

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
SISTEMAS DE ESTUDIO DE POSGRADO

**“CONSECUENCIAS ESPECIALES DEL HECHO PUNIBLE.  
EL CASO DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE PERSONA  
MENOR DE EDAD E INCAPACES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE  
CULPABILIDAD”**

Trabajo final de investigación aplicada sometido a la  
consideración de la Comisión del Programa de Estudios de  
Posgrado en Ciencias Penales para optar al grado y título de  
Maestría Profesional en Ciencias Penales

JAVIER MADRIGAL NAVARRO

CIUDAD UNIVERSITARIA, RODRIGO FACIO, COSTA RICA

2020

## **Dedicatoria**

En primer lugar y, sobre todo,  
dedico a DIOS este proyecto, le agradezco por  
la vida que me dio para recorrer este camino a su lado,  
y por brindarme la oportunidad de terminarlo.

Dedico este trabajo a mi bella esposa Katarina,  
por darme su amor y comprensión.

Dedico también este trabajo a mis padres Ulises y Olga,  
por su apoyo y amor incondicional.

Los amo con todo mi corazón.

## **Agradecimientos**

Quisiera dar un enorme agradecimiento a mi directora de tesis, la Profesora D. Rosaura Chinchilla Calderón, por aceptar la tarea, por sus consejos, su dedicación y comprensión. Su apoyo a esta iniciativa académica ha sido irrestricto y ello ha dejado una huella inolvidable en mi mente y una deuda de eterna gratitud.


Agradezco de una manera muy especial al Profesor D. Manuel Rojas Salas, quien me brindó su apoyo, su experiencia y su conocimiento. Sus aportes intelectuales y doctrinarios fueron invaluable e incluso me atrevería decir, imprescindibles. Sin su ayuda don Manuel, no hubiese sido posible la realización de esta investigación.

Agradezco también al Profesor D. Javier Llobet Rodríguez quien me brindó su paciente y brillante guía de manera desinteresada y generosa. Su dedicación infinita y pasión ilimitada por el desarrollo de las Ciencias penales, son una fuente de inspiración y un ejemplo para el ejercicio de mi quehacer como abogado y profesor universitario.

Quisiera agradecer a la Profesora D. Patricia Vargas González, por haberme brindado de manera desinteresada su apoyo y conocimientos respecto a esta materia que tanto le apasiona. Debo destacar, por encima de todo, su disponibilidad y generosidad al enrumbarme por el camino de este proyecto, siendo su aporte muy importante para la realización de este trabajo.

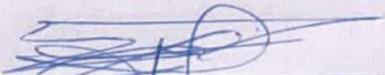
## Hoja de aprobación

"Este trabajo final de investigación aplicada fue aceptado por la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, como requisito parcial para optar al grado y título de Maestría Profesional en Ciencias Penales"



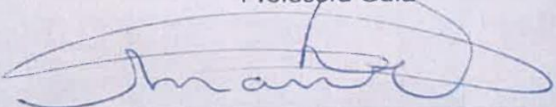
---

Dr. Franz Vega Zúñiga  
Representante del Decano  
Sistema de Estudios de Posgrado



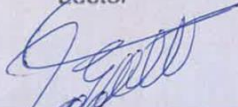
---

M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón  
Profesora Guía



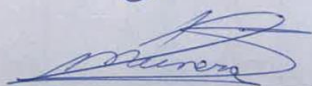
---

Dr. Manuel Rojas Salas  
Lector



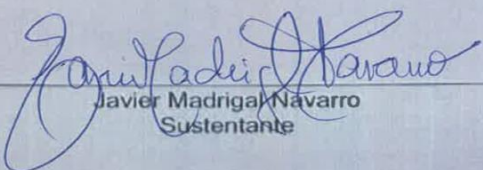
---

Dr. Javier Lobet Rodríguez  
Lector



---

M.Sc. Sergio Múnera Chavarría  
Representante del Director del Programa de Posgrado en Derecho



---

Javier Madrigal Navarro  
Sustentante

# Índice

Dedicatoria.....	II
Agradecimientos .....	III
Hoja de aprobación .....	IV
Resumen.....	VIII
Introducción.....	1
Capítulo I.....	15
El principio de responsabilidad subjetiva .....	15
A.- El sentido del término culpabilidad entendida como principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio .....	15
B.- El principio nulla poena sine culpa .....	23
C.- Garantías derivadas del principio de culpabilidad entendido como “responsabilidad subjetiva por el hecho propio” .....	28
D.- Origen del principio de responsabilidad subjetiva.....	35
E.- Evolución histórica del ámbito de responsabilidad subjetiva. De las “formas de culpabilidad” a las “formas de tipicidad” en sentido estricto .....	37
1.- Época antigua .....	38
2.- Entre la caída del Imperio Romano y la Revolución Francesa.....	38
3.- El sistema clásico.....	41
4.- El sistema Neokantiano.....	44
5.- El sistema finalista .....	46
6.- El sistema funcional o teleológico del derecho penal .....	49
7.- La responsabilidad subjetiva para Günther Jakobs .....	50
F.- La responsabilidad objetiva y el derecho penal .....	52
G.- Concepción dogmática del principio <i>versari in re illicita</i> .....	55
Capítulo II.....	58
Consecuencias especiales del hecho: los tipos penales calificados por un resultado más grave en sentido estricto (artículo 37 del Código Penal) .....	58
A.- Las figuras compuestas .....	59
1.- Delitos simples o compuestos .....	60
2.- Delitos de uno o de varios actos .....	60
3.- Delitos calificados por el resultado .....	61
B.- La calificación de un delito base por un resultado .....	66
C.- Tipos de delitos calificados por el resultado .....	76

D.- Forma en que debe manifestarse el resultado requerido en los “ <i>delitos calificados por el resultado</i> ” .....	79
1.- El tipo objetivo.....	87
2.- La imputación del resultado .....	90
3.- El tipo subjetivo .....	92
E.- Los delitos preterintencionales .....	93
F.- Formas de imputación subjetiva para los delitos calificados por el resultado....	108
1.- La visión clásica .....	108
2.- La visión del delito preterintencional.....	109
3.- La teoría del riesgo en los delitos calificados por el resultado .....	110
4.- La visión que respeta el principio de culpabilidad.....	116
G.- Los delitos calificados por un resultado doloso .....	119
H.- Diferencia entre los delitos calificados por el resultado y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal .....	132
1.- Definición del término “ <i>circunstancias</i> ” .....	133
2.- Circunstancias “ <i>calificantes</i> ” del delito.....	136
3.- Circunstancias del delito dentro del ámbito del derecho penal sustantivo y especial.....	143
I.- Diferencia de los delitos calificados por el resultado con el especial caso de las condiciones objetivas de punibilidad .....	151
1.- Condiciones objetivas de punibilidad. Concepto.....	152
2.- Clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad .....	156
2.1.- Las condiciones objetivas de punibilidad propias.....	157
2.2.- Las condiciones objetivas de punibilidad impropias .....	159
2.3.- Las condiciones objetivas de punibilidad extrínsecas .....	162
2.4.- Las condiciones objetivas de punibilidad intrínsecas .....	163
2.5.- Posición que rechaza las condiciones objetivas de punibilidad.....	164
3.- Delitos calificados por el resultado y condiciones objetivas de punibilidad ....	166
4.- El dolo y la culpa respecto de las condiciones objetivas de punibilidad.....	168
J.- Condiciones objetivas de punibilidad y su distinción con los conceptos de: condiciones objetivas de procedibilidad, excusas legales absolutorias y causas de extinción de la responsabilidad criminal .....	170
Capítulo III.....	177
El delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad .....	177
A.- Establecimiento del delito sustracción de personas menores de edad o con discapacidad en el Código Penal costarricense .....	177

B.- El conflicto normativo entre el artículo 184 y el artículo 192 bis del Código Penal .....	184
C.- Análisis del tipo penal de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad.....	190
1.- Diferentes posiciones dogmáticas sobre el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad .....	199
1.1.- La tesis de la libertad personal .....	201
1.2.- Tesis de la seguridad individual del menor de edad.....	204
1.3.- Tesis de los intereses familiares .....	207
1.4.- Tesis de la pluriofensividad.....	209
1.5.- Bien jurídico protegido por el artículo 192 bis del Código Penal de C.R. Posición Personal .....	211
2.- Conducta típica .....	213
2.1.- Noción dogmática del término sustracción.....	215
2.2.- Sujetos activos y pasivos del delito.....	221
2.3.- Figura simple del artículo 192 bis del Código Penal y culpabilidad .....	229
3.- Figuras agravadas y culpabilidad .....	238
3.1.- Agravante simple: resultado lesiones .....	238
3.2.- Figura hiperagravada: resultado muerte .....	243
3.3.- Agravante especial por participación de autores determinados .....	251
D.- El delito sustracción de personas menores de edad o con discapacidad y su relación con otras figuras delictivas: el secuestro de la persona menor de edad y de la persona incapaz y el secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión .....	255
1.- El secuestro de la persona menor de edad y de la persona incapaz del artículo 215 inciso 4) del Código Penal.....	257
2.- El secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión del artículo 215 bis del Código Penal.....	261
E.- La pérdida de sistematicidad en los delitos calificados por el resultado y proposición de <i>lege ferenda</i> .....	264
Conclusiones y recomendaciones .....	273
Bibliografía .....	277
Proyecto de ley .....	291

## Resumen

El presente trabajo de investigación contiene un análisis del delito de sustracción de persona menor de edad o incapaz, de conformidad con el principio de culpabilidad. Se exponen las consideraciones dogmáticas más relevantes del delito, sus antecedentes históricos, el tipo objetivo, el tipo subjetivo, el bien jurídico protegido, consumación, concursos, autoría y participación, así como los aspectos jurisprudenciales más relevantes. Para una mayor comprensión del mismo, se recurre a la explicación de los denominados delitos calificados por el resultado y sus implicaciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** Sustracción de persona menor de edad o incapaz, principio de culpabilidad, delitos calificados por el resultado, delitos preterintencionales, circunstancias calificantes, circunstancias agravantes, circunstancias atenuantes.

## Abstract

The present investigation contains an analysis of the crime of abduction of a minor or incapable person, in accordance with the principle of culpability. The most relevant dogmatic considerations of the crime are exposed, their historical antecedents, the objective type, the subjective type, the legally protected interests, perpetration, concurrence of offenses, perpetrator and participation. This essay is complemented with the most relevant references to court decisions. For a better understanding of it, we resort to the explanation of the so-called crimes qualified by the result and their implications within our legal system.

**Key words:** Abduction of a minor or incapable person, principle of culpability, qualified crimes by the result, “preterintencionales” crimes, qualifying circumstances, aggravating circumstances, extenuating circumstances.



Autorización para digitalización y comunicación pública de Trabajos Finales de Graduación del Sistema de Estudios de Posgrado en el Repositorio Institucional de la Universidad de Costa Rica.

Yo, Javier Madrigal Navarro, con cédula de identidad 3-376-036, en mi condición de autor del TFG titulado Consecuencias especiales del hecho punible. El caso del delito de Sustracción de persona menor de edad encaja pues a la luz del Principio de Culpabilidad.

Autorizo a la Universidad de Costa Rica para digitalizar y hacer divulgación pública de forma gratuita de dicho TFG a través del Repositorio Institucional u otro medio electrónico, para ser puesto a disposición del público según lo que establezca el Sistema de Estudios de Posgrado. SI [X] NO [ ]

\*En caso de la negativa favor indicar el tiempo de restricción: cinco año (s).

Este Trabajo Final de Graduación será publicado en formato PDF, o en el formato que en el momento se establezca, de tal forma que el acceso al mismo sea libre, con el fin de permitir la consulta e impresión, pero no su modificación.

Manifiesto que mi Trabajo Final de Graduación fue debidamente subido al sistema digital Kerwá y su contenido corresponde al documento original que sirvió para la obtención de mi título, y que su información no infringe ni violenta ningún derecho a terceros. El TFG además cuenta con el visto bueno de mi Director (a) de Tesis o Tutor (a) y cumplió con lo establecido en la revisión del Formato por parte del Sistema de Estudios de Posgrado.

INFORMACIÓN DEL ESTUDIANTE:

Nombre Completo: Javier Escudro Madrigal Navarro

Número de Carné: 09-2318 Número de cédula: 3-376-036

Correo Electrónico: javiermadrigal12@yahoo.com

Fecha: 20/Octubre/2020 Número de teléfono: 8417-8558

Nombre del Director (a) de Tesis o Tutor (a): M.Sc. Rosaura Chinchilla Calderón

[Handwritten signature] FIRMA ESTUDIANTE

Nota: El presente documento constituye una declaración jurada, cuyos alcances aseguran a la Universidad, que su contenido sea tomado como cierto. Su importancia radica en que permite abreviar procedimientos administrativos, y al mismo tiempo genera una responsabilidad legal para que quien declare contrario a la verdad de lo que manifiesta, puede como consecuencia, enfrentar un proceso penal por delito de perjurio, tipificado en el artículo 318 de nuestro Código Penal. Lo anterior implica que el estudiante se vea forzado a realizar su mayor esfuerzo para que no sólo incluya información veraz en la Licencia de Publicación, sino que también realice diligentemente la gestión de subir el documento correcto en la plataforma digital Kerwá.

## Introducción

El Código Penal costarricense de 1970 se emitió en una época en la cual estaban vigentes las reglas de un derecho penal de atribución causalista, reflejo del desarrollo de la dogmática penal de los treinta años anteriores a su publicación, tanto a nivel nacional como del derecho penal europeo. Hay quienes creen que la regulación de la culpabilidad se trata dentro del Código Penal desde el esquema de la teoría causalista de la acción con todas sus consecuencias, llegando incluso a afirmarse que nuestro código regula el tópico del dolo “*malo*” el cual es un tema perteneciente a la culpabilidad que de *lege lata* es la tesis del Código Penal,<sup>1</sup> aún y cuando estos temas deben quedar fuera de dicha normativa para ser desarrollados de una manera consensuada, lógica y sistemática por la jurisprudencia y por la doctrina nacional.

Sin embargo, la posición seguida por nosotros es aquella asumida por la Sala Tercera, ya de vieja data, según la cual en la sección V del Código Penal costarricense, bajo el epígrafe “*Culpabilidad*” se normativizan una serie de circunstancias que se refieren al ámbito de la tipicidad y no al de la reprochabilidad.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. Navas Aparicio, Alfonso. “La orientación causalista del delito en el Código Penal y sus efectos en sede de error”. En: *Revista de la Defensa Pública*. N° 3, octubre, 2003, p. 95, donde manifiesta lo siguiente: “*El Código Penal costarricense promulgado mediante la Ley nº 4573 de 4 de mayo de 1970 (en vigencia desde el 15.11.1971) es fruto, en gran parte, del esplendor que en esa época tuvo el Código Penal Tipo para Latinoamérica cuya Parte General venían elaborando un grupo de renombrados juristas del continente americano desde 1963, labor que concluyó a principios de la década de 1970. Integrantes de este grupo eran, entre otros muchos, el español Luis Jiménez de Asúa y el argentino Sebastián Soler. Ambos, de forma independiente, incluso habían confeccionado proyectos de Código Penal. El primero, para Venezuela. El segundo, para Guatemala y Argentina. Fueron todos estos textos los que sirvieron de orientación constante al legislador costarricense, tal y como se refleja en la propia exposición de motivos de lo que fue el anteproyecto del vigente Código Penal. Tanto Jiménez de Asúa como Soler eran acérrimos defensores de la concepción causal del delito. Debido a ello, no fue obra del azar que el Código Penal de Costa Rica regulara el dolo y la imprudencia como formas de la culpabilidad y no como elementos subjetivos del tipo doloso y del tipo imprudente. No es de extrañar, entonces, que el dolo y la imprudencia se traten en una sección del Código Penal denominada “Culpabilidad”.*”

<sup>2</sup> Al respecto ver: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 446-F-1992, de las quince horas cuarenta minutos del 25 de setiembre de 1992, que respecto al tema dijo lo

Con la evolución del neokantismo y del finalismo, la principal preocupación para el derecho penal no fue ya la causación automática de un daño en detrimento de los intereses de un individuo, sino el poder atribuir de manera personal, la producción de un resultado, de acuerdo con el conocimiento y la voluntad de aquel o de acuerdo con su previsibilidad y capacidad de evitarlo, o el hecho de poder atribuir una simple acción sin resultado a través de la puesta

---

siguiente: “I. El problema del dolo en el Código Penal Costarricense: En la Sección V del Código Penal costarricense, bajo el epígrafe "Culpabilidad", en nueve artículos, se ordenan una serie de circunstancias de la más variada índole, las cuales no todas se refieren a cuestiones de culpabilidad (o de "reprochabilidad") sino que también trata otros fenómenos e instituciones jurídico-penales que tiene funciones y resultados propios de estratos de análisis distintos a los de la culpabilidad. En primer lugar, la existencia del artículo 30 define una relación que resulta lógica en la sistemática del Código entre el hecho tipificado en la Ley y el dolo, culpa o preterintención que forman parte del aspecto de intención (subjetivo) que es necesario para la realización de lo descrito en el tipo penal. Resulta fundamental para el análisis judicial de cualquier conducta encuadrable en un tipo penal que se estudie el aspecto volitivo y cognitivo de la intención del sujeto activo, esto por cuanto el artículo 30 del Código Penal establece una relación inescindible entre el hecho tipificado (denominado en doctrina tipo objetivo) y el aspecto intencional del mismo (dolo, culpa o preterintención). Tal aspecto queda también reafirmado con la existencia del artículo 31 del Código Penal, el cual, al definir el significado legal del dolo, indica que el mismo es una voluntad realizadora del hecho tipificado, esto es, que el dolo no se entiende aparte del hecho tipificado, sino que está dentro de ese hecho, tanto para efectos de descripción (labor legislativa) como para los efectos del análisis típico (labor judicial). De esta manera, es que se comprende cuál fue la actitud que tuvo el legislador penal costarricense al diseñar la estructura de la intención en el Código. Es evidente que quiso definir el dolo como una voluntad, pero una voluntad que supone conocimiento, pues no se puede tener voluntad de lo que no se conoce. En este sentido, y siempre dentro de la estructura legal de la conducta dolosa, tenemos que si el dolo es el querer la realización del hecho típico (tipo objetivo), el conocimiento del dolo es un conocimiento de los elementos del tipo objetivo (elementos del hecho tipificado en la nomenclatura utilizada por el legislador). Este conocimiento no puede ser potencial, es decir, una posibilidad de conocimiento; el conocimiento que requiere el dolo es un conocimiento efectivo, aún de la probabilidad de que el resultado se produzca y no se evite el mismo (artículo 31 en relación al artículo 18 del Código Penal, sobre el mismo criterio pueden ser consultados, entre otros, los siguientes autores: BACIGALUPO (Enrique), Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, TEMIS-ILANUD, 1984, pp. 102-114 ZAFFARONI (Eugenio Raúl), Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, EDIAR, 1985, pp. 403-426), SHÖENE (Wolfgang), El Orden Jurídico Penal, San José, Costa Rica, JURICENTRO, 1992, especialmente el primero y segundo capítulos, sobre el problema de la intención en los delitos de omisión). Esta toma de posición del legislador costarricense tiene una implicación importante en la solución de problemas relacionados con el conocimiento que requiere el dolo. En este sentido, y de acuerdo con una lectura exacta y apegada al texto legislativo, no se podría observar en el dolo el conocimiento de la antijuridicidad, aspecto que se trataría en el juicio de reproche (estrato de análisis posterior al análisis del injusto). Esa fue la verdadera voluntad legislativa, tal y como se desprende de una lectura atenta de los artículos 30, 31, 34 y 35 del Código Penal (en este sentido se ha pronunciado la doctrina nacional, ver: ISSA EL-KHOURY JACOB (Henry) y otro, Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal, San José, Costa Rica, 1991, pp. 84-87, en especial resulta de interés el planteamiento sobre el dolo como manifestación de una voluntad realizadora del tipo, pp. 107-110; DALL'ANESE RUIZ (Francisco), El Dolo, San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, pp. 17-21”.

en peligro de un bien jurídico, siendo este esquema desarrollado por escuelas de pensamiento cuyas corrientes se mantienen en el derecho penal contemporáneo.

Debido a ello, podríamos afirmar que uno de los aspectos más importantes para el derecho penal durante toda su historia ha sido, precisamente, el poder atribuir de manera personal, la responsabilidad penal al sujeto activo, en proporción a su conocimiento de la situación ilícita que él mismo cometió, despojando así a la disciplina de la responsabilidad penal objetiva de todo el misticismo que la rodeaba.

Sin embargo, en ese camino hacia el desarrollo de una teoría de la imputación personal más técnica, se ha realizado un gran número de ajustes al principio de responsabilidad subjetiva a nivel del tipo complejo, dándole igual relevancia que a la tipicidad objetiva. Ello significó abandonar el principio del Derecho canónico, según el cual se responsabilizaba al sujeto activo no solo de los efectos inmediatos de su actuar, sino de aquellas consecuencias imprevisibles que derivaran de él.

Hablamos así de lo que se conoce hoy en día como el principio del *versari in re illicita*, principio conforme al cual, cualquier persona deberá defenderse, aunque no tenga responsabilidad al momento del actuar, de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida. La identificación de este principio que revelaba la aplicación de una justicia totalmente odiosa fue un paso de suma relevancia para el derecho penal de finales del siglo XX y principios de este; y es muy importante el avance de la doctrina más calificada (tanto alemana como española) para eliminar cualquier insumo que pueda ser utilizado, aunque fuese de manera negligente, por los juzgadores al momento de decretar una sentencia condenatoria que utilizara aspectos de responsabilidad objetiva o que derivaran, inclusive, de situaciones fortuitas.

Reflejo de ello es, en nuestro derecho penal, el artículo 37 del Código Penal que de manera expresa busca suprimir, precisamente, el poder condenar a una persona por una consecuencia especial del hecho punible, cuando esta

no ha sido cometida al menos con culpa por parte del autor o partícipe, tratando de aplicar así el pilar del principio de tipicidad como garantía y excluyendo de su haber los resultados fortuitos.

Como lo veremos, no en todos los casos, los ordenamientos jurídicos contienen delitos que acatan los principios y valores del derecho penal, situación que se evidencia cuando se examina la estructura de las figuras complejas, donde existe el peligro de que el segundo delito cometido y que viene a calificar al delito base, sea atribuido bajo alguna forma de responsabilidad objetiva, por defecto de la misma ley o por la arbitraria aplicación de la ley por parte del juez.

Debe tenerse presente que las *consecuencias especiales del hecho* son un tema totalmente diferente al estipulado en el Código Penal como *consecuencias civiles del hecho punible*, previstas en el Título VII, del Libro Primero que contiene las Disposiciones Generales del Código Penal, a partir del artículo 103.<sup>3</sup>

A través del estudio y análisis del derecho penal costarricense se ha logrado determinar que los operadores del derecho se enfrentan diariamente a resabios de un derecho penal no solo inquisitivo, sino también objetivo. Pareciera que las normas que regulan el principio de responsabilidad subjetiva no han calado suficientemente en la forma de legislar, máxime cuando se refiere a los delitos calificados por el resultado. Se tratará de demostrar con este trabajo que en nuestro país existe la posibilidad de condenar a una persona, no solo de manera desproporcionada, sino más allá de su conexión psíquica con el hecho delictivo cometido, en casos donde surgen consecuencias especiales del hecho que, inclusive, normativizadas de forma

---

<sup>3</sup> En dicha normativa se regulan los siguientes temas: los efectos civiles de una condenatoria (artículo 103), la responsabilidad civil del inimputable (artículo 104), la responsabilidad disminuida por culpa de la víctima (artículo 105), la solidaridad de los partícipes (artículo 106), la transmisión de la reparación civil (artículo 107), la reparación civil en caso de que prospere un recurso de revisión a favor del reo, cuando este haya sufrido una prisión preventiva prolongada y fuere declarado inocente (artículo 108), la extinción de la reparación civil y efectos civiles de la sentencia condenatoria extranjera (artículo 109) y el comiso (artículo 110), todos estos artículos del Código Penal.

independiente, contienen una pena menor y un reproche establecido de manera suficiente contra conductas de la misma naturaleza.

Este es el caso del delito contenido en el artículo 192 bis del Código Penal denominado “*Sustracción de personas menores de edad o con discapacidad*” que contiene una figura agravada simple, una figura hiperagravada y una figura especial agravada en una misma norma, lo cual rompe todas las reglas de una correcta política criminal y de interpretación que deben prevalecer como garantías fundamentales derivadas de la Constitución y las leyes; además, es posible aún hoy condenar a una persona en aplicación de las reglas de una responsabilidad penal totalmente objetiva.

En aras de comprender mejor la aplicación de dicho tipo penal a los casos prácticos que enfrentan nuestros Tribunales de Justicia, se ha planteado el siguiente problema: ¿Permite el artículo 192 bis del Código Penal —titulado como “*Sustracción de personas menores de edad o con discapacidad*”— la atribución de una responsabilidad objetiva por parte de los jueces, a los imputados acusados por este delito, en detrimento del principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio o de culpabilidad?

Por esta razón, en la presente investigación se estudia a profundidad el delito en comentario a la luz del principio de culpabilidad, pues se considera que la redacción de dicho tipo penal no es clara en definir la “*forma de tipicidad subjetiva*” que pueda adoptar el autor respecto del delito calificante, desde el esquema de un sistema jurídico protector de los derechos y garantías individuales; existe un problema en la configuración de este tipo penal que en conjunción con una mala aplicación del artículo 37 de nuestro Código Penal, bien podría relacionarse con el principio del *versari in re illicita* que se abarca en esta investigación.

En doctrina, de manera unánime, se sostiene que el principio del *versari in re illicita* es una manifestación de la denominada responsabilidad objetiva porque en ella no se tiene en cuenta la conexión psicológica de la conducta respecto de su autor, de la manera en que se analiza en la tipicidad penal

subjetiva. La forma que la llamada responsabilidad objetiva asume en el derecho penal es el principio del *versari in re illicita* que, como se demostrara, no ha sido superado hoy día en Costa Rica.

