ley aplicable.

3.- Que para la celebración de la vista solicitada se designó las nueve horas treinta minutos del tres de setiembre de mil novecientos noventa y uno.

4.-Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.-

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

Redacta el Magistrado Chaves Ramírez; y,

Considerando

I.- Que en el recurso por el fondo que plantea el imputado Gerardo Jiménez Cubero se acusa la inobservancia de los artículos 30, 31 y 223 del Código Penal así como la errónea aplicación del artículo 212 ibídem, alegando, básicamente, que el cuadro fáctico plasmado en la sentencia impugnada no se subsume en el delito de Robo Simple con Fuerza en las Cosas (como lo estimó el Tribunal de mérito), sino que a lo sumo configuraría la delincuencia de Apropiación o Retención Indebida, razón por la cual solicita que se resuelva el caso de acuerdo a la ley aplicable.-

II.- Que los hechos acreditados por el a-quo, en lo que interesa, son los siguientes: "1) Que el imputado Gerardo Jiménez Cubero... laboraba para la Corporación Langer S. A., en tareas de contabilidad, empresa que a su vez es propietaria de la Procesadora de Carnes Super Super S. A., ubicada en San Juan de Dios de Desamparados. 2) Que en horas de la noche del día catorce de febrero de mil novecientos ochenta y siete, Jiménez Cubero se presentó en este último negocio, donde se encontraban la cajera Zady Varela Morales junto a otros compañeros en momentos en que la mujer preparaba el depósito nocturno correspondiente a la cuenta corriente número 86167-7 de Representaciones Premier S. A., para ser trasladado a la Agencia del Banco de Costa Rica, sucursal de Desamparados.- 3) Que ante la circunstancia de que el Gerente General de la empresa Jorge Cervantes Acuña no se presentaba a efecto de llevar el depósito al mencionado Banco, como era su costumbre, acompañado de la cajera, el imputado Gerardo Jiménez Cubero se ofreció a cumplir el mismo para lo cual recibió de manos de la señorita Varela Morales un bolso de cuero con la leyenda "Banco de Costa Rica D 7" debidamente cerrado con candado, en cuyo interior contenía la suma en efectivo de trescientos veinticinco mil quinientos colones, más el cheque número 979600 de Representaciones Premier S. A. a favor de Rafael Cambronero Córdoba por treinta y cinco mil doscientos setenta y un colones con setenta y cinco

céntimos, al igual que la boleta de depósito número 458548 de ese Banco donde constaba el monto del depósito y una boleta de buzón concerniente a la mencionada cuenta.- 4) Que fue así como acompañado de la cajera el imputado abordó su automóvil... en el que se ubicada (sic) una mujer desconocida y en lugar de dirigirse a la entidad bancaria, primeramente tomó la determinación de trasladar a Varela Morales a su casa de habitación en Alajuelita bajo la promesa de dirigirse a la ciudad de Desamparados para cumplir el encargo, a lo que mostró acuerdo la empleada por la confianza que tenía en el imputado tomando en consideración igualmente su alto cargo dentro de la Corporación.- 5) Que posteriormente el encartado se devolvió con su vehículo y mediante el uso de un instrumento no determinado pero filoso, cortó la costura lateral del bolso de cuero apoderándose del dinero en efectivo, esto en la cantidad de trescientos veinticinco mil quinientos colones, resultando cortado parcialmente con su acción el cheque en referencia, para luego depositar en el buzón nocturno de la relacionada agencia bancaria el maletín en cuyo interior únicamente quedó el cheque y las boletas concernientes al depósito, siendo que al día siguiente se marchó a los Estados Unidos de América" (folio 217, línea 22, a folio 218, línea 4).-

