



DELITO DE RETENCIÓN Y APROPIACIÓN INDEBIDA

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
<p>Palabras Claves: Retención Indebida, Apropiación Indebida, Artículo 223 del Código Penal, Prescripción, Sala Tercera. Sentencias 1649-09, 331-11, 1170-11, 1139-12, 1488-12; Trib de Casación Penal Sentencia 978-08, Trib. de Casación Penal de San ramón. Sentencias 7613, 50513; Trib. De Casación Penal de Santa Cruz. Sentencia 208-08.</p>	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 13/08/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
Apropiación y Retención Indebidas.....	2
DOCTRINA	3
Análisis del Artículo 223 del Código Penal	3
Pena Aplicable	3
Uso Indebido	4
JURISPRUDENCIA	6
1. Consumación y Prescripción del Delito de Apropiación Indebida	6
2. Imposibilidad en el Caso Concreto de Absolver al Imputado Basado en los Errores Contenidos en la Prevención	7
3. Diferencias entre el Delito de Apropiación Indebida y la Administración Fraudulenta	9
4. El Elemento Objetivo de la Entrega del Bien en el Delito de Apropiación Indebida.....	16

5. Apropiación Indevida: Importancia de la Prevención de Devolución ...	17
6. Análisis Sobre su Configuración, Elementos Objetivos y Conceptos de "Convenio, Convención y Contrato"	20
7. Elementos Configurativos del Delito de Retención Indevida	26
8. Determinación y Computo del Plazo de Prescripción en el Delito de Retención Indevida	28
9. Delito de Retención Indevida y Tipo Especializado de Retención de Cuotas Obrero Patronales	29

RESUMEN

El presente informe de Investigación reúne información doctrinaria y jurisprudencial, sobre el **Delito de Retención y Apropiación Indevida**, considerando los supuestos normativos del artículo 223 del Código Penal, el cual prevé los elementos típicos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal citado.

NORMATIVA

Apropiación y Retención Indevidas

[Código Penal]ⁱ

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 ajeno, 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.

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

DOCTRINA

Análisis del Artículo 223 del Código Penal

[Loria Luna, L]ⁱⁱ

[P. 101] En primer lugar notamos un cambio en la pena con que se castiga al autor del delito.

Antes de la reforma la pena que se aplicaba era de prisión de 6 meses a 10 años, lo cual estaba previsto en el mismo artículo 223. Ahora, para castigar por la comisión de ese delito, se nos remite al artículo 216 del mismo Código Penal, el cual se refiere a la Estafa.

[P. 102] Además, la norma como nos la presenta ahora el Código, prevé la posibilidad de que la persona a la que se le atribuye la comisión de este delito, se libre de toda pena y responsabilidad penal, en cuyo caso no se abriría causa en su contra, si cumple con la prevención de devolver o entregar el bien.

Podemos decir que la figura se mantiene en su sustantividad y elementos necesarios. En términos generales, la norma 223 sigue siendo la misma en su redacción, salvo en lo que ya se analizará, que es en cuanto a la pena y a la posibilidad de eximirse de ella.

Pena Aplicable

[Loria Luna, L]ⁱⁱⁱ

[P. 102] La norma 223 de nuestro Código Penal, antes de la reforma de 1982, castigaba la apropiación y retención indebida con una pena de prisión que tenía un mínimo de seis meses y un máximo de diez años. Lógicamente el Juez debía imponer la sanción dependiendo para ello de la gravedad del delito y por ende, del valor económico de lo apropiado o retenido. Esto es, la discrecionalidad del juzgador prevalecía, pues se le daba

[P. 103] amplia libertad para condenar, siempre que lo hiciera dentro de ese mínimo y ese máximo pre establecido.

En la actualidad el artículo en mención no contiene en sí la sanción, sino que nos remite a la norma 216 del mismo cuerpo legal, pues estatuye así: "se impondrá la pena establecida en el artículo 216, según el monto de la defraudación...".

Y el artículo 216 del Código Penal, en lo que nos interesa estatuye así: "...será sancionado de la siguiente forma:

1. Con prisión de dos a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de cinco mil colones y,
2. Con prisión de seis meses a diez años, si excediere de cinco mil colones".

Esto quiere decir que se castigará con prisión de dos meses a tres años si el monto de lo defraudado no excediere de \$5.000,00 y de seis meses a diez años, si excediere de cinco mil colones.

[P. 104] Véase la importancia de esta reforma. Antes quedaba a criterio del juez imponer la sanción, que si bien, por una lógica jurídica y una fundamentación en la equidad, la justicia y en la búsqueda de un equilibrio social, la hacía depender de la importancia de lo defraudado, no obstante, eso, no se decía en la norma. De tal manera que se podía imponer la sanción - dentro de esos límites de seis meses a diez años; jugando entonces el subjetivismo del juez un papel muy importante que le permitía castigar duramente en un asunto de poca monta, o levemente en un caso de alto valor económico.

Hoy en cambio, no es discrecional del Juez, porque esa amplitud que se tenía para castigar ha sido limitada, de tal manera que el juzgador no podrá imponer más de tres años de prisión si el valor de la defraudación no supera los cinco mil colones; y sólo en el supuesto de que ese monto sea de más de cinco mil colones podrá pensarse en una pena de prisión superior a los tres años.

Además, la pena tiene ahora un mínimo menor, porque antes de la reforma era de seis meses a diez años de prisión; hoy es de dos meses a tres años, si no excede el monto de lo defrauda

[P. 105] do de cinco mil colones; y sólo es posible imponer de seis meses a diez años si se superan los cinco mil colones en lo defraudado.

Uso Indebido

[Loria Luna, L]^{iv}

[P. 105] El artículo 223 del Código Penal nuestro en su segundo párrafo estipula textualmente:

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

Estamos en presencia de un nuevo beneficio para el sujeto activo o imputado, porque como ya hemos comentado antes, si dentro del término de la prevención se devuelve la cosa, no habrá delito que perseguir, y en todo caso, de acuerdo a la cita textual

anterior, si no se devuelve o entrega el bien, y no se tratara de apropiación, sino de Uso Indebido, el Juez estará obligado a reducir la pena conforme a su propio criterio.

Para que se de un uso indebido, debe haber llegado la co

[P. 106] sa al sujeto activo sin apoderamiento de su parte; la recibe de manera legítima y no puede existir intención de apropiársela - porque entonces no se estaría ante un uso indebido»

El sujeto tiene la cosa por habérsela entregado previa y voluntariamente el dueño o poseedor, para no usarla, o hacer de ella un uso determinado, y la emplea sin la intención de apropiársela y le da un uso distinto del pactado.

El artículo 223 cuando se refiere al uso indebido, está sancionando simplemente un uso abusivo de la cosa, es decir, castiga una conducta realizada por el sujeto activo que no se le ha permitido.

Son ejemplos típicos de uso indebido, el del sastre que usa el traje que le dió el cliente para que le arregle una man ga; o la utilización del automotor que hace el depositario o guardador, que lo usa para pasear; o bien, caso de quien usa un automóvil como taxi cuando lo recibió únicamente para dar un paseo*

Hacemos hincapié en que el artículo no sanciona un apo-

[P. 107] deramiento, porque eso no se áa sn el uso indebido, sino su u- so abusivo» Extrañamente la ley reduce la pena en una situación como la que analizamos; y creemos que esto es reprochable desde todo punto de vista, máxime que el autor de esa conducta está abusando de la confianza que se le dió.

En la vida diaria ocurre mucho este delito, pero es muy posible que las personas afectadas se desanimen un tanto para denunciarlo ante ese trato benevolente y de gracia ya comentado que se le otorga al delincuente, y eso lo creemos así porque al realizar un estudio en el Departamento de Digesto de la Corte Suprema de Justicia, nos encontramos que no existe ninguna sentencia que haya decidido sobre el Uso indebido».

JURISPRUDENCIA

1. Consumación y Prescripción del Delito de Apropiación Indebida

[Tribunal de Casación Penal de San José]^v

Voto de mayoría

“I. [...] El reclamo no es atendible. Tal como lo advierte la representación del Ministerio Público (cfr. folio 233), la acción penal sí ha prescrito en el presente asunto, aunque no por las razones expresadas por el tribunal de juicio, sino más bien porque tratándose de un delito de «Apropiación y retención indebidas» de menor cuantía, el plazo de prescripción corresponde a tres años, los cuales se vieron reducidos a la mitad en razón de la indagatoria al encartado, ocurrida el **18 de marzo de 2002** (cfr. folios 38 a 39), de manera que el plazo de dieciocho meses para la prescripción se cumplió el día **18 setiembre de 2003**. No fue sino hasta después de esa fecha que aconteció el siguiente acto que, según la ley, podría haber interrumpido aquel plazo, a saber, el señalamiento de la audiencia preliminar de fecha 11 de febrero de 2004 (cfr. folios 102 a 104). Por otra parte, no consta en el acta de audiencia preliminar que el imputado hubiera renunciado expresamente a la prescripción (cfr. folio 110), por lo que no son atendibles las pretensiones del impugnante. Es importante aclarar que aunque en otros casos relativos al delito de «Apropiación y retención indebidas» (artículo 223 del Código Penal) en la jurisprudencia de este Tribunal se ha afirmado que ese delito “...no se tiene por constituido sino hasta que vencido el término prevenido el agente omite devolver o entregar el bien, de lo que se sigue que el plazo de la prescripción no podría correr sino a partir de esa consumación, conforme a la regla que para el cómputo de la prescripción contempla el artículo 32 del Código Procesal Penal” (TCP, Nº 1113 de las 9:10 horas del 20 de octubre de 2006, en igual sentido la Nº 1118 de las 15:20 horas del 27 de octubre de 2004), lo cierto es que en el presente caso no puede considerarse que el incumplimiento de la prevención (la cual fue hecha luego de la indagatoria), enerve o torne ineficaces las circunstancias de que el procedimiento se inició y de que el imputado fue indagado, desconociendo a este último acto el efecto jurídico de haber interrumpido la prescripción. Inicialmente el actor penal sostuvo que los hechos constituían el delito de «Apropiación irregular» (cfr. solicitud de señalamiento de audiencia para conciliación, folio 67), pero posteriormente el actor recalificó a «Apropiación y retención indebida», e hizo la correspondiente prevención de devolución, a las 8:00 horas del 3 de julio de 2003 (cfr. folio 83), esto sucede tiempo después de haberse practicado la indagatoria, por lo que no puede desconocerse –en perjuicio del imputado– el efecto jurídico de aquellos actos procesales, sobre todo si se tiene en cuenta que el fundamento de la prescripción es sancionar el incorrecto ejercicio de la acción penal. Por otra parte, la particular situación que aquí se presenta, nos ha hecho reflexionar sobre nuestros precedentes jurisprudenciales, en el sentido

de que los elementos constitutivos de cada una de las modalidades previstas en el tipo penal denominado «Apropiación y retención indebidas» están previstas en los párrafos primero y segundo del artículo 223 del Código Penal, de manera que se consuma el delito cuando el agente se apropia de la cosa o valor ajeno, o no lo entrega o restituye al tiempo que indica el título que produce la obligación de entregar o devolver. La hipótesis prevista en el párrafo tercero del artículo 223 en realidad no es un elemento constitutivo del tipo penal, sino una condición que excluye el delito (la fórmula empleada por el legislador es "no habrá delito") y por eso quienes suscribimos este voto de mayoría recientemente habíamos considerado que la prevención de devolución del párrafo tercero del artículo 223 no tiene el mérito de variar el momento en que se configura el delito (TCP, N° 601 de las 13:20 horas del 1º de julio de 2008). Por las razones indicadas se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto.”