Si bien es cierto hoy en día la dogmática veta todo tipo de referencia hacia el tema de la responsabilidad objetiva en el campo del derecho penal, la verdad es que el principio del “*versari in re illicita*” frecuentemente permea las resoluciones jurisprudenciales y los trabajos doctrinarios, por lo que no se puede decir que este se encuentre totalmente erradicado. Y con esto pareciera que los 30 años que algún connotado jurista dijo que Costa Rica tiene perdidos frente a la discusión alemana,<sup>4</sup> se debió a un cálculo totalmente prudencial. Se debe tomar en cuenta que la figura de la responsabilidad penal objetiva data de la época del desarrollo en pleno del derecho penal canónico.

El estudio que aquí se propone es eminentemente normativo y el mismo ejercicio realizado para descubrir y esclarecer si la norma permite utilizar, aparte de una correcta aplicación del derecho, una interpretación totalmente

---

<sup>4</sup> De manera amplia el Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez fundamenta esta posición en el prólogo a la obra del Dr. Emiliano Borja Jiménez titulada *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito*, página 20, en la cual de manera concreta señaló lo siguiente: “(...) De destacar es, también, que la gran mayoría de las discusiones que han tenido lugar en el seno de la dogmática penal costarricense evidencian un atraso de por lo menos 30 años de desfase, como lo demuestra la circunstancia de que todavía el tema del causalismo y finalismo sigue siendo motivo de desvelo de muchos profesores costarricenses (en sus polémicas verbales, pues tampoco se ha reflejado el debate a nivel de artículos o monografías!), cuando, como se sabe, la cuestión está resuelta en Alemania desde hace varias décadas. El desconocimiento de los actuales temas de la dogmática penal se evidencia también, en la satanización que se ha hecho de muchas teorías novedosas y cuyo adecuado entendimiento y manejo escapa a las posibilidades de muchos de los académicos costarricenses. Tal sucede, por ejemplo, con el problema de la imputación objetiva, cuya sola mención produce todavía escalofríos en la mayoría de los Tribunales y Facultades de Derecho costarricenses (...)” Esto generó una discusión intelectual ya muy conocida en nuestro país por significar un nuevo despertar en el interés hacia el derecho penal sustantivo, y del cual participaron los juristas Dall’Anese Ruiz y Chirino Sánchez por medio de su libro titulado *Delito, autoritarismo y estado*, de la Editorial Jurídica Continental, San José, 2002, la cual fue seguida por Juan Marcos Rivero Sánchez en también un pequeño libro titulado [*¿Muchas?*] *nueces... ¿poco ruido? Reflexiones sobre el estado actual del discurso jurídico penal costarricense*, de la Editorial Jurídica Continental, San José, 2002. De esta discusión también participó el Doctor Javier Llobet Rodríguez en *La teoría del delito en la dogmática penal costarricense*, de la Editorial Jurídica Continental, 1ª edición, 2002. Luego, el profesor Francisco Castillo González, haciendo alusión tiempo después a la teoría de la imputación objetiva publicó su obra *Causalidad e imputación de resultado*, de la Editorial Juritexto, San José, 2003.

objetivada, se puede realizar para todos los *delitos compuestos*<sup>5</sup> de nuestro Código Penal.

El presente trabajo consiste en examinar el tipo de interpretación que podría dársele al delito de Sustracción de persona menor de edad o con discapacidad de conformidad con el artículo 37 del Código Penal<sup>6</sup> y de las posiciones doctrinales relacionadas con los delitos calificados por el resultado, las cuales deben coincidir con el principio de culpabilidad entendido como el principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio. Se aclara que la investigación no consiste en saber qué es el dolo o la culpa, sino en analizar la necesidad de ligar psíquicamente al agente activo con la consecuencia especial del hecho.

Igualmente, se realiza un estudio respecto al tipo penal de Sustracción de persona menor de edad o con discapacidad a la luz del principio de culpabilidad como delito compuesto, así como de la parte correspondiente a los distintos resultados calificantes, ya que es común que se confundan con el tema de las “*circunstancias del delito*” o con el tema de las “*condiciones objetivas de punibilidad*”, especialmente en los casos en los que estas últimas tienden a agravar la pena; de manera tal que al no determinarse la forma de culpabilidad que los cubre se convierten, con solo ello, en un delito que carece de conexión subjetiva entre el autor con el hecho delictivo realizado, derivando de ello un tipo de responsabilidad objetiva similar al que se tendría si se sancionara por un caso fortuito.

---

<sup>5</sup> Son *delitos compuestos* aquéllos en los cuales con un solo acto se constituye más de un delito, siendo que en ellos hay un único propósito de delinquir que produce varios resultados de los que más de uno constituyen delitos. Roxin ejemplifica este tipo de delitos con el delito de hurto, que se dirige contra la propiedad y la custodia, y el delito de robo, en el que se añade como tercer bien jurídico, la libertad de decisión y actuación de la voluntad. Cfr. Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, Javier García Conlledo, y Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 337. Por otro lado, tenemos el *delito complejo*, que es una variedad del delito compuesto, y que es aquél con dos o más acciones, que por sí mismas son infracciones tipificadas en distinto lugar del Código Penal, pero que el legislador las integra en un mismo tipo penal.

<sup>6</sup> Artículo 37 del Código Penal. “*Pena más grave por consecuencia especial del hecho: Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos, culposamente respecto a ella.*”

En este trabajo se parte de la siguiente *hipótesis*: “*La construcción del tipo penal contenido en el artículo 192 bis del Código Penal denominado “Sustracción de la persona menor de edad o con discapacidad” permite una interpretación del derecho penal sustantivo por parte del juez que llevaría hacia la atribución de una responsabilidad penal totalmente objetiva, por contener consecuencias especiales del hecho violatorias del principio constitucional de culpabilidad que deben ser eliminadas del tipo penal.*”

Un estudio responsable y pormenorizado del principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio o de culpabilidad y de lo que en la doctrina se ha estudiado desde el Derecho canónico como el principio del *versari in re illicita*, adquiere relevancia para discutir la forma en que deben ser creados los tipos penales complejos, los cuales deben adecuarse a alguna de las mal denominadas “*formas de culpabilidad*” ya establecidas por la normativa del derecho penal y que no responden a la naturaleza de las circunstancias agravantes ni calificantes adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico.

Dos son las soluciones que permite nuestro ordenamiento para este tipo de problemas en la configuración de tipos penales: a) la estructuración por parte del legislador de una consecuencia especial del hecho para un tipo penal determinado, acatando el principio de culpabilidad con respecto al resultado o b) la fijación de un tipo penal básico que se conjuga con otro delito mediante la aplicación de las normas del concurso de delitos. La opción por la que se ha decantado nuestro legislador fue por la utilización de una consecuencia especial del hecho. Sin embargo, surgen varias interrogantes con respecto a ello, por ejemplo, si esas consecuencias especiales del hecho deben ser abarcadas por el dolo o la culpa del sujeto, en qué casos y cuáles otras técnicas doctrinales o legislativas podrían también venir a agravar la pena de la misma manera.

El título del trabajo es “*Análisis del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad a la luz del principio de culpabilidad*”, el cual se eligió por la particular forma en que dicho tipo penal fue redactado por el legislador, sin tomar en cuenta los elementos estructurales dentro de dicho tipo

penal, los que en nuestro criterio acarrearán su inconstitucionalidad a la luz del principio de culpabilidad.

Como *objetivo general* se pretende demostrar que el delito de “*Sustracción de la persona menor de edad o con discapacidad*” (artículo 192 bis del Código Penal) es inconstitucional por poseer una incorrecta construcción del tipo penal en abierta contradicción con el principio de culpabilidad, entendido este como responsabilidad subjetiva por el hecho propio.

Los *objetivos específicos* son los siguientes:

1.- Establecer los parámetros del principio de culpabilidad penal en el derecho penal de hoy a la luz del Código Penal costarricense.

2.- Analizar la forma en que deben interpretarse y aplicarse las reglas normativas respecto de las consecuencias especiales del hecho en nuestro ordenamiento jurídico.

3.- Evidenciar la evolución histórica en nuestro país del delito de “*Sustracción de la persona menor de edad o con discapacidad.*”

4.- Analizar el tipo penal del delito de “*Sustracción de la persona menor de edad o con discapacidad*” (artículo 192 bis del Código Penal).

5.- Hacer una proposición de *lege ferenda* sobre la forma en que debe construirse el tipo penal en comentario.

Por la manera en que se encuentra regulado el artículo 192 bis del Código Penal y por las formas en que se aplican ciertos criterios dogmáticos en contraposición al principio de culpabilidad, las áreas del derecho relacionadas con este trabajo de investigación serían: Derecho penal sustantivo, Derecho penal especial, Derecho penal constitucional y Derechos fundamentales, Política criminal y Criminología.

Como *marco teórico* se tiene que el derecho penal continental europeo (de gran influencia en el ordenamiento jurídico costarricense) se ha caracterizado por un desarrollo dogmático de avanzada que ha buscado la precisión en la construcción de los tipos penales, así como la adecuada imputación subjetiva

de delitos a las personas, teniendo en cuenta el respeto de sus derechos fundamentales, aspecto que resulta de especial relevancia para el acatamiento de las garantías procesales en los Estados constitucionales, democráticos y sociales de derecho, cuya aplicación se defiende en este texto.

Antiguamente esto no era así, pues el derecho penal carecía de la teoría del tipo complejo y del avanzado esclarecimiento de la actual dogmática penal que a la luz de las modernas corrientes normativas permite una correcta imputación, tanto objetiva, como subjetiva del tipo penal. Ejemplo de ello es el principio del *versari in re illicita* que permitía antiguamente responsabilizar penalmente a una persona de las consecuencias —imprevisibles, fortuitas o, inclusive, las no queridas por el autor— que derivaban de su actuar ilícito por falta de un adecuado desarrollo dogmático de responsabilidad, teoría que tuvo su origen en el Derecho canónico de la Edad Media y que repercute en nuestro ordenamiento jurídico hasta nuestros días.

Hoy esto no es acorde con el principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva por el hecho propio, principio constitucional que dicta y obliga al Estado a crear tipos penales que indiquen al destinatario de la norma y a la sociedad en general, la forma de realización desde la cual se prohíben determinadas conductas que perjudican los bienes jurídicos tutelados en cada sistema normativo. Para ello se ha permitido la configuración de tipos penales complejos que corresponden a lo que la doctrina ha denominado “*delitos calificados por el resultado*”, los cuales, al igual que todo tipo penal, deben indicar o determinar de manera pormenorizada la forma en que se tutela una conducta ilícita.

Sin embargo, hoy el principio de culpabilidad no constituye una base axiológica en algunos tipos penales del Código Penal costarricense. Muestra de ello es el delito de “*Sustracción de la persona menor de edad o con discapacidad*”, en donde se ha utilizado una técnica legislativa inadecuada que no es acorde con los artículos que regulan el principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio de nuestro Código Penal, sino que siguen los

lineamientos del artículo 37 del Código Penal (al respecto ver nota al pie de página #1).

Así las cosas, y bajo un criterio de interpretación extensiva, podría llegar a defenderse la posición de que en la comisión de un delito que contenga consecuencias especiales del hecho, el resultado que califica al delito base pueda cometerse de manera dolosa en un primer término y de manera culposa, en los casos en que exista un tipo penal paralelo que indique, precisamente, que dicha consecuencia especial del hecho se puede cometer de esa forma, puesto que el conocimiento del delito base contiene la previsibilidad del delito culposamente. Podría también interpretarse que de conformidad con el artículo 37 del Código Penal se admite la comisión imprudente respecto de las consecuencias especiales del hecho para quienes actúen, a lo menos culposamente, incumpliendo de esa forma el principio de taxatividad en materia de delitos culposos. O podría interpretarse, ya en concreto y de acuerdo con el tipo penal específico, que al no indicarse una forma de culpabilidad el tipo penal también podría tutelar los resultados fortuitos o los no queridos por el agente, convirtiendo este tipo de delitos, a falta de regulación expresa, en una manifestación del principio del *versari in re illicita*, lo cual es perfectamente posible una vez vista la forma en que está estructurado el artículo 37 del Código Penal.

Tómese en cuenta que bajo esta óptica podría incluso llegarse a afirmar que una persona podría ser responsable penalmente, aun cuando al cometer voluntariamente un delito cause un mal distinto del que se había propuesto realizar, faltando así una total conexión psíquica entre lo querido por el agente activo con el resultado ilícito obtenido, por ejemplo, sancionándose un delito a título de dolo en cuanto a su resultado, cuando en realidad se cometió de manera culposa.

Pareciera entonces que el *versari in re illicita* no ha sido erradicado del ordenamiento jurídico costarricense y existen muy pocos trabajos de investigación que aborden este tipo de problemas dogmáticos y de construcción

normativa. Los operadores del derecho usan constantemente distintas normas del Código Penal y las leyes especiales que claramente van dirigidas al destinatario de la norma, pero que al no expresar ninguna forma de culpabilidad como en los casos de los delitos complejos, deben de interpretarse y aplicarse a la luz de los principios del derecho penal general. Para tratar este tema es que se ha escogido -como muestra- el análisis de un solo tipo penal que, además, contiene penas muy altas, totalmente desproporcionadas al contenido del injusto penal.

Respecto a la *metodología* por aplicar, las propuestas específicas realizadas por el autor se han hecho después de haber realizado un estudio exploratorio. Este tipo de investigaciones tiene como finalidad mostrar una visión actual y aproximada del objeto de estudio, con el propósito de familiarizarse con un fenómeno o hecho novedoso o poco conocido para adquirir conocimientos sobre este y explorar su comportamiento en el medio ambiente en donde se presenta. Con esto se pretende formular un problema que merece una investigación más precisa para estudiar el tema en un contexto más profundo. La investigación exploratoria se realiza cuando se incursiona por primera vez en un tema, cuando el tema elegido se ha estudiado poco o cuando no hay suficiente información; también se realiza cuando se carece de estudios previos sobre el tópico o cuando apenas se empieza a saber de su existencia, todo lo cual coincide con este ámbito de trabajo.

También se propone una investigación de carácter cualitativo, en donde se describen las características del delito de Sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, lo que se apoya principalmente en la recopilación de información publicada en documentos doctrinarios y de su aplicación a nivel de la jurisprudencia; lo anterior mediante un proceso formal de análisis y reflexión, donde se han examinado, recogido, interpretado y concentrado los datos y la información sobre este particular delito contenido en el artículo 192 bis del Código Penal.

El presente texto se ha dividido en tres capítulos:

En el primer capítulo se analiza el principio de culpabilidad en su modalidad de principio constitucional y del derecho penal entendido como el principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio, tal y como está configurado, tanto en nuestra Constitución Política, como en nuestro Código Penal, con el objeto de entender la importancia que adquiere el hecho de que los tipos penales respondan a una de las formas de tipicidad subjetiva (dolo y culpa) para que el tipo penal cumpla su función de garantía; también se estudia la historia de tal precepto a nivel dogmático. Además, se analizan en ese capítulo aspectos concernientes al tema de la responsabilidad objetiva en el derecho penal y sobre los aspectos atinentes al principio del *versari in re illicita*, en contraposición al principio de culpabilidad, su influencia negativa al momento de formular figuras complejas y su relación con otras figuras como los delitos preterintencionales a través de la historia.

En el segundo capítulo se realiza un estudio sobre lo que en el artículo 37 del Código Penal costarricense se denominan “*las consecuencias especiales del hecho*” y su referencia a los delitos calificados por el resultado; esto para entender qué debe entenderse por una agravación por el resultado en este tipo de delitos. En torno a ello, se trata de manera pormenorizada lo que en doctrina se conoce como “*circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*” en el derecho penal costarricense, así como las “*condiciones objetivas de punibilidad*”, las cuales se han considerado contrarias al principio de culpabilidad debido a que se argumenta que al sujeto activo, a pesar de no haber previsto o conocido de su existencia, se le aplica una pena o una agravante si se cumple un determinado presupuesto de punibilidad. Entre otras, se analizan “*las condiciones objetivas de punibilidad propias, impropias, intrínsecas y extrínsecas*” para entender su diferenciación respecto de los delitos calificados por el resultado y si estas guardan algún tipo de semejanza, así como su posición dentro de los estadios de la teoría del delito. También se estudian aspectos relativos al tema de la visión utilizada por la teoría de la imputación objetiva para el caso de los delitos calificados por el resultado.

En el tercer capítulo se escrutan las características y la configuración del delito de Sustracción de personas menores de edad o con discapacidad, en el cual se pasa revista por su origen histórico, el bien jurídico tutelado y los elementos normativos y descriptivos que configuran dicho tipo penal de acuerdo con su actual estructura.

Se concluye con un apartado en el cual se plantea una propuesta de “*lege ferenda*” sobre la reforma del artículo 192 bis del Código Penal en la que se resalta la necesidad de evitar resabios de responsabilidad penal objetiva que aún podrían aplicarse en nuestro ordenamiento jurídico, basado en el estudio con el cual se demuestra que la configuración de los delitos calificados por el resultado son actuales manifestaciones del principio del *versari in re illicita*.

## Capítulo I

### El principio de responsabilidad subjetiva

En el presente capítulo se estudiará el significado del principio constitucional de culpabilidad, entendido este como forma de responsabilidad subjetiva del delito por el hecho propio y su relación con sus otros significados. La comprensión de este principio es de suma importancia, pues ello nos permite distinguir el alcance que tiene en la aplicación de los tipos penales, así como las formas en que se puede transgredir en la aplicación directa de una norma compuesta. Su desarrollo incluirá la distinción con el término de responsabilidad objetiva que ha prevalecido en el derecho penal hasta el presente, producto de la doctrina del *versari in re illicita*. También se analizará la evolución del principio de culpabilidad como dato histórico material a nivel doctrinario y la forma en que su desarrollo ha incidido en nuestro tiempo al momento de imputar un resultado que califica un delito doloso base.

#### **A.- El sentido del término culpabilidad entendida como principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio**

El término culpabilidad es usado por la doctrina penal en distintos sentidos, conceptualizándose más comúnmente como una categoría teórica, siendo para algunos un estadio de la teoría del delito y para otros, el presupuesto de aplicación de la pena.

Por culpabilidad se entiende la determinación de la necesaria comprobación de la presencia del dolo o la culpa para la consecución de la responsabilidad penal, en contraste con la denominada responsabilidad objetiva. Se trata esta concepción, del establecimiento de una garantía en

contra de los excesos de la responsabilidad objetiva, pero también una exigencia que se suma a la relación de elementos necesarios para reconocer la posibilidad de imponer una pena.

A la persona solo se le puede atribuir un hecho realizado por ella misma siempre y cuando lo haya realizado con dolo o culpa (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). No debe confundirse este principio con la “culpabilidad” como elemento de la teoría del delito, subsiguiente a la tipicidad y a la antijuridicidad. Si para el causalismo el dolo y la culpa (imprudencia) eran formas de la culpabilidad, modos en que se es culpable por un delito, cobraba sentido que el límite estatal en comentario se denominara “*principio de culpabilidad*”; al ubicarse aquellos componentes subjetivos en sede de, precisamente, culpabilidad. Sin embargo, para las concepciones finalistas e imperativistas, el dolo y la culpa constituyen elementos subjetivos, respectivamente del tipo penal doloso y culposo. La traslación de estos componentes de la culpabilidad a la tipicidad no supuso el total abandono de la expresión “*principio de culpabilidad*”, arraigada en un amplio sector de la doctrina, aun cuando por la razón indicada sea preferible la referencia al “*principio de responsabilidad subjetiva*”. Culpabilidad como posible categoría de cualquier sistema de la teoría del delito (primera noción) y culpabilidad como límite del poder punitivo (segunda noción) no lleva, de forma necesaria, a la equiparación de ambas.<sup>7</sup>

Al respecto nos indica expresamente Francisco Muñoz Conde:

*“El Código Penal recoge claramente la distinción entre dolo e imprudencia (tradicionalmente llamada “culpa”) ya en la definición del delito y falta que se da en el artículo 10: “Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por ley”. Estas dos fuentes de imputación subjetiva son, además, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º las únicas sobre las que puede basarse una responsabilidad penal, de ahí que hayan sido acogidas*

---

<sup>7</sup> Navas Aparicio, Alfonso. *Código Penal de Costa Rica Comentado*. Volumen I, Litografía e Imprenta Universal S.A., 1ª edición, San José, Costa Rica, 2011, p. 15.

como uno de los principios básicos del moderno derecho penal constituyendo el llamado “principio de culpabilidad”.<sup>8</sup>

Dos ideas básicas derivan de este límite a la potestad punitiva estatal:

a.- El principio de derecho penal del hecho. Se trata de un derecho penal “del hecho” no “de autor”, en tanto la sanción obedece a la conducta realizada (acción u omisión), no a la forma de ser, ni de pensar, ni al carácter del autor del hecho. Los artículos 1, 18 y 30 del Código Penal refieren claramente que se sancionan “hechos” o conductas externas que pueden adquirir la forma de “acción” o de “omisión”. La fase interna del delito es impune: “*cogitationem poenam nemo patitur*”, que significa los pensamientos no se pueden sancionar o que el pensamiento no delinque.<sup>9</sup>

b.- El principio de responsabilidad subjetiva. El derecho penal reacciona con la pena ante las consecuencias dolosas (queridas) y culposas (previsibles) del acto (acción u omisión) realizado por el autor. La conducta humana voluntaria es la base de la teoría jurídica del delito. Exigir responsabilidad penal por consecuencias que en absoluto dependen de la voluntad del ser humano (sea porque no fueron queridas o no fueron previsibles) constituiría una arbitrariedad estatal. Al respecto nos dice el artículo 30 del Código Penal: “*Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención*”.<sup>10</sup>

Dado que la norma penal tiene una función de motivación a través de la amenaza de la pena, ningún efecto disuasorio, ni ninguna obediencia externa puede esperarse de conductas no dirigidas por la voluntad humana que escapen a su posibilidad de evitación. Queda así suprimido del derecho penal la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, es decir, la responsabilidad por conductas realizadas sin dolo ni culpa y la responsabilidad

---

<sup>8</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis, Colombia, 2012, p. 53.

<sup>9</sup> Navas Aparicio, Alfonso. *Código Penal...*, p. 15.

<sup>10</sup> Navas Aparicio, Alfonso. *Código Penal...*, p. 16.

por causación de resultados no previsibles. En igual medida, de ello se obtiene la impunidad del caso fortuito o la fuerza mayor.<sup>11</sup>

De esta manera, debemos tomar en cuenta que el principio de culpabilidad aquí tratado es el que deriva del principio de la estricta taxatividad legal o de la teoría del injusto, porque es en este estamento donde se debe de comprobar cuál fue la actitud espiritual del autor respecto del suceso. En cuanto a la culpabilidad como parte de la teoría del delito, lo que se analiza es si el autor tuvo capacidad y libertad suficientes para atender el llamado de la norma, situación que no abarcamos en este estudio. En otras palabras, el estudio al que aquí nos referiremos respecto al principio de culpabilidad tiene que ver con las características subjetivas del hecho que contrarían la norma dolosa o al menos la culposa (lo que constituye un tema relativo al injusto) y no a la capacidad individual de evitar la comisión del injusto, lo que representa un argumento referido a la culpabilidad como estadio de la teoría del delito.

Otro aspecto que debemos tomar en cuenta para el análisis del presente tema es la conceptualización de lo que llamamos "*conexión psíquica*" utilizado para explicar el vínculo cognoscitivo y volitivo del autor con el hecho delictivo por él realizado y que se analiza a nivel del tipo subjetivo; esto para hacer la diferenciación con aquellos resultados o puestas en peligro para el bien jurídico, totalmente desvinculados de una voluntad sin contenido o de un conocimiento que se genere involuntariamente, es decir, de manera fortuita. Esto se analiza así, debido a que el principio de culpabilidad aquí tratado -tal y como se afirmó supra- es aquel que deriva del principio de legalidad criminal.

Nos ha parecido que el concepto de "*conexión psíquica*" nos facilita la comprensión de la forma en que se deben presentar las consecuencias especiales del hecho, ya que el término "*formas de culpabilidad*" se considera a la luz de la moderna teoría del delito como inadecuada, prefiriendo utilizar los conceptos de "*formas de tipicidad subjetiva*", "*responsabilidad subjetiva por el*

---

<sup>11</sup> *Ibidem.*

*hecho propio*”, utilizando también la noción de “*conexión psíquica*” como modo abreviado de las anteriores expresiones.

Otros términos similares al de “*conexión psíquica*” lo son el “*nexo de imputación*” (a diferencia del nexo causal), la “*imputación subjetiva*”, “*relación psicológica mínima*” o inclusive de “*una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción*”, los que serán utilizados indistintamente en las líneas subsiguientes.

Consideramos que el término de “*conexión psíquica*” utilizado no es un término de uso exclusivo de las tesis causalistas o finalistas, pues actualmente es utilizado por diferentes tratadistas independientemente de su posición doctrinaria.

Para el causalismo, la acción es la modificación del mundo exterior; para el finalismo se trata de una acción voluntaria final y tiene que ser dolosa (es decir, con voluntad de quebrantamiento de un mandato) o culposa (con voluntad de quebrantamiento de un deber de cuidado). Caso contrario, no será, por lo tanto, final ni voluntaria.

Se solía afirmar que era necesario probar el “*nexo psicológico*” derivado del concepto psicológico de la culpabilidad, propio del esquema clásico de la teoría del delito, pero que luego fue superado mediante la teoría normativa de la culpabilidad propia de la estructura de la teoría del tipo complejo.<sup>12</sup> Sin embargo, como lo veremos, luego del finalismo también se siguió acudiendo al término de *conexión psíquica* para hacer referencia al elemento subjetivo del tipo penal.

