



## La calificación jurídica de los delitos de hurto y robo

<b>Rama del Derecho: Derecho Penal.</b>	<b>Descriptor: Derecho Penal Especial.</b>
<b>Palabras Clave: Calificación jurídica, Hurto Simple, Hurto Agravado, Robo Agravado, Jurisprudencia.</b>	
<b>Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.</b>	<b>Fecha de elaboración: 26/02/2014.</b>

El presente documento contiene información sobre los *delitos de hurto y robo*, se consideran los supuestos del articulado del Código Penal que refieren a dichos delitos indicados del artículo 208 al 213, citando por medio de jurisprudencia las diferentes calificaciones que reciben dichos delitos en el momento de ser juzgados en los tribunales penales.

### Contenido

NORMATIVA.....	2
TITULO VII: DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.....	2
SECCION I: Hurto.....	2
SECCION II: Robo.....	3
JURISPRUDENCIA .....	3
1. Robo agravado, Hurto simple, Robo simple: Análisis sobre el apoderamiento, desapoderamiento, tentativa y teoría de la disponibilidad .....	3
2. Hurto: Análisis sobre el desapoderamiento y disposición del bien para consumir delito .....	7
3. Robo: Presupuestos, distinción con hurto y consideraciones acerca de la violencia.....	10
4. Principio de correlación entre acusación y sentencia: Acusación por hurto agravado y condena por robo agravado.....	13
5. Hurto: Concurso ideal con violación de domicilio .....	15
6. Teoría de la disponibilidad del bien: Aplicación para determinar la consumación del robo .....	16
7. Robo agravado: Análisis del tipo, distinción con hurto agravado y consideraciones sobre el uso de la fuerza .....	17
8. Robo agravado: Recalificación a hurto y violación de domicilio .....	19

## NORMATIVA

### TITULO VII: DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

[Código Penal]<sup>i</sup>

#### SECCION I: Hurto

##### **Artículo 208.- Hurto simple.**

Será reprimido con prisión de un mes a tres años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

*(Así reformado por el artículo 19 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009.)*

##### **Artículo 209.- Hurto agravado.**

Se aplicará prisión de un año a tres años, si el valor de lo sustraído no excede de cinco veces el salario base(\*), y de uno a diez años, si fuere superior a esa suma, en los siguientes casos:

- 1) Cuando el hurto fuere sobre cabezas de ganado mayor o menor, aves de corral, productos o elementos que se encuentren en uso para explotación agropecuaria.
- 2) Si fuere cometido aprovechando las facilidades provenientes de un estrago, de una conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado.
- 3) Si se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, o de la llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida.
- 4) Si fuere de equipaje de viajeros, en cualquier clase de vehículos o en los estacionamientos o terminales de las empresas de transportes.
- 5) Si fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.
- 6) Si fuere de cosas de valor científico, artístico, cultural, de seguridad o religioso, cuando, por el lugar en que se encuentren estén destinadas al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas, o librados a la confianza pública.
- 7) Si fuere cometido por dos o más personas.

*(Así reformado por el artículo 19 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009.)*

*(\*) Sobre la interpretación del término "salario base", véanse las observaciones a la ley).*

##### **ARTÍCULO 210.- Hurtos atenuados.**

Se impondrá prisión de un mes a un año o de diez a sesenta días multa si el hecho consistiere en el apoderamiento de alimentos u objetos de escaso valor para proveer a una necesidad propia o de un familiar sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 27.

##### **ARTÍCULO 211.- Hurto de uso.**

Cualquiera que tome una cosa, con el único fin de hacer uso momentáneo de ella y la restituye después sin daño alguno, será penado con prisión de uno a cinco meses. Si lo hurtado con el fin dicho fuere un vehículo automotor la pena será de seis meses a tres años. La pena será de prisión de uno a tres años, cuando el hurto de un vehículo fuere para cometer otro delito, sin perjuicio de la imputación del hecho perpetrado.

## SECCION II: Robo

### ARTÍCULO 212.- Robo simple.

El que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido con las siguientes penas:

- 1.- Con prisión de seis meses a tres años, cuando la sustracción fuere cometida con fuerza en las cosas y su cuantía no excediere de tres veces el salario base (\*).
- 2.- Con prisión de uno a seis años, si mediare la circunstancia prevista en el inciso anterior y el monto de lo sustraído excediere de tres veces el salario base.
3. Con prisión de tres a nueve años, cuando el hecho fuere cometido con violencia sobre las personas.

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

*(\*) Sobre la interpretación del término "salario base", véanse las observaciones.*

*(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 7337 del 05 de mayo de 1993).*

### ARTÍCULO 213.- Robo agravado.

Se impondrá prisión de cinco a quince años, en los siguientes casos:

- 1) Si el robo fuere perpetrado con perforación o fractura de una pared, de un cerco, de un techo, de un piso, de una puerta o de una ventana, de un lugar habitado, o de sus dependencias;
- 2) Si fuere cometido con armas; y
- 3) Si concurriere alguna de las circunstancias de los incisos 1), 2), 4), 5), 6) y 7) del artículo 209.

Los casos de agravación y atenuación para el delito de hurto, serán también agravantes y atenuantes del robo, y la pena será fijada por el juez, de acuerdo con el artículo 71.

*(Así reformado por el artículo 1° de la ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982).*

## JURISPRUDENCIA

### 1. Robo agravado, Hurto simple, Robo simple: Análisis sobre el apoderamiento, desapoderamiento, tentativa y teoría de la disponibilidad

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]<sup>ii</sup>

Voto de mayoría:

**“II.- El recurso es atendible.** En el presente caso, durante la audiencia oral celebrada el 24 de abril de 2013 (cfr. acta de folios 39 a 44), el recurrente planteó la aplicación de un procedimiento especial abreviado y convino con la representación fiscal la imposición de una pena de tres años y diez meses de prisión para el acusado G. Esta negociación se produjo sobre la base de dos delitos de robo agravado, tentado y consumado, en razón de que, según se acusó, ambas víctimas fueron asaltadas por el imputado. El Tribunal, se apartó del convenio y estableció que hubo una unidad de acción en la conducta acusada, que estimó como un robo agravado consumado, y mantuvo la pena pactada. Consecuencia

de lo anterior, a la luz de las alegaciones del recurrente, siendo la vocación del Tribunal de Apelación el examen integral del fallo, según dispone el artículo 460 del Código Procesal Penal, se ha procedido a su análisis, comprobándose que, en efecto, se producen las consecuencias que propone el recurrente. Al acusado G se le endilgó y acreditó, en virtud del acuerdo para aplicar el abreviado, que, en conjunto con una persona menor de edad asaltó a dos menores de edad, sustrayéndose a uno de ellos su teléfono celular, y al otro ninguna pertenencia, luego de lo cual huyeron en una motocicleta conducida por el imputado. Esto ocurrió cerca de la parada de autobuses en Los Filtros de Alajuelita. Los ofendidos informan del hecho a las autoridades policiales a través del número de emergencia 911. Es así como, con la información brindada, se da la una alerta policial, activándose los protocolos para este tipo de eventos, de tal suerte que oficiales de la Fuerza Pública detienen la motocicleta y a sus ocupantes en el puente que une Hatillo con Alajuelita, recuperando el teléfono móvil sustraído. Desde esta perspectiva, sí hubo un error en la calificación jurídica atribuida a los hechos, pues el Juzgador excluye la tentativa porque el encartado tuvo la oportunidad de disponer del bien sustraído, tras haberse desplazado en aquella motocicleta varios kilómetros, por lo que hubo un lapso en que no fue visto por los testigos, en el cual pudo haber hecho lo que quiso con el teléfono, puesto que lo pudo haber tirado, escondido, destruido, vendido a cualquier persona, pero simplemente no hizo nada con ese bien, sino se lo llevó y así es como lo encuentran en posesión del objeto sustraído, esto es, que pudo disponer del bien, pero no quiso hacerlo. Para esta cámara de apelación, a efecto de establecer la diferencia entre tentativa y consumación en el delito de robo, no sólo deben considerarse las circunstancias particulares del caso concreto, sino que el análisis debe incluir necesariamente la identificación de la *conducta* tipificada y del *plan del autor* (teoría objetivo-individual de Hans Welzel). La acción típica en el delito de «**Robo simple**» (como también en el «**Hurto simple**») consiste en *apoderarse* ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, disposición legal que es semejante a la que analizan los tratadistas argentinos, cuyo análisis es pertinente traer a colación, a efecto de entender a que se refiere la «doctrina o teoría de la disponibilidad» a la que alude la jurisprudencia. Para Soler el *apoderamiento* se refiere: "...a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona" (SOLER, Sebastián (sic): *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983, pág. 174. A ese criterio también se adhiere, por ejemplo, PESSOA, Nelson: *La tentativa*, Ed. Hammurabi, Argentina, 1988, pág. 108). A partir de ese postulado, Fontán Balestra explica la «doctrina de la disponibilidad» en los siguientes términos: "El verbo *apoderarse*, utilizado por el Código para definir la acción ejecutiva del hurto y del robo, es más explicativo que los verbos *tomar* o *sustraer* empleados por otros textos legales, que indican, más bien, medios de comisión. *Apoderarse* quiere decir tanto como *tomar una cosa para someterla al propio poder para llegar a disponer de ella*. Ese significado nos proporciona elementos de juicio útiles para determinar el momento consumativo del delito: el autor consume el hurto cuando pone la cosa bajo su poder, al par que la quita del poder de quien la tenía, pues no puede pensarse en un poder compartido. El autor debe haber *quitado* la cosa a quien la tenía, como *medio* para *apoderarse*; de otro modo, no podrá decirse que cometió un hurto [...] Con el criterio expuesto, adquiere particular significado la circunstancia de que el ladrón haya adquirido el poder sobre la cosa; que haya tenido la posibilidad de disponer de ella, aunque sea por un corto espacio de tiempo, porque en ello se revela si ha llegado a completarse o no la