III.- En criterio del Tribunal de mérito, la anterior relación de hechos configura el delito de ROBO SIMPLE CON FUERZA EN LAS COSAS, básicamente, se considera en el fallo, porque el encartado violentó el bolso de cuero para apropiarse del dinero en efectivo que éste contenía. Tal razonamiento es totalmente equívoco, si se toma en cuenta que el mismo Tribunal enfatizó la circunstancia de que el encartado recibió la bolsa de cuero sin que mediara al efecto "apoderamiento ilegítimo" del bien, que es un presupuesto esencial del tipo penal plasmado en el artículo 212 del Código Penal, sin que pueda estimarse que la posterior ruptura del bolso constituya la "fuerza en las cosas" a que alude dicho numeral, pues la fuerza utilizada por el encartado se aplicó para extraer el dinero del bolso que ya tenía en su poder, no para lograr el apoderamiento del bien en sí, el cual -valga insistir- llegó a manos del imputado en vista de la confianza que merecía por la alta posición que aquel detentaba dentro de la sociedad ofendida, según lo expresa la relación de hechos probados por el Tribunal de Juicio, "con un encargo específico que él mismo prometió cumplir" (así se expresa el a-quo en sus consideraciones, cfr. folio 226, líneas 20 y 21). La fuerza típica del robo tiene que estar vinculada objetiva y subjetivamente con el apoderamiento. Dice CREUS que "...la necesidad de dicha vinculación deja fuera del tipo la fuerza que se da en oportunidad del apoderamiento, pero sin relación con él" (Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, Parte Especial, t. I, segunda edición, 1988, pág. 443), y en el caso que nos ocupa no se constata la existencia del semejante vinculación.-

IV.- Luego, si bien los hechos acreditados no tipifican el delito de Robo con fuerza sobre las cosas, no es admisible la tesis de la defensa en el sentido de que aquellos, a lo sumo, configuran el delito de apropiación o retención indebida, pues la total consideración de circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se sucedieron aquellos indican la realización de otro delito, a saber, el de ESTAFA, previsto por

el artículo 216 del Código Penal, el cual sanciona a quien "... induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno ...". La apropiación o retención indebida es una defraudación por abuso de confianza, originada en un negocio jurídico (así CREUS, Op. cit., págs. 497 y 502). La comisión de este delito "**presupone como antecedente la entrega voluntaria de la cosa al autor**, y en virtud de un título (razón jurídica) que le obligue a entregarla a un tercero o a devolverla a quien la dio" (la negrilla es suplida, BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pág. 609). Sin embargo, el abuso de confianza que presupone este delito es diferente a aquel que puede propiciar una estafa (el error en que se induce a la víctima de una estafa puede asumir variadas formas, entre ellas el abuso de confianza). De tal forma que estos criterios nos permiten establecer la diferencia entre los particulares perfiles del abuso de confianza que pueden comprender ambos delitos. Hay ESTAFA -entre otros supuestos hipotéticos- si abusando intencionalmente de la confianza es que el autor logra engañar a la víctima para que le entregue la cosa bajo un título que produzca la obligación de entregarla o devolverla (o "depositarla", como en el presente caso), pues se excluye la Apropiación o Retención Indebida toda vez que la voluntad de entregar la cosa se halla determinada por el error a que se induce a la víctima. Por el contrario, hay APROPIACION O RETENCION INDEBIDA, como se señaló antes, cuando es voluntaria la entrega de la cosa al autor (sin que a ese efecto se haya inducido a error a la víctima, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos), en virtud de un título que le obligue a entregarla a un tercero o a devolverla a quien la dio y el agente no lo entregare o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro. Sobre el punto de la estafa, acota Antolisei: "El consenso de la víctima, logrado fraudulentamente, caracteriza el delito y lo distingue tanto del hurto como de la apropiación indebida. Estos dos delitos suponen el disenso de la víctima, porque el primero exige el apoderamiento de la cosa en contraste con la voluntad de la víctima, mientras el segundo postula por parte del poseedor un arbitrario, y por eso no consentido, ejercicio de poderes que están reservados al propietario. En la estafa, en cambio, el agente, mediante artificios o engaños, logra obtener que la víctima se dañe a sí misma: entregue una cosa, asuma una obligación, renuncie a un derecho, etc., en fin, realice un acto de disposición perjudicial a su patrimonio y ventajoso a otro." (ANTOLISEI, Francisco: "Manuale de Diritto Penale", Parte Especial, T. I, Giuffré Editore, Milán, 1977, p.p. 277-278). Resumiendo, la diferencia estriba en el contenido del dolo del agente que pretende entrar en posesión del bien. Si se induce al otro en engaño para tomar posesión del bien, haciéndole creer que el bien le será devuelto o entregado a su destinatario, siendo que en realidad no es esa su intención, sino la de adueñárselo, se estaría frente a una estafa. "Estos contenidos psíquicos (el ardid y el engaño) deben integrar la acción misma desplegada por el autor para la estafa y, en consecuencia, ser anteriores al momento