De hecho, Welzel, en su teoría enumera varias estructuras lógico-objetivas; la primera de ellas es el concepto ontológico de la acción humana, a saber “*la acción es ejercicio de actividad final*”. Para esta teoría, la voluntad como *manifestación psíquica* es capaz de dirigir el actuar del ser humano hacia

---

<sup>12</sup> Al respecto ver: Gómez Pavajeu, Carlos Arturo. *La prueba “jurídica” de la culpabilidad en el nuevo sistema penal*. 4ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, mayo del 2017, p. 118.

la consecución de determinados fines, la acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la voluntad humana.<sup>13</sup>

Cuando hablamos de “*conexión psíquica*” entre el autor y su actuar ilícito, nos referimos a que no existen, al decir de Jakobs,<sup>14</sup> defectos volitivos o cognitivos en la conciencia del agente que lo exoneren de responsabilidad y que, por lo tanto, sí se puede entrar a analizar la existencia del dolo o la culpa. También Cerezo Mir<sup>15</sup> para diferenciar la culpa consciente de la inconsciente, afirma que solo en los supuestos de culpa consciente existe un nexo psicológico entre el sujeto y los elementos del tipo, por lo cual pareciera que dicha idea es totalmente adecuada para tratar el tema aquí propuesto. Inclusive Muñoz Conde afirma que la absoluta imprevisibilidad elimina la relación psicológica con el resultado.<sup>16</sup> Este autor nos dice para explicar el tema del caso fortuito que este se trata de un caso de ausencia de tipicidad, en donde no se da la *relación psicológica mínima* que permite en ese ámbito la imputación del hecho.<sup>17</sup>

Por lo que respecta a nuestra posición, existe una duda expresa sobre la constitucionalidad de los delitos calificados por el resultado. Al respecto, se ha llegado a afirmar por parte de la doctrina nacional más calificada que: “...*La jurisprudencia de la Sala Constitucional considera que los delitos calificados por el resultado, después de la introducción en nuestro derecho del artículo 37 del*

---

<sup>13</sup> Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11ª edición, traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 53.

<sup>14</sup> Günther, Jakobs. *El lado subjetivo del hecho*. Disertación del Profesor Günther, Jakobs en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, el 3 de abril del año 2003, Ciudad de Córdoba, República de Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Traducción del Profesor Manuel Cancio Meliá, recuperado de: <http://derechopenalmarginal.blogspot.com/2014/08/el-lado-subjetivo-del-hecho-g-jakobs.html#!/2014/08/el-lado-subjetivo-del-hecho-g-jakobs.html>, el día 26 de febrero 2019.

<sup>15</sup> Cerezo Mir, José. “El tipo de injusto en los delitos de acción culposos”. En: *ADPCP*, Tomo XXXVII, fascículo III, setiembre-diciembre, MCMLXXXIII, p. 472.

<sup>16</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis, Colombia, 2012, p. 3.

<sup>17</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito...Op. Cit.*, 2012, p. 90.

*código penal, concuerdan con el principio de culpabilidad, por lo cual no son inconstitucionales. Hay autores que piensan que incluso en los casos en los que el resultado más grave pueda imputársele al autor a título de culpa, se trata de casos de responsabilidad objetiva, por lo que contradicen el principio de culpabilidad. Proponen resolver estos casos aplicando las reglas del concurso...”.<sup>18</sup>*

A continuación, en la nota al pie de página número 1969<sup>19</sup> de la misma obra, el profesor Castillo González afirma que la Sala Constitucional, mediante resolución 500-90 de las diecisiete horas del 15 de mayo del año de 1990 estableció el criterio según el cual para que proceda una pena en materia penal el principio de culpabilidad requiere “*necesariamente una relación entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquél le sea atribuido la realización del hecho*”, situación que efectivamente es correcta pues la sentencia contiene dicha afirmación.

Sin embargo, la resolución referida 500-90 de las diecisiete horas del 15 de mayo de 1990 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, no se refiere expresamente a la constitucionalidad de los delitos calificados por el resultado. Lo que contiene dicha resolución es un análisis sobre un caso que fue sometido a consideración de los magistrados de dicha Sala, en la cual por resolución de las diez horas y treinta minutos del 17 de abril de ese mismo año se condenó al recurrente, en su condición de presidente ejecutivo de la corporación comercial, a pagar en favor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, veinte días multa a razón de trescientos colones el día, sea un total de seis mil colones, como autor de la contravención de infracción a la Ley de Protección al Consumidor. Dicha resolución hace alusión al tema de que en materia penal no es posible llegar a una condena, en aplicación de la responsabilidad objetiva y que en el derecho penal debe de aplicarse el principio de responsabilidad personal.

---

<sup>18</sup> Cfr. Castillo González, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 361.

<sup>19</sup> Cfr. *Ibidem*.

Al respecto señaló dicha resolución en lo que interesa, lo siguiente:

*“II.- El constituyente en el artículo 39 de la Carta Magna estableció el principio de culpabilidad como necesario para que una acción sea capaz de producir responsabilidad penal, el Código de esta materia en los artículos 30 y siguientes desarrolla este principio, disponiendo en el 30 que "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley sino lo ha realizado por dolo, culpa o preterintención", de donde no resulta posible constitucional y legalmente hablando, aceptar la teoría de la responsabilidad objetiva, o culpa in vigilando que sí resulta de aplicación en otras materias, pero que por el carácter propio de la pena se encuentran excluidas de aplicación en lo penal, pues en ésta- como ya se dijo- debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquél le sea atribuido al sujeto activo; la realización del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto para que pueda imponérsele una pena, a contrario sensu, si al sujeto no se le puede reprochar su actuación, no podrá sancionársele penalmente. Con base en la responsabilidad objetiva, al autor de un hecho se le puede imponer una pena no obstante que su comportamiento no le pueda ser reprochado personalmente; en este caso lo decisivo es la causación objetiva del resultado dañoso, sin exigir que entre éste y la acción del sujeto exista relación de culpabilidad. La señora alcaldesa condena al recurrente sin acreditar si es o no el responsable del marcaje de los artículos que fueron encontrados en un almacén de su representada, sin ser marcados individualmente, pues a su entender la responsabilidad le deviene por ser el representante legal de la compañía, aunque no sea el encargado directo de la marcación de precios, ni tenga nada que ver con ello, este razonamiento contraviene claramente lo dispuesto en el artículo 39 ya citado de la Constitución Política y por producirse con ello una amenaza a la libertad deambulatoria, pues en caso de no pago U. S. deberá cumplir veinte días de prisión, el recurso debe ser declarado con lugar, dejándose sin ningún efecto el pronunciamiento dictado a las diez horas y treinta minutos del diecisiete de abril del año en curso, de la Alcaldía Segunda de Faltas y Contravenciones de San*

*José, restableciéndose al ofendido en el pleno goce de su derecho a la libertad.”*

Como puede observarse, dicha resolución si bien se refiere al principio de culpabilidad, otorgándole la validez que le corresponde, no se refiere al tema de las consecuencias especiales del hecho ni a los delitos calificados por el resultado, al cual haremos referencia en el presente trabajo. Por ende, el tema del principio de culpabilidad relacionado con el tema de las consecuencias especiales del hecho del artículo 37 del Código Penal, no ha sido abordado por nuestros más altos Tribunales y, en consecuencia, no podríamos afirmar que la Sala Constitucional considere, por esa sola resolución, que los delitos calificados por el resultado concuerdan con el principio de culpabilidad y que por ello sean constitucionales, máxime que la resolución transcrita se refiere únicamente a la relación entre responsabilidad objetiva y la materia contravencional y no a los delitos calificados por el resultado.

A continuación, se analizará el sentido de la responsabilidad penal subjetiva y sus implicaciones inmediatas para el derecho penal.

## **B.- El principio *nulla poena sine culpa***

Nuestro Código Penal no contiene ni aplica como regla general el principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu* (a quien comete un hecho ilícito le es imputable todo lo cometido, incluso lo accidental que se deriva de ese hecho) sino más bien aquella regla que dice *nulla poena sine culpa* (no hay pena sin culpa o demostración de culpabilidad), principio que se encuentra desarrollado en varios artículos de nuestro Código Penal y que a *contrario sensu*, impide responsabilizar a una persona de resultados accidentales y fortuitos que se deriven de un hecho ilícito anterior y del cual su autor no haya tenido un grado de conexión psicológica o psíquica con ese hecho punible al menos a título culposo.

Recordemos que el modelo más aceptado y extendido sobre el tipo penal es el que corresponde a la teoría del tipo complejo, donde para el análisis de la tipicidad se distingue entre “*tipo objetivo*” y “*tipo subjetivo*”. Dicho análisis comienza así por la pregunta que se relaciona con los elementos externos a la consciencia o la psiquis del autor para comprobar si pueden estar completos los elementos objetivos del tipo penal y que corresponden al llamado “*tipo objetivo*”.

Así, el “*tipo*” es “*objetivo*” cuando no se relaciona con la psiquis del autor. Es decir, está fuera de su psiquis, en el mundo exterior a su persona; esto no significa que el tipo objetivo está constituido siempre por elementos no psíquicos, porque un elemento del tipo objetivo puede consistir en un dato subjetivo en cabeza de otro sujeto, como la víctima. Este es el típico caso del delito de estafa contenido en el artículo 216 del Código Penal, en el cual el tipo objetivo presupone un error (el cual es un dato psíquico) en cabeza del sujeto pasivo de la estafa, quien en virtud de ese error hace un acto dispositivo patrimonial que perjudica su patrimonio o el de un tercero. Respecto del comportamiento del autor de la estafa ese elemento subjetivo integra el tipo objetivo del delito de estafa sobre el cual debe existir un dominio del hecho o dominio del curso causal de su parte.

Inmediatamente después de estudiar los elementos “*objetivos*” del tipo, se analiza la circunstancia de que el autor se haya representado en su consciencia que estos concurren; a esto se refiere el denominado “*tipo subjetivo*”. Al hecho de ser consciente de la realización de todos los elementos del tipo objetivo se lo denomina “*dolo*” comúnmente con la expresión de “*voluntad realizadora del tipo penal*”. Al hecho de poder prever un resultado dañoso mediante la violación a un deber objetivo de cuidado se le denomina “*culpa*”. Dolo y culpa son las antiguamente conocidas “*formas de culpabilidad*”, denominación que heredamos del sistema causalista y que ahora preferimos denominarlas “*formas de tipicidad*”.

Por regla, no puede imputarse a una persona un resultado no querido ni previsto a partir de la realización del hecho punible, pues no podría existir

conexión psicológica entre el daño al bien jurídico tutelado y el hecho de la persona imputada.

El principio de *nulla poena sine culpa* ha adquirido categoría constitucional en virtud de la garantía consignada por el artículo 39 de la Constitución Política según el cual:

*“A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.”*

Para que las consecuencias jurídico-penales contenidas en la norma puedan aplicarse, resulta necesario que se haya producido un quebrantamiento al deber de abstenerse de vulnerar la norma de valoración. Bien puede ser que el grado de imputación sea el más grave (es decir, a nivel doloso) o el menos grave (o sea, como conducta culposa); en todo caso, es necesario que se produzca ya sea la vulneración voluntaria de la norma con infracción del deber de abstención como conducta dolosa o la infracción del deber de cuidado necesario para evitar la producción del resultado como consecuencia de la realización de una conducta culposa.

La culpabilidad es un concepto graduable. Existen distintas formas de manifestación de la culpabilidad: con plena conciencia y voluntad de hacerlo (dolo directo); sin voluntad de resultado pero infringiendo el cuidado exigible (dolo indirecto<sup>20</sup>); con conciencia y voluntad de realización de una conducta

---

<sup>20</sup> Los italianos de la Edad Media desarrollaron el *versari in re illicita* bajo el denominativo de “*Dolus indirectus*”, pues consideraban suficiente la voluntad indeterminada de causar un mal para imputar aún el resultado que excedió lo querido. En ese sentido ver: Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1962. Tomo V, p. 318 y Tomo VI, p. 23, citado por Barboza Lépiz, Roger Alexis. *¿Existen los delitos calificados por el resultado en la legislación costarricense? Una perspectiva dogmática*. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para optar por el grado de Licenciado en Derecho, San José, 1990, p. 5.

peligrosa, pero con la esperanza de que no se va a producir un resultado tan grave como el que finalmente se produce (culpa con representación); con conciencia y voluntad de realización del hecho y manifiesto desprecio a la lesión del bien jurídico tutelado, que con ella pueda producirse o con conocimiento de que se actúa infringiendo el deber de cuidado (dolo directo), o actuando de manera negligente, descuidada, causando un daño sin quererlo el agente, pero habiendo obrado con inobservancia del deber de cuidado que le incumbía de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de habérselo representado como posible, por haber actuado confiado en poder evitarlo (culpa consciente). Todas estas son distintas formas de atribución del hecho que comportan distintos grados de imputación subjetiva.

El respeto al principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio exige no solo que no se imponga pena alguna sin un mínimo grado de libertad y voluntad en el autor, sino también una adecuación entre el grado de subjetividad con que se actuó y la consecuencia jurídica que traiga consigo dicha forma de haber procedido. Una clara infracción del principio de culpabilidad se da, por ejemplo, cuando a una conducta imprudente se le atribuye la pena correspondiente al dolo.

Tradicionalmente existían presupuestos de responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento, haciéndose responder al autor por la simple causación de un resultado, situación que hoy no es posible, al menos en las hipótesis del artículo 37 del Código Penal, el cual dice que: *“Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos, culposamente respecto a ello”*. Esto significa que cuando una pena viene a ser determinada por la producción de un resultado más gravoso y paralelo o coincidente al hecho del delito base, el autor solo responderá si este resultado se causó al menos con culpa. Quiere decir que toda conducta que califique a un delito base durante la ejecución del primero para ser reprochable debe ser como mínimo culposa. Ello implica necesariamente la aplicación de la pena prevista a supuestos no abarcados por el dolo, lo que generalmente podría entenderse como un punto de quiebra del

principio de imputación subjetiva. Sin embargo, ello no es así porque claramente, el artículo 30 del Código Penal dice que: *“Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.”*

La eliminación de este defecto en los delitos calificados por el resultado, es decir, delitos en los que la producción de un resultado ulterior y más grave comporte un incremento sustancial de la pena, es una exigencia indubitable del mismísimo principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio. Sin embargo, si estos resultados se producen al menos, culposamente, deberán ser castigados como delitos y si no es así, no deberán ser objeto de sanción por considerarse que acontecen como circunstancias fortuitas.

Como podemos ver, el principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio viene desarrollado en cuatro artículos de nuestro Código Penal y en atención a ello, el artículo 33 denominado *“Caso fortuito o fuerza mayor”* es de vital importancia por cuanto dispone que *“No es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor”*, excluyendo así la responsabilidad penal por caso fortuito, independientemente de la licitud de la conducta precedente, norma que viene a confirmar el principio de responsabilidad subjetiva, a la vez que permite suponer el caso fortuito ante la falta de dolo o culpa.

Debido a lo anterior, el principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio exige que no se impute subjetivamente un delito a una persona si no se comprueba que ha llevado a cabo la conducta delictiva. En ese sentido, la imputación a título de dolo solo puede producirse respecto de aquellas conductas voluntarias y la imputación a título de culpa, respecto de las que hayan producido un resultado típico en violación a algún deber de atención o de debido cuidado.

### **C.- Garantías derivadas del principio de culpabilidad entendido como “*responsabilidad subjetiva por el hecho propio*”**

El principio de culpabilidad entendido como “*responsabilidad subjetiva*” está diseñado para constituirse en un baluarte garantista ante la potestad punitiva estatal pues posibilita la “*imputación subjetiva*”, es decir, la vinculación de un acontecer injusto con una persona actuante. Sin embargo, por muy simple que pueda parecer, este mecanismo es fundamental para nuestra cultura jurídico-penal. Parte de la hipótesis de que el delito solo es perceptible como hecho de un autor aun cuando se acepten absolutamente la co-causación y la corresponsabilidad de la sociedad. Nadie pide que las infracciones jurídicas se acepten como desgracias sociales y que además se deriven de ellas exigencias de cambio social. Esto se dará por añadidura, pero no en lugar de la imputación, sino junto a ella, como imputación del hecho malo a aquel en cuya conducta se ha manifestado. Tampoco la crítica radical al derecho penal ha negado nunca que debe darse un ámbito en el que discutir sistemáticamente qué es lo que hay que hacer con el hecho antijurídico con vistas a quien, en todo caso, lo ha realizado externamente: si realmente es “*su*” hecho sí puede “*imputársele subjetivamente*”.<sup>21</sup>

Se considera que las solas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos que el derecho penal protege no son suficientes para que sobre el autor pese la carga de una pena, pues “*no hay pena sin dolo o culpa*”. A la verificación objetiva de estas lesiones o puestas en peligro corresponde, posteriormente, la comprobación subjetiva; es decir, si el autor ha actuado con una voluntad propia del dolo o si ha actuado culposamente. Sin estos componentes subjetivos (pertenecientes a la tipicidad subjetiva), la conducta resulta atípica y, por lo tanto, el delito no alcanza la fase de consumación en el

---

<sup>21</sup> Hassemer Winfried. “Alternativas al principio de culpabilidad”. En: *Revista de Ciencias Penales* N° 3, Costa Rica, noviembre de 1990, p. 4.

*iter criminis* pues ni siquiera se dio su fase interna (ideación del delito, deliberación, resolución delictual) (“*Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención*”); en razón de lo cual, no debe haber pena alguna (*no hay pena sin dolo o culpa*). Esto significa para los penalistas una escala que va desde la culpa inconsciente hasta la comisión voluntaria y final de un delito, pasando por la culpa consciente y el dolo en todas sus formas.

Así, en el primitivo derecho griego la punición prescindía de la voluntariedad del delito y debido a una necesidad fatal que no distinguía entre culpables e inocentes, podía alcanzar no solo al ofensor sino también a otros miembros de su círculo de parientes. Lo mismo podría decirse del derecho hebreo, pues no distinguía siquiera entre delitos intencionales y accidentales y preveía penas también para los hijos y los descendientes del reo hasta la séptima generación. Incluso en la Edad Media, en el antiguo derecho germánico la venganza recaía sobre el ofensor y sus allegados y cuando no desembocaba en confrontación armada, se resolvía en un pacto privado, en el que la indemnización corría a cargo del reo y de sus parientes poco más que a título de resarcimiento del daño, independientemente de la “*voluntad realizadora de la acción*”.<sup>22</sup>

Por otro lado, tampoco habrá responsabilidad subjetiva cuando el hecho se produce por mero accidente, sin dolo ni culpa, considerándose como un caso fortuito por lo que su castigo no sería necesario.

El caso fortuito se define como la producción de un resultado lesivo por mero accidente, sin dolo ni culpa. De acuerdo con esta definición, el Código Penal de 1970 no contiene una regulación expresa sobre qué se entiende por caso fortuito.<sup>23</sup> Y no la contiene porque no es necesaria, pues se deduce directamente del artículo 30, cuando afirma que no hay pena sin dolo o culpa

---

<sup>22</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 2ª edición, Ed. Trotta, 1997, pp. 487-488.

<sup>23</sup> Artículo 33 del Código Penal: No es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor.

(nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención). De suerte que si alguien causa un resultado sin dolo y sin culpa no puede haber responsabilidad penal porque no hay ni intención ni infracción del deber de cuidado, por lo que es imposible imputar o atribuir el hecho al sujeto. Se configura así, como un supuesto peculiar de ausencia de ilicitud, pues el autor no infringe el contenido de la norma de manera consciente.

Se ha considerado que los requisitos para que exista un caso fortuito son los siguientes:

- a) objetivo, consistente en la producción de un resultado o peligro para el bien jurídico por mero accidente;
- b) subjetivo, no ha de haber ni dolo ni culpa en la comisión de la acción;
- c) imprevisibilidad, pues el evento no hubiera podido preverse por cualquier persona con capacidad psíquica normal.<sup>24</sup>

Se entiende que atendiendo el grado de previsibilidad o inevitabilidad del evento, el caso fortuito es un evento imprevisible aun utilizando una conducta diligente, pues si pudiera haberse previsto sería evitable. La fuerza mayor, por el contrario, es un evento que aun cuando pudiera preverse es inevitable. El caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor caracterizada generalmente por su inevitabilidad, tiene más bien por eje definitorio la imprevisibilidad; por esta razón, es determinante que el sujeto antes de la producción del acontecimiento haya actuado con diligencia. Para determinar la previsibilidad (del caso fortuito) debe tomarse en cuenta la diligencia “*del buen padre de familia*”. Se entiende que si a pesar de darse esa diligencia el evento sigue siendo imprevisible estaremos en presencia del caso fortuito, el cual exime de culpa y por lo tanto de responsabilidad. Pero si el daño no fue previsto por no usarse la diligencia

---

<sup>24</sup> STS 16-08-1998 citado por Orts Berenguer, Enrique y González Cussac, José L. *Compendio de Derecho Penal, Parte General*. 7ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 384.

debida, estaremos ante una conducta culposa determinante de responsabilidad. La culpa excluye en ese sentido al caso fortuito.<sup>25</sup>

El concepto de caso fortuito se debe a todo aquello que no puede preverse y, en consecuencia, ni se realiza intencionadamente, ni tampoco se infringe el deber de cuidado puesto que no existe previsibilidad del resultado. Por ejemplo, un camión de basura destinado a recoger basura que circula por una calle de pronunciada pendiente, pierde inesperadamente el líquido de frenos y tras todos los intentos desesperados del conductor para detenerlo, avisa a sus compañeros, pero finalmente colisiona contra un muro y causa la muerte de uno de ellos. En este caso existiría culpa si el chofer con anterioridad al hecho no dio el mantenimiento debido al camión o si no lo revisó para evitar desperfectos mecánicos en su funcionamiento normal.

José Miguel Zugaldía Espinar lo ejemplifica de la siguiente manera:

*“Ansioso de obtener beneficios económicos, Juan, médico de profesión, convenció a Luis (que acudió a su consulta quejándose de molestias intestinales) de que sufría un ataque de apendicitis (lo que era totalmente falso) y de que debía operarse. Así las cosas, Juan ingresó a Luis en su clínica privada y, después de realizarle una gran cantidad de pruebas –incluso cardiológicas- que pusieron de manifiesto que Luis se encontraba en perfecto estado de salud (dichas pruebas permitían a Juan, de paso, la obtención de beneficios adicionales), procedió a simular la intervención quirúrgica para lo cual suministró a Luis anestesia general en dosis terapéutica. Sorprendentemente, al ser anestesiado, Luis sufrió una parada cardíaca, imprevisible para Juan, que determinó su fallecimiento. En este supuesto Juan responderá criminalmente de un delito de estafa en grado de tentativa e, incluso, de un delito de lesiones en grado de tentativa, pero de lo que Juan no*

---

<sup>25</sup> Pérez Vargas, Víctor. *Derecho Privado*. 3ª edición (revisada), San José, Costa Rica, Litografía e imprenta LIL S.A., 1994, pp. 403-408.

*responderá en ningún caso es de la muerte de Luis, puesto que este concreto resultado no fue querido por él, ni pudo preverlo.*"<sup>26 27</sup>

La exclusión al principio de culpabilidad significaría admitir una responsabilidad por el resultado, por el simple azar. Esto no es posible debido a que un criterio de culpabilidad completa y perfecciona la simple posibilidad de una imputación subjetiva convirtiéndola así en "*responsabilidad*", por la que se afirma y se presupone más que un primer estadio de la imputación subjetiva; aquí se desarrolla la categoría de la responsabilidad; aquí se diferencian modos de causación. Aquí se afirma que culpable de una lesión solo puede ser quien

---

<sup>26</sup> Zugaldia Espinar, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal*. 3ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 251.

<sup>27</sup> Se ha considerado normalmente, que en nuestro país no existe el delito de tentativa de lesiones, quizás porque otras figuras delictivas han venido a suplir dicho dispositivo amplificador para este tipo de casos. Al respecto ha dicho la jurisprudencia lo siguiente:

*"II. [...] En primer lugar, debe de decirse que, en el caso que nos ocupa, es necesario hacer algunas consideraciones específicas sobre el delito de agresión con arma y su relación con respecto a las figuras de lesiones. En efecto, la ratio legis de la existencia del delito de agresión con arma se encuentra en que, cuando el sujeto activo emplea un arma, con el fin de aumentar su poder ofensivo, existe un particular incremento del reproche de su accionar como para que el legislador, estime importante su represión penal en virtud de consideración de razones de prevención general, pues ese actuar, pone en evidencia la peligrosidad de su conducta; además, la incriminación autónoma del delito de agresión con arma que, en esta materia, básicamente viene a desplazar el dispositivo amplificador del tipo en que consiste la tentativa de lesiones, se justifica, toda vez que, en la mayoría de los supuestos de hecho, no existirían elementos objetivos para discriminar ¿qué tipo de lesión es la pretendida por el sujeto agente?, como para aplicar la tentativa de lesiones correspondiente, con la agravante de que siempre existiría la posibilidad de una eventual lesión levisima, contravencional (artículo 380 del Código Penal), que sería impune como tentativa (relación con el 24 ibídem). El delito de agresión con arma es un delito de peligro, que se incrimina autónomamente, pues la tentativa de lesiones presenta dificultades de aplicación, dada la casi imposibilidad probatoria de determinar el resultado específico perseguido por el sujeto agente. Ahora bien, los criterios doctrinales establecen el desplazamiento de la figura del delito de agresión con arma, cuando efectivamente es posible determinar el tipo de tentativa de lesión pretendido, así, respecto a la figura de la agresión con arma se apunta: "La doctrina ha dicho que se trata de un delito de peligro, por lo que la producción del resultado desplaza a la figura que se basaba en el peligro de ese resultado (así: Nuñez. Manual ..., P.E., p. 91; Fontán. Derecho ..., p. 108). Por ello la expresión "aunque no se causare herida", debe entenderse "cuando no se causare herida". Para que se aplique el delito de agresión con arma no debe existir de parte del sujeto activo dolo de matar o de lesionar, ya que en ese caso se estaría ante un delito tentado de homicidio o lesiones. Así la doctrina ha entendido que cualquier resultado lesivo (abarcado por el dolo) o su tentativa, hace que no se aplique la figura de agresión con arma (así: Nuñez. Manual ..., P.E., pp91-02; Nuñez, T.III, p. 294; Bregalía y Gauna, p. 333; Soler, T. III, p. 166; Terán, T. III, p. 290; Creus, T. I, p. 116 ...)." LLOBET-RIBERO. Comentario al Código Penal, (Análisis de la tutela de los valores de la Personalidad), Editorial Juricentro, 1989, p. 120..."*. En ese sentido ver la Sentencia número 002-2006 del Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Goicoechea, a las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del 30 de marzo de 2006.

por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo. Debemos tomar en cuenta desde ya, que responsabilidad por el azar es contraria a la imagen del ser humano y a los criterios de justicia que entre nosotros hacen perceptibles, desde hace siglos, las diferencias en las relaciones con su mundo circundante y que no solo registran estas diferencias, sino que también las valoran. Incluso los partidarios del determinismo admiten el criterio de la “*responsabilidad*” porque su argumentación, en ningún caso, permite descubrir que pretendan volver a un atavismo como la simple responsabilidad por el resultado. Pero para evitar este atavismo no tienen más remedio que decir dónde están los límites entre caso fortuito y culpa para una imagen determinista del mundo; pues estos son los límites de la responsabilidad por el resultado. Sin un criterio como el de “*responsabilidad*” no pueden trazarse estos límites.<sup>28</sup>

Desde el principio rector de responsabilidad subjetiva por el hecho propio, la vieja fórmula del *versari in re illicita* mediante la cual se respondía por las consecuencias propias de los actos, incluidas las fortuitas, no tiene asidero en la actualidad. Asimismo, encontramos expresión del *versari* en el caso de los delitos calificados por el resultado, pues en un inicio se fundamentó la agravación de los actos respecto al resultado más grave, sin la existencia del dolo o la culpa.