acción de *apoderamiento*. Si el autor ha tenido esa posibilidad de disposición, el delito ha quedado consumado, aunque luego la pierda por causas ajenas a su voluntad y con mayor razón acaso si ha sido por su voluntad. Logrado el *apoderamiento* y con él la posibilidad de disposición, el *desapoderamiento* tiene lugar forzosamente, porque la idea de *apoderarse* importa adquirir el poder de hecho sobre la cosa y al mismo tiempo, privar de él a quien lo tenía; no pueden tener la posibilidad de disposición el ladrón y la víctima al mismo tiempo. El binomio *apoderamiento-desapoderamiento* es en este caso ineludible. En cambio, puede no coincidir el momento consumativo con el de quitar o sustraer la cosa, porque con ello el autor no concreta necesariamente su poder sobre ella, ni el tenedor pierde el suyo. Por otra parte, puede haberse completado el *desapoderamiento* sin que el autor tenga siquiera la posibilidad de *apoderarse* de la cosa. Esto ocurre en los ejemplos de quien deja escapar un pájaro ajeno (Mezger) o de quien arroja de un vehículo en marcha las cosas de las que piensa *apoderarse* (Núñez). Así pues, puede haber *desapoderamiento* sin *apoderamiento* y que el **hurto** se consume; el *apoderamiento* en cambio, implica *desapoderamiento* y consumación. Estos son, a nuestro ver, los elementos de juicio que mejor se avienen para determinar el significado del verbo *apoderarse* y el momento consumativo del **hurto**. La idea rectora para decidir cuándo ha tenido lugar la consumación está dada toda vez que la cosa sustraída ha sido quitada del poder del tenedor y puesta bajo el poder de hecho del autor; esto último se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre ella actos de disposición, aún cuando sea por un breve espacio de tiempo; es decir, en tener el potencial ejercicio de facultades dominiales (QuintanoRipollés). Este es el punto de vista de la doctrina denominada de la *disponibilidad*, que no se atiene únicamente a la situación en que la cosa queda con relación al que era su poseedor o tenedor, sino, también, a la que el hecho crea entre el autor y la cosa. En eso se diferencia esencialmente la doctrina de la *disponibilidad* de las tradicionales, ya que no asigna valor esencial a la medida en que la cosa se remueve, y en particular de la *ablatio rei*, que se atiene a que la cosa sea sacada de la esfera de custodia o poder del tenedor, sin tener en cuenta que el hecho típico mismo de *apoderarse* haya sido acabadamente cumplido por el autor al establecer su poder sobre ella" (el subrayado no es del original, FONTAN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal Parte Especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, págs. 416 a 417). En la misma línea, se comenta que: "Pero -siempre en el aspecto objetivo- el *desapoderamiento* del tenedor no basta; es necesario el *apoderamiento material* de la cosa por parte del agente. El *desapoderamiento* no implica, por sí mismo, el *apoderamiento* (como ocurre en el ejemplo de Mezger: el que *desapodera* al tenedor de un pájaro abriéndole la jaula y logrando que escape de ella, sin lograr asirlo), en tanto que el *desapoderamiento* exige, como presupuesto indefectible, el *desapoderamiento*. El *desapoderamiento* (sic) sin *apoderamiento* puede constituir una *tentativa de hurto*..." (el subrayado es suplido, CREUS, Carlos: *Derecho Penal Parte Especial*, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 414). Hechas estas consideraciones procede analizar nuevamente cual fue el hecho, que en lo que interesa, se consideró acreditado en la sentencia impugnada, a saber: «**PRIMERO**: El día diecisiete de abril del año dos mil trece, al ser aproximadamente las diecisiete horas con treinta y dos minutos, en San José, Alajuelita, de la última (sic) parada de buses de Los Filtros, doscientos metros al este, el ofendido menor de edad J, quien cuenta con dieciséis años de edad, caminaba en compañía de su prima menor de edad P, la cual tiene diecisiete años de edad, momento en que fueron interceptados por el acusado G y un sujeto menor de edad, quienes viajaban a bordo de la motocicleta placas [...], y actuando de común acuerdo, con

una clara distribución de funciones, se apoderaron ilegítimamente de bienes propiedad del agraviado **J**. **SEGUNDO:** En ejercicio del plan propuesto, el acusado **G** estacionó la motocicleta que conducía y de inmediato el sujeto menor de edad descendió de la misma y se aproximó al ofendido **J**, quién en ese momento intentaba esconder dentro del muro de una vivienda el teléfono celular que portaba, marca Sony Ericsson Xpiria, color gris, valorado en la suma de ciento ochenta mil colones, siendo que el sujeto menor de edad infractor le indicó: "suelte el teléfono o lo bombeteo" al tiempo que se llevaba la mano a la cintura en ademán de sacar algún objeto, por lo que el ofendido, gravemente intimidado, se movió hacia atrás y el sujeto menor de edad infractor se apoderó del teléfono. **TERCERO:** Seguidamente, el sujeto menor de edad infractor se dirigió hacia la agraviada **P** y le exigió la entrega de bienes, sin embargo, la ofendida le manifestó que no portaba nada, por lo que el sujeto menor de edad infractor le indicó que se retirara, y de inmediato se acercó de nuevo al agraviado **J** y le revisó los bolsillos y la billetera, pero no se apoderó de algún otro bien. **CUARTO:** Con el teléfono celular sustraído en su poder, el sujeto menor de edad infractor abordó la motocicleta en la que lo aguardaba como chofer el acusado **G** y de inmediato emprendieron la huida. **QUINTO:** Luego de esto, el ofendido **J**, dio aviso a las autoridades a través del 911, por lo que oficiales de la Fuerza Pública que transitaban por las cercanías de la zona, observaron la motocicleta, le dieron persecución y practicaron la detención de los encartados en el puente entre Hatillo y Alajuelita, decomisándole al sujeto menor de edad infractor el celular del ofendido" (cfr. folios 32 a 34). Como se dijo antes, el Tribunal de juicio consideró que ese hecho constituye un delito consumado de «Robo agravado» y le impuso al imputado la pena que, aunque fue pactada por dos delitos, de tres años y diez meses de prisión, incurriendo así -como lo acusa la defensa- en un error en la aplicación de la ley sustantiva, concretamente de los artículos 24, 73 y 213 del Código Penal, porque en el presente caso no es claro si el autor, dada la inmediatez de su detención, en algún momento llegó a tener la posibilidad inmediata de realizar o materializar actos dispositivos sobre aquel teléfono, pues en realidad no hay certeza de que haya tenido la posibilidad real de disponer de el, (sic) factor necesario para consumar la acción del apoderamiento. Como lo indican los autores anteriormente citados, no basta con que la víctima hubiera perdido la disponibilidad inmediata de la cosa, si el autor no se ha *apoderado* de ella, y apoderarse implica poder realizar o materializar actos dispositivos. En el presente asunto, la descripción del hecho acusado, y acreditado, carece de la precisión necesaria para despejar con la certeza necesaria esa duda, la que es razonable conforme a las reglas de la experiencia, pues lo cierto que los asaltantes fueron detenidos en poco tiempo. En este caso el Juzgador indica que el imputado fue observado por la policía que lo detuvo, recuperando así el bien sustraído, por lo que en el trecho recorrido por el autor, en algún momento fue perdido de vista por los afectados, resulta forzado decir que el encartado tuvo la oportunidad de disponer a su gusto del bien sustraído, que si no lo hizo antes de ser detenido fue, según el Tribunal de Juicio, simplemente porque no quiso. Esa suposición del tribunal de juicio no es razonable dentro del contexto de circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolla la conducta, también se podría suponer el encartado aún estaba realizando los actos de ejecución necesarios para, según su plan, consumar el apoderamiento de aquel teléfono. Pero, principalmente, cabe dudar de que hubiera tenido la posibilidad real de disponer de ese bien, duda que implica estar a lo más favorable para él, que en este caso sería excluir la consumación del delito, por causas independientes del agente. El artículo 9 del Código Procesal Penal prescribe que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el

