



Centro de Información Jurídica en Línea



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: EL CONCURSO DE DELITO IDEAL Y MATERIAL

El presente informe contiene el tema referente a concurso ideal y material, se da una breve definición doctrinaria respecto al mismo, se da un vistazo a la normativa que aplica el Código Penal Costarricense a estas figuras y se transcriben algunos de los votos de la Sala tercera y del Tribunal de Casación Penal que tienen bastante importancia en el referido tema.

Sumario

1.EL CONCURSO IDEAL.....	3
2.DOCTRINA.....	3
3.NORMATIVA.....	3
4.JURISPRUDENCIA.....	3
5.CONCEPTO.....	3
6.ANÁLISIS SOBRE LA "UNIDAD DE ACCIÓN" Y EL CONCEPTO "ACCIÓN" EN SENTIDO LEGAL Y EN SENTIDO NATURAL.....	4
7.ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA UNIDAD DE ACCIÓN.....	8
8.INEXISTENCIA DE UNA UNIDAD DE DISVALOR AL PERPETRAR LOS DELITOS DE VIOLACIÓN, SODOMÍA Y ABUSOS DESHONESTOS/ ANÁLISIS SOBRE LA ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA COMETIDA DESPUÉS DE LA REFORMA OPERADA POR LEY N° 7899 CUANDO NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS DEL TIPO ACTUAL.....	10
9.POSIBILIDAD DE IMPONER SANCIÓN AUMENTADA.....	16
10.EL CONCURSO IDEAL HETEROGÉNEO.....	17
11.LA PENA, FIJACIÓN, FINALIDAD, PROPORCIONALIDAD Y ELEMENTOS.....	23
12.EL CONCURSO MATERIAL.....	25
13.DOCTRINA.....	25
14.NORMATIVA.....	26
15.JURISPRUDENCIA.....	26
16.FIJACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO MATERIAL.....	26
ii. CONCURSO MATERAIL RETROSPECTIVO.....	26



Centro de Información Jurídica en Línea



[TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Sentencia: 0051 Fecha: 29/01/04 Hora: 11:07AM.....29](#)



Centro de Información Jurídica en Línea



Desarrollo

1. EL CONCURSO IDEAL

2. DOCTRINA

"Existe concurso ideal en aquellos casos en que un solo comportamiento lesiona varias veces la misma disposición penal (concurso ideal homogéneo); o bien, cuando lesiona varias disposiciones jurídicas que no se excluyan entre si (concurso ideal heterogéneo). Así lo establece expresamente la doctrina."¹

3. NORMATIVA

"ARTÍCULO 21.-

Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí." ²

4. JURISPRUDENCIA

5. CONCEPTO

"Agrega la defensa que el uso del documento falso está subsumido dentro de la estafa. Si bien, según el fallo, para desapoderar a la ofendida de su propiedad se le hizo firmar un documento bajo el engaño de que si no lo hacía de esa forma perdería el inmueble, y luego el documento se presenta al Registro Público para que el bien quedara inscrito a nombre de la co-imputada Shaw, se está ante un concurso ideal, pues como se indicó líneas atrás, la acción del imputado lesionó varias figuras jurídicas y afectó bienes jurídicos diversos como la fe pública y la propiedad. " Nuestro Código Penal considera el concurso ideal como un caso de pluralidad de delitos: el encabezado de la Sección II, Título II ("El hecho punible"), en el que se encuentra el artículo 21, es "Concurso de Delitos y Concurso Aparente de Normas". Del mismo modo dice el artículo 75 que el Juez deberá, en el concurso ideal, aplicar la pena correspondiente "al delito más grave". Por tanto, para nuestro legislador delito es, no la acción, sino la valoración jurídica de esta acción; si una pluralidad de lesiones jurídicas es posible con relación a una sola acción nos encontramos, entonces, ante un concurso de delitos" (Castillo González Francisco, El concurso de delitos en el derecho penal costarricense. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981). El uso de documento falso no constituye un hecho posterior. Por lo indicado, sin lugar el reclamo." ³



Centro de Información Jurídica en Línea



6. ANÁLISIS SOBRE LA "UNIDAD DE ACCIÓN" Y EL CONCEPTO "ACCIÓN" EN SENTIDO LEGAL Y EN SENTIDO NATURAL

" **II.-** En el primer y segundo motivo de la solicitud de revisión planteada por el justiciable Villegas Jiménez se alega la errónea aplicación de la ley sustantiva. Según refiere, el tribunal de juicio calificó los hechos de forma errónea lo que repercutió en una pena excesiva. Reclama que se calificaron los hechos como un concurso material cuando se trata de un solo delito. Se "agravaron los hechos porque se condenó por dos robos agravados, cuando en realidad se trata de una única delincuencia". Solicita se declare con lugar la acción interpuesta, se recalifiquen los hechos a un robo agravado en concurso ideal con homicidio simple y tentativa de homicidio simple y se rebaje la sanción impuesta. **III.- SE DECLARA CON LUGAR EL RECLAMO PLANTEADO** . Mediante voto No: 1334-98 de las dieciséis horas del dos de noviembre de 1998, el Tribunal de Juicio del I Circuito Judicial de San José, dictó sentencia condenatoria contra ALVARO VILLEGAS JIEMENEZ, MARIA VILMA SEGURA NUÑEZ Y JORGE WILLI PEÑA QUESADA. Para tales efectos se tuvo por demostrado que el 19 de noviembre de 1997, en horas de la tarde, los encartados María Vilma Segura Núñez, Alvaro Enrique Villegas Jiménez y Jorge Willi Peña Quesada, portando armas de fuego, se presentaron a la carnicería y verdulería La Rotonda, ubicada en la Finca San Juan de Pavas, donde laboraban Eduviges Aguilar López como cajera y su hermana Zoraida Aguilar López como dependiente. Una vez en el lugar, la encartada Segura Núñez se "abalanzó sobre el ofendido Orlando Guillén quien se dedicaba a la venta de verdura dentro del mismo local que el de la carnicería, tomándolo por el cuello, encañonándolo con el arma de fuego que portaba a la vez que le aplicaba el conocido "candado chino", indicándole que se trataba de un asalto, introduciéndole una mano dentro del pantalón, sustrayéndole la billetera con sus documentos personales y la suma de veinticinco mil colones en efectivo. d) Que en tanto ello sucedía, el encartado Peña Quesada permanecía en la puerta del local, vigilando que no ingresara nadie al lugar.- e) Que acto seguido, los imputados se dirigen al lugar donde se encontraba la ofendida Eduviges Aguilar López, hoy occisa, dentro de la carnicería, sea detrás de la caja registradora, el imputado Villegas Jiménez la encañona, indicándole que se trata de un asalto, solicitándole Villegas Jiménez el dinero de la caja registradora, mientras tanto la coimputada Segura Núñez, encañona a la co-ofendida Zoraida Aguilar López, y al no responder ninguna por el dinero, la imputada Segura Núñez disparó sobre la humanidad de la ofendida Eduviges Aguilar López, impactándole en el pómulo izquierdo, tambaleándose la ofendida cayó al suelo, situación que aprovechó Villegas Jiménez para dispararle fríamente a Eduviges en varias oportunidades, quizás con el objeto de acabar con su vida. F) En ese momento la co-ofendida Zoraida Aguilar López aprovechó para esconderse debajo de una mesa que estaba en el lugar, mientras que la imputada Segura Núñez le dispara en varias ocasiones sobre su humanidad, consiguiendo herirla solo una vez en el glúteo izquierdo, momento que aprovechan los imputados para sustraer el



Centro de Información Jurídica en Línea



dinero de la caja registradora, el cual ascendía a la suma de un millón trescientos mil colones en efectivo, dándose a la fuga con el dinero en su poder.- g) Que al salir del negocio, el encartado Villegas Jiménez observó cuando la ofendida Zoraida Aguilar López trataba de auxiliar a su hermana Eduviges, quien yacía gravemente herida, por lo que la imputada Segura Núñez le indicó a Villegas Jiménez que le disparara para que no quedara viva y así asegurar su cometido, siendo que el encartado se devolvió y le disparó a Zoraida Aguilar López, con la intención de acabar con su vida, pero no logró impactarla, marchándose los encartados del lugar con el dinero antes citado.- h) Que la ofendida Eduviges Aguilar López fue trasladada a la Clínica de Pavas, donde falleció como consecuencia de los impactos de bala que recibió." Los anteriores hechos fueron calificados como homicidio simple en daño de Eduviges Aguilar López, tentativa de homicidio simple en daño de Zoraida Aguilar López y dos robos agravados en daño de José Orlando Guillén Guillén. Ni en la sentencia original, ni en la nueva resolución que fija la pena, el tribunal de juicio se pronuncia sobre la naturaleza de concurso aplicable al presente caso. Lo anterior, a pesar de que este tribunal de casación en el Voto NO:2002-0590 expresamente le había indicado: "En virtud de ello, se ordena el reenvío para una nueva sustanciación conforme a Derecho, donde a dichos efectos deberá considerarse el eventual concurso (ya sea material o ideal) que pudiera estarse presentando en el caso de marras". Para establecer la naturaleza del concurso debemos partir de lo establecido en los artículos 21 y 22 del Código Penal. Así, existirá el concurso ideal "cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí", mientras el concurso material opera "cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos". El problema se presenta en la determinación de la existencia de una o varias acciones. Esto por cuanto no existe coincidencia entre el concepto natural y jurídico de acción. De tal manera que una acción en sentido jurídico puede estar integrada por varios movimientos corporales. Se trata de un concepto normativo que debe ser definido considerando los hechos y la norma aplicable. Como sostiene CASTILLO "...no es la unidad natural de acción la que dice cuando hay una acción en sentido legal; puede ocurrir, más bien, que una acción en sentido natural constituya legalmente una pluralidad de acciones o que una pluralidad de acciones en sentido natural constituya legalmente una sola acción. La separación entre unidad de acción y pluralidad de acciones solamente es posible mediante una interpretación del sentido del tipo penal realizado" (CASTILLO GONZALEZ, Francisco: El concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense, San José, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1981, págs. 19 y 20). La jurisprudencia nacional y específicamente la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia han venido delineando una serie de factores que sirven de parámetro para fijar la existencia de la unidad de acción. En tal sentido se ubica la existencia de una misma intencionalidad específica subyacente a ese movimiento exterior lesivo y en segundo lugar la vinculación fenoménica (temporal y espacial) que describe la norma. Es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso particular. (Sala Tercera, V-