La doctrina del *versari* también fue utilizada para liberar de responsabilidad -en casos penales- a sus supuestos autores y no solo como mecanismo de imputación o inculpación; esto por la falta de precisión o relativismo en la apreciación de las circunstancias a la que se llegaba utilizando dicho sistema. Ejemplo de ello es el caso que nos narra Soler<sup>29</sup> cuando expone el caso de un monje que sale a montar su caballo al campo y al encabritarse este, atropella y mata a un niño. La sentencia de las Decretales descarta el homicidio porque el sacerdote jinete, al salir de paseo con su caballo por

---

<sup>28</sup> Hassemer Winfried. “Alternativas al principio de culpabilidad”, en *Revista de Ciencias Penales* N° 3, Costa Rica, noviembre de 1990 p. 4.

<sup>29</sup> Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Editorial TEA, Tomo II, p. 4, citado por Barboza Lépiz, Roger Alexis. *¿Existen los delitos calificados por el resultado...? Op. cit.*, pp. 7-8.

razones de salud, no incurrió en ilicitud alguna; cosa distinta hubiere ocurrido - según la glosa- si tal actividad fuese prohibida para el religioso o si el caballo hubiese sido robado con anterioridad.

“*No hay pena sin culpabilidad*” es el enunciado simple y profundo del principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio. Y es el máximo homenaje al ser humano como persona, cuya dignidad exige que sea considerado como un fin en sí mismo, según el contexto democrático de la mayoría de los países del mundo, como resultado del pensamiento liberal ilustrado que excluye la responsabilidad objetiva e impide, según el pensamiento de Kant, que el ser humano sea instrumentalizado y utilizado como medio para los propósitos de otro.<sup>30</sup> Por esta razón solo es legítima aquella pena que tiene como presupuesto la culpabilidad del autor o partícipe de delito, basada en la autodeterminación de la voluntad del transgresor, declarada así por el Estado.

Como la dignidad del ser humano ha contribuido al desarrollo de la humanidad y de la paz social y al orden político de los Estados, el principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio o culpabilidad es una conquista de la civilización y puede señalarse como la columna maestra del derecho penal y se mantiene inmovible e inmutable dentro del orden de los derechos fundamentales. La dignidad de la persona impone que la pena derivada de la culpabilidad sea la justa y necesaria, esto es, proporcionada a la gravedad del delito y a las necesidades preventivas. La afirmación del principio *nulla poena sine culpa* es la culminación de un largo proceso histórico de la dignificación del ser humano y del reconocimiento de su calidad de persona ante el derecho. Por tal principio queda colocado el ser humano en el plano de la cultura como ser espiritual, participante del mundo de los valores que constituye el derecho, cuya pena solo puede encontrar fundamento en aquella subjetividad.

---

<sup>30</sup> Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Colección Austral, Ed. Espasa-Calpe, 1983, pp. 102-103.

El principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio es el que fundamenta y determina los límites del poder punitivo del Estado. Este principio define lo esencial de la actuación consciente, esencia que tiene que darse para que al destinatario del derecho penal se le pueda declarar culpable y se le imponga la sanción que merece y necesita. Esta esencia es la conciencia y voluntad del sujeto orientadas mediante su conducta a violar los bienes jurídicos de la víctima del delito, contenido de la voluntad que anida ya la valoración social y estatal de la conducta.

Y esto tanto en el delito doloso como culposo; en el doloso porque específicamente el sujeto orienta su acción u omisión hacia el menoscabo del bien jurídico y en el culposo, de acción u omisión porque del agente, a sabiendas de su imprudencia, la lleva a cabo u omite el deber de impedir el resultado conociendo la posibilidad del daño. Esa decisión consciente y voluntaria de agredir o poner en riesgo los derechos del otro, a título de dolo o culpa es el contenido subjetivo de la culpabilidad que impulsa al infractor a ocasionar el daño. Esto es lo que el Estado debe demostrarle al sujeto activo por virtud de la carga de la prueba para declararlo culpable e imponerle la respectiva sanción, en el tanto en que no hallara también pruebas de su inocencia.

#### **D.- Origen del principio de responsabilidad subjetiva**

El origen del principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio o de culpabilidad, en su sentido tradicional se deriva de la teoría psicológica de la culpabilidad, defendida por el pensamiento positivo sociológico de Von Liszt.

Dado que dominaba el criterio de estructuración del delito en separar a lo que se creía como componentes objetivos y a los que se consideraban categóricamente componentes subjetivos, la culpabilidad era considerada como

el elemento conformado de manera total por la subjetividad del autor en relación con el hecho desplegado.

La bipartición en la formulación dogmática del delito era vigente en la época. En estos sistemas el hecho ilícito y la relación causal entre el hecho y acto libre fueron abarcados por un concepto objetivo de injusto sin limitaciones subjetivas; asimismo, la relación subjetiva que relaciona al hecho y al autor con el hecho objetivamente antijurídico fueron abarcados por un concepto psicológico de culpabilidad. Este concepto permitía hacer abstracción del problema del libre albedrío, en torno al cual existía entonces una ardua polémica ante el auge de la concepción determinista del ser humano por influencia del positivismo y de la teoría evolucionista de Darwin.<sup>31</sup>

Más adelante, debido a los planteamientos del finalismo este concepto de culpabilidad no pudo sostenerse más por las críticas que derivaron de los neokantianos sobre la influencia de los valores para el derecho penal y con ello para la teoría del delito, excluyendo así las antiguas fórmulas de las ciencias duras. El antiguo concepto de culpabilidad jurídico-penal (dolo y culpa) quedó para las postrimerías solo como principio: “*no hay responsabilidad objetiva*”. El dolo y la culpa pasaron a formar parte de la estimación de la conducta a nivel de la tipicidad subjetiva. Por esa razón se llega a determinar que en primer lugar nadie pasará a ser perseguido o castigado sino solo por las consecuencias queridas o previsibles de los actos propios.

Es por esta razón que coincidimos técnicamente con un sector de la doctrina en que si el dolo o la culpa ya no pertenecen al elemento de la culpabilidad, sino al de la tipicidad subjetiva (en la teoría del tipo complejo) constituyendo niveles diversos del desvalor subjetivo de la acción, no es coherente, entonces, seguir designando a la exigencia del dolo o la culpa como “*principio de culpabilidad*”, sino como “*principio de responsabilidad subjetiva*” en

---

<sup>31</sup> Cerezo Mir, José. *Derecho penal. Parte general-Lecciones* (Lecciones 26-40). 2ª edición, Ed. De la Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, Madrid, 2000, p. 20.

contraposición a la objetiva.<sup>32</sup> Sin embargo, es común leer en las obras especializadas que los autores hagan alusión a los términos “*formas de culpabilidad*” o “*principio de culpabilidad*” para referirse al ámbito del dolo o la culpa.

### **E.- Evolución histórica del ámbito de responsabilidad subjetiva. De las “formas de culpabilidad” a las “formas de tipicidad” en sentido estricto**

Sin duda alguna, el tema del “*delito*” en sí ha producido una gran capacidad de asombro en el ser humano pues es muy beneficioso para él vivir de manera organizada en una sociedad civil, en respeto de los derechos humanos fundamentales y en reparo de una mejor atención de los servicios básicos y de las oportunidades de trabajo. Sin embargo, estas situaciones propias de las ciencias sociales han originado también teorías sobre el origen y estudio del delito, el delincuente, los sistemas de control social y la víctima que, sin duda, también repercuten en la manera en que se quiere explicar el fenómeno delictivo y que de modo general coinciden también con los sistemas de investigación y razonamientos jurídicos. Esto hace que sea sumamente importante detenernos un momento para estudiar, aunque sea de manera sumaria, las diferentes escuelas del derecho penal que han intentado crear un sistema explicativo de lo que hoy conocemos como teoría del delito, pero en el ámbito de la responsabilidad subjetiva por el hecho propio.

Para entender el concepto de culpabilidad es necesario conocer su desarrollo a lo largo de ciertas épocas de la historia, así como ciertos elementos que en su momento se han aportado a este término.

---

<sup>32</sup> Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal. Parte general*. Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 87.

## 1.- Época antigua

El Derecho de los antiguos pueblos fulminaba el castigo por la sola ejecución del resultado dañoso, el cual adquiría predominante importancia desde el punto de vista material; este tipo de resultado era merecedor de un castigo, haciendo caso omiso del contenido de voluntad de la conducta de su autor que se llega a eludir. Se constituye una de las épocas más oscuras del proceso evolutivo del derecho penal, sintiéndose la necesidad de sancionar el hecho causado por sus resultados, recurriendo a fundamentaciones de tipo religioso, por las cuales se sancionaba tanto al inocente como al responsable del acto y las penas llegaban al extremo de ir más allá de la persona actora del hecho, castigando así también a sus descendientes. Un claro ejemplo de este tipo de fundamentaciones es la intervención de la religión hebrea, la cual amenazaba con penas no solo al culpable, sino también a sus hijos y a los hijos de sus hijos, hasta llegar a la séptima generación.<sup>33</sup>

## 2.- Entre la caída del Imperio Romano y la Revolución Francesa

A la caída del Imperio Romano, así como ocurrió en todos los aspectos referentes a la civilización, el desarrollo del concepto de culpabilidad sufrió un retroceso y en cierta forma también un estancamiento. El reconocimiento que había hecho el Derecho Romano de las formas usuales de dividir la culpabilidad en dolo y culpa y en función del sujeto actor se vuelve a la llamada “*responsabilidad por el resultado*”, según la cual lo decisivo para el ofendido era el resultado en sí.

---

<sup>33</sup> Treviño Vela, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito*. Editorial Trillas, 1990, p. 139.

Igualmente, debido a las influencias canónico-religiosas aparece el concepto llamado “*versari in re illicita*”,<sup>34</sup> según el cual existirá culpabilidad no solamente cuando existan dolo y culpa en el agente, sino también cuando haya intención de efectuar algo no permitido por la norma y se realiza un resultado dañoso por un suceso ajeno a la voluntad del obligado.

A pesar de ser un instituto jurídico que heredamos de larga data, en la actualidad este se constituye como un desconocimiento a nivel de la tipicidad del principio de culpabilidad (entendida esta como responsabilidad subjetiva por el hecho propio) contenido en el aforismo “*no hay pena sin culpa*”,<sup>35</sup> concepción con la que se comulga enteramente en la actualidad.

Se considera más propiamente que este principio procede del Derecho canónico medieval, según el cual basta con que se inicie la ejecución de un acto ilícito para que se impute a su autor el resultado producido, aunque dicho resultado sea fortuito y totalmente alejado de la finalidad y de la previsibilidad del sujeto. La responsabilidad por el resultado se vincula, por tanto, a un inicial hecho ilícito generalmente un delito doloso que podría ser imprudente: una vez iniciado el hecho ilícito básico, el autor respondía de todas sus consecuencias mediatas e inmediatas, aunque fueran fortuitas.<sup>36</sup>

Esto sucedía debido a que en esta época se carecía del desarrollo doctrinario de las modernas teorías sobre la tipicidad y la responsabilidad subjetiva que tuvieron tanto auge y desarrollo a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI. Se ha entendido por el principio *qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*, que el que realiza un acto ilícito responde de todas las consecuencias de dicho acto, aunque no fueran queridas, ni previstas o previsibles por él. Tiene su origen en el derecho penal de la Edad Media, inspirado fundamentalmente en el criterio de la responsabilidad objetiva.

---

<sup>34</sup> Treviño Vela, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad...Op. cit.*, p. 141.

<sup>35</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Ediar, 1981, p. 425.

<sup>36</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. 1ª edición, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 62.

Aparece por vez primera en las fuentes del derecho canónico y representó una dulcificación de la responsabilidad objetiva del derecho penal germánico.

El *versari in re illicita* es incompatible, sin embargo, con el principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio. El resultado no querido, no previsto y a veces incluso no previsible es imputado al agente por el mero hecho de su vínculo causal con un acto ilícito inicial y le es imputado a título de dolo. El principio del “*versari*” obliga a reconocer la responsabilidad dolosa donde no concurre siquiera culpa. Si alguien quiere matar al caballo de su vecino movido por un deseo de venganza y dadas las circunstancias del caso, no puede percibir que junto a él está su dueño y al disparar mata al dueño en vez de matar al caballo, el principio del “*versari*” obliga a admitir que la muerte de su vecino ha sido dolosa, cuando no ha concurrido siquiera culpa. De acuerdo con el principio de culpabilidad, cabría admitir en este caso exclusivamente un delito frustrado de daños<sup>37</sup> y la aplicación de la teoría del error.

El *versari in re illicita*, durante los siglos XII a XV fue equiparado al actuar doloso, fundamentándose en la doctrina ulterior del *dolus indirectus*, según la cual, el que quiere el antecedente quiere también el consiguiente no solo lo que es absolutamente necesario, sino también lo que comúnmente y con facilidad puede y suele derivarse de esto; la voluntad antijurídica originaria conducirá al ámbito del dolo y la mediación de malicia es incompatible con la apreciación de un delito culposo.<sup>38</sup>

En toda esta época, las ideas jurídicas tenían esencialmente su origen en Alemania, Italia, España o Francia y es en estos países donde va desarrollándose una concepción más realista y humanitaria sobre el concepto

---

<sup>37</sup> Cerezo Mir, José. *Obras completas, Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, Lima-Perú, Ara Editores, Axel Editores, 2016, p. 117.

<sup>38</sup> Torío López, Ángel. *Versari in re illicita y delito culposo. El denominado caso fortuito*. Recuperado de: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1976-10001700044\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES\\_%22Versari\\_in\\_re\\_illicita%](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1976-10001700044_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_%22Versari_in_re_illicita%22), p. 29 en fecha 03 de marzo de 2019.

de responsabilidad subjetiva por el hecho propio, pero la idea de la responsabilidad por el resultado subsistió hasta el inicio de la Revolución Francesa.

### **3.- El sistema clásico**

Como fenómeno mundial y a finales del siglo XIX, la implementación del denominado método científico y los descubrimientos logrados por parte de las llamadas ciencias duras repercutieron en la forma en que se quisieron abordar los fenómenos sociales de la época. Por esa razón, los juristas comenzaron a estudiar el fenómeno delictivo utilizando (o al menos pretendiendo utilizar) un sistema paralelo al de las ciencias exactas. Sus principales representantes fueron Von Liszt y Mezger.

Por un lado, se comenzó a investigar sobre los ingredientes o componentes ónticos-ontológicos del fenómeno delictivo y, por otro, se dispuso una forma de explicación estructurada y por estadios que permitieran de manera precisa referirse a las diferentes características que componían el fenómeno criminal.

Es así como el delito se analizó como una acción, como un fenómeno natural que se concebía como una exteriorización de la voluntad que dirigía la conducta humana. Para configurar el delito, esa acción debía cumplir con tres componentes subsiguientes y escalonados que se referían a: la tipicidad (que la conducta estuviera descrita en una norma), la antijuridicidad (que la acción típica estuviera en contra de los mandatos del ordenamiento jurídico) y la culpabilidad (lo cual significaba que existiera una conexión psicológica entre la persona y el hecho delictivo realizado), todo lo cual es un reflejo de las tesis positivistas de la época que abarcaron también el estudio del delito.

De tal forma se deja entrever que existe una posición naturalista en la forma en que se veía y estudiaba el derecho, por ejemplo, desde una de las

tantas leyes de la causalidad, precisamente la ley de la causa y efecto, en donde el resultado delictivo es concebido como una transformación de la realidad ocasionado por el movimiento corporal, respondiendo éste a su vez a impulsos de la voluntad. La culpabilidad se entendió como una forma de nexo psicológico entre la persona y el hecho antijurídico, esto desde el punto de vista óptico, en el cual el delito no es más que una explicación de una manifestación de la naturaleza impresa en la misma esencia humana: la acción se entendió como una inervación muscular, como una conducta dominada por la voluntad; la tipicidad se concibió como un acontecimiento del mundo exterior descrito por el legislador y la culpabilidad se estudió como una relación psíquica del autor con su hecho, elementos que debían ser comprobados por el juez al ser objetos naturalísticos del mundo real, sin juicios de valor adicionales, en donde la antijuricidad representó un cuerpo normativo y extraño en la sistemática naturalística.<sup>39</sup>

Por su práctica aplicabilidad, esta forma de entender el delito ha llegado hasta nuestros días y ha influido sobremanera en los sistemas indoeuropeos del derecho penal. Sin embargo, se ha criticado al sistema positivo naturalista por su inaptitud para explicar el fenómeno jurídico sin tener presente el componente normativo. Además, varias de sus principales ideas en cada uno de los escalafones de la teoría del delito fueron poco a poco superadas. Por ejemplo, la teoría de la equivalencia de las condiciones no llegó a explicar la totalidad de los procesos causales en muchos delitos, la teoría de la concepción psicológica de la culpabilidad no llegó a explicar la naturaleza normativa del delito imprudente y la teoría de la acción no explicaba los delitos omisivos.

La teoría de la culpabilidad psicológica tratada anteriormente deja entrever su debilidad en su momento. El dolo y la culpa, como manifestaciones de la responsabilidad subjetiva por el hecho propio eran apreciados como un aspecto subjetivo del estrato de la teoría del delito en la culpabilidad y que luego pasó a

---

<sup>39</sup> Schünemann, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, pp. 21-22.

la tipicidad. De ahí la expresión tan arraigada en los libros especializados del término “*formas de culpabilidad*”.

Se consideraba que mientras se contara con una relación psicológica entre un hecho y un resultado existiría un delito. De esta manera, no podía explicarse por qué aun cuando se manifiesta la disposición interna del autor, entendida en términos psicológicos no es siempre relevante para reprochar el injusto ante las situaciones exigibles de estado de necesidad. Tampoco se resuelve el problema de la culpabilidad de los inconscientes, pues en esta no existe ninguna conexión psíquica entre el autor con su hecho, fracasando todos los intentos para explicarla de forma satisfactoria. Sin embargo, dada la acentuada influencia del naturalismo, se admitió que en la culpa inconsciente no se quiere la lesión, pero se prevé su posibilidad. Con ello, la imprudencia no tiene su fundamento en una relación psíquica sino en una probabilidad o suposición. En la mayoría de las veces, la imputabilidad se caracterizaba como “*presupuesto de la culpabilidad*”, o “*presupuesto de la pena o de la punibilidad*”.<sup>40</sup>

De mantenerse en uso el concepto causal de acción, permanecería también una regresión al infinito sobre quién sería responsable de un accionar delictivo, sin ningún tipo de límite que regulara esta situación. Desde esta idea del concepto de acción causal, la madre sería culpable del homicidio realizado por su hijo al haber permitido la concepción del asesino en el claustro materno. Esta concepción causal de la acción penal tampoco permitía realizar una separación entre la antijuricidad objetiva y la culpabilidad subjetiva, como lo demuestra la constatación de la existencia de elementos subjetivos en el injusto y de que en la tentativa lo subjetivo se entendiera como un problema de tipicidad.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Moreno Hernández, Moisés. “Consideraciones dogmáticas y político criminales sobre la culpabilidad”, en *El poder penal del Estado*. Homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 392.

<sup>41</sup> Velásquez, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Librería Jurídica Comlibros, 2009, p. 517.

Debido a sus fundamentos es muy sencillo para los causalistas entender como algo natural al principio del *versari in re illicita*, pues su conceptualización de lo ilícito radica en el puro movimiento causal. Como reflejo de ello se tiene la definición de Soler sobre el *versari* la cual ve “*como una especie de construcción normativa, según la cual el sujeto es un cuerpo causante de hechos y efectos como cualquier otro componente de la naturaleza, que ubica el estudio de su conexión en el plano externo, olvidándose por completo de la trascendental y hoy reconocida conexión interna o subjetiva.*”<sup>42</sup>

#### 4.- El sistema Neokantiano

Según esta posición filosófica y científica, se parte de la premisa de que no existe una única forma de conocimiento y explicación de la realidad; por eso, las ciencias naturales no agotan las diversas formas en que se presenta el objeto del conocimiento humano e integran un elemento que completa las posibilidades epistemológicas del ser humano en el ámbito de las ciencias sociales: la categoría de valor.

Es así como la visión kantiana logra en primer lugar que la tipicidad deje de ser una mera característica descriptiva del comportamiento punible y se contemple normativamente, pues se integra junto con la antijuricidad como el reflejo técnico de la infracción de la norma objetiva de valoración, es decir, tipicidad y antijuricidad conforman ahora el primer juicio de desvalor objetivo de la conducta prohibida a través del tipo injusto.<sup>43</sup> En segundo lugar, se descubrieron los elementos subjetivos del injusto, pero solo en determinados supuestos y tras el examen de ciertos elementos subjetivos del agente.<sup>44</sup> En

---

<sup>42</sup> Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Editorial TEA, Tomo II, pp. 3-5, citado por: Barboza Lépiz, Roger Alexis. *¿Existen los delitos calificados por el resultado...? Op. cit.*, p. 6.

<sup>43</sup> Borja Jiménez, Emiliano. *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito*. 1ª edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, 2000, p. 60.

<sup>44</sup> Borja Jiménez, Emiliano. *Tendencias contemporáneas...Op. cit.*, p. 61.

tercer término, se puso de manifiesto que referir todos los elementos psíquicos al ámbito de la culpabilidad (como elemento de la teoría del delito) no era un criterio sistemático apropiado, por lo que se creó la teoría normativa de la culpabilidad, determinando el contenido general de la culpabilidad con base en un juicio de reproche dirigido al autor en atención a la perpetración del hecho antijurídico, siendo que este podía haber optado por actuar conforme al Derecho y, en razón de lo cual, se introdujo como tercer momento de la culpabilidad, la exigibilidad de la conducta<sup>45</sup> de actuar conforme a derecho.

La evolución de las ideas penales, apoyadas por el surgimiento de las nuevas perspectivas filosóficas mudó pronto esa culpabilidad entendida desde designios naturalistas y libre de valores. La inspiración neokantiana introdujo el relativismo valorativo, ingresando con ello los valores a la teoría del delito con importantes connotaciones en la esfera de la culpabilidad. En la culpabilidad, con los neokantianos se agrega un componente normativo: el “*reproche*”. La propuesta de Franz en principio fue establecer de forma sistemática una sede común para las figuras de la imputabilidad, el dolo, la imprudencia y las causas de exclusión de la culpabilidad, antes erróneamente entendidas como causas de justificación o como causas de exclusión de la pena. Por estas últimas, precisamente, y en medio de un empuje claramente antipositivista, se desarrolló la concepción de una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad asentada sobre la noción de inexigibilidad y con el criterio de la “*reprochabilidad*”.

Ello permitió fundamentar la ausencia de culpabilidad en los supuestos donde no esté presente la relación psicológica entre el hecho y el sujeto. El reproche de la culpa por su parte, no se dirige contra el concepto negativo de falta de representación del resultado, sino como falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber objetivo de cuidado. Sin embargo, el dolo y la culpa continuaron incluyéndose en el plano sistémico de la culpabilidad, como formas o elementos de esta, constituyéndose en este orden en un blanco de la crítica de la teoría finalista. En consecuencia, para que

---

<sup>45</sup> Borja Jiménez, Emiliano. *Tendencias contemporáneas...Op. cit.*, p. 63.

alguien pueda ser reprochado por su conducta se exigían tres presupuestos:<sup>46</sup> una capacidad de ser culpable del reproche: la imputabilidad; una relación psicológica: dolo y culpa; y la normalidad de las circunstancias concomitantes, aunque paulatinamente Frank las denominó de otro modo, inicialmente, como circunstancias acompañantes normales, luego como motivación normal y finalmente como causas de exclusión de la culpabilidad.<sup>47</sup>

Lo más importante de esta teoría es que a nivel de la culpabilidad se deja de lado un vínculo psicológico puro, propio del pensamiento naturalista y se recurre además a un juicio valorativo. Tal y como afirma un sector de la doctrina, “*dicho método ya no es puramente formalista, sino que, tiene como objeto esencial la comprensión del contenido de los fenómenos y categorías jurídicas, más allá de su mera definición formal o explicación causal.*”<sup>48</sup> La culpabilidad, desde entonces, tiene un contenido normativo centrado en un juicio de desvalor. Desvalor del acto o reproche sobre el autor que Welzel personalizará en extremo, a partir de su teoría del injusto personal. La reprochabilidad queda afirmada desde aquel momento en la teoría del delito.<sup>49</sup>

## 5.- El sistema finalista

Esta corriente fue desarrollada por el profesor de Bonn, Hans Welzel, quien logró determinar aspectos tan importantes que su cosmovisión de la

---

<sup>46</sup> Reinhard, Frank. “Estructura del concepto de culpabilidad”. En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Dir. José Urquiza Olaechea, Número 4, Año II, Junio–Diciembre, Ed. Grijley, 1994, pp. 789-790.

<sup>47</sup> Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo V, La culpabilidad, Ed. Losada, Buenos Aires, 1956, pp. 165-166.

<sup>48</sup> Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*. Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 55.

<sup>49</sup> Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, vol. I, p. 579; Maurach, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Prólogo de Octavio Pérez Vitoria Moreno; traducción y notas de derecho español por Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, pp. 13-14.

teoría del delito todavía influye en el derecho penal de hoy. Su pensamiento filosófico ya no se va a basar en la filosofía neokantiana, sino más bien en las corrientes ontológicas y fenomenológicas de la época.