imputado (*in dubio pro reo*), de manera que no es posible dar por hecho cierto que el imputado se *apoderó* del teléfono móvil.”

## 2. Hurto: Análisis sobre el desapoderamiento y disposición del bien para consumir delito

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría

**“ÚNICO.-** La licenciada Morales Matarrita, en su condición de representante del Ministerio Público formula recurso de apelación en contra del sobreseimiento, resolución 236 F-2012, dictado por el Tribunal de Flagrancia de Puntarenas, en fecha veintidós de noviembre del dos mil doce. Sostiene la quejosa que ha existido una errónea aplicación del artículo 24 CP. Señala que la imputada tomó del supermercado Pali unos atunes marca Aurora y un litro de guaro Cacique, saliendo del lugar sin pasar por la caja, en dicho momento fue observada por E y se dio a la fuga, dejando tirados los bienes, consigna el escaso valor de los bienes sustraídos. De seguido reproduce las razones del *a quo* para dictar sobreseimiento, cuestionándolas por no haberse analizado correctamente los hechos, indica que la imputada *"[...] si realizó todos los actos necesarios para la consumación del delito"* (folio 16). Continúa la quejosa reseñando cuáles son las etapas del *iter criminis* e indicando que se *"[...] ejecutaba la fase de ejecución cuando intervino el testigo E para frustrar la consumación del hecho delictivo"* (folio 16). A pesar de que previamente había afirmado, conforme se reprodujo, que ya se habían realizado los actos necesarios para su consumación. En síntesis, termina por cuestionar la resolución de sobreseer, por cuanto la decisión de la acusada de dejar los bienes no fue espontánea, sino que fue producto de verse sorprendida por el citado testigo cuando realizaba la sustracción. **Se acoge el reclamo.** En el presente asunto se ha dictado sobreseimiento definitivo en favor de la encartada al estimar que la misma antes de que se consumara el delito desistió del mismo. A efecto de resolver lo anterior interesa señalar que el delito de Hurto Simple (art. 208 CP) castiga el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena; de manera que el hecho se consuma cuando el sujeto activo ha logrado «apoderarse» del bien y lo anterior implica no solamente el «desapoderar» a la víctima del bien, sino el establecer un poder de «disposición» sobre el mismo. Este poder de «disposición» implica un «resultado» que por su connotación es perceptible intelectualmente. Sobre el punto se ha dicho: *"Respecto al argumento para establecer cuándo se tiene por consumado el hurto, el voto de mayoría sostiene que "[...] deben tenerse especiales recaudos a fin de descartar que la disponibilidad de los bienes por parte del imputado, sea el parámetro para definir si el delito es tentado o no, pues eso no es lo que prescribe la ley. En efecto, el artículo 24 del Código Penal define cuándo existe la tentativa, y lo define de la manera siguiente: «Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente.» Del anterior texto normativo, se desprende claramente que la voluntad legislativa ha sido considerar si la consumación del delito se produjo o no, y no si el agente dispuso o no de los bienes sustraídos [...]" (copia textual). Con la anterior afirmación se incurre en una lamentable confusión. Pues*

no es el artículo 24 CP el que establece cuándo se tiene por consumado el hecho, según parecen entenderlo mis estimados cojueces, sino que ello depende del tipo penal aplicable. En el presente caso es precisamente la realización de los elementos contemplados en el artículo 208 CP el que permite saber si el hecho se perfeccionó o no. Dicho artículo reza: "Será reprimido con prisión de un mes a tres años, el que se **apoderare** ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena" (letra negrita y subrayado suplido). Así entonces, conforme a la descripción de la conducta típica el hecho se consuma cuando se produce el «apoderamiento» del bien mueble ajeno, a su vez para determinar tal aspecto se ha utilizado el criterio de la «disponibilidad», entendiéndose que existe «apoderamiento» cuando el sujeto activo tiene «disponibilidad» de los bienes sustraídos. De allí que en absoluto podría estar de acuerdo con la afirmación de que es el artículo 24 CP el que define cuándo el hecho se ha consumado, según afirman mis estimados colegas. Tampoco comparto la afirmación que se hace en el voto de mayoría respecto a que el **hurto** se consuma con el «desapoderamiento». En tal sentido se dice por parte de los cojueces: "Es decir, dentro del iter criminis, con la actuación del oficial guardacostas como causa independiente del agente, lo que se impidió fue una fase de agotamiento del delito, pero no la fase de consumación, pues se reitera que **la consumación se produce desde que el desapoderamiento ocurre**, y esto configura el delito como consumado, independientemente de que la víctima finalmente recupere los bienes. La recuperación de los bienes por parte de la víctima, y la imposibilidad que tuvo el agente para disponer de los bienes sustraídos, son circunstancias que dentro del iter criminis, deben analizarse y valorarse en la fase de agotamiento del delito, pero no en la fase de consumación porque el efectivo desapoderamiento fue una realidad" (subrayado y letra negrita suplida). Pero tal posición es contraria a lo dispuesto en el tipo penal en cuestión (art. 208 CP), pues la misma parte de que es el «**desapoderamiento**» lo que marca la consumación en el hurto, a pesar de que claramente el legislador señaló que era el «**apoderamiento**». Aunque en el voto mayoritario se afirma que la doctrina extranjera no es aplicable por las diferencias existentes en nuestra legislación, ello tampoco es cierto. Específicamente en lo concerniente a la doctrina española, aunque el tipo básico del hurto sanciona el «tomar», al referirse al robo se utilizó el verbo «apoderarse» y se ha interpretado mayoritariamente que con ambos conceptos se hace referencia a la misma acción «apoderarse» y que éste último implica «disponibilidad». Pudiendo citarse, entre muchos otros autores que así lo entienden, a los siguientes: CUELLO CALÓN, DP, PE, t. II, vol. 2º, 14ª ed., 1981, p. 840; BAJO/ PÉREZ, en: Manual PE, Delitos patrimoniales y económicos, 2ª ed., 1993, p. 66; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (Dir.), «Curso de DP español PE I», 1996, p. 563; BENEYTEZ MERINO, en CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), «CP. Doctrina y Jurisprudencia», t. II, 1997, p. 2505; SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS y otros, DP PE-II, 1997, p. 101; GARCÍA ARÁN, El delito de **hurto**, 1998, p. 66; LUZÓN CUESTA, Compendio DP PE, 8ª ed., 2000, p. 124; Muñoz Conde, PE, 13ª ed., 2001, p. 368. Pero si ello no bastara para desechar la tesis del «desapoderamiento» como momento consumativo del hurto, en legislaciones como la argentina, en que se utiliza expresamente el verbo «apoderarse», la doctrina ha dicho: "[...] el desapoderamiento del tenedor no basta; es necesario el **apoderamiento material de la cosa por parte del agente** [...] El **apoderamiento se caracteriza por la posibilidad de que el agente pueda realizar sobre la cosa actos materiales de disposición** [...]" (CREUS, C. Derecho Penal, Parte Especial, 1995, p. 418). De tal manera que no puede utilizarse como argumento, para apartarse de lo sostenido por la doctrina foránea, el argumento de que se trata de diversas legislaciones. Pues bien, dicho lo anterior debe rechazarse rotundamente la idea de que para la consumación del hurto basta el