Centro de Información Jurídica en Línea



101-F de las 9 horas del 3 de marzo de 1.995. En el mismo sentido véase los votos: V-800 F de las diez horas del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis, V-00943-98 de las dieciséis horas con dieciséis minutos del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y ocho). En este caso se aprecia que en relación a los hechos que fueron calificados como dos "robos agravados", en realidad estamos en presencia de una sola conducta delictiva, consistente en el apoderamiento, a través de intimidación, de bienes ajenos, por parte de los tres encartados. Con ello se produjo una sola violación al bien jurídico propiedad, aunque eventualmente los bienes puedan pertenecer a personas distintas. En efecto, hay unidad de acción por cuanto la sentencia establece un plan común en la realización del hecho. Así se desprende del considerando II, denominado ANALISIS DE LA PRUEBA, CALIFICACION LEGAL, SANCION A IMPONER, cuando el tribunal estima que "queda claro que todos los imputados actuaron como ya se indicó líneas atrás con dominio del hecho, con ostentación de armas, se repartieron funciones, " pues la resolución adoptada era ingresar a la negocio " La Rotonda", sito en San Juan de Pavas, intimidar a los presentes con las armas de fuego y apoderarse de sus bienes. Precisamente eso es lo que tiene por acreditado el fallo. " Los acusados se presentan al lugar, amenazan a los presentes, uno de ellos es el ofendido Orlando Guillén quien se dedicaba a la venta de verdura dentro del mismo local que el de la carnicería, tomándolo por el cuello, encañonándolo con el arma de fuego que portaba a la vez que le aplicaba el conocido "candado chino", indicándole que se trataba de un asalto, introduciéndole una mano dentro del pantalón, sustrayéndole la billetera con sus documentos personales y la suma de veinticinco mil colones en efectivo", posteriormente los imputados sustraen el dinero de la caja registradora. Además de la vinculación final, también el análisis de la estructura del tipo penal nos permite establecer la unidad de acción. Como se dijo, se trata de una unidad tempo-espacial, en donde la conducta de los encartados se dirigía al apoderamiento de bienes ajenos mediante el empleo de armas de fuego. Unidad que opera, a pesar de que los ofendidos sean diferentes. Sobre este mismo tema, la Sala de Casación en el Voto No: 465-F-94, de las ocho horas con cincuenta minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, resolviendo un caso similar estimó que: " ... tiene razón la defensa cuando alega que en este caso no se trata de dos Robos Agravados, uno en perjuicio de cada ofendida, como lo consideró el Tribunal de mérito, sino que más bien estamos en presencia de un solo delito de Robo Agravado cometido en perjuicio de las dos, pues evidentemente en la especie existe unidad de acción y unidad de resultado, de modo que -en cuanto a la sustracción propiamente dicha- no se puede hablar de un concurso ideal ni material. Estamos en presencia de una sola conducta activa, que consiste en el apoderamiento ilegítimo de bienes ajenos que realizaron los imputados y el sujeto que los acompañaba. Además, como resultado de esa acción única se produce también una sola violación del bien jurídico tutelado, a saber, la propiedad, independientemente de que los objetos sustraídos pertenecieran a las dos ofendidas." Distinto es la hipótesis del homicidio en relación al robo agravado en donde podría existir algún tipo de discusión. Al respecto el tribunal consideró que se



Centro de Información Jurídica en Línea



trata de acciones independientes entre sí. Para el juzgador no se trata de acciones enmarcadas dentro de la ejecución del robo, pues las víctimas ni siquiera se resistieron o intentaron defenderse del ataque recibido. Tales acciones no eran un medio necesario en la consumación del robo. Por el contrario, una vez que los sentenciados dominaron a los ofendidos, mediante la intimidación, la encartada Segura Núñez procedió a dispararle en el pómulo a la ofendida Eduviges Aguilar López, provocando que esta cayera al suelo. Estando en el suelo, Villegas Jiménez le realiza varios disparos más, los que finalmente le produjeron la muerte. Tesis que resulta respetable y sustentada en la fundamentación del fallo. Pero igualmente respetable es la posición que considera que entre el robo agravado y el Homicidio existe un concurso ideal. En cuyo caso, habría un homicidio calificado en concurso ideal con robo agravado. No obstante la discusión, de acuerdo con los pronunciamientos de la Sala Constitucional, la errónea calificación de un hecho resulta violatoria del debido proceso, cuando "...se incurre en una sobrevaloración de la conducta sancionada, que no guarda relación con el bien jurídico tutelado ni con la estructura del tipo penal, trayendo como consecuencia la imposición errónea o excesiva de la pena". (Sala Constitucional, Voto 2030-98 de las 19:03 horas del 24 de marzo de 1998). Situación que no ocurre en la especie. Se trata del mismo bien jurídico, (vida) incluso con una circunstancia calificante. Precisamente la estructura del tipo penal es lo que da pie a las distintas interpretaciones y la pena impuesta, independientemente de la calificación que se le otorgue, resulta proporcional al hecho cometido y la culpabilidad de sus autores. Por lo que el reclamo en ese aspecto resulta inatendible. Finalmente, en cuanto al hecho cometido en daño de Zoraida Aguilar López, es evidente que se trata de un concurso material. En efecto, cuando ocurre el primer disparo en contra de su hermana Eduviges, ella intenta refugiarse debajo de una mesa, lo que provoca que la encartada Segura Núñez le dispare en varias oportunidades, impactándola en un glúteo. Incluso cuando ya se habían apoderado del dinero y en el momento en que se disponían a salir del negocio, la ofendida Zoraida Aguilar intenta ayudar a su hermana herida, por lo que Segura Núñez le ordena a Villegas Jiménez que dispare y mate a Zoraida Aguilar, para que ésta no quede viva. Orden que es acatada por Villegas Jiménez, quien a pesar de disparar contra esta ofendida, no logró pegarla. De allí que concluya que tanto natural como jurídicamente, se trata de acciones independientes y por ende de un concurso material. En razón de lo expuesto, corresponde declarar con lugar la solicitud de revisión, estableciéndose que la sustracción de bienes cometida en perjuicio de los ofendidos José Orlando Guillén Guillén y Eduviges Aguilar López constituye un solo delito de Robo Agravado y no dos como indicó el a quo. No obstante que la presente revisión sólo fue presentada por el coimputado Álvaro Villegas Jiménez, en aplicación del efecto extensivo de los recursos que contempla el artículo 428 del Código Procesal Penal, se aclara que la modificación aquí ordenada abarca también la pena dispuesta en contra de los coimputados María Vilma Segura Núñez y Jorge Willie Peña Quesada. Así pues, al total de la pena impuesta originalmente los sentenciados ALVARO VILLEGAS JIMENEZ, MARIA VILMA SEGURA NUÑEZ Y JORGE WILLI PEÑA QUESADA se le deben rebajar cinco años, quedando en definitiva



Centro de Información Jurídica en Línea



fijada en VEINTICINCO AÑOS DE PRISION para ALVARO VILLEGAS JIMENEZ y MARIA VILMA SEGURA NUÑEZ y VEINTITRES AÑOS DE PRISION para PEÑA QUESADA." ⁴

7. ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA UNIDAD DE ACCIÓN

" III. [...] el recurrente alega falta de fundamentación, concretamente en lo referido a la "Calificación Legal", por cuanto el Tribunal aduce que los hechos tenidos por demostrados deben ser calificados como homicidio calificado y robo agravado en concurso ideal, pero omite las razones legales, doctrinarias o jurisprudenciales "...que le permiten determinar que se trata de un concurso ideal y no de otro tipo de concurso verbigracia concurso material o un concurso aparente de normas..." (ver folio 109). En su criterio, los Juzgadores debían explicar aspectos como por ejemplo, por qué las acciones no se excluían entre sí. El motivo debe rechazarse: Una vez analizado el fallo de mérito, esta Sala considera que no lleva razón el recurrente, pues se observa que la sentencia se encuentra debidamente fundamentada. Si bien es cierto, el Tribunal no consigna las razones por las que no se está en presencia de un concurso material o un concurso aparente de normas, esa situación no implica que la sentencia contenga el vicio que se reclama, ya que efectivamente los Juzgadores exponen los fundamentos por los que se considera que los hechos deben ser calificados como homicidio calificado y robo agravado en concurso ideal. Sin embargo, cabe hacer un breve análisis sobre el tema a efecto de aclarar lo que se alega. En ese sentido, la Sala ha establecido que: "De los artículos 21, 22, 23, 75, 76, y 77 del Código Penal se colige que el criterio fundamental para resolver el problema de este "concurso de delitos" radica en la definición de qué es "una sola acción u omisión" o "una misma conducta" (cfr. artículos 21 y 23, de ahí que el número de "resultados" no tiene nada que ver con el número de conductas y de delitos). En este sentido se ha afirmado que: «El problema común a todos los supuestos citados es determinar cuándo hay una o varias acciones. De entrada, hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado... Son, pues, otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. El primero de ellos es el factor final, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados... El segundo factor es el normativo, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso en particular... Cuando una sola acción, determinada con los criterios señalados aquí, realiza un solo tipo delictivo, tenemos el caso normal. Cuando una sola acción o varias acciones realizan varios tipos delictivos, surgen los problemas concursales » (MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría general del delito, Valencia, Tirant lo blanch, 1991, pág. 194). Nuestra doctrina señala que la unidad de acción es un concepto jurídico, que así como es erróneo tratar de definir la unidad de acción con prescindencia de la norma, así también sería equivocado tratar de definir la unidad de acción con prescindencia del hecho, sin darle el lugar subordinado que le