Según Welzel, el mundo a través de la convivencia humana obtiene una combinación de relaciones ontológicas y axiológicas representativas de los planos del valor y de la realidad que no fueron descubiertas ni por el pensamiento científico natural del naturalismo jurídico penal, ni por el método axiológico neokantiano. Según esta concepción, esas estructuras lógico-objetivas vendrían determinadas por constantes antropológicas que le son dadas previamente por el derecho y que no pueden ser transformadas por este y, en consecuencia, tienen que ser tenidas en cuenta también por el legislador, de tal forma que las denominadas estructuras lógico-objetivas representan los ladrillos físicos del mismo sistema del derecho penal previo a la regulación jurídica. Las estructuras lógico-objetivas se fundamentan en la acción humana y su significación básica para el sistema jurídico no puede ser distinta a la que subyace en el marco de la realidad. A partir de esta forma de pensamiento, Welzel afirma que “*la acción*” es la base de la teoría jurídica del delito y es equivalente a la actividad final humana.<sup>50</sup>

Con base en este pensamiento, el ser humano puede dirigir sus acciones a una actividad final utilizando los medios por él elegidos y además puede prever las consecuencias de su actuar en cualquier plano de su vida en sociedad.

Con el finalismo se logró trasladar el dolo al tipo penal y dejó de conceptuarse como conciencia de lo injusto, *conformándose así la teoría del tipo complejo*, contraria a la teoría del tipo simple que ubicaba el dolo en la culpabilidad. El finalismo también permitió subjetivar al injusto penal y objetivar y normativizar a la culpabilidad.

---

<sup>50</sup> Borja Jiménez, Emiliano. *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito*. 1ª edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, 2000, pp. 67-68.

En el ámbito de la autoría y la participación se concibió al autor como el sujeto que realiza la acción típica y no ya como el sujeto que causaba el resultado típico sostenido por las teorías clásica y neoclásica. Esto hizo que la participación solo pudiera tener lugar en un acto principal intencional pues, de no existir la intención no se podría hablar de tipo de injusto. Así, la complicidad y la instigación debían ser dolosas. El concepto de autoría frente al de participación vendrá definido por el dominio final del hecho.<sup>51</sup>

Una vez dejadas atrás las etapas de la culpabilidad desde las visiones naturalista-causalista o naturalista-psicologista, producto de la incursión del finalismo, la concepción de la culpabilidad fue entendida de forma exclusivamente normativa.

Entender la culpabilidad como reprochabilidad pura implicó un juicio de valor dirigido al autor. Así, como en la antijuricidad se muestra una acción como contraria a una norma legal de comportamiento e implica un juicio desvalorativo sobre la acción como tal; en la culpabilidad se decide si la acción antijurídica puede ser reprochada al autor y, por consiguiente, implica un juicio desvalorativo sobre el autor por su injusto realizado.

Sin duda alguna la teoría finalista fue iniciada por el normativismo neokantiano mediante la extracción de la culpabilidad de todos aquellos elementos subjetivos que integraban la culpabilidad hasta entonces, dando origen a una concepción normativa pura de la culpabilidad, la primera que se dio dentro de la teoría del delito.

Específicamente para Hans Welzel, la culpabilidad se configura como un “*juicio de reproche*” de carácter personal realizado al autor del hecho cuando este a pesar de haberse podido conducir conforme a derecho, opta por comportarse de manera distinta; nace así el criterio del “*poder en lugar de ello*” que sirve de base al juicio de reproche. También se nota en Welzel un regreso

---

<sup>51</sup> Borja Jiménez, Emiliano. *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito...*, Op. cit., p. 76.

al “*clasicismo*”, ya que se basa en el libre albedrío como fundamento de la culpabilidad.

Vista así, la culpabilidad centra su contenido sobre tres estadios específicos: la imputabilidad, la posibilidad de la conciencia de la antijuricidad: cognoscibilidad de la norma de prohibición y la falta de especial situación de necesidad, los cuales hacen inexigible una resolución de voluntad conforme a la norma: el reproche puede ser dispensado cuando existan circunstancias que influyan fuertemente sobre la motivación misma. En estos casos se habla de inexigibilidad de otra conducta que exculpa el juicio de reproche.

## **6.- El sistema funcional o teleológico del derecho penal**

Según esta posición, la teoría del delito debe guiarse únicamente por las finalidades del derecho penal<sup>52</sup> y no como lo señala el finalismo por las realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-objetivas, etc.). Se cambia la orientación kantiana de los valores culturales por un criterio de sistematización jurídico penal con el cual se sientan las bases político-criminales de la teoría de los fines de la pena.

Con esta nueva posición del derecho penal se hace depender la imputación del resultado al tipo objetivo de la realización de un riesgo permitido, dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo la categoría científico natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientadas a las valoraciones jurídicas. También se amplía la culpabilidad a la categoría de responsabilidad. Si la culpabilidad es la condición de toda pena, se debe tener en cuenta siempre la necesidad preventiva de la sanción penal especial o general.

---

<sup>52</sup> Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, Javier García Conlledo, y Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 235 y ss.

Juristas de la talla de Roxin orientaron el derecho penal hacia la política criminal, apartándose tajantemente del método deductivo-axiomático que propugnaban los finalistas, objetando el análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente lógico-abstractos.

Otros autores objetaron su censura al finalismo en el método ontológico que vincula al legislador y la ciencia a las estructuras lógico-objetivas, proponiéndose en oposición a esta una (re) fundamentación normativa de la teoría jurídica del delito, en la línea de Jakobs.

Con esta nueva forma de visión, el derecho penal se enfocó hacia otras cuestiones más importantes con resultados prácticos inmediatos: problemas como los de la eficacia y de las clases de pena; por otro lado, la descriminalización y criminalización se convierten en centro de la política criminal. En este orden, la culpabilidad no solo se relaciona con la maldad o el reproche, sino en consideración hacia un derecho penal más humanitario.

Todo este desarrollo doctrinario tuvo efectos inmediatos en el derecho penal en general, aunque más que nada en el campo de la culpabilidad. Esta disciplina comenzó a descubrir, crear y aplicar una serie de institutos jurídicos a los cuales se puede recurrir cuando la pena no parece una respuesta adecuada a la culpabilidad: institutos como la pena natural, las amplias facultades para sobreseer de manera definitiva y temprana el proceso penal, la aplicación de penas de multa convertibles a penas privativas de libertad, las salidas alternas al proceso, medidas que caracterizan un derecho penal más racional y garante de la dignidad humana.

## **7.- La responsabilidad subjetiva para Günther Jakobs**

Para Günther Jakobs, el sistema de responsabilidad subjetiva por el hecho propio se mantiene en su sistema funcional radical de la manera en que fue tratado por el normativismo del derecho penal luego del finalismo, planteando la

necesaria existencia del dolo y la culpa como parte del análisis del tipo penal en su aspecto subjetivo.

En su obra más representativa señala que al tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, dolo y culpa, así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar el injusto o establecer un determinado *quantum* del injusto y llama la atención sobre la necesidad de que el tipo subjetivo debe concurrir siempre en el momento de emprender la acción ejecutiva.<sup>53</sup> Con esta afirmación y todo el ulterior tratamiento que le da al elemento subjetivo se denota que el funcionalismo extremo o radical de Günther Jakobs viene a tratar el tema de la responsabilidad subjetiva de la manera en que la doctrina lo vino desarrollando, respetando la teoría del tipo complejo.

Incluso respecto al tratamiento que les da a los delitos calificados por el resultado, Günther Jakobs afirma -en otro de sus trabajos- que el resultado debe ser producido por imprudencia al menos y de modo directo para excluir la responsabilidad por el destino o por el resultado y en particular, como producto de la superación de la figura del *versari in re illicita*. Para Jakobs, el lado subjetivo del hecho es una exigencia de una visión del mundo que toma como punto de partida el mérito y la culpabilidad.<sup>54</sup>

Una vez repasada de manera sumaria la evolución de la teoría de la responsabilidad subjetiva en el derecho penal, debemos advertir que no se adopta en este trabajo una posición dogmática de acuerdo exclusivamente con la tesis finalista antes señalada; tampoco se le quiere dar preponderancia con

---

<sup>53</sup> Günther, Jakobs. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, 2ª edición corregida, Madrid, 1997, p. 309.

<sup>54</sup> Günther, Jakobs. "El lado subjetivo del hecho". Disertación del Prof. Günther Jakobs en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, el 3 de abril de 2003. Ciudad de Córdoba. República Argentina. Universidad Nacional de Córdoba. Traducción del Dr. Manuel Cancio Meliá. Recuperado de: [http://www.derechopenalenlared.com/libros/jakobs\\_el\\_lado\\_subjetivo\\_del\\_hecho.pdf](http://www.derechopenalenlared.com/libros/jakobs_el_lado_subjetivo_del_hecho.pdf), el día 4 de marzo del 2019, p. 3.

ello a una concepción subjetiva del injusto, donde se le da mayor importancia al desvalor de la acción sobre el desvalor del resultado. No obstante, si se quiere resaltar que esta perspectiva tradicional y práctica no comporta ninguna equivocación, puesto que es un presupuesto irreductible en materia de responsabilidad penal y un pilar fundamental del derecho penal contemporáneo, que incluso normativistas y causalistas de la actualidad han de reconocer.

## **F.- La responsabilidad objetiva y el derecho penal**

La totalidad del derecho primitivo se trató de un derecho de responsabilidad objetiva inclinado hacia la mera causación de un resultado sin tomar en cuenta el aspecto subjetivo de la conducta típica que lo había causado y en ocasiones, hasta llegando a prescindir de la conducta misma. A pesar de ello, a medida que el derecho penal evolucionó, se le fue dando mayor importancia al aspecto subjetivo de la conducta, hasta llegarse a enunciar el actual principio de culpabilidad, el cual en su formulación latina se identifica con el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine culpa*. Dicho en términos sencillos, desde su planteamiento inicial el principio indicó que no había delito sin subjetividad.

En la responsabilidad objetiva hay una presunción de culpa, pues el legislador al comprobar que en ciertos casos existe un nexo de causalidad material presume *juris et de jure* también la presencia de un nexo psicológico entre el evento y el sujeto agente.<sup>55</sup>

La responsabilidad subjetiva requiere al menos de la existencia de culpa en el caso concreto por parte de un sujeto, mientras que la responsabilidad objetiva no exige tal requisito.

---

<sup>55</sup> Bettiol, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 4ª edición, 1965, citado por Barboza Lépiz, Roger Alexis. *¿Existen los delitos calificados por el resultado...? Op. cit.*, p. 15.

Entonces, en este tipo de responsabilidad no se analiza como herramienta de imputación al elemento subjetivo de la conducta del agente que produjo el daño (consciencia, voluntad, representación, previsión, previsibilidad), sino que se prescinde de la culpa y/o dolo como elementos de la responsabilidad. En los casos de responsabilidad objetiva el sujeto responde de un hecho causado por él, aunque no haya tenido voluntad de realizarlo o la posibilidad de preverlo. La responsabilidad objetiva es una institución jurídica en virtud de la cual quien produce un daño antijurídico debe repararlo. De esta manera, para que se configure este tipo de responsabilidad debe existir un daño imputable a la actuación de una persona, sin importar que esta última haya sido culposa o dolosa.

El principio del *versari in re illicita* es una manifestación de la denominada responsabilidad objetiva en la cual no se tiene en cuenta la subjetividad de la conducta. Dicho de otra manera, la forma en que la llamada responsabilidad objetiva se asume en el derecho penal es el principio del *versari in re illicita*. Sin bien es cierto hoy ninguna parte de la doctrina sostiene la responsabilidad objetiva en el campo del derecho penal, el principio del *versari in re illicita* frecuentemente se cuela entre resoluciones jurisprudenciales y trabajos doctrinarios, por lo que no se encuentra totalmente erradicada.<sup>56</sup>

Sin embargo, según la doctrina, una de las formas en las que por aplicación del principio de *versari in re illicita* se cae en responsabilidad objetiva dentro del derecho penal moderno lo es a través de los denominados delitos calificados por el resultado.

Existe una diferencia muy importante entre los delitos preterintencionales y la denominada responsabilidad objetiva, la cual consiste en que en la segunda la responsabilidad por el resultado grave es independiente de la voluntad del autor, mientras que en los delitos preterintencionales la responsabilidad por el resultado grave depende de la voluntad y previsibilidad de su autor. Se considera, también, que en el delito preterintencional el resultado no querido

---

<sup>56</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Ediar, 1981, p. 427.

puede interpretarse como circunstancia atenuante, con respecto a la cual el autor debió haber actuado como mínimo con imprudencia. Por esta razón, la contrariedad con el principio de culpabilidad ya a nivel constitucional depende de esta conexión psicológica entre el autor y el grave resultado obtenido; es decir, si se castigara penalmente a una persona “*al faltar esta relación*” se penaría por una acción que se superestructura -sin razón alguna- como un caso puro de responsabilidad objetiva, por encima del vínculo subjetivo del agente con su hecho.

Existe una conexión psicológica entre el autor y el grave resultado obtenido cuando aquel ha tenido el dominio del hecho, o al menos, la previsibilidad del resultado en un grado potencial suficiente que permita reprocharle el hecho como propio y que pueda imputársele a título personal.

Aceptar un tipo de responsabilidad objetiva dentro del derecho penal sería como fundar la responsabilidad personal en una “*culpabilidad por la desgracia de la existencia*” que implicaría inculpar a una persona por encontrarse en el lugar y en el momento inadecuado a sus intereses y a sus libertades, siendo lo correcto fundar la culpabilidad únicamente por un déficit del conocimiento o de la previsibilidad del autor durante la ejecución del hecho típico.

El principio de culpabilidad es uno de los principios más importantes que se derivan en forma directa de la instauración de un Estado de derecho, porque su transgresión comporta el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor o imponer una pena solo fundada en la acusación equivale a degradar al autor a una cosa causante. La proyección del principio de culpabilidad en la construcción dogmática marca el límite dentro del cual puede desarrollarse la teoría del delito.

El *versari in re illicita* es la manifestación en sede jurídico penal de la responsabilidad objetiva y dado que el *nullum crimen sine culpa* reconoce jerarquía constitucional<sup>57</sup> y reconocimiento internacional mediante los tratados

---

<sup>57</sup> Artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica.

ratificados por Costa Rica,<sup>58</sup> cabe rechazar de plano cualquiera de las manifestaciones del *versari*.

Desde este último aspecto debe ser estudiado el tema del *versari in re illicita*, pues toma importancia en el momento en que se exige que debe existir una relación o conexión psíquica entre el acto ilícito y lo querido (voluntad) por su autor en el momento del hecho delictivo de acuerdo con el principio de coincidencia penal (que una acción sea típica, antijurídica y culpable al mismo tiempo).

### **G.- Concepción dogmática del principio *versari in re illicita***

Se entiende el principio de *versari in re illicita* como un instituto jurídico conforme al cual cualquier persona responderá de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida, aun cuando no las haya siquiera previsto, por el solo hecho de estar ocupado en algo ilegal; por ejemplo, sería responsable de homicidio quien dispara a alguien al que solo le produce una herida, pero que muere en el incendio que se produjo en emergencias en el momento en que fue a atenderse esa herida.

Según el profesor Fernando Velásquez, el principio de culpabilidad implica que no puede ser castigado quien obra sin culpabilidad, con lo que se excluye la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por el mero resultado, acorde con la que solo puede ser punido quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos. El *versari in re illicita* se da en los casos en los que se hace responder al autor de todas las consecuencias de su acto, aún las no queridas siempre y cuando provengan de un obrar ilícito.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Como ejemplo podemos ver la siguiente normativa: Artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>59</sup> Velásquez, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Librería Jurídica Comlibros, 2009, pp. 129-130.

Para el profesor Diego-Manuel Luzón Peña, el *versari in re illicita* se constituye en una vulneración al principio de responsabilidad subjetiva y se da en los casos en los que si la actuación inicial es ilícita se responden de todas las consecuencias, aunque sean imprevisibles, respondiéndose incluso del caso fortuito y no debido, al menos a la imprudencia.<sup>60</sup>

Para Zaffaroni, la más primitiva forma de desconocimiento del principio a nivel de la tipicidad es el *versanti in re illicita atiam casus imputatur o versari in re illicita*. Este principio puede asumir varias formas tal como “*el que quiso la causa quiso el efecto*” y otras variantes. Conforme a su pensamiento fundamental, en el llamado *versari in re illicita* es conceptuado autor el que haciendo algo no permitido, por puro accidente causa un resultado antijurídico y este resultado no puede ser considerado como generado culposamente en el sentido del derecho actual.<sup>61</sup>

Otro sector de la dogmática ha definido al *versari* como la más cruda e ilimitada aplicación de la equivalencia de las condiciones, con anterioridad a la formulación doctrinaria de esta teoría causal.<sup>62</sup>

El origen histórico de esta estructura halla su sentido en la imposición de un límite a la responsabilidad por el resultado, de forma que al menos se requiriera que la conducta inicial fuera ilícita: *versari in re illicita respondeat etiam pro casu* (tratándose de una materia ilícita, responderá incluso del caso fortuito). Si la conducta inicial era ilícita, se respondería de todas las consecuencias, aun cuando no fueran queridas ni previsibles. Este principio “*versarista*” quebranta las reglas vigentes de imputación subjetiva, en virtud de las cuales un resultado solo debe atribuirse a su causante con la respectiva

---

<sup>60</sup> Luzón Peña, Diego-Manuel, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial B de F, 2016, pp. 503-504.

<sup>61</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1981, p. 425.

<sup>62</sup> Terán Lomas, Roberto. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, editorial Astrea, Tomo II, 1983, p. 1; citado por Barboza Lépiz, Roger Alexis. *¿Existen los delitos calificados por el resultado...? Op. cit.*, p. 6.

consecuencia jurídico penal, si ha mediado dolo o imprudencia en su producción.<sup>63</sup>

Ahora bien, el problema que plantea el *versari in re illicita* es que la materia penal está dominada por la exigencia del dolo o al menos y alternativamente de la culpa, por lo que no es posible en un sistema de derecho social y democrático, a la luz de las modernas teorías del injusto personal, la condenatoria por una conducta cuando su resultado es consecuencia de una conducta típica o ilícita, ya que derivaría, de ser así, en un tema de responsabilidad objetiva por el resultado, que en su caso, estaría desvinculado totalmente del conocimiento o la previsibilidad del agente activo.

---

<sup>63</sup> Navas Aparicio, Alfonso. *Código Penal de Costa Rica Comentado*. ULACIT, Litografía e Imprenta Universal S.A., 1ª edición, San José, Costa Rica, 2011, p. 244.

## Capítulo II

### Consecuencias especiales del hecho: los tipos penales calificados por un resultado más grave en sentido estricto (artículo 37 del Código Penal)

En las disposiciones de la Parte Especial de nuestro Código Penal encontramos para cada afectación a un bien jurídico, un tipo penal que cumple la función de ser el núcleo portador del contenido de injusto de la correspondiente figura delictiva. En su estructura, los tipos penales siguen ciertas reglas que se derivan de las distintas posibilidades de ordenación de sus elementos estructurales. De este modo, surgen las distintas clases de tipos penales que en el uso del lenguaje técnico-penal poseen un lugar sólido y una importancia para su clasificación e interpretación. Así, podemos encontrar los delitos de resultado y los delitos de peligro.

Un grupo especial de delitos de gran dificultad teórica y de notable importancia práctica viene constituido por los llamados delitos calificados por el resultado: como ejemplos tenemos que a estos pertenecen los delitos que están conformados por un delito base culposo que se vienen a agravar por un resultado también culposo o doloso,<sup>64</sup> también el robo con homicidio<sup>65</sup> o el caso de la producción de un peligro con resultado de muerte.<sup>66</sup> Normalmente, los

---

<sup>64</sup> Por ejemplo, el delito de “Desastre por culpa”, agravado por el resultado, contenido en el artículo 261 párrafo dos del Código Penal, que indica; “Será reprimido con prisión de uno a tres años, el que por culpa causare un descarrilamiento, naufragio, desastre aéreo o terrestre, u otro accidente previsto en esta sección. Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona, se impondrá prisión de uno a seis años”. Este sería un caso de delito calificado por el resultado bajo el esquema culpa/culpa o dolo.

<sup>65</sup> Es el caso del artículo 112 inciso 8) del Código Penal que dice: “Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate: (...) 8) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar, para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”.

<sup>66</sup> Tenemos el caso del delito de “Creación de un peligro para transportes terrestres” contenido en el artículo 259 del Código Penal que dice: “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que, a sabiendas, ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de un tren, de un alambre carril, o de otros medios de transporte terrestre. Si el hecho produjere descarrilamiento,

delitos base son dolosos, pero nada impide que el resultado que califica a este delito base venga estructurado bajo la forma de un delito también doloso, esto porque tanto el delito base como el delito que lo califica pueden ser descritos por figuras de tipo dolosas o culposas sin que exista ninguna regla legal, jurisprudencial o dogmática que lo impida.

En estos casos, determinadas acciones que ya de por sí contienen resultados punibles se conminan con una pena esencialmente superior al hecho básico; esto a causa de la especial peligrosidad que le es inherente cuando el peligro típico conectado con el hecho se materializa en un resultado lesivo, los que de seguido se estudiarán de una forma más detallada.

## A.- Las figuras compuestas

Para entender la naturaleza de las consecuencias especiales del hecho es necesario tener presente las siguientes clasificaciones sobre los delitos que ha aceptado de manera unánime la doctrina,<sup>67</sup> debido a su especial configuración y a los efectos que un resultado posterior ejerce sobre un delito base al cual califica.

Como señala el jurista argentino Eugenio Zaffaroni existen figuras complejas que combinan a) tipicidades dolosas y culposas, b) tipos dolosos debido a resultados dolosos más graves y c) tipos culposos calificados por resultados culposos más graves,<sup>68</sup> dando cabida a que existan delitos

---

*choque u otro accidente grave, la pena será de seis a quince años de prisión y si ocasionare la muerte, prisión de ocho a dieciocho años”.*

<sup>67</sup> Respecto a estas clasificaciones se puede consultar Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, Javier García Conlledo, y Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 336 y Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal. Parte general*. Ed. Universitas, Madrid, 1996, pp. 304 y ss.

<sup>68</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 539, punto 3.

calificados por un resultado que puede ser descrito por el legislador como doloso o culposo.

## **1.- Delitos simples o compuestos**

Se entiende por tipo penal simple al que protege un único bien jurídico (por ejemplo, el homicidio, las lesiones, las injurias, etc.). En cambio, los delitos compuestos son aquellos que tutelan más de un bien jurídico al mismo tiempo: por ejemplo, en el robo agravado por el uso de arma, sin duda se resguardan la propiedad o la posesión y, además, la vida e integridad física de la víctima. Lo mismo ocurre con la extorsión, donde además del patrimonio se resguarda la libertad de determinación. En estos casos es fundamental la individualización de los bienes jurídicos involucrados, pues constituye un criterio de interpretación muy importante para determinar los alcances del tipo.

Dentro de los delitos compuestos, tenemos al denominado delito complejo, que es aquél que contiene descrito dos o más acciones que por sí mismas constituyen tipos penales independientes, tipificados en distintos lugares del Código Penal o en leyes especiales, pero que el legislador las integra en un mismo tipo penal, a pesar de que podrían aplicarse utilizando las reglas del concurso de normas.

## **2.- Delitos de uno o de varios actos**

Existen tipos penales configurados con una sola acción típica (por ejemplo, homicidio o lesiones) y otros en los que la propia ley describe más de una conducta típica: por ejemplo, en el robo agravado, que contiene la fuerza en las cosas o la violencia sobre las personas más la sustracción del bien; en la

violación, que contiene los tocamientos previos al acceso carnal oral, anal o vaginal.

### **3.- Delitos calificados por el resultado**

Una clase muy particular de tipo penal es el calificado por el resultado. Se trata, de una especial combinación de un tipo doloso más otro tipo doloso o imprudente -en la mayoría de casos-. Es decir, la tipicidad se configura cuando a una actuación dolosa inicial se le agrega un resultado que puede ser imputado, al menos a título de culpa. Es el caso del homicidio *criminis causa* (artículo 112 inciso 8) del Código Penal), el maltrato de la mujer con resultado de una incapacidad para sus labores habituales menor y mayor a cinco días (artículo 22 párrafos 2) y 3) de la Ley de penalización de la violencia contra la mujer), el secuestro extorsivo con resultado muerte (artículo 217 último párrafo del Código Penal), la sustracción de persona menor de edad o con discapacidad con resultado de lesiones graves o gravísimas o hasta la muerte (artículo 192 bis del Código Penal).

El profesor Bustos Ramírez los definió como figuras típicas complejas cuando por regla general dos conductas delictuales, una dolosa y una culposa, con vida autónoma y que protegen diferentes bienes jurídicos, son reconducidas a un solo tipo penal que además contempla una pena considerablemente superior a la que habría de resultar si se apreciaran las reglas del concurso de delitos,<sup>69</sup> contrariamente a los delitos preterintencionales que contienen una atenuación de la sanción.

Esta clase de regulación penal ha sido muy criticada porque generalmente se establecen escalas penales excesivas que pretenden castigar de manera desproporcionada la sola producción de un resultado ilícito. Además de ello,

---

<sup>69</sup> Bustos Ramírez. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 4ª edición, Barcelona, 1994, pp. 372 y siguientes.

desde el punto de vista legislativo, estos tipos penales se muestran innecesarios, pues el contenido de lo injusto que existe en cualquiera de estos casos de combinación de dolo más dolo o imprudencia puede ser reflejado perfectamente mediante la aplicación de las reglas generales del concurso de normas.

En muchos casos, el problema fundamental que genera esta especie de delito es que el legislador no aclara ni especifica cómo debe ser imputado al autor el resultado final, es decir, cuál debe ser el nexo (objetivo y subjetivo) entre la conducta inicial y el resultado final. Tal y como están redactados pareciera que el tipo penal se puede configurar con la sola causación objetiva del resultado previsto por ley, aunque no pueda ser imputado ni a título de dolo ni de culpa.