«desapoderamiento» y que el «apoderamiento» implica una fase de agotamiento. Ello resulta imposible desde el punto de vista del principio de legalidad en virtud de que, como se ha dicho, el tipo penal (art. 208 CP) castiga al que se «apoderare». Pudiendo establecerse, desde la perspectiva conceptual, un primer momento en que la acción implica desposesión, como necesario antecedente del apoderamiento, pues éste presupone una situación de disponibilidad real anterior, que se quiebra y desaparece, así como un segundo instante en que se da el «apoderamiento», lo cual implica «disponibilidad». De tal manera pueden distinguirse esas dos fases: el momento en que al dueño o quien tiene la custodia de la cosa le es sustraída la misma (desapoderamiento), del correlativo apoderamiento que constituiría una consecuencia de éste. 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 en un delito de mera actividad. Lo cual pretende evitar el voto de mayoría señalando que únicamente es factible la tentativa «cuando el acusado estaba en plena sustracción de la cartera», descartando la posibilidad de tentativa cuando el sujeto ha tomado la cosa e inmediatamente es perseguido y atrapado con la misma o bien de quien tira de un camión objetos, con la intención de luego recogerlos y es descubierto antes de que pueda hacerlo. De tal manera que la decisión de mayoría se desentiende de la formulación legal del tipo penal y soslayando la discusión sobre el concepto de «apoderamiento», descarta el criterio de la «disponibilidad» como algo ajeno a nuestra realidad jurídica; cuando, paradójicamente, es el criterio del «desapoderamiento», como consumación del hurto, el que no corresponde a lo dispuesto por el legislador. Por ello, aunque se citen dos antecedentes jurisprudenciales que afirmen lo mismo, no puedo coincidir con el criterio de mis compañeros. Así entonces, considero que el hecho aquí conocido no fue consumado, pues no basta el desapoderamiento, razón por la cual debió tomarse el menor desvalor de resultado como factor para la imposición de la pena" (Tribunal de Apelación de Sentencia San Ramón, V. 228-12, voto de minoría). De manera que en el presente asunto efectivamente el hecho no llegó a consumarse, pues si bien la imputada había realizado acciones de desapoderamiento, en ningún momento llegó a apoderarse de los bienes. Estimándose este poder de «disposición» como «resultado», es posible en estos casos el «desistimiento», pues la imputada podía por su voluntad impedir la consumación del hecho y ello le eximía de responsabilidad penal. Pero lo anterior no implica que necesariamente pueda entenderse que en el presente asunto exista certeza de que efectivamente existió un desistimiento voluntario. Debiendo tenerse presente que el dictado de un sobreseimiento, en etapas previas al juicio, exige lo que se ha denominado «certeza negativa» (cfr. CAFFERATA NORES. La prueba en el proceso penal, 1988, p. 9). Y tal «certeza negativa» debe quedar debidamente fundamentada en el fallo. Siendo que en el presente asunto el Ministerio Público afirmó en su acusación que la acusada depositó los bienes a un costado de la puerta del supermercado cuando se enteró de que había sido sorprendida y era seguida por un empleado del local comercial. Por su parte el señor juez en su resolución se limita a afirmar que la imputada deja los bienes a un costado de la puerta del supermercado y que no era perseguida o observada por ninguna persona; pero no explica las razones por las cuales tiene por cierta una situación fáctica diversa a la acusada por la fiscal. Lo anterior implica que la decisión de sobreseer es nula por carecer de la debida fundamentación y aunque el reproche formulado por el Ministerio Público se anuncia como de fondo, en su desarrollo lo que se hace es cuestionar que el a quo "[...] no realiza un análisis correcto de los hechos [...]" (folio 15). De manera que procede anular el fallo por tal motivo. Por demás está señalar que estamos en presencia de una tentativa de **hurto** simple sobre bienes de

escaso valor económico y en donde la víctima se ha negado a una solución que no sea el procedimiento abreviado o el juicio. A lo cual debe unirse la reforma operada en este tipo de ilícitos, que han pasado a convertirse en delitos por decisión legislativa, en un afán de castigar más duramente este tipo de hechos que afectan principalmente a los grandes supermercados de capital foráneo. Sin embargo, corresponde al Ministerio Público, mediante la formulación de una política de persecución penal general y pública, definir la manera en que invierte los recursos que recibe. Encontrándonos los jueces obligados a la aplicación de la Ley, lo que corresponde señalar es que la resolución carece de la fundamentación debida y por ende debe acogerse el reclamo formulado por la fiscal Morales Matarrita. Se anula la sentencia de sobreseimiento, se remite la causa al Despacho de origen para que se le brinde el trámite que conforme a Derecho corresponde.”

### 3. Robo: Presupuestos, distinción con hurto y consideraciones acerca de la violencia

[Sala Tercera de la Corte]<sup>iv</sup>

Voto de mayoría

**“I. [...] En cuanto a los elementos que diferencian un robo de un hurto,** resulta oportuno indicar que esta Cámara se ha pronunciado sobre el particular del siguiente modo: *“La violencia sobre las personas requerida por el tipo penal del delito previsto en el artículo 212 del Código Penal, debe ejercerse con el fin de vencer la resistencia ofrecida por la víctima o un tercero, en salvaguarda del bien que se pretende sustraer. El desapoderamiento es más drásticamente sancionado precisamente porque el actor no está aprovechando la desprotección del bien, sino más bien, venciendo el resguardo del que se le ha provisto. Indica Núñez: “El robo se comete con violencia física en las personas, si el autor, usando una energía física, humana o de otra índole, real o simulada, ejercida sobre el resistente o en contra de él, vence la resistencia a ser desapoderado de la cosa, ofrecida por su tenedor o un tercero...” (Ricardo C. Núñez, Manual de Derecho Penal, parte especial, Lerner, Buenos Aires, 1978, página 227).”* Resolución número 2005-00274, de las 10:40 horas, del 8 de abril de 2005. Desde una perspectiva integral de la resolución dictada, la conclusión arribada se ajusta en un todo a la relación de hechos demostrados con fundamento en las pruebas aportadas, en el tanto, el enjuiciado empleó violencia contra la agraviada I, para lo cual le abrió el bolso y se lo jaló fuertemente, logrando sustraerle su teléfono celular. El Tribunal descartó que en este caso los hechos fueran constitutivos de un delito de hurto simple, como lo alegó la defensa técnica, al estimar que de la propia declaración que rindió la víctima, se desprende que ésta llevaba su cartera o bolso colgando del hombro cuando sintió un jalonazo, observó a su lado al imputado y se percató que la bolsa exterior de su bolso estaba abierto y su teléfono celular desaparecido, por lo cual optó por seguir al encartado. Los jueces consideraron que ese “jalonazo” tuvo una intensidad lo suficientemente fuerte, superior a lo normal, que hizo que la propia afectada se diera cuenta de lo que estaba sucediendo. El celular estaba guardado en la bolsa exterior de la cartera, el cual se encontraba orientado justo al cuerpo de la ofendida, por lo que necesariamente, para poder abrir el zíper se tenía que ejercer una fuerza sobre el objeto y violencia hacia la propia víctima al jalarlo para poder acceder al mismo.