del despojo" (SOLER, Sebastían. Derecho Penal Argentino, T. IV., Tipográfica Editora Argentina, 1970, p. 330). Por otra parte, si el agente entró en posesión del bien con la obligación de devolverlo o entregarlo a un tercero, no induciendo para ello en error al dador, su entrada en posesión es legítima, pues no medió error o engaño, lo que, como se indicó, excluye la configuración de la estafa. Luego, si pretende apropiárselo o retenerlo y no lo entregare o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro, se configurará entonces el ilícito de Apropiación o Retención Indebida.-

V.- Así, teniendo acreditado el Tribunal de mérito que el imputado -aprovechándose de la confianza que se le tenía- se comprometió falsamente ante la señorita Varela Morales a realizar el depósito, para que ella le entregara el bolso que contenía los valores, aún se manifiesta ulteriormente la constatación del **dolo** propio del ilícito de Estafa (conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo), cuando el a-quo considera que al encartado Jiménez Cubero "le convenía lanzar la cartera dentro del buzón ya perforada y que la sospecha enfrentara a otras personas, principalmente de la entidad bancaria..." (folio 226 vuelto, líneas 11 a 13), circunstancia calculada por el imputado para procurar mayor credibilidad a la falsa situación que pretendía hacer aparecer como verdadera: que el apoderamiento ilegítimo del dinero se suscitó luego de que él depositara el dinero en el buzón nocturno del Banco. Tal hecho viene a cerrar el malicioso despliegue engañoso desarrollado por él al aprovecharse de las circunstancias que rodearon el hecho, principalmente de la confianza que inspiraba su posición laboral dentro de la Sociedad ofendida, lo que determinó la entrega material del bolso de depósitos a Jiménez Cubero. En síntesis, en la sentencia se observa con claridad que la **intención dolosa** del encartado no se reducía a apropiarse o retener indebidamente el dinero de marras, sino que la motivación que animó su conducta fue la de producir el error de la cajera que le sirvió para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí, lesionando el patrimonio de la sociedad ofendida, delineando el error en la dadora de tal forma que se asegurara no solo la obtención del mencionado beneficio patrimonial (suficiente para configurar el delito), sino también su pretendida impunidad (al procurar aparentar que el dinero fue sustraído en la agencia bancaria).

VI.- Consecuentemente, procede casar la sentencia por errónea aplicación de la ley sustantiva y resolviendo el caso de acuerdo con la ley aplicable se declara a Gerardo Jiménez Cubero autor responsable del delito de ESTAFA en perjuicio de PROCESADORA DE CARNES SUPER SUPER S. A., previsto y sancionado por el artículo 216, inciso 2), del Código Penal. Estimando que el monto de lo defraudado es de trescientos veinticinco mil colones; la forma maliciosa como el encartado procuró su impunidad, en detrimento de la confianza bancaria; que el imputado acusa un juzgamiento anterior (cfr. certificación de folio 21); así como el resto de circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho punible; se le impone el tanto de DOS AÑOS DE PRISION, pena que deberá descontar en el lugar y forma que determinen los respectivos reglamentos carcelarios, con abono de la preventiva que hubiese cumplido. Quedan las costas a cargo del Estado. Firme esta sentencia