Si bien el problema de los delitos calificados por el resultado merece explicaciones y reflexiones más profundas, el modo en que estas formas especiales de tipicidad resulten válidas desde el punto de vista constitucional, es que únicamente pueda configurarse el delito cuando en el caso concreto el resultado no sea solo causado desde el punto de vista objetivo por la acción del autor, sino que además pueda ser imputado (al menos) a título de culpa. De otro modo se vería afectado seriamente el principio de culpabilidad al permitir casos de responsabilidad penal meramente objetiva. No obstante, y desde ya lo afirmamos, es aconsejable ir abandonando esta forma de legislar que tantos problemas trae al principio de culpabilidad y tener presente que es mucho más conveniente la aplicación, en su lugar, de las reglas de los concursos de delitos.

Según Roxin, si bien no debería renunciarse totalmente a esta forma de regulación, sí es necesaria una amplia restricción de esta clase de delitos, limitándolos a los casos de "*provocación temeraria del resultado más grave*".<sup>70</sup> Nosotros, en cambio, después de estudiado el tema a profundidad, recomendaremos la total supresión de este tipo de delitos.

---

<sup>70</sup> Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, "Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, Javier García Conlledo, y Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 331.

De todas formas, se debe exigir una relación subjetiva, tanto con el primer delito, como con el segundo; caso contrario, no se podrá responsabilizar por el segundo de ellos al autor.

En virtud del principio de culpabilidad, la regla de oro es que nunca puede atribuirse al autor un resultado que no haya sido provocado por una conducta al menos culposa de suyo y por supuesto podría también ser dolosa, pues de no ser así, caeríamos en una inadmisibles responsabilidad objetiva.

Al respecto nos dice Günther Jakobs:

*“El Derecho penal alemán conoció hasta mediados del siglo pasado (1953) delitos calificados por el resultado en los que un delito básico - perfectamente imputable- experimentaba una cualificación en caso de producirse una determinada grave consecuencia, sin que ésta hubiera sido producida ni dolosa ni imprudentemente. En el caso del bofetón,<sup>71</sup> por lo tanto, debería haber respondido el autor por lesión con resultado de muerte, y ello incluso en el caso de que la muerte se produjera sólo por tener la víctima una constitución débil no cognoscible. Sin embargo, incluso en estos delitos calificados por el resultado era necesario que el autor hubiera introducido mediante el delito base un riesgo nuevo en la organización de la víctima; no bastaba con que desencadenara el riesgo vital general de la víctima, como era el caso, por ejemplo, si la víctima, ofendida, abandonaba el lugar, perdiendo la vida en un accidente de tráfico. En tal caso, el autor no había elevado el saldo de riesgos de la víctima; pues del mismo modo en que se vio expuesta a los peligros del viaje, quedaba libre de los que la amenazaban de quedarse en el mismo lugar.”<sup>72</sup>*

---

<sup>71</sup> Ejemplo según el cual una bofetada acaba en un homicidio por una constelación de efectos desafortunados.

<sup>72</sup> Disertación del Profesor Günther, Jakobs en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, el 3 de abril de 2003, Ciudad de Córdoba, República de Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Traducción del Profesor Manuel Cancio Meliá, en: <http://derechopenalmarginal.blogspot.com/2014/08/el-lado-subjetivo-del-hecho-g-jakobs.html#!/2014/08/el-lado-subjetivo-del-hecho-g-jakobs.html>.

Vemos así, cómo Jakobs llama la atención sobre la necesaria existencia de culpabilidad cuando el autor no haya al menos predicho el “*saldo de riesgos*” en defecto de la teoría del riesgo que se aplica en los delitos calificados por el resultado.

Tendríamos, entonces, delitos calificados por el resultado en el caso de que se produzca una agravación de la pena cuando sucede un resultado más grave, y se muestran a través de una enunciación que incluye modismos como “*cuando resultare*”, “*se derivare*”, “*se produjere*”, “*se ocasionare*”; formulaciones utilizadas comúnmente. También los ilícitos que ocasionan meros resultados de peligro, como el delito de incendio (artículo 253 inciso 1<sup>73</sup>) o el delito de abandono de personas (artículo 142 del Código Penal<sup>74</sup>) son ejemplos de delitos calificados por el resultado.

El profesor Francisco Castillo no encuentra problemas de constitucionalidad en los delitos calificados por el resultado cuando se den los siguientes requisitos:

1.- Que exista un delito base doloso y que se dé, al menos, culpa en la producción del resultado, donde el delito base debe ser punible a título de dolo, mientras que la culpa se reduce, a la previsibilidad del resultado, pues los otros elementos de la culpa ya están contenidos en el delito base.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> El mencionado tipo penal dice lo siguiente: “*Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que, mediante incendio o explosión, creare un peligro común para las personas o los bienes. La pena será: 1) De seis a quince años de prisión, si hubiere peligro de muerte para alguna persona, si existiere peligro de destrucción de bienes de valor científico, artístico, histórico o religioso, si se pusiere en peligro la seguridad pública, o si se tuvieren fines terroristas*”. Este sería un caso de delito de peligro/delito de peligro bajo el esquema dolo/dolo.

<sup>74</sup> Dice dicho artículo: “*El que pusiere en grave peligro la salud o la vida de alguien, al colocarlo en estado de desamparo físico, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma, y a la que debe mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años. La pena será de prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de seis a diez años de prisión*”. Este sería un caso de delito de peligro/delito de resultado bajo el esquema dolo/dolo.

<sup>75</sup> Cfr. Castillo González, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, ... p. 361. Don Francisco Castillo excluye como delito calificado por el resultado el delito de estrago culposo con resultado muerte donde el delito base es culposo. Para nosotros sí lo es.

2.- Que la consecuencia más grave se cometa con culpa grave, o entendida en el sistema adoptado por él, como culpa lata, quedando excluidas la culpa leve y la culpa levísima.<sup>76</sup>

3.- Que la consecuencia más grave sea una consecuencia inmediata del delito base. El resultado más grave producido, sea doloso o culposo, es la actualización del peligro potencial ya contenido en el delito base.<sup>77</sup>

4.- Cuando el peligro es causado culposamente y culposamente se producen unas lesiones o la muerte, el agente no responde de la muerte como delito calificado por el resultado, situación que está en concordancia con los artículos 32 y 37 de nuestro Código Penal.<sup>78</sup>

Sin embargo, la teoría de la preterintención, base de los delitos calificados por el resultado habla de que el segundo resultado pueda serle atribuido a su autor a título de culpa, sin que nunca se refiera a una situación de peligro contenida ni descrita en el delito base. Por esta razón, consideramos que los delitos calificados por el resultado violan el principio de culpabilidad cuando la consecuencia más grave no se imputa con todos los elementos del dolo o la culpa a su autor, situación que estudiaremos a continuación.

---

<sup>76</sup> Cfr. Castillo González, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, ... p. 362.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 363. Para nosotros sí es posible un delito base culposo, ya que es el artículo 32 del Código Penal el que exige que el delito base sea doloso, solo para el caso de los delitos preterintencionales y que además sea de la misma especie que el resultado que lo califica.

## B.- La calificación de un delito base por un resultado

Se definen agravados o calificados por el resultado<sup>79</sup> los delitos que sufren un aumento de pena a raíz de la verificación de un comportamiento ulterior a un hecho básico que ya constituye delito.<sup>80</sup>

Los delitos calificados por el resultado suponen que la ley prevé una calificación de un tipo básico si como consecuencia de éste se origina, aún sin quererlo el autor, un resultado más grave y relacionado con la peligrosidad que implicaba el tipo base. Tales figuras son reconocibles porque el tenor legal no habla de “*el sujeto que causare o provocare, originare, etc.*” con su acción un resultado, sino de que como consecuencia de la primera conducta “*resultare*”, se originare, se produjere, sobreviniere, etc. un resultado, es decir, que se utiliza como fórmula impersonal y objetiva.

Originalmente esta clase de delitos fueron concebidos como agravantes de la pena, siempre y cuando se concretara la concurrencia de un determinado evento o resultado. A estos delitos se los consideraba como elementos ajenos a la subjetividad del autor.

Con el fracaso del paradigma de la responsabilidad objetiva y el consiguiente cambio hacia un régimen subjetivo se hizo necesario vincularlos con la culpabilidad del autor.

Esta clase de delitos se presenta como una categoría que presupone como mínimo la culpa para que el autor responda por el ulterior resultado más grave que él mismo provocó. Como punto de partida coincidimos plenamente con que la forma de evitar el *versari in re illicita* en los delitos calificados por el resultado es impidiendo que en alguna hipótesis se pueda admitir una pena

---

<sup>79</sup> En la doctrina española estudiada se utiliza el término “*delitos calificados*” o “*calificados por el resultado*” para designar el mismo fenómeno que la doctrina italiana llama “*delitos agravados*” o “*calificados por el evento*”.

<sup>80</sup> Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 641.

más grave debido a un resultado que no haya sido causado por el dolo o la culpa del autor y que su sanción sea consecuente con la penalidad existente en cada delito doloso independiente o culposo expresamente tipificado en la ley.

Fiandaca y Musco observan que en el derecho italiano la problemática en torno a esta clase de delitos va referida a la dificultad de determinar su naturaleza jurídica. Según señalan los autores, en el momento de su aparición en el Código Penal las hipótesis hallaban explicación desde la responsabilidad objetiva y por ello se entendía que el evento agravante se le debía atribuir al agente con fundamento en el mero nexo de causalidad material, sin la utilización del dolo o la culpa como correctivos de la imputación objetiva, tal y como se utiliza en la actualidad. Luego, el debate teórico giró en torno al encuadramiento formal de los delitos entre las figuras de los delitos circunstanciados o entre los tipos delictivos autónomos.<sup>81</sup>

Quizá el debate principal en cuanto a la cuestión venga dado por el desvalor de eventos calificantes de gravedad particular (muertes, lesiones o un perjuicio material o psicológico de gran magnitud). Así, una de las formas para equilibrar la problemática que presentan estos elementos se soluciona, al menos, por las hipótesis más significativas de delitos agravados por el resultado en tipos mixtos de dolo y culpa.

A partir de ahí, hay una tensión insostenible entre estos delitos y el principio de culpabilidad que se pretende conciliar aplicando el régimen actual que se les confiere a las circunstancias agravantes. Más aún, la solución viene dada por vincular los delitos agravados por el resultado con el modelo de los delitos circunstanciados.

En suma, se deben abarcar, real o potencialmente, las circunstancias que consisten en eventos futuros sucesivos a la realización de la conducta, tal como típicamente sucede en el caso de los delitos agravados por el resultado. En otras palabras, si se pretende respetar el régimen de la imputación subjetiva es

---

<sup>81</sup> Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Editorial Temis, 2006, pp. 643-644.

necesario en los delitos calificados por el resultado, que el evento futuro caiga dentro del ámbito de la voluntad del autor, ya sea en forma de conocimiento, posibilidad de conocer, representación, previsión o posibilidad de prever.<sup>82</sup>

En general, se acepta la existencia de un delito calificado por el resultado cuando la pena se encuentra determinada por la ulterior producción de un resultado más grave, superpuesto a la realización de un delito base inicial. No resulta pacífico, sin embargo, el entendimiento de la relación en que debe hallarse el resultado ulterior más grave y el delito base, o el modo en que aquel ha de haber sido abarcado por el conocimiento o la previsibilidad del autor, ni las posibles circunstancias concomitantes que convierten al delito calificado por el resultado en un delito de naturaleza distinta a la de aquellos otros por los que está configurado.

El concepto de delito calificado por el resultado deriva de la realidad legislativa, atendiendo a la concreta realidad positiva en que se hallan descritos. Y es este, sin duda, el motivo de que fuesen entendidos inicialmente, tanto en el derecho comparado, como en el derecho costarricense, partiendo de la doctrina alemana y a modo de construcción típica en la que se aceptaba que el resultado más grave pudiera ser imputado a título fortuito, es decir, imprevisible para el sujeto activo. Ello representaba una manifestación característica de la antigua responsabilidad objetiva, un reflejo del *versari* en las leyes especiales y en los códigos penales modernos que infringía el principio de culpabilidad y que dio lugar a una tendencia generalizada y favorable para una reforma que recondujese estos casos, desde cualquier posible manifestación de responsabilidad objetiva al respeto de las reglas de la imputación subjetiva.

Dice Jescheck<sup>83</sup> que los delitos calificados por el resultado se remontan a la teoría del *versari* del Derecho canónico (*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*) que se ha mantenido en el *dolus generalis*, la *culpa*

---

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Volumen I, Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Instituto del Pacífico, Perú, 2014, pp. 384-385.

*dolo determinata* y el *dolus indirectus* del Derecho común. Según afirma este autor, en el RStGB (Código Penal Imperial alemán) de 1871 la agravación de la pena fue conectada exclusivamente al acaecimiento del resultado, con independencia de si el autor hubiera podido preverlo. Se intentó atenuar la severidad en la imputación del resultado basado en el principio puramente causal de la teoría de las condiciones, a través de la introducción de la idea de la adecuación que también jugó un cierto papel en los trabajos para la reforma del derecho penal.

En dicho desarrollo, la aplicación del principio de culpabilidad a los delitos calificados por el resultado trajo consigo en Alemania en 1953, la introducción novedosa del artículo 56 (actual artículo 18) que prescribía que solo resultaba aplicable al autor una pena especialmente grave conectada con el resultado del hecho, si al menos la consecuencia producida le es imputable a título de imprudencia.

El artículo 18 del Código Penal alemán estipula lo siguiente: “Pena más grave en consecuencias especiales del hecho. *Si la ley asocia una pena más grave a una consecuencia especial del hecho, entonces ella solo se aplica al autor o partícipe cuando a él se le carga esta consecuencia al menos culposamente.*”<sup>84</sup>

Antes de 1953 era suficiente que el resultado calificante se atribuyera a la acción del tipo básico únicamente como causal, sin que importara una relación de culpabilidad de cualquier tipo. En consecuencia, resultados puramente causales podían incrementar drásticamente el ilícito y la culpabilidad. Hasta la introducción del actual artículo 18, los delitos calificados por el resultado fueron también pruebas clásicas de responsabilidad objetiva que se atribuyó a la doctrina del *versari in re illicita*.

---

<sup>84</sup> Esta norma es equivalente al artículo 37 del Código Penal costarricense de 1970 que dice que: “Pena más grave por consecuencia especial del hecho. *Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos, culposamente respecto de ella*”. Al igual que aconteció en Italia, en España se encuentra superada la discusión debido a la reforma introducida en el Código Penal español en 1983. Así, el párrafo 2º del artículo 1º exige, al menos, la culpa para que el autor responda por la producción ulterior de un resultado más grave.

Los delitos calificados por el resultado son tipos penales que poseen una combinación especial entre la culpa/dolo como base y la culpa/dolo como resultado que agrava la sanción.

El delito básico doloso (que excepcionalmente también puede ser culposo) es como tal punible, mientras que el acaecimiento del resultado agrava la punibilidad, aunque también puede admitir otras combinaciones menos usadas por el legislador. En otros casos, la parte dolosa del hecho no es punible autónomamente, sino que el umbral de la punibilidad solo se atraviesa con la realización de su parte culposa.

Respecto a los delitos calificados por el resultado veremos más adelante que existen al menos dos posiciones de interpretación: una alega que estos delitos rozan con el principio de culpabilidad y el problema que plantea su estructura puede arreglarse con la normativa concursal. Según esta tesis, las penas que estas figuras imponen son draconianas por no respetar precisamente la proporcionalidad entre la pena y el grado de desvalor subjetivo de la acción ya que castiga como una conducta dolosa aquella cometida de manera al menos culposa. La posición contraria afirma que el delito calificado por el resultado puede entenderse como un supuesto específico de concurso, que se construye como un delito tipificado y uno que lo califica de manera expresa.

Los partidarios de los delitos calificados por el resultado, los justifican alegando que las penas impuestas, superiores a las que resultarían de añadir a la pena correspondiente al delito doloso base la del delito culposo en relación de concurso ideal, se debe a la presencia en ellos de un *“injusto adicional”* que no puede ser abarcado con la mera aplicación de la normativa concursal; sin embargo, se reconoce que a veces las penas asignadas por el legislador resultan del todo excesivas, lo que en ocasiones podría dar lugar a dudas sobre si el principio de culpabilidad, aunque no infringido, quedaría plenamente realizado. Podría incluso afirmarse que de hallarse algún supuesto con una pena asignada superior a la que correspondería de aplicar el principio de

proporcionalidad del sistema habría que reajustar el marco penal en la medida necesaria para evitar la infracción del principio de culpabilidad. Consecuentemente, en atención a la naturaleza de los delitos calificados y al principio de proporcionalidad, resultará obligado establecer los límites dentro de los cuales le está permitido moverse al legislador, a menos que quiera infringir el principio de culpabilidad, si no en sentido formal, sí en sentido material.<sup>85</sup>

Debemos recordar que el contenido de lo injusto penal hace referencia a lo que conocemos como el desvalor de la conducta, integrado por lo que tradicionalmente se llama “*desvalor de la acción*” (contrariedad de una acción y el Derecho –antijuricidad formal-) y “*desvalor del resultado*” (puesta en grave peligro o lesión de un bien jurídico –antijuricidad material-).<sup>86</sup>

El contenido del injusto adicional en los delitos calificados por el resultado vendría a ser aquel juicio valorativo realizado por el legislador sobre la gravedad de una conducta injusta, cuando se denota una grosera contradicción entre su cometido y el orden jurídico existente en su totalidad, cuya medición es impuesta por medio de una pena más alta que la que se le asignaría al delito base doloso de manera independiente y más alta aún que la obtenida a través de las reglas del concurso de delitos entre las dos normas consideradas de manera independiente y no como una consecuencia especial del hecho.

Sin embargo, para el derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho, cada vez que el tipo penal agrava la pena en relación con un resultado, no la agrava en relación con la culpabilidad con la que el sujeto comete el delito; sino, en razón de una posición de pura política criminal en la que el legislador, muchas veces -por no decir la enorme mayoría- gradúa la sanción en relación con un fenómeno criminógeno de actualidad en una sociedad determinada, sin tomar en cuenta las reglas del concurso de normas, ni de la penología establecidas previamente dentro del ordenamiento jurídico.

---

<sup>85</sup> Cardenal Murillo, Alfonso. *Naturaleza y límite de los delitos calificados por el resultado*. En: <https://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/46349.pdf>, p. 597.

<sup>86</sup> Navas Aparicio, Alfonso. *Código Penal...* Op. cit., p. 16.

Es así como en los casos de delitos complejos desde los supuestos de estructura dolo-culpa/dolo, (los más comunes dentro de este ámbito), la pena resultante en el delito calificado puede ser mayor que la que se obtendría de la mera adición entre la correspondiente al delito calificante y al delito base, **dado que el resultado más grave es considerado como la realización de un riesgo contenido de modo característico en el delito base**. Dicho de otro modo, el autor que produce el resultado lesivo más grave por dolo o imprudencia, al ejecutar el delito base doloso infringe un deber que sobrepasa el desvalor de la acción contenido en la mera causación culposa del resultado más grave.<sup>87</sup>

Se indica, entonces, que la función primordial de los delitos calificados por el resultado es tipificar de manera especial aquellas conductas que necesitan de una pena mayor, que aunque reguladas de manera expresa en distintos tipos penales, no podrían alcanzar una escala mayor de penalidad debido al uso de las reglas del concurso de normas. Esto en virtud del principio de absorción, sistema por el cual solo se impone la pena más grave, ante lo cual el legislador por razones de política criminal considera que en dichas situaciones el contenido del injusto penal es aún mayor.

Respecto de este tema se ha discutido que la consideración sobre el mayor desvalor de injusto que contiene la situación de riesgo es en principio correcta, siempre que se acentúe su relación con el delito doloso base; es decir, en atención al mayor peligro de que se produzca el resultado lesivo en determinadas situaciones típicas, el legislador realiza una llamada de atención al autor del hecho base, imponiéndole un “*especial deber*” para que preste un mayor cuidado en poder evitar la realización de la situación de riesgo del resultado más grave, con mayor probabilidad de producirse que en condiciones normales. Según esta posición, este especial deber se ve infringido cuando el autor abarca subjetivamente los elementos objetivos que configuran la situación de riesgo, independientemente de que se haya o no representado, en el caso

---

<sup>87</sup> Cardenal Murillo, Alfonso. *Naturaleza y límite...Op. cit.*, p. 597.

concreto, la producción del resultado ulterior. En cambio, al apreciar la situación de riesgo si se prescindiera de la conexión con el delito base, desaparecerá la fundamentación del injusto adicional que determina la mayor gravedad de la conducta frente a la mera causación imprudente del resultado lesivo porque entonces la situación de riesgo apreciada subjetivamente por el autor configuraría sin más el tipo de injusto del delito imprudente común. La peculiaridad del delito calificado por el resultado, determinante de su esencia, residiría en el riesgo de consecuencias más graves, contenido de modo inherente y típico en el delito base. La penalidad derivada del concurso ideal que contiene el marco del delito doloso básico no sería suficiente para castigar el desvalor total de acción.<sup>88</sup>

Para los partidarios de los delitos calificados por el resultado, lo que se da en ellos es la integración en el tipo básico doloso del peligro del resultado más grave, cuyo desvalor global de injusto sobrepasa al que resultaría de apreciar, en relación de concurso ideal o material con el tipo básico doloso, el tipo imprudente del resultado más grave. Pero con ello no se habría caracterizado aun suficientemente la naturaleza del delito calificado por el resultado; por ello, es necesario determinar la razón de tal injusto adicional, el cual se vendría a fundamentar en la transformación del tipo base doloso por el peligro inherente (que solo se tendría en cuenta a efectos de la agravación de la pena en el caso de concurrir efectivamente la producción del resultado). También podría fundamentarse en la situación de riesgo al producirse esta en conexión con el delito doloso base, transformando el injusto imprudente en una de especial gravedad.<sup>89</sup>

La *ratio legis* de los delitos calificados por el resultado se basa en que bien por razones de prevención general o por la presencia de un injusto adicional, es preciso una valoración individualizada del injusto y, por tanto, independiente de las reglas del concurso para conforme a criterios de culpabilidad,

---

<sup>88</sup> Cardenal Murillo, Alfonso. *Naturaleza y límite... Op. cit.*, p. 598.

<sup>89</sup> Cardenal Murillo, Alfonso. *Naturaleza y límite... Op. cit.*, p. 603.

proporcionalidad, determinación de la pena y lesión al bien jurídico protegido, establecer un tratamiento jurídico penal específico y agravado, de acuerdo con la entidad de los resultados producidos.<sup>90</sup>

Más precisamente, el injusto del delito calificado por el resultado se agota con la valoración conjunta del injusto que contiene el tipo básico y la situación objetiva del peligro, siempre y cuando los elementos que la configuran resulten abarcados subjetivamente de modo sustancial por el autor, al menos, culposamente.<sup>91</sup>

La tesis del injusto adicional se centra alrededor de dos puntos peculiares de los delitos calificados por el resultado: en primer lugar, la producción al menos culposa, del resultado posterior calificante y en segundo lugar, su especial conexión con el delito doloso base. De ahí que el fundamento de su mayor gravedad se derive (según nuestra opinión) de: **a)** una transformación del tipo de injusto doloso base (que solo se tendría en cuenta, a efectos de la agravación de la pena y en el caso de concurrir efectivamente la producción de ese resultado posterior calificante) y **b)** de una conducta culposa a la que se le atribuye un injusto por así decirlo “*especialmente desvalorado*”, merecedora de una pena aún mayor. Sin embargo, la tesis del injusto adicional no viene a encontrar sustento axiológico ni normativo a la luz de los principios procesales y sustantivos de un Estado social y democrático de derecho, donde un marco penal más grave no se justifica por existir delitos independientes con un grado de injusto ya determinado por el legislador, y también, en caso de estimarse aplicable, por tener una normativa de concurso de normas que es más respetuosa del principio de culpabilidad que la teoría del injusto adicional de las consecuencias especiales del hecho.

Por estas razones, el argumento del injusto adicional no ha convencido a los partidarios de la “*supresión*”. Las razones aducidas se dirigen,

---

<sup>90</sup> Martos Núñez. “La protección penal del derecho a la salud”. En Muñoz Conde (director). *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 695 y ss.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

principalmente, a negar tal injusto adicional o a poner de relieve que con él se valora la conducta del autor de un modo totalmente anómalo a como se acostumbra; dando lugar, cuando menos, a una quiebra del principio de igualdad jurídica. En general, estos autores no dejan de subrayar el peligro latente de la responsabilidad objetiva, referida al plus de penalidad que supone en el delito calificado la constatación de un comportamiento doloso o imprudente especialmente grave al superar aquella la suma de las que corresponderían al delito doloso y al culposo (base) efectivamente realizados.<sup>92</sup>

Así, Martin Schubarth, pese a conceder que en estos delitos podría apreciarse un contenido adicional de injusto proveniente del peligro típico que determinadas acciones comportan para la producción de ulteriores resultados lesivos más graves, se inclina a favor de la supresión por constituir estos delitos a su juicio, un cuerpo extraño en la legislación penal. Entre otras razones, alega que los tipos así estructurados valoran el peligro de forma distinta a como el legislador acostumbra, pues normalmente en las acciones peligrosas el legislador interviene antes de que se produzca el resultado lesivo y precisamente aquí es lo contrario. Además, según este autor, los delitos calificados por el resultado despliegan su efecto de modo incoherente al no tener en cuenta el peligro (dado que no se pune) en una misma conducta, si esta no ha conducido al resultado lesivo más grave. Por último, la teoría del injusto adicional fracasaría en los casos en que el delito base constituye ya de por sí un delito de peligro (como en el abandono de menores de edad).<sup>93</sup>

También Erwin Blume considera desafortunada la técnica legislativa de los delitos calificados al hacer depender la elevada penalidad de que se produzca, efectivamente, el resultado ulterior en lo cual interviene decisivamente el azar, tal como ocurre en la punición por imprudencia en general. A fin de cuentas, que el autor responda solo por el delito base o por el calificado dependerá no de

---

<sup>92</sup> Cardenal Murillo, Alfonso. *Naturaleza y límite... Op. cit.*, p. 602.