Consideraron demás que producto de esta acción el objeto sufrió pequeños daños en sus argollas y agarraderas y que la misma fue cometida cuando el delito estaba en proceso. (secuencia 14:25:06 al 14:30:37, cámara 13, 08/07/2011). El recurrente pretende hacer ver que no medió fuerza ni violencia sobre la víctima, además de que el jalón del bolso fue perpetrado después de que había sustraído el celular, cuando ya se había dado el desapoderamiento, pretendiendo dividir el robo en acciones independientes entre sí, planteamiento que resulta desacertado ya que no encuentra respaldo en la prueba evacuada en el juicio. Esta Sala se dio a la tarea de observar el registro audiovisual de la declaración rendida en el juicio por la afectada I, pudiendo constatar que fue muy clara en referir el modo cómo acontecieron los hechos. Ella manifestó que iba caminando por Plaza [...], situada diagonal al Hospital San Juan de Dios, cuando súbitamente sintió que su bolso -el cual llevaba colgando de su hombro y tenía el zíper cerrado-, se movió de adelante hacia atrás, que le fue jalado, agregando que de seguido volvió a ver y se dio cuenta que el aquí imputado le había sustraído su celular marca Nokia color fucsia, por lo cual lo comenzó a seguir. La representante del Ministerio Público le solicitó que se levantara y explicara a los jueces cómo fue ese jalón, pudiendo apreciar esta Cámara que la testigo repitió el movimiento que sintió en su cartera, el cual le fue jalado fuertemente de su hombro hacia atrás (ver secuencia 08:39:31 al 08:41:30, cámara 1, 08/07/2011). Resulta necesario manifestar que la ofendida indicó que gracias a este jalón, su bolso resultó dañado, circunstancia que pudo ser advertida por los jueces y a las partes, ya que la testigo les enseñó su cartera, donde se apreciaban las tiras un tanto sueltas, daño que no tenía antes de este incidente. Al ser cuestionada sobre este aspecto, la ofendida manifestó que esta cartera fue un obsequio que sus hijos le hicieron por la celebración del día de la madre, que en su país Nicaragua se festeja el 30 de mayo, por lo cual el mismo se encontraba nuevo. En este caso, el imputado sí ejerció un grado de violencia para lograr sustraer el teléfono celular que en ese momento se encontraba en posesión de la víctima, logrando así superar la resistencia natural ejercida para la salvaguarda de sus bienes personales. En este caso, de acuerdo con los hechos descritos en el fallo como acreditados, es evidente que la sustracción del objeto se produjo venciendo la resistencia natural de la afectada, para lo cual le jaló fuertemente su cartera, abrió el zíper externo del bolso, tomando el celular de la afectada, incurriendo así en la conducta tipificada en el artículo 212 inciso 3 del Código Penal. Valga decir que el hecho se cometió con violencia sobre la ofendida, puesto que para lograr el despojo se tuvo que vencer la resistencia natural y espontánea que el cuerpo de la víctima opuso para evitar la sustracción del celular. Sobre el particular esta Sala ha manifestado lo siguiente: *“El que la ofendida no presente con la sustracción del bien lesiones, heridas o dolor no quiere decir que no se produjo la condición que califica el hecho como constitutivo del delito de robo con violencia sobre las personas. Nuestra legislación califica de robo aquella acción desplegada por el agente para apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble con violencia sobre las personas, caso en el que la pena aumenta. Las otras dos figuras contenidas en el numeral 212 incisos 1) y 2) se caracterizan por el uso de la fuerza en las cosas y la cuantía de lo sustraído. En este sentido, la característica del delito de robo simple es el uso de la fuerza o violencia para lograr el apoderamiento. La doctrina ha definido la violencia como “el despliegue de energía física para vencer materialmente la resistencia que el sujeto pasivo opone o puede oponer con el apoderamiento (vis absoluta).” (CREUS, CARLOS. Derecho penal, Parte especial, tomo 1, sexta edición, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 421). Despliegue de energía que se ejerce, sea para derrotar una resistencia actual o evitar que la víctima genere oposición a la acción del*

agente, debiendo existir una real vinculación de la violencia ejercida con el apoderamiento. Sin embargo, respecto a la intensidad de la fuerza ejercida para vencer la resistencia, la doctrina señala que no es necesario el contacto físico para calificar la acción como constitutiva del delito de robo con violencia sobre las personas. “La resistencia que hay que vencer, por consiguiente, puede ser real, presunta o imaginada como posible por el agente. Lo cual demuestra que la energía desplegada por el autor no requiere una determinada intensidad, sino que basta su relación con el apoderamiento, cualquiera que sea aquella, así como tampoco requiere imprescindiblemente un contacto físico del cuerpo del agente con el de la víctima (será robo el apoderamiento de la cartera arrebatada de un tirón; Soler). (Ibídem, p. 421). En este mismo sentido se pronuncia el tratadista Fontan Balestra, al indicar: “No es fácil establecer, con carácter general, qué intensidad debe tener la violencia, ni parece que el criterio a tomar en cuenta deba ser el de la cantidad. Sólo importa señalar que no es preciso que con ella se venza una resistencia predispuesta, es decir, opuesta especialmente al apoderamiento mismo. Por eso es robo y no hurto quitarle de un manotón la cartera a una señora, sin que éste tenga tiempo de prevenirse para ofrecer resistencia. A diferencia de lo que ocurre con la fuerza en las cosas, no hay un modo natural o normal de quitar las cosas con violencia en las personas.” (FONTAN BALESTRA, CARLOS. Derecho penal, Parte especial, decimoquinta edición, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, p. 435). En el caso en estudio el Tribunal tuvo por acreditado que: “1-Al ser aproximadamente las doce horas con seis minutos del veintiuno de julio del dos mil cuatro, la señora M, caminaba por San José, propiamente por avenida cinco, calle cuatro, sea por las inmediaciones de la parada de autobuses de Heredia por la Uruca, momento en que fue interceptada por el imputado RC, quién utilizando la violencia sobre la ofendida le arrebató el par de argollas labradas que ésta tenía colocadas en los (sic) en sus lóbulos, apoderándose ilegítimamente de las mismas.” (cfr. 321). Así las cosas, habiéndose acreditado el uso de la fuerza por parte del imputado en el acto de desapoderamiento de los aretes de la ofendida que pendían de sus lóbulos, el Tribunal calificó acertadamente su conducta al tipo penal por el cual lo condena.” Resolución número 2008-00556, de las 09:18 horas, del 23 de mayo de 2008. Valga indicar que en este caso el recurrente desnaturalizó la esencia del motivo, pretendiendo que esta Sala analizara y revalorara las probanzas, para concluir que los hechos debieron calificarse como una tentativa de hurto simple y no robo con violencia sobre las personas, en el hecho cometido en perjuicio de I; modificando el cuadro de hechos fijados por el Tribunal sentenciador. No obstante lo anterior, considera esta Cámara que la norma de fondo por la que optó el Tribunal de mérito, era la correspondiente al cuadro de hechos demostrados, sin que conste ningún aspecto que en forma objetiva permita encuadrarlos en un tipo penal distinto al que se le atribuyó. En consecuencia, se declara sin lugar la impugnación.”

#### **4. Principio de correlación entre acusación y sentencia: Acusación por hurto agravado y condena por robo agravado**