2. Imposibilidad en el Caso Concreto de Absolver al Imputado Basado en los Errores Contenidos en la Prevención

[Sala Tercera]^{vi}

Voto de mayoría

“II. [...] En cuanto a la prevención : Contrario a la opinión del recurrente, la prevención sí es un requisito de tipicidad del hecho, según la estructura que le da a esta figura el legislador en el Código Penal. La prevención es necesaria para verificar que el sujeto tiene el dolo de retener los objetos o bienes en custodia, porque es necesario que se le prevenga la entrega y ésta se incumpla, para que el delito se configure, es lo que se conoce como “*teoría de la manifestación*” pues, objetivamente, la denuncia informa de la retención o apropiación, no obstante, ésta se verifica cuando, una vez prevenido formalmente, la persona obligada a la entrega, no lo hace. De esta forma, la prevención se integra como requisito de tipicidad del hecho, al punto que si la persona obligada cumple con la entrega dentro del plazo conferido “*no hay delito*”, como reza el texto del párrafo segundo del numeral 223 del Código Penal. Ahora bien, en cuanto a la prevención formulada en este caso, es cierto que la denuncia se interpuso por un monto global, resultado de la estimación de la parte denunciante del monto retenido, considerando dos períodos de tiempo en que se detectaron faltantes en las entregas dinero por parte del acusado, a saber los meses de enero y junio de 1999. Aún cuando en la misma denuncia se informaba que el imputado, para los dineros relacionados con las cuentas de enero, había denunciado haber sido víctima de un robo, lo cierto es que en la denuncia se afirmaba que la hipótesis resultaba dudosa y que además, se unió al otro faltante que habían descubierto en el mes de junio y por el cual se despidió al acusado. De manera tal que, en esa valoración inicial de lo denunciado y las pruebas aportadas, el Ministerio Público debió formular la prevención con los montos que le

fueron señalados por el denunciante, así es como en principio se originan las causas, salvo errores gruesos o evidentes en las sumas, que obligarían al fiscal a realizar una verificación y clarificación del tema con el denunciante, habida cuenta que la prevención que debe formularse, tiene trascendencia a los fines de la responsabilidad penal. Este no es el caso, pues aún cuando con posterioridad el propio Ministerio Público dispuso la recepción de pruebas que lo llevaron a deslindar ambas situaciones, a solicitar un sobreseimiento definitivo por los hechos de enero y acusar por los hechos de junio, lo cierto es que con total transparencia se previno el monto original, el acusado fue informado de la prevención e incluso, no sólo en la denuncia, sino que en el propio juicio, denunciantes y el propio imputado, reconocieron haber sostenido conversaciones respecto del dinero, haberle concedido un tiempo al imputado para devolver el faltante e incluso éste reconoció en juicio que pidió tiempo para devolver el dinero, conociendo plenamente la identidad de los personeros de la empresa, de manera que aún cuando en la prevención se debió haber consignado que el denunciante representa a la empresa ofendida, la omisión de ese detalle no invalida el acto de prevención y en el juicio quedó claro que el justiciable sabía el motivo de la prevención y a su disposición estuvo el sumario incluso antes de formalizar la entrega del dinero, para tener mayor conocimiento de lo que se le prevenía, sin que hubiera objetado en algún momento ese aspecto. Por ello, no comparte la Sala las consideraciones del Tribunal en cuanto a ese punto. Este es el elemento central sobre el que gravita la consideración de los juzgadores, para estimar la existencia de “dudas” respecto de la responsabilidad penal del acusado, las que hacen surgir de los errores en la prevención, reprochando que la prueba que el Ministerio Público aportó, no demostró el hecho acusado. En todo caso, teniendo en cuenta que la prevención es un requisito para la tipicidad del hecho, los errores en la prevención no eran un motivo para absolver al imputado, sino, a lo sumo, para volver a formular la prevención, pues en ese caso, el delito, siguiendo el hilo conductor del Tribunal, aún no ha nacido a la vida jurídica, lo que pone en evidencia los errores en el razonar del fallo. Además, al invocarse la duda respecto de la responsabilidad del imputado, resulta que ésta no surge de un análisis de toda la prueba, pues se extraña toda valoración de la prueba que se ofreció, incluso la propia declaración del acusado, quien, como se indicó, reconoció haber sido emplazado por las sumas de dinero de la empresa y hasta ofreció honrarlo. Dejó de lado la valoración de los testimonios de los personeros de la empresa, en especial de don A., quien se refirió a las manifestaciones del acusado reconociendo haberse apropiado del dinero, aunque sin explicar por qué de esta apropiación y en todo caso, el testigo no recordaba si había dado alguna explicación, pero sí que había reconocido el hecho. Ninguna de estas probanzas, ni el estudio contable fueron analizadas por el Tribunal y afectan sensiblemente sus consideraciones de fondo y por ende, la sentencia no sólo contiene errores jurídicos sino que no está debidamente motivada, como se reclama.”

3. Diferencias entre el Delito de Apropiación Indevida y la Administración Fraudulenta

[Sala Tercera]^{vii}

Voto de mayoría

“III. En su **único reproche** por quebranto de la ley sustantiva (folios 835-838), indica que en el fallo no se dan los elementos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 222 del Código Penal. En el caso de su representado, el Tribunal llega a la conclusión errónea de que él se encargaba de dar el visto bueno de las planillas para que se hicieran los respectivos giros, a la vez que omitió en forma voluntaria el cumplimiento de esos deberes al permitir que se hicieran esos giros sin respaldo alguno; sin embargo, del debate quedó claro que sin la firma o autorización del Gerente General, la entidad bancaria no hacía los pagos. En ese sentido sostiene que al darse esos pagos no autorizados fue el mismo banco el que incumplió con sus deberes y no su defendido porque no existió en su actuar un “dejar hacer” pues sus funciones era dar un visto bueno pero la autorización final era de su jefe por lo que en su criterio, lo endilgado al encartado no configura el delito de administración fraudulenta. **Sin lugar el reproche.** Los argumentos que esboza el licenciado Loaiza parten de una interpretación errónea de lo que se tuvo por probado en el debate. Primeramente, no debe perderse de vista que el fallo acreditó que el acriminado G. fungía como gerente administrativo de la empresa [...] siendo que dentro de sus funciones estaban las de recibir la información de la labor realizada en cada barco de parte del Director de Operaciones; revisar las planillas una vez procesadas por el planillero y firmar los documentos relativos al pago de planillas para ser enviadas al Banco Popular y también la de informar a la Gerencia General y enviar por fax el documento final de la planilla para el visto bueno y reenvío por parte de dicha Gerencia al Banco (folio 727). Además, se constató que de previo y común acuerdo primeramente entre los encartados G. y R. y posteriormente entre ambos y el resto de los cojustificables, se aprovecharon del puesto que ostentaban dentro de la empresa pues tenían a su cargo el manejo, la administración y el cuidado de bienes que le pertenecen a [...] procedieron a suponer operaciones ya que incluyeron en las planillas a encartados que no laboraban para dicha empresa a la vez que también cancelaban sumas de más a otros coimputados que sí laboraban para dicha empresa pero que no habían trabajado horas en los barcos que justificaran la acreditación de esos sobrepagos. Desde esta perspectiva, los actos ejecutados por el encartado G. son constitutivos del delito acusado. Ahora bien, el alegato planteado por el defensor es erróneo porque el Tribunal no sancionó al encartado por el hecho de que dentro de sus actuaciones estuviera el dar el visto bueno inicial de las planillas para que luego fueran refrendadas por el gerente general sino más bien, porque de consuno con R., procedieron a realizar “planillas adicionales” a espaldas de D., único autorizado para que se hicieran los respectivos pagos por parte del banco. No es un

error el argumento del Tribunal de que esas planillas “extraoficiales” iban con el visto bueno del encartado porque así se constató; está claro que D. era el único autorizado para que se efectuaran los pagos en las cuentas de los trabajadores que realmente laboraron en los respectivos barcos cuya consignación era incluida en los expedientes que llevaba el gerente operativo, pero ello no excluye que también las firmara el gerente administrativo, incluso las verdaderas u oficiales, constatándose sin embargo que sólo las que resultaron espurias llevaban la firma de G. Independientemente de las razones que tuvo el banco en su momento para acceder a tramitar las planillas adicionales no autorizadas, lo cierto es que los pagos injustificados se dieron con el consiguiente perjuicio económico para la empresa. Desde esta perspectiva no existe ningún agravio que declarar en torno a las consideraciones de fondo en relación con la actuación dolosa del encartado G., dado que sus acciones encuadran en la figura sancionada en el numeral 222 del Código Penal, que establece un delito especial propio que sólo puede ser cometido por aquellos autores que *“por cualquier razón, teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente”*, lo que es de aplicación al encartado ya que dentro de sus funciones estaba la de manejar, administrar y cuidar los bienes de la empresa [...] Advierte la jurisprudencia de esta Sala que: *“el fundamento de esta particular punición obedece a que el sujeto activo asume tareas o funciones sobre un patrimonio que le es parcial o totalmente ajeno y, por tanto, pesan sobre él una serie de deberes jurídicos que infringe con su actuar. También toma en cuenta el legislador la existencia de un vínculo que apareja la confianza depositada en el agente por el sujeto pasivo, que espera lealtad y corrección en el manejo de sus bienes, derechos y expectativas patrimoniales.”* (Sala Tercera, resolución 0231-2003, 8:45 horas, del 9 de abril de 2003), circunstancias que le son aplicables al encartado. En razón de lo anterior, se desestima el reproche. [...]