<sup>93</sup> Cardenal Murillo, Alfonso. *Naturaleza y límite... Op. cit.*, p. 603.

su imprudencia, sino de su buena o mala fortuna. Por tanto, los delitos calificados representarían una reliquia de la responsabilidad objetiva.<sup>94</sup>

### **C.- Tipos de delitos calificados por el resultado**

Tal y como se acaba de tratar en el apartado anterior, en general los delitos calificados por el resultado suelen identificarse con las denominadas consecuencias especiales del hecho. En ellas la pena existe o se agrava cuando acaecen las circunstancias que suceden a las locuciones que conforman el delito base. Recordemos que en este tipo de delitos calificados por el resultado, la norma que califica al delito base contiene un injusto adicional que ha tomado en consideración el legislador en su creación.

Dentro del ordenamiento jurídico costarricense se pueden identificar tres formas en que dichos delitos se manifiestan:

**1.- Delitos calificados por un resultado-evento:** son aquellos en que para su configuración el legislador acude a describir una conducta base dolosa y posteriormente, como resultado agravante, refiere un estado o un evento que afecta al sujeto pasivo del delito y que por sí mismo no se constituye en una conducta delictiva. El resultado en ellos se expresa como un perjuicio, como un daño o como un monto en específico. Recordemos que la terminología adoptada por la teoría del delito es la de “acción” o “comportamiento”, siendo un evento aquello que puede considerarse como un acontecimiento, especialmente si reviste cierta importancia.

Ejemplo de ellos lo es el delito de violación calificada que encontramos en el artículo 157 del Código Penal cuando dice:

*“La prisión será de doce a dieciocho años cuando: (...) 6) Se produzca un embarazo (...).”*

---

<sup>94</sup> *Ibídem.*

Otro ejemplo lo es delito de trata de personas en el artículo 172 inciso f), en el cual se agrava la pena cuando: “f) *La víctima sufre grave daño en su salud (...)*”.

**2.- Delitos calificados por un resultado fáctico delictual:** son aquellos que describen las consecuencias especiales del hecho a manera de un segundo delito, doloso o culposo, de peligro o de resultado, como parte de un delito normalmente doloso, que sirve de base y que también viene a agravar la pena.

La descripción del segundo delito calificante puede estar también descrito o tan solo mencionado, bastando para su identificación suficiente la referencia del delito por su nombre.

Son ejemplos de esta forma de configuración los siguientes:

Homicidio o lesiones en riña en el artículo 139 incisos 1), 2), 3) y 4); cuando producto de una riña resultare la muerte, lesiones gravísimas, lesiones graves o lesiones leves.<sup>95</sup>

También los es el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, en el caso en que el resultado se agrave por la concurrencia de lesiones graves o gravísimas o la muerte de la víctima.

**3.- Delitos calificados por otro delito que es cometido con una finalidad específica:** dentro de este grupo de delitos se ubican aquellos delitos calificados por el resultado en los cuales un segundo delito califica a uno

---

<sup>95</sup> Sin embargo, se debe de tener en cuenta que el actual artículo 139 del Código Penal fue modificado mediante resolución de la Sala Constitucional número 3903-1994 de las quince horas con cincuenta y un minutos del 3 de agosto de 1994, ya que declaró inconstitucional la modificación realizada por el artículo 1º de la ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982, y ordenó que la versión original de este numeral retornara a su redacción anterior, pero señalando también como inconstitucional y eliminando el antiguo párrafo segundo, quedando dicha norma de la siguiente manera en lo literal: “*Se impondrá de cinco a cuarenta días multa o prisión de dos a seis meses al que tomare parte en una riña en la que intervinieren dos o más personas.*” Respecto a esta reforma se puede consultar: Salas, Ricardo. “Homicidio y lesiones en riña (artículo 139). Por qué en 1994 la Sala Constitucional lo declaró (o habría declarado) contrario a la Carta Magna”, en: *Derecho penal especial*. 1ª edición, Tomo II, San José, Costa Rica, IJSA, marzo del 2020, pp. 297 a 305. En razón de dicha reforma, no podemos entonces tener como un delito calificado por el resultado al actual artículo 139 del Código Penal.

anterior, cometido en concurso ideal o material, pero realizado con una finalidad específica. El único caso dentro del Código Penal costarricense los es el delito conocido como homicidio *criminis causa*, en el cual el delito de homicidio se comete para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar un interés o procurarse impunidad. La característica principal de este tipo de delitos es que la técnica legislativa recurre a la calificación de diversas conductas de conformidad con los delitos que han sido tipificados de manera independiente. Por eso, su comprobación permite no solo utilizar el concurso de normas, sino que también permite identificar con claridad la conexión psíquica entre el autor del delito con el resultado calificante, pues la prueba debe referirse de manera clara y precisa a alguna de las finalidades específicas que contiene la norma y que califica al otro delito.<sup>96</sup> Así, no se ve transgredido el principio de culpabilidad y por ello este es el único caso de una consecuencia especial del hecho que no debe ser eliminada del Código Penal. Esto ocurre por existir una finalidad específica que solo puede darse con un dolo directo; ocurre el mismo fenómeno que sucede para el caso de las “*ultrafinalidades*” que dan origen a los delitos de intención<sup>97</sup> dentro del tema de lo que se ha denominado como “*elementos subjetivos de lo injusto*”. Al respecto nos dice el profesor

---

<sup>96</sup> De manera expresa señala el artículo 112 inciso 8) del Código Penal, que contiene el delito de homicidio *criminis causa*, lo siguiente: “*Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años a quien mate: (...) 8) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar, para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito*”.(el subrayado no es del original).

<sup>97</sup> Los elementos subjetivos distintos del dolo son de dos clases: a) Unos son las *ultrafinalidades*, es decir, se exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo (son los tipos que exigen un “*para*”, “*con el fin de*”, “*con el propósito de*”). Dan lugar a los denominados *delitos de intención* (v. gr. la estafa requiere que la inducción a error ya sea con el propósito de obtener un beneficio patrimonial; la estafa de seguros requiere que el daño o destrucción de la cosa asegurada sea *con el propósito* de lograr un cobro indebido. El tráfico de personas menores sanciona a quien facilite esta actividad *con el fin* de comerciar sus órganos. La simulación de delito requiere que se afirme falsamente la existencia de un delito, *con el fin* de inducir a su investigación. El secuestro extorsivo requiere que la privación de libertad sea *con fines de lucro*. El homicidio *criminis causa* requiere que la muerte sea *para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito*, etc.). b) Cuando los elementos subjetivos distintos del dolo, asumen la forma de elementos de ánimo, dan lugar a los *delitos de tendencia* que se caracterizan porque la voluntad de la acción asume una modalidad particular que no se exterioriza en forma completa (v. gr. dar muerte con *alevosía*). Al respecto ver: Sánchez Romero, Cecilia y Rojas Chacón, José A. *Derecho penal: aspectos teóricos y prácticos*. Editorial Juricentro, 1ª edición, San José, Costa Rica, 2009, p. 287.

Francisco Castillo González que estos elementos, también llamados “*elementos subjetivos del tipo*”, son aquellos que sirven para construir lo injusto de determinado delito y también para, a partir de un delito base, construir un tipo privilegiado o calificado.<sup>98</sup>

Para nuestros efectos, este tipo de delitos calificados por el resultado por parte del legislador devienen en inconstitucionales -con la excepción ya dicha del homicidio *criminis causa*-, debido a lo siguiente: en primer lugar, por tornar incierta la forma de atribución de ese segundo delito desde el punto de vista subjetivo por así ordenarlo el artículo 37 del Código Penal, afectando así la garantía que significa la tipicidad subjetiva de atribución de la responsabilidad penal o de culpabilidad. Y, en segundo lugar, porque este delito calificante también viene a irrespetar el principio de unidad del ordenamiento jurídico, así como al principio de igualdad al otorgarle a este tipo de delitos una pena diferente de la que se designaría utilizando las reglas del concurso de normas.

#### **D.- Forma en que debe manifestarse el resultado requerido en los “*delitos calificados por el resultado*”**

La estructura de la norma jurídica cuenta con dos partes fundamentales: el *supuesto de hecho* y la *consecuencia jurídica*. Se entiende por **supuesto de hecho** la hipótesis de conducta que si se produce provocará la consecuencia. La consecuencia jurídica tiene por causal la subsunción de una conducta humana en el supuesto de hecho normativo.

Se puede agregar a estas dos partes fundamentales el *deber ser*, el enlace lógico entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

---

<sup>98</sup> Cfr. Castillo González, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, ... p. 579.

El nacimiento de esta estructura o tesis depende en forma directa de la materialización o cumplimiento de la hipótesis, lo cual conlleva a afirmar que este enunciado corresponde al de un juicio hipotético.

La leyenda de esta formulación es la siguiente: A representa la situación dentro de la cual debe encontrarse el sujeto, B es la conducta prevista por la norma que debe tener el sujeto y C es la sanción impuesta por el órgano competente del Estado.

En los delitos calificados por el resultado debe respetarse esta estructura; además, debe existir un resultado genérico o específico cuya producción efectiva o potencial deba darse para que exista o se aumente una pena. Este tipo de resultados se destacan en los tipos penales con las siguientes expresiones: - “si” (“*si se causare*”, “*si resultare*”, “*si se le infligen*”), - “*siempre que*”, - “*cuando del;*” - “*cuando el*”, - “*de modo que*”, - “*de los cuales*”. También puede estar estructurado de manera tal que el delito que califica el resultado tenga una función de lograr un fin especial con respecto al delito base que se exprese con un - “para” y de seguido el verbo que exprese dicha finalidad (“para preparar, facilitar, consumir, ocultar”), como sucede con el delito de homicidio *criminis causa* que se ha venido mencionando.

Algunos ejemplos de delitos calificados por el resultado en Código Penal son los siguientes:

1.] Homicidio calificado *criminis causa* en el artículo 112 inciso 8) del Código Penal.<sup>99</sup>

2.] Aborto con resultado muerte, en el artículo 118 último párrafo; cuando producto de la realización de un aborto en la forma descrita en alguno de sus dos incisos se produjera, además, la muerte de la mujer.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> El cual, en su tenor literal dice:

*“Homicidio calificado. Artículo 112.- Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años a quien mate: (...) 8) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”.*

<sup>100</sup> El tenor literal dice así:

3.] Abandono de incapaces en el artículo 142 párrafo 2); cuando se coloca a una persona en estado de desamparo físico y de ese abandono se produce, en la persona abandonada, un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima o la muerte.<sup>101</sup>

4.] Abandono por causa de honor en el artículo 143; cuando una madre abandona un recién nacido de no más de tres días y, a consecuencia de ello, le produce un grave daño o la muerte.<sup>102</sup>

5.] Violación calificada en el artículo 157 inciso 5) y 6); cuando producto de una violación la víctima resulta embarazada o se produce en su salud un grave daño.<sup>103</sup>

6.] Delito de trata de personas en el artículo 172 inciso e) del Código Penal.<sup>104</sup>

*“Aborto con o sin consentimiento. Artículo 118.- El que causare la muerte de un feto será reprimido:*

*1.- Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto había alcanzado seis meses de vida intrauterina;*

*2.- Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esta pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.*

*En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer.”*

<sup>101</sup> Nos dice el tenor literal de dicho artículo:

*“Abandono de incapaces y casos de agravación. Artículo 142.- El que pusiere en grave peligro la salud o la vida de alguien, al colocarlo en estado de desamparo físico, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma, y a la que debe mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años.*

*La pena será de prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de seis a diez años de prisión.”*

<sup>102</sup> Dice el citado artículo lo siguiente:

*“Abandono por causa de honor. Artículo 143.- La madre que abandonare un recién nacido de no más de tres días para ocultar su deshonra, será reprimida con prisión de un mes a un año. Si a consecuencia del abandono sobreviniere grave daño o la muerte, la pena será de prisión de uno a cuatro años.”*

<sup>103</sup> Al respecto señala dicho artículo:

*“Violación calificada. Artículo 157.- La prisión será de doce a dieciocho años, cuando: (...)*

*5) Se produzca un grave daño en la salud de la víctima.*

*6) Se produzca un embarazo (...).”*

7.] Secuestro extorsivo en el artículo 215 incisos 5), 6) y último párrafo del Código Penal.<sup>105</sup>

8.] Secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión en el artículo 215 bis del Código Penal, cuando se sustraiga a una persona menor de doce años o a una persona con una discapacidad que le impida su defensa, y se le inflijan a la persona secuestrada lesiones graves, gravísimas o incluso la muerte.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Que en su literalidad señala dicho artículo lo siguiente:

*“Trata de personas. Artículo 172.- Será sancionado con pena de prisión de seis a diez años, quien mediante el uso de las tecnologías o cualquier otro medio, recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder, a una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, promueva, facilite, favorezca o ejecute, la captación, el traslado, el transporte, el alojamiento, el ocultamiento, la retención, la entrega o la recepción de una o más personas dentro o fuera del país para someterlas a trabajos o servicios forzados y otras formas de explotación laboral, la servidumbre, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, el matrimonio servil o forzado, la adopción irregular, la mendicidad forzada, el embarazo forzado y el aborto forzado y la ejecución de cualquier forma de explotación sexual.*

*La pena de prisión será de ocho a dieciséis años, si media, además, alguna de las siguientes circunstancias:*

*(...) e) La víctima sufra grave daño en su salud, la muerte, o deceso por suicidio como consecuencia de la acción de trata de personas antes descrita.”*

<sup>105</sup> Este artículo nos dice, en lo que nos interesa, lo siguiente:

*“Secuestro extorsivo. Artículo 215.- Se impondrá prisión de diez a quince años a quien secuestre a una persona para obtener rescate con fines de lucro, políticos, político-sociales, religiosos o raciales.*

*Si el sujeto pasivo es liberado voluntariamente dentro de los tres días posteriores a la comisión del hecho, sin que le ocurra daño alguno y sin que los secuestradores hayan obtenido su propósito, la pena será de seis a diez años de prisión.*

*La pena será de quince a veinte años de prisión: (...)*

*5. Si la persona secuestrada sufre daño físico, moral, síquico o económico, debido a la forma en que se realizó el secuestro o por los medios empleados en su consumación.*

*6. Si se ha empleado violencia contra terceros que han tratado de auxiliar a la persona secuestrada en el momento del hecho o con posterioridad, cuando traten de liberarla. (...)*

*La pena será de veinte a veinticinco años de prisión si se le infringen a la persona secuestrada lesiones graves o gravísimas, y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión si muere.”*

<sup>106</sup> Dice el respectivo artículo lo siguiente:

*“Secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión. Artículo 215 bis.- Será reprimido con prisión de diez a quince años, quien sustraiga del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas a una persona menor de doce años o a una persona que padezca de una discapacidad que le impida su defensa.*

9.] Daños agravados en el artículo 229 inciso 3) del Código Penal; cuando se produzcan daños en cosas total o parcialmente ajenas y se causare también con violencia en las personas o con amenazas. Aquí el resultado consiste en la realización de actos violentos en contra del sujeto pasivo, así como el hecho de dirigir una promesa de un mal futuro de manera directa a una persona, obteniéndose como efecto inmediato que se agrave la pena.<sup>107</sup>

10.] Suplantación de páginas electrónicas en el artículo 233 párrafo 2) del Código Penal; cuando por suplantar un sitio legítimo de la red de Internet se obtenga información confidencial de una persona física o jurídica para beneficio propio o de un tercero.<sup>108</sup>

11.] Incendios y otros estragos en el artículo 253 incisos 1) 2) y 3); cuando por crear un peligro común para las personas o bienes, se realice un incendio o una explosión que cause lesiones gravísimas o la muerte a alguna persona o la destrucción de los bienes, o cuando se produzca otro tipo de lesiones o se destruyeran otros bienes diferentes.<sup>109</sup>

12.] Desastre culposo en el artículo 256 del Código Penal; cuando el sujeto, por cometer un incendio, una explosión o un estrago y de manera culposa, produjere un peligro de muerte para alguna persona o un peligro de destrucción de bienes de valor científico, artístico, histórico o religioso o pusiere

---

*La pena será de veinte a veinticinco años de prisión si se le infligen a la persona secuestrada lesiones graves o gravísimas, y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión si muere.”*

<sup>107</sup> Informa dicho artículo lo siguiente:

*“Daños agravados. Artículo 229.- Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años: (...)*

*3) Cuando el hecho fuere ejecutado con violencia en las personas o con amenazas (...).”*

<sup>108</sup> Se tipifica dicho delito de la siguiente manera:

*“Suplantación de páginas electrónicas. Artículo 233.- Se impondrá pena de prisión de uno a tres años a quien, en perjuicio de un tercero, suplante sitios legítimos de la red de Internet.*

*La pena será de tres a seis años de prisión cuando, como consecuencia de la suplantación del sitio legítimo de Internet y mediante engaño o haciendo incurrir en error, capture información confidencial de una persona física o jurídica para beneficio propio o de un tercero.”*

<sup>109</sup> Señala dicho tipo penal lo siguiente:

*“Incendio o explosión. Artículo 253.- Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que, mediante incendio o explosión, creare un peligro común para las personas o los bienes. La pena será: 1) De seis a quince años de prisión, si hubiere peligro de muerte para alguna persona, si existiere peligro de destrucción de bienes de valor científico, artístico, histórico o religioso, si se pusiere en peligro la seguridad pública, o si se tuvieren fines terroristas”.*

en peligro la seguridad pública o si tuviere fines terroristas o cuando produjere lesiones gravísimas o la muerte. Este artículo podría tratarse de un delito calificado por el resultado en el cual el delito base sería culposo y el resultado muerte también podría ser culposo, es decir, **sería un delito calificado por el resultado bajo el esquema culpa/culpa** aceptado en nuestro ordenamiento de conformidad con la regla contenida en el artículo 37 del Código Penal.<sup>110</sup>

13.] Peligro de naufragio y desastre aéreo en el artículo 258 párrafos 1) al 3) del Código Penal; cuando por poner en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o un transporte aéreo, se produjere un naufragio, varamiento o desastre aéreo o cuando se produjere una lesión o la muerte de

<sup>110</sup> Al respecto señalan los artículos necesarios para la comprensión de este delito lo siguiente:

*“Desastre culposo. Artículo 256.- Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que por culpa causare un desastre de los definidos en los artículos 253 y 254. La pena será de seis meses a tres años cuando concurra la circunstancia del inciso 1) del artículo 253 y de un año a cuatro años, cuando concurra la circunstancia del inciso 2) del mismo artículo.”*

*“Incendio o explosión. Artículo 253.-Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que, mediante incendio o explosión, creare un peligro común para las personas o los bienes. La pena será:*

*1) De seis a quince años de prisión, si hubiere peligro de muerte para alguna persona, si existiere peligro de destrucción de bienes de valor científico, artístico, histórico o religioso, si se pusiere en peligro la seguridad pública, o si se tuvieren fines terroristas.*

*2) De diez a veinte años de prisión, si el hecho causare la muerte o lesiones gravísimas a alguna o algunas personas, o si efectivamente se produjere la destrucción de los bienes a que se refiere el inciso anterior.*

*3) De cinco a diez años de prisión, si a causa del hecho se produjere otro tipo de lesiones, o se destruyeren bienes diferentes a los enumerados en los párrafos anteriores.*

*Para los fines de este artículo y de los artículos 281 y 381, se consideran actos de terrorismo los siguientes:*

*a) Los hechos previstos en el inciso 4) del artículo 112, los incisos 7) y 8) del artículo 215, y en los artículos 253 bis, 257, 258, 265, 266, 267, 281 bis y 291 bis del Código Penal, así como en el artículo 69 bis de la Ley N.º 8204, Reforma integral de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, y actividades conexas, de 26 de diciembre de 2001, y sus reformas.*

*b) Los atentados contra la vida o la integridad corporal de funcionarios públicos o de diplomáticos o cónsules acreditados en Costa Rica o de paso por el territorio nacional.*

*c) Los atentados contra naves, aeronaves en tierra, instalaciones de un puerto marítimo o fluvial o de un aeropuerto, vehículos de transporte colectivo, edificios públicos o de acceso al público, cometidos mediante la utilización de armas de fuego o explosivos, o mediante la provocación de incendio o explosión.”*

*“Estrago. Artículo 254.-Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo anterior, el que causare estrago por medio de inundación, desmoronamiento, derrumbe de un edificio o por cualquier otro medio poderoso de destrucción.”*

alguna persona. De conformidad con el párrafo 3) de este artículo, podríamos tener un delito base de peligro con un resultado que podría ser hasta culposo, sería un delito calificado por el resultado bajo el esquema peligro doloso/culpa aceptado en nuestro ordenamiento de conformidad con la regla contenida en el artículo 37 del Código Penal.<sup>111</sup>

14.] Creación de un peligro para transportes terrestres en el artículo 259 párrafo dos del Código Penal; cuando por poner en peligro la seguridad de un tren, de un alambrecarril o de otros medios de transporte terrestre, se produzca un descarrilamiento, un choque u otro accidente grave o hasta la muerte.<sup>112</sup>

15.] Atentado contra plantas, conductores de energía y de comunicaciones en el artículo 260 del Código Penal; cuando por causarse un atentado contra plantas, obras o instalaciones para la producción o transmisión de energía eléctrica, un atentado contra un medio de telecomunicación u obstaculizando la reparación de dichas instalaciones, se produzca un desastre.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> Al respecto señala dicha norma:

*“Peligro de naufragio y de desastre aéreo. Artículo 258.-Será reprimido con prisión de dos a seis años quien, a sabiendas, ejecute cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o un transporte aéreo.*

*Si el hecho produce naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a doce años de prisión.*

*Si el accidente causa lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de prisión y si ocasiona la muerte, será prisión de ocho a dieciocho años.*

*Las disposiciones precedentes se aplicarán, aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, las instalaciones de un puerto marítimo o fluvial o un aeropuerto, si el hecho constituye peligro para la seguridad común.”*

<sup>112</sup> La norma indica lo siguiente:

*“Creación de peligro para transportes terrestres. Artículo 259.- Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que, a sabiendas, ejecute cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de un tren, de un alambrecarril, o de otros medios de transporte terrestre. Si el hecho produjere descarrilamiento, choque u otro accidente grave, la pena será de seis a quince años de prisión y si ocasionare la muerte, prisión de ocho a dieciocho años”.*

<sup>113</sup> Al respecto indica la norma:

*“Atentado contra plantas, conductores de energía y de comunicaciones. Artículo 260.- Se impondrán las penas establecidas por el artículo 264, aumentada en un tercio, al que creare peligro para la seguridad común:*

16.] Desastre por culpa en el artículo 261 párrafo 2; cuando por producir de manera culposa un descarrilamiento, un naufragio, un desastre aéreo o terrestre u otro accidente, se generará la lesión o muerte de una persona.<sup>114</sup>

17.] Intimidación Pública en el artículo 282; cuando por consecuencia del tumulto se produce un grave daño o la muerte de una persona.<sup>115</sup>

18.] Malversación en el artículo 363 último punto; cuando por dar a los caudales o fondos que se manejen una aplicación diferente a la que estaban destinados, resultare daño o entorpecimiento del servicio de la forma en que el tipo lo señala.<sup>116</sup>

19.] También son formas de calificación por el resultado las contenidas en el artículo 32 de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer el cual

1) *Atentado contra plantas, obras e instalaciones destinadas a la producción o transmisión de energía eléctrica o de sustancias energéticas;*

2) *Atentado contra la seguridad de cualquier medio de telecomunicaciones; y*

3) *Obstaculizando la reparación de desperfectos de las plantas, obras o instalaciones a que se refiere el inciso 1) o el restablecimiento de comunicaciones interrumpidas.*

*Si de esos hechos se deriva un desastre, la pena será de prisión de tres a ocho años.*

*Los hechos previstos por el presente artículo serán punibles con la pena establecida por el artículo 255, cuando sean ejecutados para impedir o dificultar las tareas de defensa o salvamento contra un desastre ocurrido.”*

<sup>114</sup> Al tenor literal el artículo indica lo siguiente:

*“Desastre por culpa.- Será reprimido con prisión de uno a tres años, el que por culpa causare un descarrilamiento, naufragio, desastre aéreo o terrestre, u otro accidente previsto en esta sección. Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona, se impondrá prisión de uno a seis años”.*

<sup>115</sup> Dicho comportamiento se tipifica de la siguiente forma:

*“Intimidación pública. Artículo 282.-Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere gritos de alarma, provocare estruendos o amenazare con un desastre de peligro común. Si a consecuencia del tumulto provocado resultare grave daño o la muerte de alguna persona, la pena se elevará a seis años de prisión.”*

<sup>116</sup> Se puede ver la descripción de dicha conducta como sigue a continuación:

*“Malversación. Artículo 363.- Malversación. Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.”*

estipula que las penas respecto a los delitos con contenido sexual que encontramos en los artículos 29 (violación contra una mujer), 30 (conductas sexuales abusivas) y 31 (explotación sexual de una mujer) de la misma ley<sup>117</sup> se incrementarán hasta en un tercio, si de la comisión del hecho resulta: a.- el embarazo de la ofendida; b.- el contagio de una enfermedad de transmisión sexual a la ofendida o c.- un daño psicológico permanente.<sup>118</sup>

Entendido así, la estructura del tipo penal calificado por el resultado podría enunciarse de la siguiente forma:

## 1.- El tipo objetivo

En el aspecto objetivo los delitos calificados por el resultado están conformados, en primer lugar, por una conducta típica, que se denomina delito

---

<sup>117</sup> Al respecto señalan dichas normas:

*“Artículo 29.- Violación contra una mujer. Quien le introduzca el pene, por vía oral, anal o vaginal, a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, contra la voluntad de ella, será sancionado con pena de prisión de doce a dieciocho años. La misma pena será aplicada a quien le introduzca algún objeto, animal o parte del cuerpo, por vía vaginal o anal, a quien obligue a la ofendida a introducir, por vía anal o vaginal, cualquier parte del cuerpo u objeto al autor o a sí misma.”*

*“Artículo 30.- Conductas sexuales abusivas. Se le impondrá sanción de pena de prisión de tres a seis años, a quien obligue a una mujer con la cual mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, a soportar durante la relación sexual actos que le causen dolor o humillación, a realizar o ver actos de exhibicionismo, a ver o escuchar material pornográfico o a ver o escuchar actos con contenido sexual.”*

*“Artículo 31.- Explotación sexual de una mujer. Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien obligue a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, a tener relaciones sexuales con terceras personas, sin fines de lucro.”*

*“Artículo 32.- Formas agravadas de violencia sexual. La pena por los delitos referidos en los tres artículos anteriores se incrementará hasta en un tercio, si de la comisión del hecho resulta alguna de las siguientes consecuencias:*

- a) Embarazo de la ofendida.*
- b) Contagio de una enfermedad de transmisión sexual a la ofendida.*
- c) Daño psicológico permanente.”*

<sup>118</sup> *Ley de penalización de la violencia contra las mujeres.* 4ª edición, IJSA, San José, Costa Rica, agosto del 2016, p. 20.

base y que se califica si en unión con ella se causa un resultado más grave. En general, este resultado por sí solo es constitutivo de un delito (delitos calificados por el resultado fáctico delictual) o de un estado (delitos calificados por el resultado-evento), como sucede en el caso de la muerte o de las lesiones que sirven para calificar una conducta precedente. Ahora bien, cuando lo que encontramos es un delito que califica a otro delito base, este segundo delito puede venir descrito dentro de la norma o simplemente hacer referencia a la existencia de algún delito que exista en la parte especial del Código Penal o en una ley especial.