Centro de Información Jurídica en Línea



corresponde como contenido de la norma... La adopción del factor final (plan unitario que de sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta) y del factor normativo (que convierta la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición) como criterios para dilucidar cuándo hay una y cuándo varias conductas (ya se trate de acciones u omisiones) es ampliamente aceptada por la doctrina actual (así, ZAFFARONI, *Op. cit.*, págs. 619 a 620; VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, págs. 584 a 588; MIR PUIG, *Santiago: Derecho Penal Parte General, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1990, págs. 720 a 724; BACIGALUPO, Enrique: Principios...*, pág. 280) y, en la medida que racionaliza fundamentalmente la aplicación de la ley sustantiva a partir del axioma de que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado, es adoptada por los suscritos" (Así, ver Voto No. 943-98, de las 16:16 horas del 29 de setiembre de 1998). Con base en lo anterior, es necesario señalar que en el presente caso sí hay unidad de acción porque se verificó la existencia de un plan común en la realización del hecho: la resolución determinada por el autor -factor final- de apoderarse ilegítimamente del bien del ofendido, con el uso de un arma; el homicidio se dio con motivo de los actos de ejecución de un robo agravado, en que el imputado utilizó efectivamente un cuchillo de cocina contra el ofendido, para lograr así consumar el apoderamiento ilegítimo sobre su bien: matar devino en acto de ejecución -previsto y aceptado por el autor- para lograr la consumación del robo agravado, alcanzando así el propósito que, como resultado final, quería el agente. Ahora bien, una vez establecida la unidad de acción en este caso, se excluye la posibilidad de un concurso real o material, ya que requiere pluralidad de acciones, reduciéndose entonces el problema a establecer si se está en presencia de un concurso aparente o de un concurso ideal. En ese sentido, esta Sala estima que no se está en presencia de un concurso aparente, porque la conducta descrita en el artículo 213 inciso 2º (robo agravado) no está descrita en el 112 inciso 6º -actual inciso 7º- (homicidio calificado), ni viceversa; es más, ni siquiera tutelan los mismos bienes jurídicos (la propiedad y la vida, respectivamente), por lo tanto, no se excluyen entre sí, ya que no puede haber relación de especialidad o subsidiaridad tácita entre ellas; es decir, no representan diferentes grados o estadios de ofensa a un mismo bien jurídico. En virtud de lo anterior, se comparte el criterio del a-quo al considerar que lo que existe es un concurso ideal, porque matar al ofendido sirvió para consumar el apoderamiento ilegítimo sobre su bien, lesionando dos bienes jurídicos independientemente tutelados en favor de la víctima, por una parte su vida, por otra, su propiedad. Por todo lo expuesto, lo procedente es declarar sin lugar el motivo que se alega. **IV.** [...] De acuerdo con lo que consta en la sentencia que se recurre, la Sala no aprecia que el Tribunal de Juicio hubiese incurrido en algún error al momento de aplicar la normativa de fondo en el caso que nos ocupa. En este sentido, los juzgadores indican las razones jurídicas en las que se fundamentan para estimar que en la especie, conforme al cuadro fáctico que se tuvo por acreditado, el justiciable no solo adecuó su conducta al delito de robo agravado, sino también a lo dispuesto en el tipo penal de



Centro de Información Jurídica en Línea



homicidio calificado. Puede observarse, en lo que interesa, que: "... el imputado primeramente realizó el arrebató de una joya que el ofendido WILSON portaba consigo, al punto que como relató el testigo GAGO RUGAMA, lo empujó para quitársela, lo que motivó un reclamo de parte del ofendido. Es precisamente ante la existencia de tal reclamo, que el imputado procede a exhibir un cuchillo de cocina que andaba. Para este momento, a juicio del Tribunal, si bien había tenido lugar un desapoderamiento momentáneo del bien sustraído, la acción configurativa del robo aún no había concluido, ya que el arma es utilizada precisamente para evitar cualquier maniobra defensiva y poder así asegurar la sustracción de la joya. No se puede decir que no hay ningún ligamen entre el apoderamiento de la joya y la exhibición del arma, ya que su exhibición y utilización es precisamente para acallar los reclamos que hace el perjudicado por la sustracción de la que resultó víctima..." (ver folio 100). También, señalan los juzgadores que existe además un homicidio calificado, que en doctrina se denomina homicidio criminis causa: "...ya que hay una íntima y estrecha conexión entre el acto de la sustracción de la joya y la muerte del aquí ofendido, que tiene lugar para poder asegurar la consumación de la sustracción y evitar un obstáculo como lo era la actitud de reclamo y desafío del aquí ofendido en relación con la actividad desplegada por el imputado. La muerte del ofendido deviene entonces como un medio para asegurar la realización de la sustracción... Con su comportamiento el imputado segó la vida de otra persona y al mismo tiempo lo despojó de un bien de su patrimonio. Se encuentran entonces vulnerados de modo franco y abierto dos bienes jurídicos como lo son la vida humana y el patrimonio. Se tienen por constatados los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales aludidos, pues es más que evidente que el imputado actuó con total conocimiento y voluntad de lo que ejecutaba" (ver folio 101). Así las cosas, se estima que la decisión del Tribunal fue correcta al indicar que el comportamiento del endilgado en la causa constituye homicidio calificado y robo agravado en concurso ideal." ⁵

8. INEXISTENCIA DE UNA UNIDAD DE DISVALOR AL PERPETRAR LOS DELITOS DE VIOLACIÓN, SODOMÍA Y ABUSOS DESHONESTOS/ ANÁLISIS SOBRE LA ATÍPICIDAD DE LA CONDUCTA COMETIDA DESPUÉS DE LA REFORMA OPERADA POR LEY N° 7899 CUANDO NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS DEL TIPO ACTUAL

"III. Sobre el caso de D.V.A. De conformidad con lo que consta en el elenco de hechos probados (ver folio 243), se tiene por cierto que a partir de 1996 el encartado Armando Mena Cordero comenzó a visitar la casa del menor D.V.A., a quien obsequiaba dinero, ropa, juguetes y otros bienes. Así, aprovechándose de la inmadurez e inexperiencia de ese ofendido, en algún momento durante el año 1997 el imputado lo llevó a una



Centro de Información Jurídica en Línea



cabina de radio comunicación que se ubica entre el estadio Eladio Rosabal Cordero y el Palacio de los Deportes, donde procedió a tocarle libidinosamente el pene, lo desnudó y lo penetró analmente. Ese mismo año, el justiciable llevó a esta víctima al edificio del correo en Heredia, donde -en un lugar entre los apartados- le abrió la cremallera del pantalón y nuevamente le tocó libidinosamente el pene. Luego, en 1999, cuando V.A. cursaba el primer año de educación secundaria en el Liceo de Heredia, Mena Cordero llegaba a ese centro de enseñanza y recogía al agraviado, a quien llevaba a su casa -sita en San Francisco de Heredia- para observar películas y revistas pornográficas, en las que se mostraban hombres y mujeres manteniendo relaciones sexuales entre sí, tras lo cual solicitaba al menor que asumiera las mismas posturas que aparecían en los videos y las publicaciones, y así aceptaba el agraviado mantener relaciones sexuales por vías oral y anal con el encausado. Con base en esos hechos, el a quo declaró al imputado autor responsable de violación, corrupción, sodomía y abusos deshonestos, todos estos ilícitos cometidos en perjuicio de V.A. Ahora bien, estima esta Sala que sí hay un vicio en la sentencia impugnada, el cual se relaciona con la aplicación de la ley sustantiva, pero no es el que enuncia el recurrente. Por lo que seguidamente se expondrá, **el reclamo formulado por el licenciado Soto Viquez debe ser declarado sin lugar**, toda vez que no se está ante los supuestos del concurso ideal de delitos. No obstante, **de oficio procede casar la resolución recurrida y absolver al encartado por el delito de corrupción que se le atribuye en agravio del ofendido V.A.** . Para efectos de ofrecer una más clara exposición, es conveniente en primer término referirse al segundo de los puntos recién mencionados. Mediante Ley N° 7899 de 3 de agosto de 1999, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 159 de 17 de agosto de 1999, el legislador dispuso -entre otras cosas- reformar los artículos 167 y 168 del Código Penal. Mediante dicha reforma, lo que se entiende por corrupción varió sustancialmente y conductas que antes de la modificación legal eran constitutivas de este delito dejaron de serlo, de modo que algunas se enmarcarían dentro de otros tipos penales, mientras que otras serían incluso impunes. Lo importante es destacar que a raíz de la reforma mencionada, sólo constituye corrupción lo que se indica en el artículo 167 del Código Penal. Sobre este tema, ya esta Sala ha precisado lo siguiente: ". . . el legislador a través de la **Ley No. 7899**, mejor conocida como "**Ley Contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad**", publicada en la Gaceta No. 159 del 17 de agosto de 1999, vino a modificar o reformar el tratamiento que a esta delincuencia se le venía dando en el Código Penal de 1970 (**Ley No. 4573** del 4 de marzo de 1970), a fin de resolver el problema cada vez mayor relacionado con la prostitución infantil que el país aun vive. Así, a pesar que se continuó considerando que el delito se configuraba por parte de quien promovía la corrupción de un menor de edad, o bien incluso la de un incapaz, supuesto que no estaba contemplado en la anterior normativa; agregándose además que tal delincuencia la podía realizar quien mantuviera a cualquiera de estos sujetos en dicho estado, es decir en estado de corrupción, es lo cierto que la nueva normativa vino a dar un tratamiento y conceptualización radicalmente