IX. Motivos de casación por el fondo de los recursos interpuestos por los defensores públicos . El carácter de las conductas reprochadas. En su **único alegato** de queja por quebrantos de la ley sustantiva, la licenciada **Karin Vindas Ferrufino** (folios 840 a 842) reclama que el Tribunal tuvo por acreditado el delito de administración fraudulenta señalando que en el caso de sus defendidos la acción consistió en no devolver montos de dinero que les depositaron en sus cuentas individuales bancarias de forma indebida, a sabiendas de que dichos montos no les pertenecían. Sin embargo, no se está ante los supuestos del artículo 222 del Código Penal ya que los imputados carecen del requisito cualificado exigido por el tipo penal pues ninguno de ellos tenía a su cargo el manejo, administración o cuidado de los bienes de la empresa razón por la cual no incurrieron en alguna de las conductas tipificadas. Por otra parte, tampoco se está ante una participación en grado de complicidad ya que en los hechos probados no se

establece que la acción descrita se de con la intención de prestar auxilio o cooperación a algún otro imputado. Por su parte, el **licenciado José Ramírez Torres** en el **primer motivo de fondo** (folios 859 a 863) reprocha indebida aplicación del numeral citado y falta de aplicación del artículo 223 del mismo cuerpo normativo. Advierte en primer término que de acuerdo al contenido de la pieza acusatoria, la querrela y el marco histórico probado, no se desprende la existencia del delito de administración fraudulenta porque sus defendidos no ostentaban la calificación exigida por el tipo penal que sí poseían los encartados G. y R. pues eran los que tenían a su cargo el cuidado y manejo de los bienes de la empresa. La sentencia menciona que sus representados recibieron dineros que no les correspondían pero que no devolvieron, circunstancias que a su entender configurarían por el contrario el delito de apropiación y retención indebida ya que eso es lo que se describe en la acusación. A continuación reitera argumentos expuestos en otros motivos relacionados con la no acreditación de un plan previamente concebido, el común acuerdo, el dominio y la distribución de funciones entre sus defendidos y los encartados G. y R; señala que en el caso de RP. la pieza acusatoria ni siquiera describe ese plan orquestado de previo pues simplemente se limita a acusar que él recibió cierta cantidad de dinero procedente de la empresa ofendida, dinero que no devolvió. Considera que según las certificaciones de los testigos MM. y JV. Vargas, sólo se pudo demostrar que sus representados recibieron dineros de más y que no los devolvieron insistiendo en la presencia del delito tipificado en el numeral 223 del Código Penal del cual tampoco se les puede condenar ya que ninguna autoridad les hizo prevención alguna que tenían que devolver esos dineros en el plazo establecido por ley. Aclara que el pago de esos montos fue autorizado por las personas que en ese momento tenían la custodia y administración de los bienes de la ofendida, habilitados para hacer dichas transacciones, *“...por lo cual mis representados no tenían por qué dudar de la procedencia de los depósitos”* (folio 863). Arguye que no se pudo demostrar la existencia de una comunicabilidad de las circunstancias -artículo 49 del Código Penal- ya que no se determinó que sus defendidos conocían a G. y R. antes de los hechos o que conocieran que dichos imputados ostentaban los cargos de administrador y planillero en la compañía ofendida. Asimismo en conexión estrecha con lo anterior en el **segundo motivo por el fondo** (folios 864 a 869), reclama indebida aplicación del inciso 2) del artículo 216 del Código Penal y falta de aplicación del inciso 1) del mismo numeral. En lo que concierne al imputado RP. se le acusó de haber causado un perjuicio económico por la suma de setecientos ochenta mil trescientos setenta y tres colones con ochenta y seis céntimos, monto por el cual únicamente debe responder y no por el perjuicio total acreditado. En ese sentido estima que debió considerarse la pena establecida en el inciso 1) del artículo 216 del Código Penal es decir como administración fraudulenta menor. Por lo anterior la defensa gestionó la excepción de prescripción en el contradictorio al considerar que por ese monto la causa estaba prescrita, sin embargo, los jueces la rechazaron en el entendido de que existió un plan común de los encartados para perjudicar a la empresa sin que sea de

recibo la consideración de la responsabilidad individual de ellos, razonamiento que en su criterio no es acertado al no haberse demostrado la existencia de ese plan común solidario ni el acuerdo previo de su patrocinado con los encartados G. y R. pues no existió prueba que lo afirmara. A su entender, lo único que existen son las certificaciones de M. y ED. quienes afirmaron que en su cuenta se depositó aquella suma que no le correspondía, las que analizadas en forma objetiva, no constituyen prueba suficiente para concluir con su responsabilidad máxime que se acreditó que en [...] se solían dar errores al momento de realizar depósitos a los trabajadores. Agrega que D. dijo que su defendido realizaba otras actividades que no eran propias de la carga y descarga. Señala que el fallo absolvió al encartado ED. porque no constaba en el expediente cuánto ganaba en realidad ese endilgado; sin embargo, tampoco figuraba el salario real de su defendido y no obstante se le condenó conforme a las certificaciones mencionadas, prueba que lo único que viene a demostrar es que se hicieron depósitos de dineros de más en la cuenta del señor Picado Rosales pero que no evidencian el conocimiento y voluntad sobre el hecho punible ni el acuerdo previo con los señores G. y R. ni con el resto de los otros coencartados pues ningún testigo acreditó que se hayan reunido para planear el perjuicio hacia la empresa. Estima que aún en la hipótesis de que hubiera existido un acuerdo entre alguno de los imputados con los encartados que trabajaban en la administración, no significa que su representado tuviera conocimiento de ello. Por otro lado no consta su aval a esos depósitos; tampoco que esté obligado a responder por el monto total y no sólo por su parte, la que en todo caso tampoco le sería reprochable por encontrarse prescrita la acción penal si se toma en cuenta como parámetro dicha cuantía en relación con lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 216 del Código Penal. Asimismo señala la contradicción del fallo al rechazar la excepción interpuesta a favor de su representado a la vez que lo condena civilmente a pagar dicha cantidad y no en forma solidaria junto a los otros encartados por la suma total de treinta y un millones seiscientos cuatro mil cincuenta y nueve colones con noventa y cinco céntimos, lo que demuestra que el Tribunal acepta la tesis de que cada imputado responde individualmente por el monto recibido por cada uno de ellos. Solicita se absuelva a su defendido por encontrarse prescrita la causa penal. **Los reproches no son de recibo.** Ambos defensores coinciden en que sus patrocinados fueron condenados indebidamente como coautores por el delito de administración fraudulenta. Sin embargo, por las razones que se dirán, esta Sala estima que no llevan razón en cuanto a la calificación legal dada por el Tribunal. El artículo 222 del Código Penal señala que: *“Se impondrá la pena establecida en el artículo 216, según el monto de la defraudación, al que por cualquier razón, teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente.”*. Si bien de acuerdo con la norma es evidente que todos ellos -con excepción de G. y R.-

no ostentaban la cualificación exigida por el tipo penal, lo cierto es que EE., F., RB., O., FT., MR., RP., H. y V., colaboraron en el hecho criminal, facilitando sus cuentas bancarias personales, para que los justiciables G. y R. desde sus puestos administrativos, lograran desviar los fondos de la empresa y con ello causar el fraude con el consiguiente perjuicio. Desde esta perspectiva el fallo con acierto los tiene también como coautores, pues aunque la sentencia no lo menciona expresamente, les aplica lo establecido en el artículo 49 del Código Penal en cuanto a la comunicabilidad de las circunstancias el cual establece que: *“las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos.....”*, pues como ya se indicó, G. y R. eran quienes ostentaban el cuidado y manejo de los dineros de la empresa, eran quienes ostentaban las calidades específicas propias exigibles por el tipo penal de la administración fraudulenta, siendo que el resto de los coencartados, quienes no ostentaban dichas calidades como propias, sí las conocían, conocimiento que permite imputarles por tanto, esa calidad de autor, además de que poseían el dominio del hecho. Conviene aclarar que la característica del codominio del hecho radica en que existe un dolo común entre los partícipes, es decir, que los partícipes asumen como un resultado propio el designado (elemento subjetivo), al igual que prestan una colaboración al hecho (elemento objetivo), resultando responsables por la globalidad del hecho como ocurre en este caso con todos los coencartados, esto con indiferencia de la acción específica que cada uno ha cumplido, pues se ubica dentro de un designio general que frecuentemente se manifiesta en una distribución de tareas, tal y como se observa en el plan de acción ejecutado por los cojusticiables, quienes procedieron de consuno y mediante el codominio del hecho a efectuar la defraudación de la empresa, siendo responsables de la acción en su complejidad, más allá del papel o rol específico que cada uno de ellos cumplió. En ese sentido, de acuerdo con lo acreditado la participación de E., F., RB., O., FT., MR., RP., H. y V., en este caso, es a título de coautores, pues todos estos coencartados si bien consta que no tenían a su cargo el manejo, administración o cuidado de los bienes de la empresa [...], sin embargo, mediante común acuerdo con G. y R. con quienes les unía un entendimiento delictivo, les prestaron la colaboración necesaria consistente como ya se ha indicado, en proveerles de sus cuentas personales como destino final de los sobrepagos, elemento importante sin el cual no se hubiera ejecutado el desvío de esos fondos pues fueron esas cuentas y no otras las escogidas para perpetrar el fraude, por lo que no lleva razón la tesis de ambos defensores al negar su actuación como partícipes a título de coautores. Para incurrir en un delito de los denominados “propios” o “especiales”, no se requiere que todos los partícipes reúnan en sí mismos la calidad de interés, sino que en virtud del artículo 49 del Código Penal, esta puede serles extendida si alguno de ellos la ostenta. En el presente asunto, hubo una contribución causal de los coencartados en la realización del hecho doloso principal ya que, en relación al aspecto subjetivo, el dolo de los sindicados no solo estaba presente en su propia acción, sino que también se extendió a las acciones principales ejecutadas