[Sala Tercera de la Corte]<sup>v</sup>

Voto de mayoría

“II. [...] La conducta imputada a G por el órgano acusador, consistió –en lo conducente– en lo siguiente: “... 2. *El imputado G y su compañero de ilícito E, lograron ingresar por la parte frontal de la vivienda donde se localiza un ventanal sin cristal, únicamente con una regla de madera en su parte interna adherida mediante clavos, la cual desprendieron del extremo derecho permitiéndoles el acceso a la vivienda, logrando de esa forma abrir la puerta principal que estaba únicamente asegurada con una aldaba sin candado.*” (folio 193). Por su parte, el Tribunal tuvo por demostrado que: “...G y uno de los sujetos de nombre E se introdujeron en la vivienda del ofendido, para lo cual arrancaron una tabla de madera colocada horizontalmente sobre una ventana existente al frente de la casa, ventana que se ubicaba al lado de la puerta principal. Dicha tabla fue reventada o desastillada al ser arrancada de los clavos que la sostenían a la pared... 2- *Aprovechando el hueco que quedó en la ventana, los dos sujetos mencionados lograron introducir algún objeto tipo gancho con el cual abrieron la puerta principal y de ese modo ingresaron en el domicilio.*” (cfr. folio 201). Sobre esa base, estimaron que el comportamiento del acusado configuró el delito de robo agravado mediante perforación y fractura, acorde con lo dispuesto en el artículo 213 inciso 1) del Código Penal. Ahora bien, aunque esta Sala ha establecido que el principio de correlación entre lo acusado y la sentencia no exige identidad absoluta entre los hechos descritos en ambas piezas judiciales, la descripción de que el imputado “arrancara” (fracturar) la tabla utilizada como medio de protección en la ventana, la cual “se reventó o desastilló” (perforación) no puede considerarse como simple especificación o circunstanciación de los hechos acusados, en razón de que el Ministerio Público acusó un “desprendimiento de una regla de madera en el extremo derecho, lo que llevó a la fiscal a solicitar la sanción por el delito de hurto agravado; observándose además en el acta de debate, que no hubo ampliación de hechos que justificaran su petición inicial de un cambio de calificación por robo agravado. En efecto, del estudio de la causa se desprende, que ambos aspectos revisten tal esencialidad, que la inclusión realizada por el Tribunal es la que posibilitó aplicar la calificación jurídica de robo agravado, por cuanto la pieza acusatoria se limitó a señalar la existencia de una regla de madera por la parte interna de la ventana del inmueble adherida mediante clavos, la que fue desprendida parcialmente en uno de sus extremos, sin indicar que como resultado de ese desprendimiento la tabla hubiese sufrido algún tipo de daño. No está de más señalar que ciertamente todo desprendimiento lleva implícito el uso de algún tipo de fuerza aún mínimo; sin embargo, ello no implica que siempre se deba producir su fractura. Los elementos introducidos al proceso por el Tribunal de Juicio, lejos de una concreción en cuanto a modo, o la mayor especificación de los hechos acusados, constituyen una variante sustancial a la acusación que afectó el derecho de defensa y por ello no es admisible, al afectar la apropiada la correlación entre lo acusado y lo tenido por demostrado, que constituye una garantía fundamental del debido proceso. Cabe destacar que “...*el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, constituye el delito de Hurto (siempre que no se*

*trate de la contravención prevista en el inciso 1º del art. 208, Hurto menor), pero cuando esta misma sustracción fuere cometida con fuerza en las cosas, se constituye una figura delictiva distinta e independiente a la del Hurto, a saber, el Robo (sobre el Robo como delictum sui generis véase la sentencia de esta Sala V-35-F de las 9:25 hrs. del 28 de enero de 1994), pues con los incisos 1º y 2º del art.212 no solo se intenta tutelar la tenencia de las cosas (el poder sobre la cosa que permite disponer materialmente de ella, según FONTAN, Op.cit., pág.414) -como lo hace el Hurto-, sino que además se procura amparar la integridad de las cosas contra el empleo de los medios que vencen las defensas que han sido puestas para aumentar su custodia o protegerlas de su apoderamiento.” (Sala Tercera, N° 2006-00578 de las 15:00 horas del 19 de junio de 2006). Por otra parte, en cuanto se refiere a la perforación, aspecto que también se cita en el fallo sin hacer mayor análisis, se observa que los juzgadores tuvieron por demostrado que una vez que se desprendió parcialmente la tabla el acusado o el otro sujeto que lo acompañaba lograron introducir algún objeto tipo gancho con el cual abrieron la puerta principal; sin embargo, según se desprende de la declaración del ofendido, la tabla que él colocó en la ventana de la vivienda que se encontraba en construcción, ni siquiera la cubría en su totalidad, por cuanto “...ahí no había puesto el vidrio sino que puse una regla en posición horizontal al centro, entonces esa regla la arrancaron para poder ingresar,...me imagino que por ahí metieron un gancho o algo...” (folios 195 y 196). De donde se infiere que los sujetos no requirieron hacer ninguna perforación en la ventana para acceder a su interior, ya que la misma tenía espacios libres, es más específicamente en el acta de inspección a folio 27, confeccionada el mismo día en que se interpuso la denuncia, se indicó: “...en la parte frontal de la vivienda se localiza un ventanal, en su parte superior presenta un espacio de veintiocho centímetros de ancho, por noventa centímetros de largo, sin cristal, únicamente con una regla de madera en su parte interna adherida mediante clavos, la cual se desprende de uno de los extremos del lado derecho y permite el acceso a la vivienda, siendo que la puerta principal, se asegura mediante una aldaba, sin candado,...”. A ello se adiciona, que conforme lo señaló la señora M.C.C. [...], “...La ventana está pegada a la puerta de la casa, en escuadra. Cuando yo me levanto la puerta está abierta, puerta del frente de la casa, creo que estaba abierta. Es una puerta de madera y no tenía forzaduras porque la abrieron por la ventana. Tenía como una aldaba porque nosotros estábamos recién pasados. Si una persona mete la mano por la ventana puede abrir la puerta.” (folio 199). Acorde con lo expuesto, sin que la Sala prejuzgue acerca de la responsabilidad o no del justiciable, apreciándose que el Tribunal incurrió en el vicio de carencia de correlación alegado, se declara con lugar el recurso de casación interpuesto por el defensor público del justiciable, se anulan la sentencia dictada y el debate que le dio origen, y se ordena el reenvío de la causa para nueva sustanciación, conforme a Derecho.”*

## 5. Hurto: Concurso ideal con violación de domicilio

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>vi</sup>

Voto de mayoría

"El hurto ejecutado en una casa particular, constituye un concurso ideal entre el tipo delictivo citado y la violación de domicilio. Analizando el fallo, nota esta Cámara, que conforme a la relación de hechos probados, en este caso no sólo existe el delito de hurto, sino que también se produjo, en concurso ideal, una violación de domicilio. Sobre este aspecto, consideramos oportuno citar lo que este Tribunal resolvió en el fallo 406 de noviembre de 1994, señalando que la "...intención específica de un sujeto, no determina la exclusión de un tipo penal que en todo caso no se incluye en el tipo principal. .... el concurso aparente de normas no se determina por la intención del sujeto activo, sino que es la descripción de cada tipo penal lo que dilucida el problema. No es el elemento subjetivo del tipo principal el que forzosamente excluye al delito que ha sido instrumento para la ejecución de la acción delictiva principal. Así, por ejemplo, si un sujeto realiza un robo con violencia en las personas, ocasionándole a la víctima una lesión gravísima, no podría admitirse el concurso ideal conforme a la tesis que expone el recurrente, pues el robo absorbería las lesiones gravísimas, ya que el sujeto siempre tuvo en mente la sustracción y no la específica lesión a la integridad física de la víctima. El concurso aparente de normas se rige por principios como el de especialidad, subsidiariedad, alternatividad y consunción, cuyo contenido se define de acuerdo con el tipo objetivo y no el subjetivo. La tesis del impugnante es errónea, cuando sostiene que es el elemento subjetivo el que define la exclusión de la figura penal subordinada, conforme a las reglas del concurso aparente. No es la intención específica del sujeto activo la que define la existencia de un concurso aparente de normas o un concurso ideal o material, sino que es la comparación entre los tipos delictivos cuya aplicación convergente se discute. Así, en el caso en examen, el hurto no contiene, de ninguna forma, los elementos que definen la violación de domicilio. No existe ningún nexo directo o indirecto entre esas dos figuras. La posibilidad de que el hurto se realice en un domicilio o casa de negocios es un acontecimiento totalmente accidental, dependiendo de la voluntad del sujeto activo. Esta aleatoriedad no puede convertirse en un criterio que defina un concurso aparente de normas que realmente no existe. Sólo es una circunstancia accidental que de ningún modo puede ser el criterio que dilucida la exclusión de la violación de domicilio y la exclusiva aplicación del hurto. No existe entre el hurto y la violación de domicilio o entre éste y el robo simple, una relación de especialidad, pues éste supone una relación cualificada o privilegiada respecto a un tipo base, como ocurre entre el homicidio simple y el homicidio agravado; no es posible, por otra parte, aplicar entre los tipos delictivos mencionados una relación de tipo compuesto, como sí sucede con respecto al robo y el hurto y la coacción. Tampoco existe una relación de consunción, ya que el desvalor que representa el robo simple o el hurto simple no abarca el desvalor representado por la violación de domicilio. (ver Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal, Ed. Ariel. España. 1989. p.81.) Como bien lo señala el Magistrado Daniel González Álvarez en su voto disidente (ver resolución 460-F de las 8:55 horas del 30 de agosto de 1991), la violación de domicilio no requiere un dolo específico dirigido a perturbar el ánimo de intimidad de los moradores o poseedores