Centro de Información Jurídica en Línea



distinta a la que estaba prevista con anterioridad. De acuerdo a la nueva tipificación, la forma genérica por medio de la cual se realizaba la corrupción antes de su entrada en vigencia, consistente fundamentalmente en la ejecución de un conjunto de actos sexuales perversos, prematuros y excesivos, desapareció; y se estableció una definición específica o diferente respecto a lo que, en adelante, se debía entender por tal delincuencia. Bajo esta tesitura, comete el delito de marras de acuerdo a lo que dispone el párrafo segundo del artículo 167 del Código (después de la reforma), quien: **1) Ejecuta actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces. 2) Hace ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces, o 3) Hace participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros.** La ilicitud en análisis se circunscribe entonces de esta forma a la **realización o ejecución de actos sexuales o eróticos** (términos por demás muy imprecisos o ambiguos). La actividad, no obstante que no siempre se prevé una participación directa del encartado, sí tiene que estar dirigida o dominada por éste, ya que el ejecutar, hacer ejecutar o hacer participar implica una posición activa de su parte. En otras palabras, se comete el delito: **(1)** cuando el imputado o agente activo del hecho realiza los actos que se citan en el tipo penal ante personas menores de edad o incapaces, sin que éstos últimos tomen participación en el hecho, lo que implica tan solo una posición pasiva de parte de ellos; **(2)** cuando el imputado hace que otro, o bien un tercero, realice los actos en mención frente a personas menores de edad o incapaces. Acá, al igual que la hipótesis anterior, no se requiere la participación de los ofendidos en dichos actos, ni la del agente de manera directa. El delito se consume en este caso mediante la utilización de otro, que sirve de instrumento al imputado para su propósito. Esta instrumentalización sin embargo no significa necesariamente que el otro o el tercero que actúa no tenga responsabilidad penal en los hechos; podrá tenerla, pero dicho aspecto tendrá que ser valorado en cada caso en particular. Por último, **(3)** el delito se configura cuando el agente activo hace participar a las personas menores de edad o incapaces en actos sexuales o eróticos frente a otros, sean o no mayores de edad. En esta ocasión, en tesis de principio, no habría una intervención directa del imputado en tales actos, sin embargo, al hacer participar a los menores o incapaces en ellos, mantiene un dominio sobre el hecho o delito y en tal sentido sería responsable penalmente. Los actos por supuesto tienen que estar destinados a modificar el desarrollo natural de la sexualidad de los afectados, o bien a modificar la concepción que sobre este tema ellos puedan tener, según la edad o condiciones personales que ostenten, ya que corromper significa, de acuerdo con lo que expresa el Diccionario de la Lengua Española, entre otras voces, " **Alterar o trastocar la forma de alguna cosas. Echar a perder, depravar dañar o podrir... Estragar, viciar pervertir** " (" Diccionario de la Lengua Española ", Real Academia Española, Tomo I, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1984, p. 386). Ahora, de haberse operado o producido tal modificación, conforme se desprende de la reforma, también se comete el delito. En este caso, la acción típica estaría destinada a intentar,



Centro de Información Jurídica en Línea



permitir o asegurar que la variación o modificación sufrida en el desarrollo natural de la sexualidad de la persona menor de edad o incapaz, se mantenga en ese estado o bien se agrave. Como consecuencia de la anterior, resulta entonces evidente que el bien jurídico tutelado en estos casos no es la libertad sexual o la libre autodeterminación sexual de las personas, como sucede en los delitos de Violación o Abusos deshonestos, sino el normal desarrollo o la natural concepción de la sexualidad que tengan las personas menores de edad o los incapaces. No obstante lo anterior y a pesar de la importancia que representa para la vida en sociedad y para la protección de los derechos del niño o de los incapaces se nos presenta un problema de política criminal con la reforma y que consiste fundamentalmente en que el delito de Corrupción sólo se producirá si nos encontramos ante algunos de los tres supuestos que prevé el tipo penal. Por ello, de suscitarse cualquiera otra circunstancia, situación o hecho que no se encuentre tipificado en el artículo 167 del Código sustantivo vigente, aun cuando distorsione el normal desarrollo de la sexualidad de un menor de edad o incapaz, o lo mantenga en dicho estado, no se podrá considerar como constitutivo del delito de Corrupción y por ende sancionarlo, ya que se encuentra excluido como tal. Esta circunstancia no impide que la conducta pueda estar eventualmente contemplada en otro tipo penal, sí así lo ha decidido y previsto el legislador al aprobar la ley de comentario. Sin embargo, es importante mencionar que la previsión en otro tipo penal pueda ser que no establezca la sanción que en realidad merezca el hecho tomando en cuenta la gravedad y las consecuencias que puede producir. No obstante lo anterior, a pesar de la importancia que reviste el tema, la Sala omite un análisis mayor al respecto pues, como se indicó líneas atrás, el mismo encierra un problema de política criminal que corresponde resolverlo en primera instancia a la Asamblea Legislativa, al ser ella la encargada de emitir las leyes. Por ello, aun cuando se observe que el tratamiento dado al delito de Corrupción no fue quizás el más adecuado, al dejar por fuera algunas conductas que podrían afectar el bien jurídico en él protegido, este problema o error es resorte en lo esencial de aquella institución, lo que no excluye, claro está, su discusión en el foro nacional; sin embargo - para nuestros efectos- esta problemática no puede ni debe ser resuelta a través de una simple sentencia en un caso concreto." (véase la sentencia N° 2001-00581 de las 8:55 horas del 15 de junio de 2001; la negrilla y el subrayado son del original; cabe acotar que este criterio fue reiterado por este Despacho en las resoluciones N° 2001-01000 de las 9:10 horas del 19 de octubre de 2001 y N° 2002-00517 de las 9:40 horas del 7 de junio de 2002). A dicha consideración, se agregó en el voto N° 2001-01000, ya citado, lo siguiente: " Es evidente, además, que el afán del legislador de tipificar con cierta amplitud el delito de corrupción en el primer párrafo del artículo 167 de cita, resultó por completo contradicho con las previsiones del párrafo segundo, que vinieron a restringir el tipo a ciertas formas o modos de ejecutar algunas conductas, dejando entonces excluidas otras, aunque objetivamente sea indiscutible su potencial corruptor, tales como la de exhibir pornografía a menores o incapaces - constitutiva de un delito independiente que desplaza, por especialidad,



Centro de Información Jurídica en Línea



al tipo que prevé la corrupción-; o la de realizar los actos "sexuales o eróticos" ya no "ante", o en presencia de menores o incapaces, sino **con o sobre ellos.** " (la negrilla es del original). Como se puede apreciar, esta Sala ha mantenido el criterio de que si no se está ante las situaciones específicas que -después de la reforma de 1999- se describen en el artículo 167 del Código Penal como constitutivas de corrupción, entonces no se puede sancionar a una persona por este delito (otro problema -que no es el que aquí se discute- es el de si conductas que antes de la reforma mencionada eran constitutivas de corrupción se mantienen aún penalizadas en otras figuras delictivas). Ahora bien, a Mena Cordero se le responsabilizó penalmente como corruptor, habida cuenta de que su conducta implicaba la realización de actos perversos, prematuros o excesivos. Lo que sucede es que nada de lo perpetrado por el imputado en perjuicio de V.A. se ajusta a lo descrito en el hoy vigente artículo 167 del Código Penal. En efecto, si se repasa lo actuado por el justiciable, puede observarse que la violación, el abuso deshonesto y la sodomía son todos derivados de actos realizados por el ofensor sobre o con el ofendido. No se dan actos ante el menor, así como tampoco se obliga a otros a actuar ante el agraviado, ni se compele al perjudicado a participar en actos sexuales en presencia de otros. En ese sentido, no se configura ninguno de los supuestos típicos que se enuncian en el artículo 167 del Código Penal. Por ello, debe aplicarse lo establecido en el artículo 12 del mismo texto normativo, toda vez que -con base en los hechos que en esta causa se tienen por demostrados- a Mena Cordero no puede responsabilizársele penalmente por el delito de corrupción en perjuicio de V.A., en el tanto su conducta ya no está comprendida por ese ilícito. Así las cosas, se está ante una ley penal más favorable que debió haber sido aplicada por el a quo a la hora de resolver este asunto. No hacerlo significó un quebranto del debido proceso, pues no se resolvió la causa conforme a la legislación sustantiva que correspondía. En ese sentido, se está ante un defecto procesal absoluto de los enunciados en el artículo 178 del Código Procesal Penal (específicamente en el inciso a) de este numeral). Por ello, considerando la disposición recién mencionada y lo estipulado en el artículo 450 de la ley de rito, **de oficio procede esta Sala a casar la resolución impugnada y, en consecuencia, aplicando la ley penal más favorable, se absuelve a Armando Mena Cordero de toda responsabilidad y pena por el delito de corrupción que se le atribuía en perjuicio de D.V.A.** . Debe remitirse inmediatamente el expediente al Tribunal de origen para que dicte el auto de liquidación de pena y para que se emitan las comunicaciones correspondientes al Juzgado de Ejecución de la Pena, al Registro Judicial y al Instituto Nacional de Criminología, para lo de su cargo. En todo lo no modificado expresamente mediante esta sentencia, el fallo impugnado permanece incólume. Ahora bien, exento el justiciable de toda responsabilidad por el ilícito previsto en el artículo 167 del Código Penal en lo que al caso de V.A. se refiere, subsiste la condena con base en los delitos de violación, abusos deshonestos y sodomía cometidos en perjuicio de este ofendido. Considera esta Sala que es oportuno aclarar que en lo referente al delito de sodomía, se le aplicó al justiciable el artículo 173 del