por G. y R. y también a su resultado. Basta con apreciar que las acciones materialmente desarrolladas por los imputados trabajadores y no trabajadores aumentó el riesgo o las probabilidades de que el delito se realizara pues generó más confianza en G. y R. de continuar con sus acciones delictivas puesto que en este caso no se trató de un depósito por implicado sino de varios y, durante muchos meses, el cual se vio interrumpido sencillamente porque la subgerente del banco le manifestó a D. su extrañeza de que se estuvieran presentando esas planillas adicionales con cierta frecuencia lo que permite inferir que el festín hubiera continuado de no haber sido descubierto de esta manera. Por otro lado, es de advertir que en este caso, no se ve afectada la correlación entre acusación y sentencia desde que la conducta objetiva acusada se mantiene incólume -los imputados recibieron dineros que no les correspondían en sus cuentas bancarias y que no devolvieron-. En razón de lo anterior, lo procedente es declarar sin lugar el vicio planteado por la defensa, ya que en el caso concreto se logra determinar la existencia de un dominio del hecho entre los "intrañeus" G. y R. -Gerente Administrativo y encargado de planillas respectivamente- y los "extraneus" E., F., RB., O., FT., MR., RP., H. y V. que actuaron como coautores del ilícito atribuido a todos, siendo que este grupo de "extraneus" conocían la calidad especial de los dos primeros y aún así prestaron su concurso. De allí que es correcta la calificación jurídica otorgada por el Tribunal sentenciador, al condenar a todos los imputados como co-autores del delito de administración fraudulenta, en aplicación de la comunicabilidad de las circunstancias, prevista en el artículo 49 del mismo cuerpo de leyes, por lo que el vicio reclamado resulta inexistente. Ahora bien, en cuanto a los alegatos del licenciado Ramírez Torres de que lo que existe es un delito de apropiación y retención indebida, no lleva razón. El artículo 223 del Código Penal señala lo siguiente: *"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 de 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 ajeno, la pena se reducirá, a juicio del Juez..."*. De acuerdo con esta norma, el tipo objetivo está compuesto por un núcleo verbal consistente en apropiarse o no entregar una cosa mueble o un valor ajeno. El objeto del delito es un bien mueble o un valor ajeno que se tiene bajo el poder del agente mediante **un título** el cual no sólo le confiere la posesión del bien sino además la obligación de devolverlo al cumplirse determinadas circunstancias siendo que al darse ese cumplimiento y no es restituido o devuelto sin justificación alguna, se incurre en el delito. Además debe producirse un perjuicio al titular del bien. Por otro lado, debe existir una prevención judicial para devolver ese bien y un incumplimiento de la misma por parte del agente. En el caso concreto, no es admisible prever que en vez de administración fraudulenta se dio el delito de apropiación indebida pues como ya se indicó, se tuvo por acreditado que todos los encartados en socio común, perjudicaron a la empresa [...] en forma fraudulenta o

engañoso, siendo que en el caso de los que prestaron sus cuentas bancarias para consumir el fraude no estaban autorizados para retener o apropiarse de los montos de dinero que se les depositaron de más producto de las maniobras fraudulentas elaboradas al interno por G. y R., es decir, no contaban con título alguno que les confiara la posesión de esos valores en forma legítima al igual que su entrega bajo el cumplimiento de determinadas circunstancias sino todo lo contrario, los tenían producto del fraude en el que dolosamente participaron por lo que no lleva razón el recurrente en este punto. En relación con el argumento relacionado con la no acreditación del plan previamente concebido, ya fue tratado en el Considerando VIII de esta sentencia motivo por lo cual se le remite a ese apartado, no sin antes agregar que la pieza acusatoria en el caso de RP. -al igual que el resto de los coimputados- sí establece el plan orquestado por todos que echa de menos el quejoso sin que se limite a referir que sólo recibió dineros injustificados sino que esa recepción se dio en el ámbito de una defraudación grande a la empresa con la colaboración de los demás cojustificables según se desprende de la misma prueba testimonial al igual que de las certificaciones realizadas por el contador público MM. (folios 6 a 9), y el peritaje de folios 77 a 85, prueba que constata que sus representados recibieron dinero de más y que confirma lo que declararon los testigos en el debate. No es cierto como lo quiere hacer creer el recurrente que sus defendidos no tenían por qué dudar de la procedencia de esos depósitos si provenían precisamente de aquellos que estaban autorizados por quienes en ese momento tenían la custodia y administración de los bienes de la ofendida pues esa es una visión antojadiza y sesgada, carente de objetividad pues omite considerar que el Tribunal tuvo por cierto la existencia del plan doloso que fraguaron los imputados siendo que los dos administrativos se encargaban de remitir esos depósitos que resultaron absolutamente injustificados de modo que no puede pretender una aparente ignorancia en cuanto a las razones de su procedencia, menos en el caso de su codefendido F el cual no tenía vínculo alguno con la empresa. En cuanto a lo que se argumenta en el segundo motivo de fondo, tampoco se puede acceder a lo solicitado al reclamar que se trata de un delito de administración fraudulenta menor en razón del monto defraudado atribuido al imputado RP. porque sencillamente el Tribunal tuvo por probado otra circunstancia y es que el actuar fraudulento de todos los coimputados, quienes tenían pleno conocimiento del actuar ilícito, provocó un perjuicio económico total por la suma de veinticinco millones quinientos cincuenta mil ochocientos cuarenta y dos colones con cuarenta y dos céntimos -¢ 25.550.842,42- (folio 733), al existir un dolo común entre todos de intervenir en ese perjuicio. En la especie existió un solo delito de administración fraudulenta de mayor cuantía, pues la acción típica realizada por los encartados G. y R, con la colaboración de los restantes copartícipes -lo que revela la existencia de un dolo común entre todos- iba dirigida a provocar un perjuicio a la empresa -como efectivamente se comprobó con los desvíos de los fondos- aunque esas acreditaciones de más se llevaran a cabo en montos concretos para cada uno de los beneficiados.

Conviene aclarar que la perpetración puede ser única o reiterada sin que por ello se cometa el delito más de una vez, ello se apoya en la naturaleza misma de la delincuencia investigada puesto que en el delito de administración fraudulenta se trata de un mismo patrimonio ajeno que ha sido confiado para su administración al agente activo -por eso es un delito especial propio- y éste causa un perjuicio económico al titular mediante la alteración de las cuentas o suposición de operaciones o gastos como ocurrió en este caso, configurándose en realidad un único delito en la medida que el patrimonio afectado sea el mismo como resultó con los fondos económicos de [...], por lo que hay unidad de afectación patrimonial. En el caso bajo estudio, todos los actos imputados a los cojusticiables y tenidos por demostrados en la sentencia, aunque físicamente son distintos -según la intervención que cada uno tuvo- a efectos jurídicos penales son vistos y tratados como una única infracción al tipo penal de administración fraudulenta. Independientemente de que cada uno haya recibido una determinada suma de dinero injustificada, todos responden por el monto común en tanto lo probado les atribuye un actuar fraudulento -dolo común- por el perjuicio total irrogado a la perjudicada (folio 733), tal y como lo resolvió el Tribunal de mérito al resolver la excepción de prescripción planteada por el licenciado Ramírez Torres al fundar su rechazo en la consideración de la existencia de ese plan común de los encartados en el que todos hicieron su aporte (folios 726-727), por lo que no resulta de recibo el reiterar de nuevo este alegato. Aunque el Tribunal termina por condenar civilmente por montos específicos e individuales a cada uno de los imputados, fue porque así lo dejó ver la parte querellante y actora civil durante el proceso (cfr. por ejemplo folio 689); en todo caso el fallo sí tuvo por acreditado la existencia de un plan común de los encartados no apreciándose la existencia de algún agravio por el modo en que resolvió este aspecto la decisión final. Carece de interés si el encartado F realizaba o no otro tipo de trabajos pues no es eso lo que se acusó y acreditó. Asimismo, como ya se explicó en esta sentencia, independientemente de las razones que se vierten en el fallo para absolver al imputado ED. (folio 791) se tuvo por cierta la participación de Picado Rosales en los hechos investigados sin que sea admisible el argumento del quejoso de que sólo se le condenó por lo indicado en las certificaciones expedidas por MM. y ED. Acorde con las consideraciones esbozadas en este apartado, se rechaza también el reclamo planteado por el licenciado Ramírez Torres.

4. El Elemento Objetivo de la Entrega del Bien en el Delito de Apropiación Indebida

[Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz]^{viii}
Voto de mayoría:

“I. [...] En lo que interesa el artículo 223 del Código Penal dispone: *"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..."; la anterior descripción típica requiere como uno de los elementos objetivos, que la cosa mueble que se retiene sea en virtud de un título que produzca la obligación de entregar o devolver. Sobre este elemento normativo, se dice: *"Por tanto el poder adquirido por el agente sobre la cosa tiene que ser un poder no usurpado: debe engendrarse en el otorgamiento que de él le ha hecho el anterior titular de la tenencia, en virtud de un negocio jurídico; la ley requiere la existencia de un título por el cual se haya hecho la transferencia. Dicho título puede ser un acto jurídico privado (convención o hecho unilateral con relevancia jurídica), o público (actos funcionales que otorguen custodia, siempre que no entre en el ámbito de la malversación propia o equiparada). Y tiene que tratarse de un título que produzca la obligación de entregar o devolver por parte del agente, constituyéndola en una tenencia temporal."* (CREUS Carlos. Derecho Penal Parte Especial. Segunda Edición. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1998, p. 504). Se reclama que la conducta probada no encuadra en el delito de retención indebida, sin embargo, en el fallo no se analizan los elementos de tipicidad objetiva que configuran tal delincuencia, lo que impide a esta Cámara realizar el respectivo control en casación. Por lo expuesto se anula la sentencia y se ordena el reenvío para su debida sustanciación."