de la habitación o casa de negocios invadida. El autor de la violación de domicilio no siempre lo realiza con la intención específica de violar la intimidad, puede ser que ingrese al domicilio con la finalidad de agredir o lesionar a sus moradores y en estas condiciones, aunque su intención última no sea la de violar la intimidad, siempre cometerá la acción delictiva, porque el ánimo específico que inspira su acción no excluye también, la conciencia de que se está irrespetando la intimidad. Basta el dolo, en sentido amplio, para que se cometa el ilícito que prevé el artículo 204 del Código Penal. Las motivaciones específicas que en el caso concreto tenga el sujeto activo, no provocan la desaparición del dolo que caracteriza la violación domicilio. El Magistrado González Alvarez concluye su voto disidente señalando que *"..cuando un sujeto penetra a una vivienda y además realiza un hurto, ambos ilícitos concurren en la especie sin que se pueda hablar de una relación de subsidiariedad o subsunción..."*. En el caso en examen, la violación de domicilio le permitió al infractor ejecutar el hurto, existe en estas circunstancias un delito *criminis causa*, en donde uno de ellos, en este caso, la violación de domicilio, permitió la ejecución del otro. (el hurto). Sin embargo, como no existe, por razones de tipicidad, el delito de hurto, subsiste, por tanto, la violación de domicilio, como acertadamente lo calificó del a-quo. (Sobre la relación de concurso entre el hurto y la violación de domicilio puede consultarse, Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentina"-Tea. Buenos Aires. 1970-Tomo IV-Ed.TEA, p.88 ss.).....". Conforme al criterio citado, esta Cámara, de oficio, modifica la tipicidad de los hechos, calificándolos como un hurto simple con violación de domicilio, en concurso ideal. Esta variación no modifica, de ninguna manera, el monto de la pena impuesta a la acusada. Se trata de una corrección que se ajusta a los principios que inspiran, históricamente, la Casación."

## **6. Teoría de la disponibilidad del bien: Aplicación para determinar la consumación del robo**

[Sala Tercera de la Corte]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

"IV. [...] Al respecto, esta Sala apuntó en su resolución número 628, de 31 de julio de 2003: *"... la jurisprudencia de esta Sala, han establecido que tanto en el hurto —en sus diversas modalidades— como en el robo —simple o agravado— para fijar el momento consumativo, debe seguirse la teoría de la disponibilidad, en virtud de la cual, el delito se entiende consumado cuando aparte del desapoderamiento de bienes al ofendido, se logra su apoderamiento por parte del agente. Esto quiere decir, que para que el robo se estime consumado, el agente activo no sólo debe haber sustraído la cosa mueble de la esfera de custodia de su tenedor, poseedor o propietario, sino que además, debe haber quedado en capacidad de ejercer actos efectivos de posesión sobre el bien.... Precisamente, esa posibilidad de disponer, significa asumir un poder de hecho respecto al objeto sustraído, que confiere al nuevo tenedor condiciones efectivas para conservarlo, dañarlo, venderlo, cambiarlo, o perderlo, entre otras formas comunes de disposición..."*. Y, en otra resolución más reciente, la número 1154, de 17 de octubre de 2008, se indicó: *"...el imputado abordó un taxi y fue perdido de vista por quienes tenían conocimiento efectivo del delito realizado..."*,



**logrando tener la posibilidad real de disponer del bien sustraído (al abordar un taxi y marcharse del lugar)...**, en efecto, existió una huida por parte encartado con el bien sustraído en su poder, hasta ser perdido de vista por los testigos que lo observaron salir de la casa de la ofendida, lo que permitió comprender que, al llegar la policía al sitio, dieran las características del vehículo en que se había retirado del lugar y señalaran la ruta que siguió... Se reitera, en el caso concreto, a partir del momento en que el encartado aborda el taxi y se marcha del lugar sin ser perseguido por quienes lo descubren en flagrancia, **existió una posibilidad real para disponer del objeto sustraído**, al margen de que fuera detenido con él aún en su poder, a un kilómetro de distancia, gracias a las gestiones de la policía para, a partir de las características del vehículo, coordinar con la base de taxis su ubicación...". Por consiguiente, el delito de robo agravado cometido por C. se llegó a consumar."

## **7. Robo agravado: Análisis del tipo, distinción con hurto agravado y consideraciones sobre el uso de la fuerza**

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]<sup>viii</sup>

Voto de mayoría

" **III-** Otro defecto alegado por la licenciada Barquero Díaz consiste en la errónea aplicación de la ley sustantiva, pues los juzgadores calificaron como robo agravado hechos que, en criterio de la quejosa, constituyen el delito de hurto **agravado. La queja no es de recibo.** Tanto el hurto como el robo son típicas figuras de sustracción y enriquecimiento, aunque el primero se distingue del segundo por una connotación negativa, ya que el acto de sustraer debe realizarse sin aplicar fuerza en las cosas o violencia sobre las personas. La "fuerza en las cosas" a la que se refiere el artículo 212 del Código Penal es aquella ejercida, obviamente, durante la fase ejecutiva del robo y dirigida a consumir el apoderamiento; y este último vocablo, amerita recordarse, responde a un concepto complejo que involucra el desapoderamiento (sacar la cosa de la esfera o ámbito de custodia de su propietario o tenedor) y el apoderamiento en sentido estricto (la capacidad potencial del agente de disponer del bien sustraído). Al señalar que la fuerza debe emplearse durante la fase ejecutiva del hecho, se pretende recalcar lo ya dicho por el tipo penal, en cuando tipifica el robo: "... cuando la sustracción fuere cometida con fuerza en las cosas..."; es decir, se trata de fuerza "para" cometer la sustracción y no la que se aplique luego de consumada. Así, la conducta del agente que, en pleno disfrute de la cosa ajena que sustrajo sin ejercer fuerza en las cosas ni violencia sobre las personas, decide destruirla o separarla en sus componentes, no hace que el hurto ya consumado se convierta en **robo**; sino que, *por lo general*, esa conducta posterior constituiría un mero acto de **efectiva disposición** del bien sustraído, impune en la mayoría de los casos. En las sentencias No. 1196-10, de 11:25 horas de 28 de octubre de 2010 y la No. 301-08, de 10:00 horas de 16 de abril de 2008, ambas de la Sala Tercera e invocadas, respectivamente, por el tribunal en el fallo de mérito y por la defensora en su recurso, se menciona una "fase de agotamiento" del hurto. En realidad, el uso de tal concepto suele reservarse para los delitos de resultado cortado, tales como la estafa, en los que es posible distinguir la consumación formal y la material y ello posee trascendencia y efectos derivados de la teoría de la participación (es