Centro de Información Jurídica en Línea



Código Penal tal cual estuvo redactado hasta la entrada en vigor de la Ley N° 7899 ya mencionada. A partir de la vigencia de este texto legal, la conducta que estaba regulada en el numeral de comentario pasó a estar comprendida dentro de las estipulaciones del actual artículo 159 del Código Penal. Así, queda claro que la conducta constitutiva de sodomía sigue estando penalizada, por lo que se ajusta a derecho sancionar penalmente a Mena Cordero por ese ilícito; además, ante la duda de en qué momento de 1999 ocurren los hechos que interesan para efectos de este delito, es igualmente correcto aplicar la norma más beneficiosa de las dos posibles, sea la anterior a la reforma legislativa efectuada ese año, por cuanto prevé una pena menos severa para la conducta prohibida. Estos tres ilícitos no concurren idealmente entre sí, pues se está ante una pluralidad de acciones. La acción típica en cada uno de los delitos mencionados es independiente y no hay factor normativo alguno que permita estimarlas como una unidad. Por esto último, **debe declararse sin lugar este extremo del recurso**. IV. **Sobre el caso de B.S.C.**. De conformidad con lo que consta en el elenco de hechos probados (ver folio 243), el Tribunal de instancia tiene por acreditado que en mayo de 2001 el justiciable se sentó al lado de B.S.C. cuando viajaban en autobús y le colocó un puñal en la cintura, obligándolo así a bajarse de ese medio de transporte y trasladarse a la casa de habitación del encartado, sita - como ya se dijo- en San Francisco de Heredia. Una vez en la vivienda, el acusado llamó por teléfono a otra persona, cuya identidad se desconoce, para que se presentara al lugar. Estando el imputado y el otro sujeto con el menor, procedieron a mostrarle películas y revistas pornográficas en las que aparecían hombres y mujeres sosteniendo relaciones sexuales entre sí. Luego, Mena Cordero y el otro individuo comenzaron a besarse, acariciarse y masturbarse, e incluso mantuvieron relaciones sexuales por vía anal y oral, todo ello delante del agraviado. En ese mismo mes, el imputado nuevamente llevó a la víctima S.C. a su casa, donde -en conjunto con el otro sujeto de identidad desconocida- procedió a tocarlo en el pecho y sus genitales por encima de su vestimenta, con la intención de provocarlo para que mantuviera relaciones sexuales con los dos agresores. Sin embargo, el ofendido comenzó a llorar, por lo que Mena Cordero indicó al otro individuo que lo dejaran y que pronto llegaría su hora. Posteriormente, siempre en el mes de mayo de 2001, el imputado y la otra persona llevaron a S.C. a una casa en barrio Mercedes Sur en Heredia, con el fin de buscar a otro menor, pero como no lo encontraron, introdujeron a este agraviado a un cafetal y entre ambos lo tocaron libidinosamente en el área genital, siempre sobre su ropa. En lo que respecta a este menor y en cuanto al primer suceso, sí se da el delito de corrupción, pues el hecho de que el imputado y el sujeto de identidad desconocida lo hayan obligado a presenciar los tocamientos, los besos y las relaciones sexuales que mantenían entre sí, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 167 inciso 1) del Código Penal relacionado con el numeral 168 inciso 3) de ese mismo texto normativo (adviértase que se hace referencia a dichas estipulaciones legales tal cual están vigentes hoy día). En relación con el segundo y el tercer eventos, lo que sucede es que el contenido típico del delito de corrupción (tal cual es regulado desde la reforma



Centro de Información Jurídica en Línea



legislativa del año 1999) impide considerar -en el presente caso- que éste concurre idealmente con los delitos de abusos sexuales contra persona menor de edad, por dos razones: a) los tocamientos de los que fue objeto el menor no se ajustan a los supuestos del artículo 167 del Código Penal (obsérvese que fueron practicados al ofendido, pero no en presencia de otros), por lo que con lo actuado sólo se viola una disposición legal -la referida a los abusos sexuales contra persona menor de edad- y no varias, de modo que no se puede aplicar lo dispuesto en el artículo 21 del Código Penal; y b) lo realizado por el imputado y su amigo (el sujeto de identidad desconocida) ante el agraviado no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 161 del Código Penal, por lo que tampoco se vulnerarían varias disposiciones legales con ese comportamiento, sino sólo una, cual es la relativa a la corrupción. Cabe acotar que ya esta Sala, en la sentencia N° 2001-01000 previamente citada, indicó que es posible que los ilícitos supra mencionados concurren materialmente -como sucede en este caso-, pues el ordenamiento no necesariamente contempla las conductas típicas de estos ilícitos como una unidad de disvalor para los efectos de la prohibición (más bien, puede que las trate -como en el asunto bajo examen- de forma independiente, tal como se indicó líneas atrás). Así las cosas, este extremo del recurso debe ser rechazado. Conviene advertir que precisamente por la reforma legislativa efectuada en 1999 no es aplicable el criterio vertido por esta Sala en la sentencia N° 328-F-96 de las 9:45 horas del 28 de junio de 1996 (en gran parte transcrita por el recurrente en su escrito), pues dicha resolución fue dictada al amparo de normativa hoy no vigente." ⁶

9. POSIBILIDAD DE IMPONER SANCIÓN AUMENTADA

"X.- En el segundo motivo del recurso por el fondo se acusan violados los artículos 21, 73, 75 y 117 del Código Penal. En criterio del recurrente en el presente caso debía imponerse una pena intermedia y no la máxima porque se estaba en presencia de un concurso ideal homogéneo y no heterogéneo, y sólo ante este último es que se podría imponer la pena del delito más grave, pero no en un caso en que los delitos tienen la misma gravedad. Todo el argumento va dirigido a atacar la imposición de la pena, para que se reduzca, sin embargo no se aprecian las violaciones legales que se invocan. Aún tratándose de un concurso ideal homogéneo nuestra legislación autoriza a imponer una sanción aumentada, desde luego sin que pueda exceder de veinticinco años de prisión, de acuerdo con los artículos 21, 51 y 75 del Código Penal. En el caso concreto el Tribunal impuso la pena de ocho años de prisión por tres delitos de homicidio culposo en concurso ideal, sin aumentar el extremo mayor a que se refiere el artículo 117 ibídem, es decir no se impuso la pena máxima que autoriza la ley ante un concurso ideal de delitos, pero sí el máximo que podría imponerse si se tratara de un solo homicidio culposo. Por lo expuesto los argumentos del recurso no son de recibo." ⁷



Centro de Información Jurídica en Línea



10. EL CONCURSO IDEAL HETEROGÉNEO

"III.- [...]. En la especie, el Tribunal impuso a los sentenciados la pena de diez años de prisión por el delito de tentativa de robo agravado y quince años por el delito de tentativa de homicidio calificado en concurso material. En este acto, y resolviendo de oficio y por el fondo la queja planteada, procede modificar la calificación jurídica otorgada a los hechos, pues en la especie se constata una errónea aplicación de la ley sustantiva debiendo haber sido la misma la de tentativa de robo agravado en concurso ideal con tentativa de homicidio calificado. Al respecto, y por la importancia que reviste para resolver el presente caso conviene citar jurisprudencia reciente de esta Sala: "... Naturaleza del concurso de delitos en el presente caso (variación del criterio jurisprudencial sostenido por la Sala de Casación). Es necesario casar la sentencia parcialmente, respecto a la naturaleza del concurso y la penalidad correspondiente, aunque no por las razones alegadas por la defensa sino por los motivos que seguidamente se dirán. En cuanto a la naturaleza del concurso, en este caso no es aparente -como lo pretende la defensa-, porque las conductas descritas en el homicidio *criminis causa* (artículo 112 inc. 6º) y el robo agravado (213 incisos 2º y 3º, en relación al 209 inc. 7º) no se excluyen entre sí, pues no existe relación de especialidad o subordinación entre ellas, lo cual se explicará con detalle más adelante. Pero -como se verá- tampoco se está en presencia de un concurso material, como tácitamente lo consideró el Tribunal de mérito. Respecto a la naturaleza del concurso que se presenta en estos casos, la jurisprudencia de casación ha sostenido diferentes tesis desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1.970, que vale la pena repasar. El primer criterio sostenido, proviene de la Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, que consideró que entre los delitos de homicidio *criminis causa* y robo agravado no hay concurso material (porque se violaría el principio *non bis in ídem*), sino un "verdadero clásico delito complejo o compuesto", donde sólo existe un delito de homicidio calificado "... por una circunstancia que fue delito y que perdió individualidad en virtud de su inserción en otro delito de mayor preminencia, frente a la ley, como circunstancia de agravación ..." (Sala Segunda Penal, V-3-F de 10:30 horas del 17 de enero de 1.978, citado por AGUILAR MORA, Carmen: Homicidio calificado y robo, Naturaleza del concurso, en "Jurisprudencia Crítica", San José, ILANUD, impreso por Industrias Herra S.A., 1.988, págs. 24 a 25). Esta tesis del "delito compuesto" no tiene asidero alguno en el Código Penal de 1.970. Los llamados "delitos compuestos", que se clasifican en "complejos" y "mixtos", son ubicados en la legislación española como casos que alteran las reglas del concurso de delitos, donde casualmente se cita como ejemplo característico, la reunión de los delitos de robo y homicidio en un tipo penal específico (cuando con motivo u ocasión del robo se causa