5. Apropiación Indebida: Importancia de la Prevención de Devolución

[Sala Tercera]^x

Voto de mayoría

"I. La representante del Ministerio Público formuló casación contra la sentencia número 52, dictada oralmente por el Tribunal Penal de Desamparados, a las 9:10 horas del 11 de marzo del 2011, en la que R. fue absuelta del delito de retención indebida, aparentemente cometido en daño de A. En el único reclamo que presenta la fiscal, alega que las Juzgadoras aplicaron equivocadamente el artículo 223 del Código Penal, pues interpretaron que para la configuración del tipo, es preciso que se haya efectuado la prevención de devolución al endilgado. Pero, igualmente entendieron que para tener por cierta esa prevención, es necesario que se ofrezca y señale como prueba el documento en que consta ese acto, lo cual por haberse omitido en este asunto, dijo el *a quo*, debía llevar a una absolutoria de la endilgada. Debe declararse con lugar el recurso. Erróneamente, la quejosa titula como de fondo, un reclamo que en realidad es de forma, ya que se refiere a la existencia u ofrecimiento de una probanza que permita tener por demostrado un aspecto de fondo. Sin embargo, esa denominación inapropiada, en nada afecta el agravio ni la posibilidad de contradecirlo. La Sala se permitió escuchar atentamente la sentencia oral emitida en este asunto, comprobando que, aunque la misma tuvo por demostrados los diversos componentes del delito en cuestión (como fueron el préstamo de unas máquinas de juego, por parte

del ofendido, a la imputada; la obligación de esta de devolverlas; la suscripción de un contrato al respecto, así como de una letra de cambio de garantía; y, finalmente, la falta de entrega de las citadas máquinas, todo lo cual consta a partir de la secuencia 9:25:00 de la grabación audiovisual del fallo), el Tribunal absolvió a la señora R., arguyendo que no se había ofrecido como prueba la prevención de devolución que contempla como requisito objetivo de punibilidad el artículo 223 del Código Penal (9:29:30). Al no haber sido esa constancia ofrecida como prueba ni incorporada al debate, esa circunstancia no se podía tener por demostrada y debía emitirse dicha absolutoria (9:31:40). El razonamiento del Tribunal es equivocado. Incluso en la etapa de juicio, ante la eventualidad de que razonablemente se pueda estar ante la figura de una retención indebida, nada obsta para que, en vista de que se ha omitido esa prevención, en el debate u ordenando la reapertura del mismo, se proceda a hacerla por parte del juzgador, otorgando el plazo de cinco días para la entrega o devolución de la cosa, una vez realizada lo cual aquella omisión no sería sancionable. Esto, en atención a la efectividad de la Administración de Justicia y que no se violenta ningún derecho de los involucrados. No obstante, en el presente asunto, la situación era todavía menos deficitaria, toda vez que la prevención de entrega o devolución sí se había hecho, como consta a folio 51. La omisión que estaban sancionando las Juzgadoras, entonces, era la de no haber ofrecido como prueba esa acta. La falta de inclusión de la misma en la solicitud de apertura a juicio (folio 71 vuelto) o en el auto de apertura (folio 95), si bien era una situación lamentable, era corregible incluso por parte del Tribunal, que a esos efectos ostenta las potestades necesarias para ordenar, aún de oficio, la evacuación o incorporación de prueba indispensable que considere útil para resolver en justicia la causa sometida a su conocimiento. Al respecto, desde el año 2000, esta Sala resolvió que *“...la interpretación del artículo 355, como la de cualquier texto normativo, no puede ser fragmentaria o aislada. La norma debe examinarse como integrante de todo un conjunto de disposiciones que tienen un basamento común, además de ser parte del ordenamiento jurídico, cuyo pilar esencial es la Constitución Política y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por nuestro país –artículo 48 de la Constitución Política-, en lo que se refiere a los derechos fundamentales. Dentro de esta tesitura debe señalarse que el nuevo Código Procesal Penal efectivamente representa un instrumento de cambio en la concepción del sistema procesal penal que, inspirado en el principio democrático de separación de poderes, entrega la investigación penal preparatoria al ente acusador y rescata en el juez el rol de garante de los derechos fundamentales de las partes. A su vez, se potencializa la fase por excelencia del proceso penal: el juicio, dando prioridad a sus principios fundamentales: oralidad, concentración, continuidad, inmediación y contradictorio; acentuando el papel de las partes, si bien no relega del todo la posibilidad para que los jueces se interesen por allegar prueba a la causa, si ésta resulta útil a los fines de la investigación de la verdad real. Para este objetivo la norma base es el artículo 180 del Código Procesal Penal, que recoge el principio de verdad real*

y asigna la obligación de procurarla, por los medios legítimos de prueba, al Ministerio Público ‘y los tribunales’. En este sentido, debe señalarse que no solo el numeral 355 concede a los jueces del juicio la posibilidad de allegar de oficio prueba para mejor resolver, cuando se presenten nuevos hechos o nuevas circunstancias que ameriten su esclarecimiento. El juez de la etapa intermedia –fase en la que, en principio, debe quedar resuelto el tema de la admisibilidad de la prueba para el debate- puede ordenar de oficio que se incorpore prueba al juicio, aún si las partes no la han propuesto, ‘si ésta resulta esencial’ o bien ‘sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas’, según el artículo 320 del Código Procesal Penal. Este numeral añade que, contra lo resuelto –esto es, sobre la admisión de prueba para debate- cabrá recurso de revocatoria –“sin perjuicio de reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio”. Lo dicho refleja que nuestro sistema procesal si bien es marcadamente acusatorio, no obstante aún reconoce al juzgador algunas potestades respecto de la producción de prueba, orientadas, sin lugar a dudas, a la vigencia del principio de verdad real, que se ha de cumplir en estricta observancia de los derechos de las partes intervinientes –audiencia, defensa- y del deber de objetividad -artículo 6-. Además, el propio Código Procesal equipara, para efectos de la propuesta de prueba para mejor resolver, el ofrecimiento de prueba inadmitida en la fase intermedia y antes ha permitido al juez de la etapa intermedia ordenar el recibo de prueba en debate, cuando ha sido ‘manifiesta’ la negligencia de las partes al omitirla y su fuente resida en las actuaciones de la causa, con lo que se demuestra que el numeral 355 no debe tener una lectura tan restringida como la que proponen los recurrentes, lectura que en todo caso es inconveniente, desde que el sistema se rige por el principio de libre apreciación de la prueba y de libertad probatoria –numeral 182-, de modo tal que siempre que se trate de prueba útil a la causa, legalmente obtenida, que sea puesta en conocimiento de todas las partes, para que puedan objetarla o bien que sea producida con la participación de todos, la objeción para su recibo aparece como desproporcionada y sin justificación, especialmente si la fuente de la prueba ya consta desde la investigación preparatoria, lo que además resta cualquier ‘factor sorpresa’ que pueda favorecer la arbitrariedad y la indefensión, elementos que el sistema por el contrario, pretende eliminar” (voto 572, de las 9:35 horas del 2 de junio del año 2000). Por ende, si en el expediente se encontraba el acta que el Tribunal echó de menos, pese a que ninguna de las partes la hubiera ofrecido como prueba, nada impedía (antes bien, era potestad de las Juzgadoras, entendida como “poder/deber”), proceder a incorporar aun de oficio ese elemento de prueba, para resolver en justicia el asunto que tenía bajo su conocimiento, escuchando a las partes sobre el tema y asegurando el principio de contradictoriedad de las probanzas. La solución no era, como se hizo, proceder a la absolutoria por falta de pruebas, lo que constituyó una denegación de justicia. Así las cosas, debe declararse con lugar el reclamo, anulando el fallo y el debate que lo precedió, ordenando el reenvío de la causa para nueva resolución.”

6. Análisis Sobre su Configuración, Elementos Objetivos y Conceptos de "Convenio, Convención y Contrato"

[Sala Tercera]^x

Voto de mayoría

“III. [...] Como puede apreciar esta Cámara de Casación, de las imputaciones que constan en el expediente, es posible determinar que aquellas presentan como factor común, la acusación de los acriminados B por la comisión de la conducta ilícita descrita en el numeral 223 del Código Penal, al haber entrado en posesión de bienes que no les pertenecían, en virtud de un título u obligación otorgado por medio de un convenio que los comprometía tácitamente a devolverlos una vez que se diera fin a ese acuerdo, el cual, *a quo* acredita a partir de la prueba documental y testimonial, para terminar concluyendo que:

“...1. A partir del quince de abril del dos mil siete, la ofendida M instaló su M JCC. SA, en el local 11-D sito en la[...], propiamente contiguo a la Panadería Musmani, en virtud de un contrato verbal con los aquí acusados D Y A. En virtud de este contrato verbal, la ofendida M debía cancelar los servicios públicos de agua, electricidad, teléfono, el salario completo de la secretaria y la mitad del pago correspondiente al aseo del inmueble.

2.- En razón de que M, decidió terminar todo tipo de relación laboral o comercial con los acusados B, el día veintisiete de agosto del dos mil siete, en la dirección indicada, D Y A, entraron en la tenencia de (...)

3.-Los aquí acusados A Y D, quedaron en el acuerdo con la ofendida M, y su esposo H, de que los bienes indicados quedarían en el local comercial y sería entregados al día siguiente cuando un técnico realizara el trabajo de desinstalación de los equipos y de esta manera, la ofendida M, podría llevárselos consigo.

4.-No obstante lo anterior, el día veintiocho de agosto del dos mil siete, los acusados A, con el ánimo de retener indebidamente los bienes señalados, pese a que tenían la obligación de entregarlos a su legítima dueña, por sí mismos o por interpósita persona, cambiaron los mecanismos de acceso de la clínica, impidiendo que la ofendida M, se los llevara, aduciendo que ésta debía cancelar los recibos de servicios públicos. Una vez cancelados dichos recibos, los acusados continuaron reteniendo los bienes al no entregarlos a pesar de tener la obligación de hacerlo.