decir: aun luego de la consumación formal, y antes de la consumación material, pueden intervenir por vez primera sujetos que serán copartícipes del delito de resultado cortado y no autores de uno independiente de encubrimiento). Sin embargo, el hurto simple y el **robo no son delitos de resultado cortado** que admitan una consumación formal y una material, pues los respectivos tipos penales que los sancionan no contemplan elementos que permitan hacer tal distinción. Se consuman por el ya referido acto complejo del apoderamiento. Así, quien sin promesa anterior al hurto realiza acciones para que el autor de ese hecho punible consumado pueda disfrutar o disponer de manera efectiva del bien sustraído, no será copartícipe del hurto, sino eventual autor de otra ilicitud (v. gr.: receptación o favorecimiento real o personal); en tanto que aquel que le suministre ayuda antes de que el autor logre apoderarse de la cosa (por ejemplo, mientras es perseguido por la víctima) sí será partícipe del hurto, aun cuando ese auxilio no hubiese sido prometido con anterioridad al delito. En el caso de la fuerza en las cosas y la violencia sobre las personas, típicas del **robo**, también deben hallarse dirigidas a obtener el apoderamiento del bien y realizarse durante la fase ejecutiva del delito, previa a la consumación, conforme se expuso. Si tienen lugar después de ese momento, podrían dar lugar a otros delitos (v. gr.: daños; lesiones u homicidio calificados por pretender asegurar la impunidad del robo) y, al igual que respecto del hurto y, en general, cualquier delito, la participación solo puede surgir antes de que se consume la ilicitud. Ahora bien, volviendo al tema de la fuerza típica del robo, ella puede recaer tanto en los medios de defensa que rodean o buscan proteger la cosa, como en la cosa misma (por ejemplo, arrancándola del sitio en que está empotrada o, en el caso de los animales, venciendo su natural resistencia), siempre, se reitera, que tal fuerza sea aplicada con miras a lograr apoderarse del objeto. En este asunto, el tribunal determinó que los justiciables sacaron las ovejas del corral sin ejercer fuerza en las cosas; no obstante, las trasladaron a otro sitio **dentro de la misma finca de la agraviada** y allí las mataron, destazaron y empacaron la carne en bolsas y sacos para llevársela, todo lo cual demuestra que actuaron con dolo de apropiación. Además, debe decirse que, en realidad, el punto de si la pretensión original de los autores era la de apoderarse de las cabezas de ganado menor, ya fuere en su integridad (animales vivos) o solo su carne, carece de relevancia. Lo cierto es que, durante la fase ejecutiva de la sustracción, aplicaron fuerza en las cosas (los animales mismos) para obtener el apoderamiento. Nótese que el sitio en el que se practicó el sacrificio y destace se hallaba dentro de la finca y, por ende, los bienes no habían sido extraídos aún del ámbito de custodia de la agraviada. Lo anterior significa que el hecho de matar a los animales no constituyó, en este caso, un acto de disposición de los bienes (como, de forma errónea, lo mencionó el *a quo*), sino el ejercicio de fuerza dirigida a consumir el despojo y se enmarca en las previsiones que reprimen el delito de **robo agravado**, tanto en virtud de que intervinieron "dos o más personas" -en concreto, tres-, como porque la acción recayó en cabezas de ganado menor (concepto que incluye las ovejas, cabras, cerdos y otros semovientes de tamaño similar). Procede, entonces, rechazar los alegatos."

## 8. Robo agravado: Recalificación a hurto y violación de domicilio

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]<sup>ix</sup>

Voto de mayoría

“II.- [...] El Tribunal valoró que el imputado quitó ocho celosías de la ventana de la vivienda y las estibó sobre el césped donde fueron encontradas y, así fue como ingresó a la vivienda y se apoderó de los bienes con los que huyó una vez que se vio sorprendido por los moradores. El Tribunal fundamenta que esto se tiene por demostrado porque el imputado brindó una declaración totalmente acomodaticia e increíble, pues lo que refiere es que ingresó al interior de la casa porque tenía hambre y frío y la puerta estaba abierta, afirmación que no tiene ninguna lógica porque si así hubiera sido, no se hubiera apoderado de los bienes del ofendido y no hubiera huído (sic) con ellos. Esta Cámara considera que con esta conclusión del Tribunal sentenciador, contrario a como se reclama en el recurso, no se violenta el principio de derivación porque la actuación del imputado, de ingresar a la vivienda, apoderarse de bienes y luego huir, resulta consecuente con quien previo al ingreso, ha quitado las celosías de la ventana para abrir la puerta y poder entrar a la morada. Si a lo anterior, se suma que los declarantes afirman haber dejado la puerta cerrada esa noche y, que las celosías estaban en su lugar en la ventana antes de irse a dormir, no existe duda que fue el imputado quien quitó las celosías de la ventana y abrió la puerta. No resulta lógico ni derivable que, antes de la presencia del imputado en el lugar, otra persona hubiese quitado las celosías y abierto la puerta, sin sustraer absolutamente nada dentro de la vivienda, solo para procurar que alguna otra persona lo hiciera. En cuanto a la ausencia de otras diligencias de investigación, como estudio de huellas dactilares e inspección ocular en el sitio, que respalden la conclusión de que fue el imputado quien quitó las celosías y abrió la puerta, bien valoró la mayoría del Tribunal *a quo* que, de exigirse otras pruebas que acrediten tal circunstancia se adoptaría un sistema de prueba tasada no previsto en nuestra legislación procesal penal, siendo suficiente conforme con el principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 182 del Código Procesal Penal, la prueba testimonial recibida en el debate y que acredita que antes de que el imputado fuese sorprendido dentro de la vivienda sustrayendo bienes ajenos, la puerta estaba cerrada y las celosías en su lugar original en la ventana. Empero, el cuadro fáctico demostrado no configura un delito de robo agravado, pues si bien es cierto, se acreditó que el imputado quitó las celosías, no se demostró una fuerza especialmente ejercida sobre las celosías para lograr extraerlas de su marco, por lo que en ese sentido, estando a lo más favorable para el encartado, debe entenderse que se ejerció la fuerza normal para colocarlas o retirarlas. Ante este panorama, la calificación correcta que debe darse a los hechos demostrados, es de hurto simple en concurso ideal con violación de domicilio. La Sala de Casación Penal, con sustento dogmático que esta Cámara comparte, ha sostenido que en casos como este, quitar celosías, corriendo los rieles sin romperlos, es usar el mecanismo lógico y propio para ello, que no es fuerza sobre las cosas, sino hurto, en este sentido ha establecido lo siguiente: “...*Ya esta Sala en reiterada jurisprudencia ha afirmado que el simple desprendimiento de celosías no constituye fuerza en las cosas, porque en estos casos se logra el desprendimiento y la separación sin producir daños, sin romper, sin cortar, sin retorcer o deformar los objetos, es decir se utiliza el modo natural de separar y*

*desprender un objeto de otro sin emplear fuerza en sentido jurídico (Véanse las resoluciones n° 104-A de 8:22 hrs. del 3 de abril de 1987 y N°682-f de las 8:45 hrs. del 16 de diciembre de 1988, ambas de la Sala Tercera). Por lo expuesto, tratándose de una sustracción de bienes ajenos, sin utilizar fuerza en las cosas o violencia sobre las personas, el hecho debe calificarse como constitutivo de hurto..." (Resolución V-215-F-94 de las 10:05 horas del 10 de junio de 1994 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). Con fundamento en lo anterior, esta Cámara recalifica los hechos demostrados, al delito de hurto simple en concurso ideal con el delito de violación de domicilio previstos y sancionados por los numerales 204 y 208, en relación con los artículos 21 y 75 todos del Código Penal, el primero prevé la pena de un mes a tres años de prisión y el segundo de seis meses a dos años de prisión. En atención a la pena, el delito más grave es el de hurto simple pues establece un extremo mayor, que es superior al previsto para el delito de violación de domicilio. La pena que esta Cámara impone es de siete meses de prisión para el delito más grave, sin aumentarla por el concurso ideal pero sí, considerando que los hechos se perpetran en una vivienda habitada y en horas de la noche. Es menester de este Tribunal indicar que con imponer en esta sede, la pena de siete meses de prisión, no se afecta, al menos para este caso, el derecho al recurso contra la sentencia condenatoria, pues la defensa ha tenido oportunidad de atacar los fundamentos de una sanción mayor y obtiene en esta sede una mejora significativa de la sanción original."*

---

<sup>i</sup> Asamblea Legislativa. Ley número 4573 del 04/05/1970. Código Penal. Fecha de vigencia desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 42 de 43 del 24/04/2013. Gaceta número 257 del 15/11/1970. Alcance: 120A.

<sup>ii</sup> Sentencia: 01297 Expediente: 13-000272-1283-PE Fecha: 19/06/2013 Hora: 02:25:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.

<sup>iii</sup> Sentencia: 00056 Expediente: 12-000375-1109-PE Fecha: 01/02/2013 Hora: 10:19:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón.

<sup>iv</sup> Sentencia: 01147 Expediente: 11-000517-1092-PE Fecha: 22/09/2011 Hora: 02:30:00 p.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

<sup>v</sup> Sentencia: 00434 Expediente: 05-002505-0276-PE Fecha: 08/05/2007 Hora: 09:30:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

<sup>vi</sup> Sentencia: 00565 Expediente: 97-001014-0344-PE Fecha: 18/08/1998 Hora: 11:05:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San José.

<sup>vii</sup> Sentencia: 00211 Expediente: 06-001810-0369-PE Fecha: 06/03/2009 Hora: 11:03:00 a.m. Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

<sup>viii</sup> Sentencia: 00305 Expediente: 13-001224-0060-PE Fecha: 11/11/2013 Hora: 04:30:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz.

<sup>ix</sup> Sentencia: 00855 Expediente: 12-000299-1283-PE Fecha: 26/04/2013 Hora: 11:00:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.