Centro de Información Jurídica en Línea



la muerte), como una forma técnicamente defectuosa de regular un concurso de delitos, que sería -según varios comentaristas- aconsejable suprimir (confrontar, en alusión al artículo 501.1 del Código Penal español, a MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes: Derecho Penal Parte General, Valencia, Tirant lo blanch, 1.993, págs. 240 y 415; BACIGALUPO, Enrique: Principios..., págs. 251, 286 y 287; MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal Parte Especial, Valencia, Tirant lo blanch, 1993, págs. 244 a 252; BACIGALUPO, Enrique: Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1.991, págs. 151 a 154; BUSTOS RAMIREZ, Juan: Manual de Derecho Penal Parte Especial, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1.991, pág. 178). Un problema semejante al español es el que se deriva del artículo 165 del Código Penal argentino, denominado "Robo con resultado de muerte" (al respecto véase, por ejemplo, BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1.987, págs. 549 a 558 y CREUS, Op. cit.,) 1.046 a 1.049, págs. 450 a 452). Nuestra doctrina ha señalado que esta teoría de los "delitos complejos" no es adecuada para nuestro sistema (así CASTILLO GONZALEZ, Francisco: El concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense, San José, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1.981, págs. 15 a 16; y AGUILAR, Op. cit., pág. 26 a 27), lo cual es acertado, básicamente, por dos razones: en primer lugar, porque la teoría para definir la unidad de acción por la conexión de medio a fin, en realidad no da respuesta válida o precisa al problema de saber cuando existe solamente una acción o una pluralidad de acciones y, en segundo lugar, porque la unidad de acción por conexión de medio a fin no existe en el Código Penal de 1.970, a diferencia del Código Penal de 1.941, cuyo artículo 49 disponía que: «Habrà un solo hecho punible, cuando una sola acción u omisión produzca la infracción de dos o más leyes penales, o cuando diversas acciones u omisiones se hallen enlazadas en la relación de medio a fin. En este caso se aplicará como pena ordinaria y en el máximun, la del hecho que tenga sanción mayor», a lo que debe agregarse que en su artículo 270, aquel texto indicaba que: «El que robare con violencia o intimidación en la personas será penado: 1.- Con prisión de veintiuno a treinta años, si con motivo u ocasión del robo, resultare la muerte de alguna persona» (Código Penal, San José, Imprenta Nacional, 1.950, págs. 15 y 63). Conforme a lo que se lleva expuesto puede sugerirse como hipótesis provisional, a efecto de explicar el por qué del criterio sostenido por la Sala Segunda, que nuestra jurisprudencia de casación, en este punto, siguió aplicando la jurisprudencia y doctrina que informaban la legislación de 1.941, sin percatarse de que resulta incongruente con la normativa y doctrina propia del Código Penal de 1.970, cuando menos en materia de concursos. Nótese que el resultado obtenido a partir del criterio de la Sala Segunda (en tanto sostiene que en realidad no hay concurso de delitos) es semejante al que se obtendría con la legislación vigente, al aplicar las reglas del concurso aparente de normas, en cuyo caso -estando en presencia de una sola acción- un delito puede desplazar la aplicación de otro u otros tipos penales, por razón de especialidad o subsidiaridad (pero que no es posible, como se dijo antes, entre los delitos de Homicidio criminis causa y Robo



Centro de Información Jurídica en Línea



agravado, pues las disposiciones legales respectivas no se excluyen entre sí). Pues bien, ese criterio de la Sala Segunda fue variado posteriormente por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que luego de descartar expresamente el concurso aparente de normas, consideró -por ejemplo- que si la intención de los autores era la de robar en un almacén, pero al ejecutar el hecho, mataron a su guarda, se cometieron entonces dos hechos delictuosos independientes que constituyen un concurso material (Sala Tercera, V-86-F de 10:30 horas del 6 de agosto de 1.982). En lo sucesivo y hasta el presente, esta misma solución fue adoptada por la Sala Tercera, por ejemplo, en sus resoluciones V-139-F de 15:40 horas del 22 de agosto de 1.984 (citada por AGUILAR, Op. cit., pág. 25); V-185-F de 9:15 horas del 24 de julio de 1.987 (que declara un concurso material entre los delitos de Homicidio criminis causa, Lesiones criminis causa y tentativa de Robo agravado); V-108-F de 11:45 horas del 27 de marzo de 1.991 (Homicidio calificado y Robo agravado en concurso material); V-552-F de 9:10 horas del 8 de octubre de 1.993 (donde se estableció que el robo con violencia sobre las personas no subsume los delitos de Lesiones que se ejecuten para realizar el apoderamiento, sino que ambos delitos concurren materialmente); V-592-F de 11:15 horas del 21 de diciembre de 1.994 (donde se declara un concurso material entre el Robo agravado cometido con armas y Agresión con armas); V-707-F de 11:00 horas del 24 de noviembre de 1.995 (que descarta el concurso ideal entre los delitos de Homicidio criminis causa y Robo agravado, declarando que en realidad hay un concurso material); y V-240-F de 9:25 horas del 17 de mayo de 1.996 (que califica como material el concurso entre los delitos de Robo agravado y Lesiones leves, causadas para facilitar el robo). Sin embargo, con ocasión del estudio del presente asunto, los suscritos Magistrados se han cuestionado la validez del criterio sostenido por tantos años, pues lo cierto es que en casos como el presente resulta forzado descartar la unidad de acción por una pluralidad de ellas (que es una de las condiciones del concurso material). Aunque es patente la imposibilidad de un concurso aparente, ello no implica que no sea posible la unidad de acción en algunos de estos casos, los cuales deberían regirse entonces por las reglas del concurso ideal (confrontar artículos 21 y 75 del Código Penal de 1.970). ¿Por qué se ha descartado el concurso ideal? Si bien en la precitada sentencia V-707-F de 11:00 horas del 24 de noviembre de 1.995 se rechazó la existencia de un concurso ideal entre los delitos de homicidio criminis causa y robo agravado, no se explicaron las razones para ello, sino que solamente se indicó por qué si es un concurso material, partiendo del supuesto de que existe pluralidad de acciones. Algunas razones expresas en contra de la posibilidad de un concurso ideal entre estos delitos sí se encuentran, por ejemplo, en la mencionada obra de AGUILAR MORA -que considera que el concurso es material- cuando dice: «No podríamos tampoco aceptar que se está ante un concurso ideal, por cuanto las acciones son independientes e infringen tipos penales que se excluyen entre sí, la conexión entre ambos no es tan íntima como para pensar que si falta uno, el otro no se hubiere cometido, ya que el homicidio se puede consumar, desistiéndose posteriormente de perpetrar el robo» (Op. cit., pág. 27). Para esta autora son dos las



Centro de Información Jurídica en Línea



acciones imputables al sujeto, pero no explica por qué es así (o por qué considera que no existe unidad de acción). Tampoco resulta claro a qué alude con la "conexión íntima" (¿temporal, condicional?) de los tipos penales -que parece suponer como un requisito- y pasa por alto que la descripción del homicidio *criminis causa* plantea tantas hipótesis que resulta un tanto arriesgado afirmar -como regla- que el concurso ha de ser material o ideal, por ejemplo, en todos esos casos, pues podrían suponerse algunas excepciones. Nótese que, a primera vista, pueden distinguirse ocho hipótesis diferentes, ya que, según el artículo 112 inc. 6º, el homicidio puede ser cometido para: 1.- preparar otro delito; 2.- facilitar otro delito; 3.- consumir otro delito; 4.- ocultar otro delito; 5.- asegurar los resultados de otro delito; 6.- procurar para sí la impunidad; 7.- procurar para otro la impunidad; 8.- por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. Para todas estas hipótesis, difícilmente, podría darse siempre la misma solución, la cual debe definirse caso por caso. CASTILLO considera que cuando el autor produce, a través de la acción, el resultado previsto en otro tipo penal -lo que ejemplifica concretamente con los delitos de robo y los de lesiones, cuando el apoderamiento de la cosa es realizado mediante violencia sobre las personas que produce lesiones-, se está en presencia de un concurso ideal heterogéneo, pues una sola acción lesiona varias disposiciones legales que no se excluyen entre sí (El concurso..., págs. 65 a 66). En igual sentido, señala LLOBET que "...cuando el homicidio es llevado a cabo para preparar, facilitar, o consumir el otro delito, el concurso es ideal, por formar parte el homicidio del iter *criminis* del otro delito. En los demás casos el concurso es material" (Op. cit., pág. 29). De los artículos 21, 22, 23, 75, 76, y 77 del Código Penal se colige que el criterio fundamental para resolver el problema de este "concurso de delitos" radica en la definición de qué es "una sola acción u omisión" o "una misma conducta" (confrontar artículos 21 y 23, de ahí que el número de "resultados" no tiene nada que ver con el número de conductas y de delitos). En este sentido se ha afirmado que: «El problema común a todos los supuestos citados es determinar cuándo hay una o varias acciones. De entrada, hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ejemplo, violación intimidatoria, robo con fractura) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explotar una bomba causando la muerte de varias personas). Son, pues, otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. El primero de ellos es el factor final, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, acechar a la víctima, apuntar o disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa unifica y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo). El segundo factor es el normativo, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso en particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares



Centro de Información Jurídica en Línea



realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos (así, por ejemplo, la tenencia ilícita de armas de fuego para el delito de tenencia ilícita de armas). Y, a la inversa, actos aislados, cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica solo cuando se dan conjuntamente (la falsificación de documentos privados solo es típica si se realiza con ánimo de perjudicar o perjudicando a un tercero) o tener una relevancia típica distinta (por ejemplo, robo con homicidio). Cuando una sola acción, determinada con los criterios señalados aquí, realiza un solo tipo delictivo, tenemos el caso normal. Cuando una sola acción o varias acciones realizan varios tipos delictivos, surgen los problemas concursales» (MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría general del delito, Valencia, Tirant lo blanch, 1.991, pág. 194). Nuestra doctrina señala que la unidad de acción es un concepto jurídico, que así como es erróneo tratar de definir la unidad de acción con prescindencia de la norma, así también sería equivocado tratar de definir la unidad de acción con prescindencia del hecho, sin darle el lugar subordinado que le corresponde como contenido de la norma: "...no es la unidad natural de acción la que dice cuando hay una acción en sentido legal; puede ocurrir, más bien, que una acción en sentido natural constituya legalmente una pluralidad de acciones o que una pluralidad de acciones en sentido natural constituya legalmente una sola acción. La separación entre unidad de acción y pluralidad de acciones solamente es posible mediante una interpretación del sentido del tipo penal realizado" (CASTILLO: El Concurso..., págs. 19 a 20). La adopción del factor final (plan unitario que de sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta) y del factor normativo (que convierta la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición) como criterios para dilucidar cuándo hay una y cuándo varias conductas (ya se trate de acciones u omisiones) es ampliamente aceptada por la doctrina actual (así, ZAFFARONI, Op. cit., págs. 619 a 620; VELÁSQUEZ, Op. cit., págs. 584 a 588; MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal Parte General, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1.990, págs. 720 a 724; BACIGALUPO, Enrique: Principios..., pág. 280) y, en la medida que racionaliza fundamentalmente la aplicación de la ley sustantiva a partir del axioma de que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado, es adoptada por los suscritos. En el presente caso sí hay unidad de acción porque se verificó la existencia de un plan común en la realización de los hechos: la resolución determinada por los coautores -factor final- de apoderarse ilegítimamente de los bienes del ofendido, mediante violencia y con el uso de arma, da sentido a que los menores entraran a la casa de la víctima para causarle las lesiones y muerte descritas en el fallo, lo que permite aseverar también la concurrencia de un factor normativo al valorar en conjunto estos hechos, porque el homicidio se dio con motivo de los actos de ejecución de un robo agravado, en que los tres menores -conforme al plan común- utilizaron efectivamente un arma de fuego contra el ofendido, para neutralizar la legítima defensa o resistencia que este opuso al ataque y lograr así consumar el apoderamiento ilegítimo sobre sus bienes: matar devino en acto de ejecución -previsto y aceptado por el autor- para lograr la consumación



Centro de Información Jurídica en Línea



del robo agravado, alcanzando así el propósito que, como resultado final, querían los agentes. Una vez establecida la unidad de acción en este caso se excluye la posibilidad de un concurso real o material (artículo 22, ya que requiere pluralidad de acciones), reduciéndose entonces el problema a establecer si se está en presencia de un concurso aparente (artículo 23) o de un concurso ideal (artículo 21). Ya se ha adelantado en esta exposición que en el caso concreto sometido a examen no se está en presencia de un concurso aparente, porque la conducta descrita en el artículo 213 incisos 2º y 3º (robo agravado, en relación al 209 inciso 7º) no está descrita en el 112 inciso 6º (homicidio calificado), ni viceversa; es más, ni siquiera tutelan los mismos bienes jurídicos (la propiedad y la vida, respectivamente). Si no se cumple esta condición legal (véase el artículo 23), es ocioso preguntarse si estas disposiciones legales se excluyen entre sí, ya que no puede haber relación de especialidad o subsidiaridad tácita entre ellas. La relación de especialidad existe cuando la disposición penal que se aplica contiene en sí todos los elementos de la disposición penal general, más uno o más elementos especializantes, como sucede entre los artículos 305 (Desobediencia) y 394 inciso 3º (No comparecencia como testigo), en que el segundo desplaza por especialidad al primero. Tampoco nuestro legislador asignó al artículo 112 inciso 6º (homicidio criminis causa) una cláusula de subsidiaridad expresa, como si lo hizo, por ejemplo, con el artículo 257 (Abandono de servicio de transporte), haciendo prevalecer la norma que prevé respecto a otra un tratamiento punitivo más severo, lo que también dispuso, por ejemplo, para el artículo 174 (incesto) en relación a los artículos 157 (violación calificada) y 160 (estupro agravado), que en realidad no es una hipótesis de concurso aparente -aunque así se entendiera del artículo 23 in fine-, porque el legislador eliminó toda duda (y toda "apariencia"), al establecer que el artículo 174 vale únicamente cuando no se den los supuestos de aplicación del 157 o del 160 (así, CASTILLO: El concurso..., págs. 30, 31 y 35, quien señala que los casos en los que hay subsidiaridad expresa reposan siempre en una valoración del legislador, que decide que dos tipos penales no concurren idealmente). Como se dijo, tampoco se está en presencia de una subsidiaridad tácita, pues del sentido y fin de las normas indicadas no se puede derivar racionalmente que el legislador incluyera en el tipo del artículo 112 inciso 6º la totalidad del contenido injusto y culpable de la conducta tipificada en el Robo agravado. En esta materia se entiende por "delito de pasaje" aquel que es etapa previa a la realización de un delito sucesivo que lo desplaza (dejando "impune" el hecho previo, con relación al hecho posterior) porque el segundo causa una lesión mayor al bien jurídico tutelado y comprende todo el contenido injusto del primero (confrontar CASTILLO, El concurso..., págs. 49 a 53, VELASQUEZ, Op. cit., pág 597; ARCE AGEO, Miguel: Concurso de delitos en materia penal, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1.996, págs. 173 a 174, MUÑOZ CONDE, Teoría..., pág. 415; MIR PUIG, Op. cit., pág. 739 y CREUS, Carlos: Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1.988, págs. 236 a 237) como, por ej., las "Proposiciones irrespetuosas" del artículo 380 inc. 5º pueden ser un hecho impune respecto al "Abuso deshonesto" del



Centro de Información Jurídica en Línea



artículo 161, así como las "Lesiones" pueden ser un delito de pasaje impune en relación al "Homicidio". Pero en el presente caso las acciones emprendidas, aunque se encuentran en relación de medio a fin no representan diferentes grados o estadios de ofensa a un mismo bien jurídico: la ausencia de esta lesividad coincidente excluye las otras posibilidades de subsidiaridad tácita del concurso aparente, como la del "hecho simultáneo impune" (por ej., los "Daños" del artículo 228 son impunes respecto al "Robo con fuerza en las cosas" del 212 inc. 1º) o la del "hecho posterior impune" (por ej., si luego de cometer el "Hurto" el autor exige una suma indebida al propietario para devolverle la cosa, la "Extorsión" concursa materialmente con el Hurto). Tras todo lo expuesto se llega a la conclusión de que la conducta atribuida al imputado F. Ch. B. sí constituye un concurso ideal heterogéneo -no uno material, como lo estimó el a quo- ya que con una misma acción lesionó dos disposiciones jurídicas que no se excluyen entre sí, a saber, Homicidio criminis causa (artículo 112 inciso 6º en su modalidad de realización para "consumar" otro delito) y robo agravado (con violencia sobre las personas, uso de arma y cometido por más de tres personas, artículos 213 incisos 2º y 3º, en relación al 209 inciso 7º y 212 inciso 3º) ...". (Voto 943-98, de 16:16 horas del 29 de setiembre de 1.998). Solución del caso concreto. En la especie, de los hechos acreditados se desprende que la intención de los imputados al disparar directamente a la parte del vehículo que conducía el ofendido era que éste detuviera el camión que se interponía entre aquel que transportaba los 29 millones de colones, para de esta forma "facilitar la consumación" del robo agravado; es decir, la muerte -aún tentada- del agraviado fue asumida como una consecuencia necesaria para realizar el apoderamiento ilegítimo de los valores dichos mediante la utilización de armas y con el concurso de más de tres personas en la ejecución de las acciones. Debe acotarse, como se expone en el fallo de instancia, que la cadena causal tendente a la consumación se vio interrumpida precisamente por la valiente defensa desplegada por los custodios del contenedor de los bienes, quienes incluso lograron herir con sus armas a uno de los encartados. De esta forma, es claro que existe un concurso ideal, pues la acción de causarle la muerte al ofendido (se repite, aún cuando haya quedado en tentativa) indudablemente sirvió para favorecer la consumación del robo. Con ello se lesionaron dos bienes jurídicos independientes, a saber, la vida y la propiedad. Constatado el anterior defecto, lo procedente es casar la sentencia y declarar a los imputados M.E.F.E., W.V.J. y M.R.S. autores responsables de los delitos de tentativa de homicidio calificado en concurso ideal con tentativa de robo agravado, cometidos en perjuicio de M.R.C. y S.S.A. y en tal condición se les impone la pena de veintitrés años de prisión, que deberán descontar en las condiciones fijadas en el fallo de instancia."