5. El día siete de noviembre del 2007, en la Fiscalía Adjunta del II Circuito Judicial de San José, les fue notificada a los acusados A Y D, la prevención de las ocho horas y dieciocho minutos del cinco de noviembre del dos mil siete, en la cual se les indicaba que en el plazo de por cinco días hábiles contados a partir del día siguiente a la

notificación debían devolver los bienes, en cuyo caso no habría delito alguno que perseguir y se archivaría la causa. Sin embargo, los acusados hicieron caso omiso, a dicha prevención y no entregaron los bienes a la ofendida M...” (f.451-453, la negrita no pertenece al original, la mayúscula es del original).

De esta manera, resulta determinante indicar que, la única variación que contienen los hechos acreditados en sentencia, en cuanto al título legítimo que producía la obligación de entregar los bienes que se encontraban en el local 11-D, lo es que el Tribunal de instancia en los hechos probados describe el acuerdo entre los imputados y la ofendida como un “*contrato verbal*”, mientras que la imputación inicial, señala que ese título corresponde a un “*acuerdo o convenio*” también verbal, lo que no genera ninguna violación al derecho de defensa ni menos falta de correlación entre la acusación o la querrela y la sentencia, pues se trata de términos que sin lugar a dudas son sinónimos.

Así, de acuerdo el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “*convenio*” utilizada a lo largo del proceso, esta referida a: “...1. m. *Ajuste, convención, contrato*” en <http://lema.rae.es/drae/?val=acuerdo> , mientras que los términos “*convención*” a: “...1. f. *Ajuste y concierto entre dos o más personas o entidades...*” en <http://lema.rae.es/drae/?val=convención> y “*contrato*” en sus primeras acepciones a: “...1. m. **Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.** 2. m. Documento que recoge las condiciones de este convenio...” en <http://lema.rae.es/drae/?val=contrato> , la negrita no pertenece al original. Bajo esta perspectiva, no existe la violación al derecho de defensa alegado, porque, según es posible apreciar el Tribunal de Juicio no modifica en ningún momento los hechos acusados, sino que utiliza dentro de la redacción de la fundamentación fáctica uno de los sinónimos de la palabra convenio, al acreditar la existencia de un acuerdo o contrato previo entre la ofendida M y los coimputados B, que generaba la obligación de entregar esos bienes por parte de los justiciables, una vez que ese acuerdo no tuviera vigencia. Por último, tampoco resulta de recibo la afirmación del recurrente, en la que arguye que tanto la acusación como la querrela y la acción civil resarcitoria ponen en entredicho una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos así como que le impiden conocer de dónde el Tribunal puede inferir el título que obligaba a ambos imputados a entregar los bienes retenidos a M, pues es evidente que aunque no se logró determinar en la especie, la existencia de un documento que reprodujera en forma escrita las voluntades del acuerdo, lo cierto, es que ese convenio verbal también es un contrato, que tiene la misma fuerza de ley entre las partes (*artículo 1022 del Código Civil*) que el documento escrito y que produce las mismas obligaciones bilaterales o unilaterales entre los contratantes, una vez que el consentimiento es libre y expreso, de conformidad con el artículo 1008 del Código de cita, lo que en el caso particular es incontestable e incluso ha sido aceptado por la misma defensa técnica

de los imputados, pues ese acuerdo nace a la vida jurídica a partir del momento, en que M como representante de la empresa M J.C.C.S.A. y los imputados B acuerdan de forma verbal contraprestaciones mutuas (*art.1009 del Código de rito*): la primera comprometiéndose a prestar el equipo odontológico -posteriormente retenido- a cambio que los segundos, atendieran a los clientes referidos por esa empresa, ganando contraprestaciones de índole económico, ya fuera en forma de comisión o salario, además de comprometerse a pagar la mitad del aseo del inmueble y cancelar solo la empresa de referencia -en su totalidad- los servicios públicos de agua, luz y teléfono, así como el salario de la secretaria, sin que sea primordial determinar en esta sede, las causas de la resolución unilateral del contrato por M ni menos fijar concretamente las obligaciones pactadas por cada una de los contratantes, pues lo importante, es establecer que el acuerdo llevado a cabo es válido, en virtud de constituirse en un contrato verbal bilateral, en el cual existía reciprocidad de obligaciones y por ende de contraprestaciones de cada una de los obligados, bajo la modalidad de plazo indeterminado (*Ver en igual sentido el concepto de contrato verbal bilateral en Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2003-00745 de las diez horas con cincuenta minutos del cinco de noviembre de dos mil tres*), reiterando, que no es indispensable dentro de este proceso penal, definir rotundamente las compromisos a los que estaban obligados cada uno de los contrayentes, pues basta con determinar concretamente para los fines del numeral 223 citado, que los imputados B en virtud de ese pacto, tenían la obligación de entregar los bienes propiedad de la empresa M J.C.C.S.A. a su representante M una vez producida la rescisión unilateral del contrato, conforme a la jurisprudencia de este órgano de Casación que en lo que interesa ha determinado:

“...El suceso acusado a partir del que se fundamentó la querrela y acción civil, consiste en el ilícito de retención indebida, cuyo verbo típico previsto en el artículo 223 del Código Penal, se traduce en la contención ilícita de un objeto cuya posesión se ha originado por un cauce legítimo y del cual derivaba la obligación de devolver o entregar, con perjuicio para otra persona. Esto es, se trata del ejercicio por parte del poseedor legítimo de actos dominicales que suponen el incumplimiento del indicado deber de devolución o entrega, de modo que la posesión originaria lícita se torna ilícita. De esta manera, dentro de los elementos objetivos del tipo penal de comentario, no sólo se haya la existencia del objeto material del bien jurídico lesionado y su posesión por parte del sujeto activo, sino el incumplimiento de una obligación jurídica de devolver o entregar la cosa...”. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2006-00597, de las nueve horas del veintitrés de junio de dos mil seis, el suplido no pertenece al original) y en donde “...lo fundamental es que el agente tuviera el objeto en su custodia (provenga esta de una situación de hecho o de derecho), y se rehusara a entregarlo a pesar de estar obligado a ello...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2011- 00539, a las diez horas y dieciséis minutos del veinte de mayo del

*dos mil once, el suplido es del original). Obligación o título, que la doctrina ha entendido como “...el poder adquirido por el agente sobre la cosa (que) tiene que ser un poder no usurpado: debe engendrarse en el otorgamiento que de él le ha hecho el anterior titular de la tenencia, en virtud de un negocio jurídico; **la ley requiere la existencia de un título por el cual se haya hecho la transferencia. Dicho título puede ser un acto jurídico privado (convención o hecho unilateral con relevancia jurídica), o público (actos funcionales que otorguen custodia, siempre que no entre en el ámbito de la malversación propia o equiparada). Y tiene que tratarse de un título que produzca obligación de entregar o devolver por parte del agente, constituyéndolo en una tenencia temporal...**”. CREUS (Carlos), Derecho Penal Parte Especial, 2da Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, p.504. El suplido no es original.*

Conforme a la norma 223 citada, para la configuración del delito de retención indebida, se requiere la apreciación y valoración por parte del o los sentenciadores del elemento normativo de carácter jurídico en el caso concreto, utilizando para ello, normas que se encuentren dentro y fuera del derecho penal y que comprueben que el sujeto activo mantiene bajo su poder o custodia bienes o valores que tiene el deber de entregar a su legítimo dueño y que nace de un título que produce esa obligación. Título, que para el caso concreto se valora a partir de las normas de carácter civil propias de la material contractual, para determinar que el contrato celebrado en el *subjúdice*, desde el inicio de la relación contractual, implicó que los bienes fueran entregados en forma legítima y personal a los coimputados B, por un contrato que implicaba el título bajo el cual, independientemente de las obligaciones contraídas por cada una de las partes, otorgaba el deber jurídico de devolver, entregar o restituir los bienes a sus legítimos dueños una vez que la relación contractual cesara y a partir del momento, en que la Fiscalía del Segundo Circuito Judicial de San José, realiza la prevención de las ocho horas y dieciocho minutos del cinco de noviembre de dos mil siete, en la que se otorga el plazo de cinco días para la entrega de los mencionados bienes. Por último, ha venido sosteniendo la defensa, tanto en el proceso como en el debate mismo, que el acuerdo referido líneas atrás, era un contrato de prestación de servicios profesionales, donde D se destacaba como médico odontólogo mientras que A era el asistente, siendo que M al momento de los hechos les adeudaba dinero por concepto de servicios profesionales no solo a ellos, sino incluso a la misma testigo E, tesis que aunque no fue comprobada durante el contradictorio *-a partir del análisis de la prueba evacuada-*, resulta de interés dilucidar en esta sede, pues aunque hubiera sido hipotéticamente acogida por el Tribunal de Juicio al suponer que efectivamente entre ofendida e imputados había existido un contrato de prestación de servicios profesionales y por ende, un incumplimiento de pago de salarios, lo cierto, es que a ambos imputados no les asistía el derecho de retención, porque aquel *“constituye una garantía de cumplimiento de las obligaciones, por el cual la ley autoriza al acreedor a mantener la posesión de un bien, que no es de su propiedad, como medio de coacción*

*para el pago de una obligación jurídica. El acreedor no puede disponer del bien de ninguna forma, solo tiene derecho a retenerlo, siempre y cuando la ley lo autorice expresamente. Como ejemplos pueden citarse los artículos 279, inciso 3, 502, 1072, 1073, 1143, 1182, 1195, 1277 y 1338 del Código Civil, y 336 inciso g) del Código de Comercio (...) Cuando cesa la situación que la ley toma en cuenta para autorizar el derecho de retención, éste se extingue y surge para el propietario del bien el derecho de poseerlo nuevamente...” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 035-F-91, las quince horas del veintidós de marzo de mil novecientos noventa y uno). Lo que significa que como causa de justificación dentro del proceso penal, el derecho de retención debe estar expresamente regulado por ley o en su defecto, debe existir previamente una declaratoria judicial que lo autorice. Así, en el caso del primer presupuesto, se considera: “... derecho de retención (el) que goza el depositario para ser pagado, mientras el depositante no le pague los gastos de conservación de la cosa y las pérdidas que la guarda de la cosa le haya podido ocasionar (art.1357 cód.civ.), o el poseedor de buena fe, que tiene un derecho de retención mientras no le pague el reivindicarlo el precio que él haya pagado por la cosa y las mejoras (art.328 cód.civ.), o el que halle una cosa mueble extraviada, que tiene igualmente el derecho de retención después de anunciar el hallazgo en el periódico oficial, mientras no se le pague el 10% del valor de la cosa y los gastos de conservación (art.502 cód.civ). O bien, es igualmente un derecho no sujeto a recurrir previamente a las instancias judiciales el otorgado a los labradores de destruir en cualquier tiempo los animales bravíos que perjudiquen sus sementeras y plantaciones (art.314 cód.civ.), o el que tiene el agricultor de sembrados de cereales y otros frutos pendientes de destruir los cerdos y aves domésticas que los perjudiquen (art.31528 cód.civ.)...” **CASTILLO GONZALEZ** (Francisco), Derecho Penal: Parte General, Tomo II, San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, p.412.*