inscríbase en el Registro Judicial de Delincuentes y expídanse los testimonios de estilo para ante el Juez de Ejecución de la Pena y el Instituto Nacional de Criminología.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso por el fondo y se casa la sentencia por errónea aplicación de la ley sustantiva y resolviendo el caso de acuerdo con la ley aplicable se declara a Gerardo Jiménez Cubero autor responsable del delito de ESTAFA en perjuicio de PROCESADORA DE CARNES SUPER SUPER S. A., previsto y sancionado por el artículo 216, inciso 2), del Código Penal, imponiéndosele el tanto de DOS AÑOS DE PRISION, pena que deberá descontar en el lugar y forma que determinen los respectivos reglamentos carcelarios, con abono de la preventiva que hubiese cumplido. Quedan las costas a cargo del Estado. Envíense los testimonios de estilo, dejándose al convicto a la orden del Instituto Nacional de Criminología.

VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS GONZALEZ ALVAREZ Y HOUED VEGA:====

Los suscritos magistrados con respeto nos permitimos disentir del criterio expuesto por la mayoría al recalificar los hechos al delito de estafa, por las siguientes razones:====

1º.- Como bien lo señala la mayoría, el Tribunal de instancia erró al calificar los hechos como constitutivos del delito de robo, porque en el presente caso, de acuerdo con los hechos probados en la sentencia, nunca hubo apoderamiento ilegítimo del dinero, sino que el acusado entró en posesión del mismo en forma legítima porque se lo entregó la funcionaria que debía depositar la bolsa donde estaban los billetes. El apoderamiento ilegítimo es uno de los presupuestos básicos del delito de robo, según las exigencias del artículo 212 del Código Penal, el cual está excluído en los casos en que el agente tome la cosa porque se la entrega su legítimo tenedor, aún cuando ello ocurra por exceso de confianza o por error. El hecho de que el agente hubiere roto la bolsa posteriormente, para tomar el dinero, no constituye una forma de apoderamiento con fuerza en las cosas, porque él ya estaba en posesión de ese bien y no constituyó el medio para lograr apoderarse de la bolsa con dinero. En ello coincidimos plenamente con la mayoría.

2º.- Sin embargo discrepamos al estimarse que los hechos configuran el delito de estafa. La sentencia del Tribunal de instancia tuvo por demostrado que la cajera del negocio le entregó al acusado, quien laboraba en la misma empresa en funciones de contabilidad, una bolsa de cuero debidamente cerrada con candado, que contenía más de trescientos mil colones en dinero efectivo y otros valores, en virtud de que el acusado se ofreció llevar a la cajera en su vehículo al banco para depositar la bolsa en un "buzón nocturno". Luego de abordar el vehículo el sentenciado optó por llevar primero a la cajera a su casa de habitación, con la promesa de pasar posteriormente al banco a dejar el dinero, situación que aprovechó para tomar el dinero cortando la bolsa con un instrumento filoso. La mayoría estima que estamos en presencia de un ardid realizado por el imputado e idóneo para configurar el delito de estafa. Sin embargo, los suscritos estimamos que existen algunas circunstancias fácticas que nos