11. LA PENA, FIJACIÓN, FINALIDAD, PROPORCIONALIDAD Y ELEMENTOS

" **III.-** Como segundo motivo por la forma alega el recurrente falta de



Centro de Información Jurídica en Línea



fundamentación en cuanto a la fijación e individualización de la pena, por cuanto se violan los artículos 142 en relación con el 369 inciso e) del Código Procesal Penal, 71 del Código Penal, 39 y 41 de la Constitución Política. **Por unanimidad se considera atendible el motivo.** Una vez analizada la sentencia de mérito, resulta evidente que el juez a quo no efectúa una debida fundamentación ni exposición de las razones que lo llevaron a fijar la pena al imputado, pues sólo toma en cuenta que Vílchez Obregón es reincidente y que no muestra signos de arrepentimiento, ni deseos de acatar las órdenes de los despachos judiciales. No se puede sostener que tales argumentos fundamenten de forma debida la pena impuesta al imputado, de modo que se incumple lo dispuesto por el artículo 71 del Código Penal. Esta Cámara en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre la forma de fundamentar la pena, así en voto 2002-0053 de las 10:15 horas del 01 de febrero del 2002, se dice; "... **1) Finalidad de la pena:** Para la fijación de la pena el tribunal parte de la premisa original de Ziffer (ZIFFER, Patricia S.: Lineamientos de la determinación de la pena; Ad-Hoc, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA; Buenos Aires; 1.996), quien con acierto señala que la individualización de la pena debe responder a los fines políticamente asignados a ésta. La decisión del fin de la pena es de naturaleza política criminal, de modo que los tribunales, sin hacer política criminal en el caso concreto y sin separarse de las líneas maestras señaladas por el ordenamiento jurídico en abstracto -por el legislador en otras palabras-, deben cuantificar la pena en cumplimiento de aquellos principios básicos de la política criminal. Consecuencia de lo anterior es la obligada consulta a la Const.Pol. y a la otras fuentes de derecho, en orden descendente, para determinar antes que otra cosa la finalidad política de la pena en el derecho costarricense. La carta constitucional guarda silencio acerca del tema, por lo que debe acudir a los tratados internacionales que, de acuerdo al § 7 de la Const.Pol., tienen fuerza inferior a la constitución pero superior a la ley. Así encontramos el § 5 de la Convención americana sobre derechos humanos, que en los §§ 5.3 y 5.6 dispone: 'La pena no puede trascender de la persona del delincuente' y 'Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados'. En igual sentido el § 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que en lo conducente reza: 'El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados...'; y el § 51 del C.p., que establece la 'acción rehabilitadora' como finalidad de las penas. De aquí derivan dos consecuencias importantes: (i) la pena no puede ir más allá de la persona del condenado, en cuanto no debería afectar a otros como su cónyuge o hijos, pero tampoco puede trascender a otros miembros de la sociedad como un mensaje de prevención general negativa, por lo menos no puede imponerse la pena con esta intención; y (ii) si la finalidad de la pena es la reforma y readaptación social del condenado, su propósito -de prevención especial positiva- es el de aplicarse en la medida necesaria para la reinserción social del condenado. La individualización de la pena gravita en torno a la necesidad individual de castigo, dentro de los parámetros fijados por la



Centro de Información Jurídica en Línea



ley. Se tiene así la finalidad de la pena: la necesidad individual de ella. **2) Proporcionalidad de la pena:** Corresponde subrayar el límite de actuación de la ley establecido por el § 28 de la Const.Pol., cuando indica que los actos privados que no dañen a terceros quedan fuera de la acción de la ley; o a contrario sensu: sólo ante la lesión o peligro para bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento es posible aplicar la ley. Es decir la ley se aplica en la medida, en la proporción o en relación, al daño o peligro para el bien jurídico afectado por el delito. Hasta aquí necesidad y lesividad, dentro de la previsión objetiva y abstracta de la pena, son los parámetros de fijación. **3) Elementos objetivo, normativo y subjetivo en la fijación de la pena:** Así lo señala el § 71 del C.p., cuando dispone en la parte inicial: 'El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe'. Se encuentran aquí los elementos ponderables para la fijación de la pena: (i) **elemento objetivo**, contenido después en el inciso a) del mismo artículo ('...la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito...'); (ii) **elemento normativo**, desglosado en los incisos b), c) y e) (la lesividad, el daño o peligro, '... atendiendo a la gravedad del hecho...'); y (iii) **elemento subjetivo**, descompuesto en los incisos a), d), e) y f) (la culpabilidad, '... la personalidad del partícipe...'). **4) Pasos para la fijación de la pena:** De este modo, debe calificarse el hecho y establecer la previsión abstracta para el delito en general; un segundo paso es el de establecerse el límite de la pena para el caso concreto, atendiendo a la extensión del daño o peligro para el bien jurídico tutelado, en consideración al quantum económico cuando sea posible, a la vulnerabilidad de la víctima, a la inflexión de dolor más o menos necesaria para la comisión del hecho y a las condiciones de modo, tiempo y lugar; y el tercer paso, implica la ponderación de la culpabilidad -en cuanto mayor o menor exigibilidad de conocer el derecho y de actuar conforme a ese conocimiento-, la oportunidad del delito, la consideración a la víctima y las condiciones materiales y espacio-temporales de la comisión del delito. Esta es la interpretación de las fuentes de derecho para la fijación de la pena, concretamente de los §§ 7 y 28 de la Const.Pol., 5.3 y 5.6 de la Convención americana sobre derechos humanos, y 71 del C.p. (...)"'. Por las razones antes expuestas y en forma unánime, se declara con lugar este motivo, con las consecuencias correspondientes." ⁸

12. EL CONCURSO MATERIAL

13. DOCTRINA

"El artículo 22 del código penal regula la hipótesis del concurso material de delitos, entendiéndose esta como la situación en que un mismo agente comete conjunta o separadamente varios delitos. Presupuesto necesario para que se presente es pues, la pluralidad



Centro de Información Jurídica en Línea



de conductas, en contrapartida a la unidad requerida para el concurso ideal.

(...)

"El concurso material "es un caso de reiteración delictiva que presupone una delincuencia real y normativamente plural, sin que las distintas unidades dependan entre si" Para que el concurso real exista además de la pluralidad delictiva se requiere que un mismo agente participe en todas ellas".⁹

14. NORMATIVA

ARTÍCULO 22.-

Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos." ¹⁰

15. JURISPRUDENCIA

16. FIJACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO MATERIAL

"VIII.- Unico motivo por vicio in iudicando. No aplicación de las reglas de penalidad del concurso material. Alega el recurrente que el Tribunal irrespetó las reglas de penalidad del concurso material, particularmente los artículos 22, 71 y 76 del Código Penal, lo anterior al condenar a su defendido por cuatro delitos de abusos deshonestos agravados, imponiéndole una pena de 4 años por cada delito cometido, para un total de 16 años de prisión. El Lic. G.F. solicita se rebaje la pena impuesta a su representado al tanto de 12 años de reclusión. Lleva razón el recurrente. Tal y como lo ha manifestado esta Sala y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para el concurso material se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor pena impuesta y en ningún caso del monto máximo de prisión que autoriza la ley. "En todos estos casos, siempre subsiste la existencia de los requisitos del concurso real, (...), no pudiéndose en ningún caso sobrepasar el límite del triple de la pena mayor impuesta y, en ningún caso, de los cincuenta años de prisión en cuanto a la pena efectivamente impuesta por la totalidad de delitos que integran el concurso, tal y como lo establece el artículo 76 del Código Penal (...)" Resolución N° 3193-95 de las 15:06 horas del 20-6-95." ¹¹

ii. CONCURSO MATERAIL RETROSPECTIVO

" De acuerdo con las reglas del concurso material retrospectivo cuando un sujeto comete un nuevo delito antes de ser condenado por



Centro de Información Jurídica en Línea



un delito anterior, al juzgársele por ese segundo hecho no se le puede calificar como reincidente, ni se podrá recurrir a las reglas de la reincidencia para aplicar la pena, sino que deberán tomarse las reglas del concurso real, pese a que los hechos hayan sido objeto de diferentes procesos y, consecuentemente, de diferentes sentencias (artículos 22 y 76 del Código Penal). En otras palabras estas reglas contienen, por así decirlo, dos partes. En la primera de ellas podemos definir cuando dos procesos que iniciaron separadamente pudieron haberse tramitado y resuelto de manera conjunta. Una vez definido este punto, de acuerdo con la segunda parte lo que corresponde es unificar las penas impuestas separadamente. Para el caso que nos ocupa, no existen penas que unificar, no obstante sí podemos sostener razonablemente que nos encontramos antes dos procesos que debieron haberse tramitado de manera conjunta. En el presente caso hay que tomar en consideración que al momento de iniciar la presente causa el veintiséis de febrero del año dos mil uno (véase la denuncia de folios 1 a 3) aún no se había dictado por parte del Tribunal de Heredia la sentencia del veintidós de febrero de año dos mil dos mediante la cual se acogió una salida alterna de reparación integral del daño dentro del proceso penal que se tramitó bajo el expediente número 00-202664-03698-PE (véase la certificación extendida por el Registro Judicial de Delincuentes a f. 79). Siguiendo la cronología de ambos procesos, es obvio que tanto aquel como el presente proceso pudieron haberse tramitado y resuelto conjuntamente, como ya se explicó, por lo que se llega a la conclusión que es procedente la aplicación en el proceso actual de la salida alterna de la reparación integral del daño ..."12



Centro de Información Jurídica en Línea



FUENTES CITADAS

- ¹ Rivero Sánchez Juan Marco, La determinación de la pena en el concurso ideal de delitos. Revista de Ciencias Penales (No 1), 1989, Pág. 19.
- ² CÓDIGO PENAL. Ley número 4573 del 15 de noviembre de 1970. Artículo 21
- ³ SALA TERCERA DE LA CORTE. Sentencia: 00196 Fecha 08/03/2002. Hora 9:00:00 AM
- ⁴ TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia: 00192 Fecha 26/02/2004 Hora: 11:10:00 AM
- ⁵ SALA TERCERA DE LA CORTE. Sentencia: 00016 Fecha: 21/01/2005 Hora: 10:05:00 AM
- ⁶ SALA TERCERA DE LA CORTE. Sentencia: 00019 Fecha: 24/01/2003 Hora: 8:45:00 AM
- ⁷ SALA TERCERA DE LA CORTE. Sentencia: 00058 Fecha: 05/03/1993 Hora: :05:00 AM
- ⁸ TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia: 00242 Fecha: 04/04/2005 Hora: 3:26:00 PM
- ⁹ Urbina Vargas Rigoberto, La competencia Penal y el concurso de delitos en la jurisdicción agraria. Tesis para optar por el título de licenciado en derecho. 1990 Pág. 141-142
- ¹⁰ CÓDIGO PENAL. Ley número 4573 del 15 de noviembre de 1970. Artículo 22
- ¹¹ SALA TERCERA DE LA CORTE. Sentencia: 00095 Fecha: 28/01/2000 Hora: 8:50:00 AM

- ¹² TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Sentencia: 0051 Fecha: 29/01/04 Hora: 11:07AM