Siendo que la puesta en posesión de un bien conforme a los lineamientos de autoridad competente, estaría dentro del segundo presupuesto. Sin embargo, el derecho de retención, no podría considerarse como causa de justificación en el incumplimiento de un contrato de servicios profesionales, por cuanto la legislación laboral no lo contempla expresamente, y la posibilidad de embargo de los bienes del empleador, solo es posible mediante la respectiva resolución dictada por un órgano jurisdiccional a través de la imposición de una medida cautelar o para garantizar los derechos del empleado una vez emitida la resolución final. Presupuestos que para el caso concreto, tampoco se presentaron, ya que en primer lugar, la ley no autoriza a los imputados a retener los bienes de la ofendida M, ni menos, existía una resolución judicial previa que los autorizará, por lo que aún suponiendo, la existencia del contrato de servicios profesionales aludido, tampoco era posible aplicar la causa de justificación alegada por los recurrentes, tal y como lo acreditaron los sentenciadores en la fundamentación intelectual del fallo: “...De allí que, independientemente de haber sido contratado el

imputado A como asistente u odontólogo, en “ninguna” circunstancia se justifica que tanto él como el co imputado D, tuvieran en su poder bienes que lo pertenecían y que a pesar de ser apercibidos de su obligación de entregar a su legítima dueña, es decir a la empresa M, representado por M, dentro del plazo de cinco días hábiles no lo hicieron, configurándose así el delito de RETENCIÓN INDEBIDA...” (f.522, *la mayúscula pertenece al original*).

De igual manera, también los acusados han tratado de alegar que el convenio aludido, lo era en razón de un contrato de arrendamiento incumplido por la empresa M J.C.C.S.A. y que su actuación se encontraba dentro del marco del derecho de retención. Sin embargo, aunque la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, contempla expresamente en el artículo 65 la aplicación del derecho de retención del arrendatario sobre los bienes del arrendante, para seguridad de pago (en igual sentido ver **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**, voto 2006-00176, de las quince horas quince minutos del seis de marzo de dos mil seis), lo cierto es que esa causa de justificación desaparece cuando el arrendante realiza el pago de lo adeudado, lo que en la especie no se presentó, pues aunque se logra comprobar por medio de la prueba de descargo y cargo, que los justiciables por interpósita persona impidieron que los legítimos dueños de los bienes odontológicos pudieran sacar los bienes del local comercial una vez que el contrato verbal se había rescindido, aduciendo la falta de pago de los servicios básicos del inmueble, el derecho de retención no podría haberse aplicado como causa de justificación para el caso concreto, pues primero, no fue posible acreditar la existencia previa de un contrato de arrendamiento (*cf.526-527 del expediente*), pero aún suponiendo la existencia de ese acuerdo, dicha causa de justificación desapareció desde el momento mismo en que los afectados honraron sus deudas al cancelar de forma inmediata los recibos vencidos y desde que los imputados B se negaron -sin justificación alguna- a entregar los bienes de la ofendida que mantenían en su poder.

En consecuencia, los vicios alegados no se encuentran presentes en la resolución recurrida, pues el Tribunal de instancia, no modificó en su núcleo y elementos periféricos los hechos acusados en la fundamentación fáctica del fallo de marras, ni menos se produjo la violación al derecho de defensa alegado ni tampoco existió un derecho de retención como justificación del accionar de los imputados B sobre los bienes de la ofendida, siendo que lo correspondiente es declarar sin lugar los motivos primer y tercero del recurso de casación planteado.”

7. Elementos Configurativos del Delito de Retención Indevida

[Sala Tercera]^{xi}
Voto de mayoría

“II. [...] Una vez revisado el fallo jurisdiccional, se observa que el Tribunal admitió como prueba documental ofrecida por el imputado: *“copias de los pagos realizados a nombre de K.M. de folios 33, 102 a 105, 111 al 113, 115, 118 a la 121...”* (Ver folio 423), mediante los cuales el imputado pretendía demostrar los pagos totales o parciales realizados al ofendido, en razón de las motocicletas que le fueron entregadas en depósito para la venta. El análisis de dicho elemento probatorio resulta esencial para poder determinar el objeto del ilícito y el perjuicio ocasionado, puesto que el delito de retención indebida, regulado en el artículo 223 del Código Penal se presenta cuando una persona: *“...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 ajeno, 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.”

En el caso de marras, quedó claro que el imputado entró en posesión de las motocicletas en razón de un contrato de consignación (Ver folios 70 a 73), mediante el cual se le otorgaba la posibilidad de vender y financiar para tales efectos, los vehículos que le fueran entregados por su propietario, dejando estipulado en dicho convenio que: *“...el procedimiento a seguir cuando el consignatario depositario logre la venta de una motocicleta será el siguiente: El consignatario depositario depositara (sic) en la cuenta del Banco de Costa Rica [...] de la propietaria consignante, el precio de venta de la motocicleta menos su comisión...”* (Ver folio 72). No obstante, el cuadro fáctico que fuera acusado y finalmente que se tuviera por demostrado, no resulta acorde con los elementos de prueba que fueran analizados por el *a quo*, en el tanto no puede afirmarse con claridad que existe una retención indebida de catorce motocicletas, cuando en la misma resolución se excluyen aquellas que refieren haber sido vendidas. Es por ello que cobran especial relevancia, los depósitos bancarios ofrecidos por el imputado dentro del acervo probatorio, puesto que la retención indebida para el caso que nos ocupa, se configuraría si el imputado no entregaba los bienes otorgados en depósito dentro del plazo objeto de la prevención del Ministerio Público (Ver folio 93), siempre y cuando no se demuestre que tales bienes no hayan sido vendidos y/o cancelados debidamente al propietario. No obstante, el fallo recurrido no efectúa mayor análisis sobre los documentos aportados oportunamente por el imputado,

imposibilitando ejercer un control de logicidad sobre la supuesta obligatoriedad que poseía el endilgado de entregar dichos bienes, provocando contrariedades en la fundamentación probatoria intelectual. Al no constar que el Tribunal haya hecho un análisis sobre cuáles eran las motocicletas que se debían devolver, es preciso hacer ver que existe un contrato ofrecido como prueba, donde las partes convinieron en que el plazo de sesenta días, podía ser prorrogado indefinidamente (Ver folio 70). Si bien es cierto, el Ministerio Público, realizó la prevención establecida por el tipo penal para la entrega de las catorce motocicletas, su incumplimiento no libera al Tribunal de realizar un examen detallado e integral de la prueba atinente a cada uno de los vehículos, ya que el título por el cual el justiciable se encontraba en posesión de las mismas era – precisamente- su venta. No obstante, los Jueces refieren de forma contradictoria, que el imputado retuvo catorce motocicletas, para acto seguido afirmar que: “...al menos tres fueron vendidas por él a los señores B., C. y M....Otras tres motocicletas fueron decomisadas por las autoridades de la Policía de Tránsito a los ciudadanos que las conducían por vía pública, a saber, R.M., la motocicleta DKW, modelo DKW 150-3-A, serie LJ4TGKDK969823402; a D.C. la motocicleta marca DKW, modelo DKW70GY-A, serie LWMPCDLA161000056, y a K.P., la motocicleta marca MEITIAN, modelo MT5OQT13, serie L XKDCBD067MOO5262 (Ver oficios de la Delegación de Tránsito de Turrialba N° 400-2009, N°443-2009 Y N° 533-2009 de folios 212, 219 y 222) por no portar los documentos que legitimaran su circulación legal, presumiblemente fueron también vendidas por el encartado...” (Ver folio 438). Del argumento anterior se infiere que los Jueces no dan los razonamientos por los cuales concluyen que el imputado debía devolver las catorce motocicletas que le fueron entregadas, cuando existen elementos de prueba que dan cuenta que éste había cumplido, precisamente, con el fin propuesto en el convenio celebrado, siendo que el propio Tribunal, afirmó que las motocicletas habían sido vendidas. Determinar, si las mismas fueron canceladas o no al legítimo propietario, conforme lo dictaba el contrato resultaba un análisis exigido para el *a quo*, ante la disyuntiva que existía entre la versión de la parte agraviada con respecto a la del imputado sobre los supuestos pagos que constan en el expediente por parte del imputado a favor del ofendido, situación que al no presentarse en la resolución impugnada, impide a esta Sala hacer un control intelectual y jurídico sobre la conclusión a la que arribó el Tribunal. Es preciso acotar que, la retención indebida puede darse a pesar de la existencia contractual ya que esta no excluye, *per se*, la tipificación del delito. No obstante, no toda relación contractual incumplida implica la existencia de dicho ilícito. Conforme a lo expuesto para concluir sobre la existencia o no de la figura delictiva el *a quo* está obligado a analizar todos y cada uno de los elementos probatorios allegados al contradictorio del debate. En el presente caso, se logró determinar el pago parcial de algunos de los bienes vendidos y la imposibilidad para el imputado de devolver las motocicletas que fueron decomisadas por parte de la policía de tránsito, en el tanto que la razón de su incautación, obedece a que el poseedor las conducía sin los debidos documentos legales de propiedad, aspectos que

se echan de menos en el análisis intelectual de la sentencia impugnada. Los jueces no explican cómo se materializa la existencia del elemento subjetivo de la tipicidad dolosa del delito de retención indebida ante el impedimento legal existente, pues no se puede aducir que el imputado se negó a devolver dichos vehículos en el plazo requerido por su propia voluntad, sino porque las mismas no se encontraban dentro de su posesión en razón de la incautación realizada por la Dirección General de Tránsito; las omisiones señaladas en el fallo impugnado constituyen aspectos esenciales para comprobar la existencia o no de un daño y, en su caso, la determinación del mismo. Por consiguiente, se acogen los motivos de casación incoados. Se anula la sentencia en lo concerniente y se ordena el juicio de reenvío al tribunal de origen para que con una nueva integración proceda con la debida sustanciación. Por innecesario, se omite pronunciamiento sobre los motivos noveno y décimo incoados por el defensor particular referentes a la condenatoria civil; así como el motivo tercero incoado por el defensor público y décimo tercer y décimo sexto motivos referentes a la fundamentación de la pena impuesta, en razón de ser temas a valorar de nuevo en el juicio de reenvío.”