impiden presumir que el imputado tomó el dinero desde un inicio porque llevaba el firme propósito de apropiarse del mismo, utilizando como ardid la confianza que se depositó en él por tratarse de un empleado de la empresa. En realidad de acuerdo con la sentencia se ignora si al entregársele el dinero al acusado éste ya tenía el propósito de apropiárselo, así como también se ignora si al momento de ofrecerse para llevar a la cajera al banco ya había planeado apropiarse del dinero y desplegaba un ardid. Lo anterior es de vital importancia que se hubiere establecido para poder llegar a calificar los hechos como constitutivos del delito de estafa, porque en éste, de acuerdo con el artículo 216 del Código Penal, se entra en posesión del bien utilizando un ardid que induce en error a la víctima o a quien posee el bien en nombre de la víctima, con el fin de apoderarse del mismo con perjuicio ajeno. El acusado entró en posesión de la bolsa con el dinero porque se lo entregó la cajera, pero ignoramos si a ese momento el imputado desplegaba un ardid para apoderarse de dicha bolsa, o si por el contrario decidió apropiarse del dinero con posterioridad, cuando se encontró que llevaba la bolsa para el banco, luego de dejar a la cajera en su casa de habitación. De ocurrir la segunda situación fáctica estaríamos en presencia del delito de apropiación o retención indebida, conforme lo señala la descripción del artículo 223 ibídem, porque en esta última el sujeto entra en forma legítima en posesión del bien, con una evidente y clara obligación de entregar o devolver y no lo hace, como ocurrió en el caso de autos.

3º.- Como bien lo señaló la mayoría, el delito de apropiación o retención indebida es una defraudación por abuso de confianza, originada en un negocio jurídico que presupone como antecedente la entrega voluntaria de la cosa al autor, y precisamente en ello se diferencia de la estafa, porque en la primera existe el deseo (voluntad) de entregarle la cosa, en virtud del vínculo jurídico que le obliga a devolver o restituir posteriormente, mientras que en la estafa el sujeto logra entrar en posesión de la cosa venciendo la voluntad de la víctima con el ardid, con los medios artificiosos, simulando hechos falsos o deformando u ocultando otros verdaderos, también para obtener la cosa. Como se indicó, desconocemos si el acusado realizó un ardid pre-establecido al hacerse entregar la bolsa con dinero y ofrecerse llevar primero a la cajera a su casa de habitación, o bien si al momento en que se le entregó esa bolsa efectivamente pretendía llevarla hasta el "buzón nocturno" del banco para su respectiva custodia y posterior depósito, pero optó finalmente por no restituir. Se trata de un aspecto fáctico sobre el cual tenemos duda, razón por la cual estimamos de obligada aplicación el párrafo tercero del artículo 393 del Código de Procedimientos Penales, que ordena estarse a lo más favorable al imputado en caso de duda sobre las cuestiones de hecho. En consecuencia, no pudiéndose presumir el ardid para entrar en posesión de la bolsa, debemos concluir que nos encontramos en presencia del delito de apropiación o retención indebida citado que exige una prevención para devolver lo tomado en el plazo de cinco días. Por lo expuesto los suscritos votamos por declarar con lugar el recurso por el fondo, y casamos al sentencia al igual que la mayoría, pero resolvemos el caso de diferente manera, de acuerdo con la ley aplicable variando la calificación jurídica, del delito de robo al

de apropiación o retención indebida, razón que obliga decretar una nulidad de todo lo actuado para que se proceda a formular la prevención que ordena la ley. Póngase en libertad al sentenciado si estuviere detenido."[13]

d. LA LEGÍTIMA ENTRADA EN POSESIÓN DEL BIEN

V-721-F-93

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las nueve horas treinta minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y tres.-

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Antonio Gerardo Arce Garita cc. "Gerardo Antonio", costarricense, cédula 1-592-766, vecino de San José, hijo de María Elena Arce Garita, por el delito de Hurto de Uso, en perjuicio de Delma Silva Loaiza.- Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Daniel González Alvarez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Mario Alberto Houed Vega, Alfonso Chaves Ramírez y Rodrigo Castro Monge.- Se apersonaron en casación las Licenciadas Lilliana García Vargas defensora pública del sentenciado y Ana Eugenia Sáenz Fernández como representante del Ministerio Público.-

Resultando:

1.- Que mediante sentencia N° 159-93, dictada a las diez horas del diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y tres, el Juzgado Quinto Penal de San José, resolvió: "POR TANTO: Consideraciones hechas, artículos 393, 395, 396, 399, 543, 544 del Código de Procedimientos Penales, 1, 30, 45, 71 a 74, 103, 208, 211, 384, inciso 1, 82 inciso 5 del Código Penal se resuelve: Se declara con lugar la excepción de incompetencia interpuesta por la defensa respecto al punto D en relación con el E del Requerimiento de Citación a Juicio, por lo que se SOBRESEE sobre este hecho al acusado GERARDO ANTONIO ARCE GARITA(sic).- En cuanto al delito de HURTO DE USO que se le ha venido atribuyendo en contra de DELMA SILVA LOAIZA se declara autor responsable y se le impone el tanto de OCHO MESES DE PRISION que deberá descontar en el Centro Penitenciario que corresponde, previo abono de la prisión preventiva sufrida si la hubiese.- Se le condena al pago de ambas costas de la acción y a la inscripción del fallo en el Registro Judicial de Delincuentes .- No ha lugar a conceder el beneficio de Ejecución Condicional de la Pena por no reunir los requisitos del artículo 59 y siguientes del Código Penal..- Comuníquese al Juzgado de Ejecución de la Pena y al Instituto Nacional de Criminología. Por el delito de HURTO SIMPLE que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de la misma ofendida y en virtud del principio de(sic) in dubio(sic) pro reo se ABSUELVE de toda pena y responsabilidad a ANTONIO GARITA ARCE(sic).- Sin especial condenatoria en costas.- Firme el fallo archívese el expediente.- Notifíquese por medio de lectura.- Licda Ileana Méndez Sandí Juez Quinto Penal San José. Luz Ma. Esquivel Marín Secretaria".-

2.- Que contra el anterior pronunciamiento, la defensora del sentenciado interpuso recurso de casación por aspectos de fondo. Reclama la recurrente, que se aplicó erróneamente el numeral 211 del Código Represivo, en razón de que su patrocinado, se aposesionó del bien en

litigio de manera legítima, a pesar de que el uso que hizo del mismo fue indebido y que al estar el vehículo en poder de la hija de la señora ofendida, no procede la prevención de devolución. Solicita se case la sentencia que recurre y se absuelva a su defendido de toda pena y responsabilidad.-

3.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.-

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

Redacta el **Magistrado Castro Monge** y,

Considerando:

I.- Recurso de casación interpuesto por la Licenciada Lilliana García Vargas, defensora pública del imputado Antonio Gerardo Arce Garita. **Motivo por inobservancia de normas sustantivas:** Señala la recurrente errónea aplicación del artículo 211 del Código Penal, por estimar que el encartado entró en posesión legítima del bien y es en esa condición que usó indebidamente el vehículo y tuvo un accidente de tránsito, de manera que no se trató de un desapoderamiento ilegítimo constitutivo del delito de Hurto de Uso, sino que más bien debió aplicarse lo dispuesto en el numeral 223 párrafo segundo del Código ibídem y teniéndose que la hija de la ofendida dispuso ya del bien, resulta innecesario prevenir su devolución, por lo que debe absolverse a Arce Garita. El reproche es de recibo. En la sentencia se acreditó, que la ofendida Silva Loaiza dejó al imputado Arce Garita custodiando su casa, mientras ella se encontraba fuera del país y en esa condición, le entregó las llaves del vehículo de su propiedad para que lo limpiara y calentara -sin hacer uso del mismo-; sin embargo, el encartado aprovechando esa situación, utilizó el automotor para trasladarse hasta San Miguel de Higuito de Desamparados donde sufrió una colisión, hechos que la juzgadora de mérito consideró constitutivos del delito de Hurto de Uso, por cuanto -según su criterio- Arce Garita no fue puesto en posesión de la cosa, de manera que nunca se le entregó el bien, ni salió de la esfera de custodia de la ofendida o sea, de la cochera de la vivienda. Ahora bien, como ya lo ha manifestado esta Sala (V-44-F de las 10:05 hrs. del 25 de enero de 1991), en el presente caso -como apropiadamente lo señalan la defensora del encartado y lo comparte la representante del Ministerio Público-, no hubo un apoderamiento ilegítimo del bien, ya que el encartado entró en forma legítima en posesión del automóvil, al recibirlo de la ofendida para su custodia y mantenimiento (llaves incluidas), razón por la cual desapareció la probable aplicacion de la figura del hurto en sus diversas formas. Así las cosas, más bien se trata de un uso indebido de cosa ajena (artículo 223 ibídem, párrafo segundo), pues el encartado utilizó el bien -momentáneamente- de manera distinta al fin para el que se le había encargado, abusando de la confianza de la ofendida y ocasionándole el perjuicio tenido por acreditado. Ahora bien, resulta pertinente señalar que si bien el artículo 223 citado dispone tratándose del ilícito de uso indebido de la cosa, que antes de iniciar la causa deberá prevenirse al imputado para que devuelva o entregue el bien -en cuyo caso no habrá delito-, sin embargo, la Ley no contempla el presente supuesto, en donde