8. Determinación y Computo del Plazo de Prescripción en el Delito de Retención Indebida

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]^{xii}

Voto de mayoría

“I. [...] En la presente causa se le imputa el delito de retención indebida al encartado S , el cual se encuentra tipificado en el artículo 223 del Código Penal. Para determinar la sanción correspondiente a dicho ilícito es necesario remitirse al numeral 216 del mismo cuerpo normativo. Para el caso en concreto, en el que el perjuicio estimado asciende a la suma de dos millones de colones, el delito de comentario es sancionado con la pena prevista en el inciso 1 del citado artículo 216, la cual está comprendida entre los dos meses y los tres años de prisión. Así, para efectos de la prescripción, el plazo para que opere la misma es de tres años según lo previsto en el artículo 31 inciso a) del Código Procesal Penal. Además, el artículo 33 de la última legislación citada establece los actos interruptores de la prescripción, entre los cuales se encuentra la resolución que convoca por primera vez a la audiencia preliminar. Esta se dictó el día 20 de agosto de 2009, según la resolución que consta a folio 44 del expediente principal. La audiencia mencionada se fijó para el 15 de octubre del mismo año, pero fue suspendida y reprogramada, según consta a folio 50 del mismo expediente. El hecho de que la audiencia indicada no se realizara por la inasistencia del encartado no constituye un supuesto para la interrupción del cómputo de la prescripción y si dicha actuación fue considerada por la parte ahora impugnante como dilatoria del proceso, tenía que haberlo manifestado en el momento oportuno, cosa que no hizo. Aún así,

dicha dilación -de haberse acreditado- no es una causal que interrumpa la prescripción, como lo pretende hacer ver el recurrente, pues está fuera de los supuestos del artículo 33 del Código Procesal Penal. Por el contrario, resulta evidente (como ya se mencionó anteriormente) que si el primer señalamiento para audiencia preliminar se realizó el 20 de agosto de 2009, entonces el 20 de febrero de 2011 se cumplió el plazo de prescripción (que era de un año y medio luego de la interrupción). En vista de que el señalamiento para debate se dictó 7 de abril de 2011, la causa ya se encontraba prescrita para ese momento al haberse cumplido el plazo dicho.”

9. Delito de Retención Indevida y Tipo Especializado de Retención de Cuotas Obrero Patronales

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]^{xiii}

Voto de mayoría

“**I. [...] Ahora** bien, analizado el presente asunto al amparo de los artículos 31, 33 y 34 de la actual ordenanza procesal penal, 45 de la Ley Constitutiva de la Caja de Seguro Social y 211 del Código Penal, se ha de sostener que la acción penal en la presente causa se encuentra prescrita. En este sentido ha de señalarse que el término de prescripción previsto para los delitos de retención indebida de cuotas obrero patronales acusados es de tres años. Obsérvese que el ordinal 45 de Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social que regula el delito aludido remite al numeral 216 del Código Penal a efectos de la fijación de la pena, por su parte esta norma literalmente sanciona *"con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de diez veces el salario base"*. El siguiente tema a tratar se encuentra en la calificación legal que se debe brindar a los hechos acusados, concretamente determinar si se está en presencia de un sólo delito de retención indebida o, si por el contrario, cada retención representa un delito independiente y se está en presencia de un concurso material de ilícitos. Con esta finalidad es necesario efectuar algunas precisiones importantes respecto del delito de retención indebida previsto en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social. La primera de ellas radica en las reformas que ha tenido el texto que regula esta figura penal. La primera de estas modificaciones que se desea mencionar se produce mediante la ley Nº 7135 del 11 de octubre de 1989, concretamente en su numeral 112 inciso ch) en el que literalmente se estableció:” *ch) El artículo 45 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, No. 17 del 22 de octubre de 1943 y sus reformas, que dirá así: "Artículo 45: Constituye retención indebida y, en consecuencia, se impondrá la pena establecida en el artículo 216 del Código Penal, a quien no enterare a la Caja el monto de la cuota obrera establecido en el artículo 30 de esta ley. En el caso de la prevención señalada en el último párrafo del artículo 223 del Código Penal, el patrono podrá ofrecer garantía real suficiente por el monto de las cuotas obreras retenidas. Se*

aplicará de treinta a ciento ochenta días multa al patrono que no dedujere la cuota obrera que establece el artículo 30 de esta ley. Si el patrono fuere una persona jurídica, la obligación recaerá sobre su representante legal. El patrono deberá ser apercibido por el Jefe del Departamento de Gestión de Cobros y Créditos de la Caja Costarricense de Seguro Social para que, dentro del quinto día, contado a partir del recibo del comunicado, deposite en favor de la Caja Costarricense de Seguro Social, el monto de las cuotas no retenidas. Transcurrido ese plazo sin que se efectúe el pago, el hecho se denunciará al Ministerio Público para que se haga el requerimiento respectivo. Será sancionado con pena de sesenta a trescientos días multa el Patrono que realice maniobras, declaraciones falsas o cualesquiera otros actos u omisiones tendientes a defraudar los intereses de la Caja Costarricense de Seguro Social, tratándose de sus cotizaciones."

Se resalta que esta redacción prevé, vía remisión expresa, la necesidad de efectuar la prevención establecida en la figura general de la retención indebida contemplada en el artículo 223 del Código Penal. Posteriormente mediante la Ley Nº 7983 del 16 de febrero del 2000 denominada Ley de Protección al Trabajador, específicamente el delito bajo análisis experimenta una nueva modificación, quedando su redacción actual en los siguientes términos: "*Constituye retención indebida y, en consecuencia, se impondrá la pena determinada en el artículo 216 del Código Penal, a quien no entregue a la Caja el monto de las cuotas obreras obligatorias dispuestas en esta ley*". Puede apreciarse que la figura de la prevención como elemento objetivo del tipo que se encuentra prevista para el delito de retención indebida previsto en el Código Penal fue eliminada, de allí, que se afirme que a partir de esta última reforma, el delito regulado en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social es una figura autónoma y, por ende, no comparte la prevención de devolución o entrega que anteriormente contenía. En este sentido la jurisprudencia nacional ha establecido sobre el particular: "*Lo primero que debe aclararse, es que esa norma establece por sí misma una figura típica autónoma, no subordinada o colateral a la retención indebida prevista en el artículo 223 del Código Penal. Nótese que en el último caso, el legislador hizo castigable la conducta de quien: "...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..."; en tanto que el mencionado artículo 45 sanciona "...a quien no enterare a la Caja el monto de la cuota obrera establecido en el artículo 30 de este Ley". En otras palabras, las hipótesis fácticas son diferentes, y no la particularidad de una respecto a la otra. Como se dijo, no hay una relación de tipo básico-tipo colateral, sino de dos tipos penales diversos. El hecho de que el legislador dijera que la última hipótesis de hecho constituía "retención indebida", otorga un nomen iuris que puede llamar a error, pero que de ninguna manera le otorga a ese tipo los componentes de aquel, ya que como se vio, son diversos" (SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,*

resolución número 2004-00116 de las 10:18 del 20 de febrero 2004). Por estas razones no es válido sostener, como se afirma en la figura genérica de la retención indebida prevista en el Código Penal, que el delito se perfecciona luego de que la persona incumplió con la prevención que se le formulara, en consecuencia, se está en presencia de 18 delitos de retención indebida de cuotas obrero patronales concurrentes entre sí en la modalidad material.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 4573 del cuatro de mayo de 1970. **Código Penal**. Vigente desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 44 de 44 del 13/03/2014. Publicada en: Gaceta N° 257 del 15/11/1970. Alcance: 120 A.

ⁱⁱ LORIA LUNA, Leonel. (1985). **Apropiación y Retención Indebida**. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica. Pp 101-102.

ⁱⁱⁱ LORIA LUNA, Leonel. (1985). **Apropiación y Retención Indebida**. op cit. supra nota. 2. Pp 102-105.

^{iv} LORIA LUNA, Leonel. (1985). **Apropiación y Retención Indebida**. op cit. supra nota. 2. Pp 105-107.

^v TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 978 de las nueve horas del veintiséis de septiembre de dos mil ocho. Expediente: 02-000499-0369-PE.

^{vi} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1649 de las quince horas con nueve minutos del veintiséis de noviembre de dos mil nueve. Expediente: 99-019706-0042-PE.

^{vii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 331 de las nueve horas con treinta minutos del treinta y uno de marzo de dos mil once. Expediente: 02-201074-0472-PE.

^{viii} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SANTA CRUZ. Sentencia 202 de las ocho horas con nueve minutos del treinta de agosto de dos mil ocho. Expediente: 08-002689-0412-PE.

^{ix} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1170 de las dieciséis horas con dieciséis minutos del veintidós de septiembre de dos mil once. Expediente: 06-025324-0042-PE.

^x SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1139 de las diez horas con cuarenta minutos del diez de agosto de dos mil doce. Expediente: 07-004319-0647-PE.

^{xi} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1488 de las nueve horas con cuarenta minutos del veintiocho de septiembre de dos mil doce. Expediente: 08-000686-0359-PE.

^{xii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA SAN RAMÓN. Sentencia 76 de las once horas con diez minutos del doce de febrero de dos mil trece. Expediente: 07-200129-0591-PE.

^{xiii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA SAN RAMÓN. Sentencia 505 de las ocho horas del veinte de agosto de dos mil trece. Expediente: 04-200268-0431-PE.