incorrectamente se inició la investigación de los hechos con una calificación jurídica errónea por lo que se omitió la citada prevención, de manera que tomando en cuenta que el bien no está en poder del imputado y que más bien la hija de la ofendida dispuso del mismo, estiman los suscritos que resulta innecesario prevenirle esa devolución, debiéndose omitir en este asunto por resultar jurídicamente imposible cumplir con ella. En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, debe declararse con lugar el recurso, casar la sentencia únicamente en cuanto se refiere a la condenatoria declarada y absolver a ANTONIO GERARDO ARCE GARITA de toda responsabilidad y pena, por el hecho punible atribuído. Corren las costas a cargo del Estado.

Por Tanto:

Se declara con lugar el recurso por el fondo. Se casa la sentencia únicamente en lo que se refiere a la condenatoria dispuesta y se absuelve a ANTONIO GERARDO ARCE GARITA de toda responsabilidad y pena por el ilícito atribuído en perjuicio de Delma Silva Loaiza. Corren las costas a cargo del Estado. Notifíquese.-"[14]

FUENTES CITADAS:

[1] CHAVES CHAVARRIA Itza Marlene. Consideraciones Generales sobre el delito de apropiación indebida. Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. San José, 1970. página 4
[2] LORÍA LUNA Leonel. Apropiación y Retención indebida. Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, 1985. páginas 2-5.
[3] LORÍA LUNA Leonel. Apropiación y Retención indebida. Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, 1985. página 6
[4] LORÍA LUNA Leonel. Apropiación y Retención indebida. Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, 1985. páginas 7-8
[5] LORÍA LUNA Leonel. Apropiación y Retención indebida. Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, 1985. páginas 15-16
[6] LORÍA LUNA Leonel. Apropiación y Retención indebida. Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, 1985. páginas 19-20
[7] LORÍA LUNA Leonel. Apropiación y Retención indebida. Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, 1985. página 22
[8] LORÍA LUNA Leonel. Apropiación y Retención indebida. Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, 1985. páginas 23-24
[9] LORÍA LUNA Leonel. Apropiación y Retención indebida. Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, 1985. páginas 25-26.
[10] **CÓDIGO PENAL** Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970. Art. 223
[11] SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución número V-44-F de las 10:25 minutos del 25 de enero de 1991.
[12] SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución número V-294-F de las 10:15 minutos del 28 de setiembre de 1990.
[13] SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución número V-690-F de las 10:10 minutos del 20 de diciembre de 1991.
[14] SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución número V-721-F-93 de las 9:30 del 23 de diciembre de 1993.