Asimismo, existen resultados que concursan con el delito base, por lo que no vendrían a configurar un solo delito, sino que habría relación concursal de forma ideal o material entre el delito calificado por el resultado y el tipo independiente que tiene el resultado. Esto se podría presentar en los casos en los cuales el delito que figura como resultado sirve para asegurar la realización del delito base, porque se estaría recurriendo a la realización de un delito independiente para realizar otro delito.

Cuando esto sucede el delito que viene a calificar el delito base y que funciona para estos efectos como resultado, no debe estar descrito en el tipo objetivo del delito calificado por el resultado. Tomando como ejemplo, el mismo delito de homicidio *criminis causa*, el inciso 8) del artículo 112 dice lo siguiente: “Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate: (...) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar **otro delito** o para asegurar **sus resultados** o procurar, para sí o para otro, **la impunidad** o por no haber logrado **el fin propuesto para intentar otro delito**”. Como vemos, este inciso hace referencia, en primer término, a “otro delito” y no específicamente al delito de robo agravado.

Dejaría de existir un concurso ideal y estaríamos en presencia de un solo delito, cuando efectivamente después de la descripción del delito base en el tipo objetivo, se describa un resultado que configura otro delito de manera expresa, como lo sería la muerte o el infligir a la víctima algún tipo de lesiones (leves,

graves o gravísimas), pues estaríamos bajo el supuesto de un concurso aparente donde solamente se aplicaría la pena del delito calificado por el resultado en virtud del principio de especialidad.

Esto porque cuando es el mismo tipo objetivo el que contiene un delito que funciona como resultado, lo que viene a configurarse es la comisión de un delito base de ejecución continua que se agrava en razón de la verificación de un segundo delito que sirve como resultado, también descrito en el mismo tipo penal, conformando así el injusto adicional propio de los delitos calificados por el resultado. Ejemplo de ello lo es el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad cuando sobreviene la muerte de la víctima.

Tal y como lo advertimos con anterioridad, en algunos de los delitos calificados por el resultado, el resultado calificante puede manifestarse dentro del tipo objetivo de tres maneras distintas: **(1) como una lesión a la persona o los intereses de la víctima también (2) como un empeoramiento o decadencia en la situación de la víctima.** Un ejemplo de ello es el delito de trata de personas contenido en el artículo 172 del Código Penal que se califica por un resultado consistente en un grave daño en la salud de la víctima (inciso f). También podríamos considerar como un empeoramiento o decadencia en la situación de la víctima el artículo 258 del Código Penal que contiene el delito de peligro de naufragio y de desastre aéreo y que en su párrafo segundo señala que la pena se agrava si el hecho produce naufragio, varamiento o desastre aéreo. También el resultado calificante se puede manifestar como un peligro de lesión, como lo es el artículo 253 del Código Penal que contiene el delito de incendio o explosión y que dice: *“Será reprimido con prisión de cinco a diez años el que, mediante incendio o explosión, creare un peligro común para las personas o los bienes. La pena será: 1) De seis a quince años de prisión, si hubiere peligro de muerte para alguna persona, si existiere peligro de destrucción de bienes de valor científico, artístico, histórico o religioso, si se pusiere en peligro la seguridad pública, o si se tuvieren fines terroristas (...).”*

**Por último, el resultado calificante puede describirse como (3) la realización de otro delito**, verbigracia, el artículo 192 de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad en las agravantes del párrafo primero consistente en la producción de lesiones graves o gravísimas o hasta la muerte de la víctima, que por sí mismas son acciones delictivas descritas explícitamente dentro del Código Penal.

Al final de todo ello, lo importante es entender que un delito calificado por un resultado es un delito conformado por un delito base más un delito calificante, que puede ser doloso o culposo y que no importando la forma en que se describa, contiene una acción ilícita que debe poder subsumirse dentro de un tipo penal; el resultado también podría tratarse de un simple resultado o de un estado perjudicial para la víctima que debe ser cometido al menos con culpa.

## **2.- La imputación del resultado**

La acción y el resultado deben estar conectados por un nexo causal, infiriendo que el resultado es la materialización del riesgo creado por la acción, y, por ende, imputable a la acción del autor como obra propia. Tradicionalmente, dicho nexo causal se comprobaba con la sola relación de causalidad, es decir, bastaba con que el resultado hubiera sido causado o fuera una consecuencia directa de la acción. A la luz de la teoría de la imputación objetiva, a la relación de causalidad hay que agregarle la constatación de una relación de riesgo o nexo causal objetivo entre el resultado y la acción para responsabilizar al autor.<sup>119</sup>

Para que un resultado sea objetivamente imputable a su autor es necesario que la acción causante haya creado un riesgo típicamente relevante

---

<sup>119</sup> Martos Núñez, Juan Antonio. *Delitos cualificados por el resultado en el derecho penal español*. Bosch Editor S.L., España, 2012, p. 86.

realizado en el resultado típico, siempre que este resultado sea uno de los que el tipo en cuestión tenía por finalidad evitar.

Como lo afirma Santiago Mir Puig, el resultado debe poderse imputar precisamente a la imprudencia de la acción<sup>120</sup> -como mínimo- lo que supone, por una parte, la relación de causalidad entre la acción y el resultado y por otra, que la causación del resultado no sea ajena a la finalidad de protección de la norma.

La imputación del resultado debe realizarse también de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones. Y la causación del resultado, además, debe estar dentro del fin de protección de la norma vulnerada, pues si el alcance del tipo no abarca la evitación del resultado como el producido, puede negarse la imputación objetiva pese al riesgo creado ya que con ello quedaría fundado que no era previsible el concreto resultado causado.

De manera dogmática, se ha asignado a los delitos calificados por el resultado un injusto adicional, conocido también como un peligro adicional, consecuencia de carácter dogmático restrictiva de los delitos calificados por el resultado, en el sentido de que entre el resultado más grave y el delito base ha de haber una relación de inmediatez; por ejemplo, que la muerte si fuera el resultado calificado, correspondería a la realización del peligro específico de las lesiones producidas con anterioridad a dicha muerte, lo que ha dado lugar a diversos criterios que sirven de fundamento para su estimación o exclusión que no siempre son unánimemente aceptados.

Así, por ejemplo, encontramos en el razonamiento de Hernán Hormazabal Malaree algunos criterios prácticos para imputar un resultado en este tipo de delitos, como el criterio de la “*causalidad fluida*” conforme al cual el resultado de lesiones causado dolosamente ha de haber sido la causa de la muerte y no solo la acción dolosa; el criterio de “*la letalidad de las lesiones dolosas*” señala que este resultado de lesiones como tal, prescindiendo de aspectos

---

<sup>120</sup> Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª edición, PPU S.A., Barcelona, 1996, p. 280.

circunstanciales, tiene que haber causado la muerte o también la prohibición de regreso que estima que la intromisión de una conducta de un tercero o de la propia víctima excluye la inmediatez entre las lesiones y la muerte.<sup>121</sup>

### **3.- El tipo subjetivo**

Con la introducción del artículo 37 en nuestro Código Penal el cual pretende impedir que existan resultados calificantes fortuitos, se ha admitido la existencia de la combinación de un delito base doloso con un resultado culposo, sin excluir la posibilidad de que el delito base doloso pueda también combinarse con un resultado doloso, existiendo así la posibilidad de configurar una conexión psíquica del agente con respecto al resultado agravante en su forma dolosa y no solamente con el delito base. Aunque el delito base en la mayoría de los casos es doloso, lo puede ser también culposo; el resultado agravante puede ser doloso (esto es con un elemento cognitivo que implica únicamente entender cuál es la acción que se realiza, esto es saber que la acción reúne los elementos objetivos del tipo y un elemento volitivo que significa querer realizar el acto y aceptar el resultado) o de manera culposa (donde el elemento cognitivo consistiría en la previsibilidad potencial (culpa sin representación) o en la previsión concreta (culpa con representación) del resultado; y el elemento volitivo sería la aceptación de medios contrarios al deber objetivo de cuidado, pero sin aceptar el resultado típico. Medios contrarios a derecho serían aquellos que implican una superación de la esfera de riesgo (como el hecho de conducir a una velocidad excesiva bajo los efectos del licor).

---

<sup>121</sup> Hormazabal Malaree, Hernán. *Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado*. Recuperado de: <https://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/46358.pdf>, el 21 de enero del 2019.

## E.- Los delitos preterintencionales

Desde un inicio debemos apuntar que para nuestros efectos los delitos calificados por el resultado son una cosa diferente a los denominados delitos preterintencionales que estudiaremos a continuación, pues ambos se tratan de respuestas diferentes a la forma de cómo ha abordado la doctrina el tema de los delitos complejos en distintos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, se les da un tratamiento equiparado.

El prefijo “*preter*” proviene del latín “*praeter*” y designa a algo que va más allá, en este caso de la intención, o sea, de lo que tuvo en vista el sujeto al realizar la acción u omisión. Esta calificación es usada en especial en el ámbito del derecho penal para designar a los delitos que teniendo en vistas la consecución de un fin contrario al Derecho, ocasionan otro daño no tenido en cuenta por el autor, pero relacionado causalmente con el hecho cometido; por lo cual resulta que se debió haber previsto tal posibilidad de ocurrencia, aunque para que se configure la preterintencionalidad, el autor no debió haber tenido en cuenta ese desenlace.

La preterintencionalidad es una forma mixta en la que se dan elementos del delito doloso y del delito culposo. Se dice que un determinado resultado ha sido causado preterintencionalmente cuando el autor de un delito doloso realiza a la vez un delito culposo. Tal situación se presenta cuando el autor quiere llevar a cabo, por ejemplo, unas lesiones y por falta de cuidado produce —sin quererlo— la muerte de la víctima. Las condiciones que requiere la responsabilidad mayor culposa son las siguientes: en primer lugar, una conexión de inmediatez que implica que el mayor resultado producido no haya tenido lugar como consecuencia de la intervención de la propia víctima o de un tercero (por ejemplo, esta conexión quedaría destruida cuando el resultado de muerte causalmente vinculado con unas lesiones corporales es consecuencia, también, del mal tratamiento médico recibido o del comportamiento descuidado de la víctima que determina una infección); en segundo lugar, se requiere que el

autor del delito doloso base haya obrado con culpa respecto del resultado mayor (por ejemplo, que para producir lesiones a la víctima la arroja por las escaleras, crea así culposamente el peligro de un resultado mayor que el querido).<sup>122</sup>

En la preterintención el objeto del reproche es el desvalor del acto ilícito originario determinante de la aparición del resultado, pero en virtud de la previsibilidad personal del acontecimiento son en principio aplicables también las fórmulas de la culpa, por lo que el desvalor apreciable radica, entonces, en la reprochabilidad de la actitud personal individual del autor respecto al resultado sobrevenido, es decir, de su existente responsabilidad subjetiva de tipo culposa;<sup>123</sup> respetando eso sí, la norma que señala que si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará solo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos, culposamente respecto de ella (artículo 37 del Código Penal), salvo que la ley asigne una pena atenuada por ese resultado como sucede en el delito de homicidio preterintencional.

Son ejemplos de delitos preterintencionales: tener intención de causar lesiones a la víctima dándole un golpe en la cabeza, pero que termina matándola; el caso cuando un boxeador o un hombre robusto golpea a una persona de contextura pequeña para lastimarla y que termina matándola o cuando alguien golpea a una embarazada para atacarla a ella pero le provoca un aborto, siempre y cuando dichas conductas estén tipificadas dentro del catálogo penal. No es tarea fácil determinar si hubo preterintención y en general se analiza el medio empleado. Si alguien le dispara a otra con un arma de fuego y la mata, no puede alegar que su intención era solo lastimarla, pues el arma tiene la propiedad de ser potencialmente letal. En otros casos, quedará a

---

<sup>122</sup> Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 3ª edición renovada y ampliada, reimpresión corregida, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 194.

<sup>123</sup> Torío López, Ángel, "Versari in re illicita y delito culposo. El denominado caso fortuito" En: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1976-10001700044\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES\\_%22Versari\\_in\\_re\\_illicita%](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1976-10001700044_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_%22Versari_in_re_illicita%22) pp. 34.

criterio del tribunal actuante, determinar si hay un delito preterintencional de acuerdo con las circunstancias del caso.

Sin embargo, el delito preterintencional al igual que los delitos dolosos y culposos solo es punible cuando está previsto en la ley de forma expresa.

El tema de la preterintencionalidad es la forma en que la doctrina italiana vino a resolver el problema de los delitos calificados por el resultado. Originalmente, los delitos preterintencionales se crearon para imponer penas más bajas que en el caso de concurso de delitos, como sucede con el delito de homicidio preterintencional.

Se señala en general que en los casos del *versari in re illicita*, el problema es que no se da en ninguno de estos delitos información alguna acerca de cómo debe ser entendida la conexión psicológica entre el autor y el resultado grave, situación típica que ha querido evitarse en los delitos preterintencionales.<sup>124</sup>

Es característica de los delitos preterintencionales que el objeto o sujeto que resulta víctima del autor del ilícito debe ser el mismo al que estaba dirigida la intención primera del sujeto activo. No sería preterintencional el delito en donde por dañar un bien se obtiene otro resultado, por ejemplo, cuando se le tira una piedra a una vidriera de un comercio en medio de una protesta callejera y justo una empleada que se quedó después de hora, recibe el impacto y muere. En este caso se trata de un concurso de delitos entre el daño causado al bien ajeno y el homicidio culposo a la empleada.

Existe una discusión respecto a si debe de aceptarse que la preterintencionalidad se constituya en una tercera forma de vínculo subjetivo al lado del dolo y de la culpa. Actualmente podemos afirmar que la preterintención no se considera una “*forma de culpabilidad*” más y es común encontrar que se

---

<sup>124</sup> Ambos, Kai. “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado, Reflexiones desde el Derecho Comparado”. *Revista InDret*. Barcelona, julio de 2006, recuperado de: [http://www.indret.com/pdf/365\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/365_es.pdf), p. 4, el 21 de enero del 2019.

conciba a los delitos preterintencionales como una simple combinación entre el dolo y la culpa.

Encontramos dos posiciones dogmáticas con respecto a los delitos preterintencionales: en primer lugar, una posición objetivista, según la cual se contempla a la preterintención como un caso de responsabilidad objetiva basada en el principio del *versari in re illicita*. Una segunda posición considera que la responsabilidad por el resultado más grave producido en los delitos preterintencionales presupone la consecución de una conducta imprudente en el sentido de la posibilidad objetiva y subjetiva de prever estas consecuencias.<sup>125</sup>

Como característica propia de los delitos preterintencionales es el hecho de que excluye la calificación del hecho como fortuito, determinando así una responsabilidad que podríamos tildar de extraordinaria. Por ejemplo, para que un delito se considere accidental se requiere que el autor cumpla un acto lícito, que lo realice en lugar y tiempo permitidos y de manera en todo caso lícita; mientras el delito preterintencional requiere de un delito doloso inicial, ilícito, por ende, con consecuencias ulteriores que se puedan imputar a título de culpa.

En el tiempo de los criminalistas italianos antiguos, Carrara mantuvo en las ediciones últimas de su programa, que cuando se hace responder a un sujeto de algo que no pudo prever ni evitar, se concibe al caso en sentido particular e impropio, no de manera general y auténtica, siendo esta una injusticia y una equivocación si se le imputaba a una persona el resultado acaecido imprevisible e inevitable por la circunstancia de estar ocupado en algo ilícito. Así, dejó constancia de su pensamiento este autor:

*“...§ 84. No haber previsto la consecuencia dañosa: en esto es en lo que se distingue la culpa del dolo. No haber podido preverla, es en lo que se distingue el caso fortuito de la culpa. § 85. Es por esto por lo que no es imputable el caso fortuito, pues aun suponiendo que haya habido precipitación, no se puede reprochar al agente la omisión de diligencia, puesto que su uso le*

<sup>125</sup> Ambos, Kai. “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado... *Op. cit.*, p. 5.

*habría sido inútil (atendida la impotencia absoluta de la inteligencia) para prever los resultados de la acción. Se debe notar en esta cuestión que la posibilidad de prever, sin el poder de prevenir, equivale á la imposibilidad de prever, cuando el hombre está en la necesidad de obrar...”;*<sup>126</sup> sin duda, este aspecto debe ser atendido para el entendimiento de los delitos preterintencionales.

Las figuras preterintencionales son supuestos de tipificación simultánea, dolosa y culposa de una misma conducta. De no hallarse así tipificada, el caso se debería resolver por la figura de un concurso ideal. Con ello queda en claro que la preterintencionalidad no es una forma autónoma de estructura típica, sino una tipificación compleja.<sup>127</sup>

El problema más grave que aquí se plantea no es la propia identificación de delitos preterintencionales ni tampoco la general estructura de la figura compleja utilizada inclusive dentro del análisis del tema de concurso de leyes y a cuyo respecto suele haber hoy cierto pacífico acuerdo, sino averiguar si hay figuras complejas en nuestras leyes penales que constituyan una excepción al principio constitucional de culpabilidad. No obstante, debe tenerse claro que la figura preterintencional no es inconstitucional si el resultado sobreviene por culpa del agente.

Debe tomarse en cuenta que, en el delito preterintencional, el delito base doloso y el evento no querido están unidos entre sí por un nexo. Este nexo o relación está expresado en el Código Penal de distintas maneras y de forma similar a los delitos calificados por el resultado: **con el verbo causar** (si el culpable causa...), (si el hecho causa...), (en caso de que cause...), (en caso de que ocurra...), (hecho que puede causar daño), (si el daño se produce...); **con el verbo producir** (cuando el hecho haya producido...), (si el hecho produce...), (cuando el hecho produce...); **con la locución de tener como efecto** (si el hecho tiene como efecto...), (si como efecto...); **con la expresión**

---

<sup>126</sup> Carrara, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. Traducción del italiano por Octavio Beeche Argüello y Alberto Gallegos Pacheco, 1ª edición, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2000, p. 65.

<sup>127</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Ediar, 1981, p. 429.

**en consecuencia** (si en consecuencia del hecho...), (cuando el hecho excede en las consecuencias...); **con el verbo derivar** (si del hecho derivare...); **con el verbo seguir** (si de ello sigue...); **con los verbos transitivos referidos al culpable** (el que exponga...), (si mata...) o **al acto realizado por el** (si el hecho ha turbado...), (si los actos exponen o turban...).<sup>128</sup>

Sus principales características son las siguientes:

1.- *Realización de una conducta típica a título de dolo.* Como hemos podido analizar, la conducta que describe el delito base según las normas del Código Penal debe ser dolosa al inicio y que de manera inmediata recaiga un resultado por falta objetiva al deber de cuidado.

2.- *Derivación de un resultado más grave y a título de culpa.* Esto quiere decir que el resultado obtenido de forma culposa debe ser aún más lesivo que el peligro o resultado que se quería producir con la conducta inicial que conforma el delito base.

3.- *La consecuencia debió ser cometida con culpa grave.* Se establece que para la obtención de un resultado de magnitud considerable se debe haber cometido una conducta que de manera evidente hubiere superado al riesgo permitido por el ordenamiento jurídico, afectando así de manera considerable la conducta final al mismo bien jurídico o a otro distinto.

4.- *La consecuencia culposa tiene la función de atenuar la pena.* Se trata, pues, de una consecuencia especial, privilegiada del hecho. Ejemplo de ello es el homicidio preterintencional que sanciona con una pena de uno a seis años de prisión al que con la intención de lesionar causa la muerte de otro, pena que se encuentra por debajo del homicidio culposo con una pena de seis meses hasta ocho años; del delito de homicidio simple que tiene una pena de 12 a 18 años o la del delito de homicidio calificado con una pena de 20 a 35 años de prisión; inclusive dicha pena del homicidio preterintencional vendría a ser menor que las

---

<sup>128</sup> Carmona González, Ronald Francisco. *Lesiones preterintencionales*. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para optar por el grado de Licenciado en Derecho, San José, 1993, pp. 59-60.

penas para el delito de lesiones gravísimas (de tres a diez años de prisión) e igual a la pena del delito de lesiones graves (de uno a seis años de prisión).

Cuando la pena no se atenúa, sino que se agrava por la aplicación legal de esta conducta culposa, no se trata de un delito preterintencional, sino de un delito calificado por un resultado culposo.

Respecto de la configuración legislativa de los delitos preterintencionales, el legislador debe tomar en cuenta que los delitos culposos se sancionan con penas mucho menores respecto de las previstas para los delitos dolosos que protegen el mismo bien jurídico. Esta situación debe también ser cumplida respecto de los delitos preterintencionales, pues una pena draconiana contenida en un delito preterintencional no guardaría relación con el contenido sustantivo de la materia culposa.

La estructura diferenciada entre la culpa y el dolo conlleva una consecuencia de gran importancia y es que ambos se sancionan de modo diferente, pues el tipo doloso tiene una pena muy superior a la del tipo culposo.

Todos los códigos penales latinoamericanos modernos castigan con penas mucho más graves las conductas dolosas que las culposas. Así, por ejemplo, en el Código Penal costarricense el homicidio doloso se castiga con pena de prisión de 12 a 18 años y el homicidio culposo se castiga con pena de prisión de 6 meses a 8 años en su forma base y de 1 años a 10 cuando hay alcohol de por medio (artículos 111 y 117 del Código Penal respectivamente).

Respecto a este tema, el profesor Gimbernat se ha preguntado qué persigue la ley al dividir los hechos punibles en dolosos e imprudentes.

Un sector de la doctrina más calificada acepta que la ley, al distinguir hechos dolosos y culposos, persigue diferenciar entre hechos más graves y menos graves pues, normalmente, el delito doloso contiene una pena más grave que la de su correspondiente delito culposo (ejemplo de ello lo son el homicidio simple y el homicidio culposo). Otros se refieren al dolo no de ese modo, sino como un elemento de lo injusto. También se ha intentado cambiar la terminología de "*forma de culpabilidad*" a "*forma de tipicidad*". En todo caso,

aunque se considere al dolo como una “*forma de lo injusto penal*”, será una “*forma de lo injusto más grave*” que la “*forma de lo injusto de la culpa*”, dada la diferencia de pena entre el hecho intencional y el hecho imprudente. Independientemente de que se atribuya el dolo a la culpabilidad o a la antijuricidad; en cualquier caso, es una forma más grave que la imprudencia.<sup>129</sup>

Poco dice Gimbernat Ordeig, pues tan solo realiza un enunciado circular sin exponer los verdaderos motivos por los que los delitos dolosos son penados más gravemente que los culposos. Tal circunstancia es criticada por quienes señalan que la respuesta de aquel presupone lo que está por averiguar, esto es, el motivo de que el delito doloso sea castigado más severamente que el culposo. Si dolo y culpa tienen consecuencias diferentes hay que distinguirlos, pero no aludiendo, precisamente, a la disparidad de sus efectos jurídicos, sino a la causa de estos, a la peculiaridad que los determina. El dolo se castiga con más severidad porque incluye en cualquiera de sus formas una voluntad que se endereza a la producción del resultado típico, mientras que la culpa es sancionada de modo más benigno porque carece de esa dirección voluntaria.<sup>130</sup>

Stratenwerth aborda el tema y señala que ni el puro punto de vista de la conciencia, así como tampoco el de la dirección, resultan suficientes en sí mismos para aclarar el diverso tratamiento que se le da a los delitos dolosos y a los culposos. Por el contrario, es posible que esta separación sea consecuencia de la diferente actitud fundamental del autor: quien obra con dolo se decide por la lesión del bien jurídico, mientras que el que lo hace con culpa, no. Esta sola oposición es tan básica como para determinar, en principio, el tratamiento disímil entre dolo y culpa en cuanto a la pena.<sup>131</sup>

Por su parte, señala Roxin que la delimitación entre el dolo y la culpa expresa no solo una diferencia de injusto sino, también, una diferencia

---

<sup>129</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique. *Acerca del dolo eventual*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1972, pp. 378-379.

<sup>130</sup> Cury, Enrique. *Contribución al debate acerca del dolo eventual*. 5ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, enero-marzo, 1975, p. 153.

<sup>131</sup> Stratenwerth, Günther. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. Traducción de G. Romero, Editorial Edersa, Madrid, 1982, pp. 94-95.

importante de culpabilidad que justifica la distinta posición de ambas formas de conducta, pues quien se decide -aunque sea de un modo eventual- en contra del bien jurídico protegido, denota una actitud más hostil al derecho que quien confía -aunque negligentemente- en la no producción del resultado. Esta trascendencia del dolo, tanto desde el punto de vista del injusto, como desde la perspectiva de la culpabilidad confirma la idea de que las realidades jurídicas a menudo pueden ser relevantes desde la óptica de distintas categorías del delito.<sup>132</sup>

En opinión de Jakobs, las explicaciones sicologistas (evitabilidad más fácil en el dolo) o eticistas (decisión de lesionar el bien jurídico) no alcanzan para distinguir la diferente punición del dolo y la culpa. Para el profesor alemán los hechos imprudentes afectan la validez de la norma menos que los dolosos, pues en la imprudencia se pone de manifiesto la incompetencia del autor para el manejo de sus propios asuntos. Las consecuencias de una inadvertencia o de un descuido no fueron valoradas por el autor imprudente porque le eran actualmente desconocidas. No existe, pues, para él certeza alguna de que el resultado de su comportamiento le vaya a ser grato, o al menos aceptable y, de hecho, al contrario que en los delitos dolosos, si dicho resultado se produce tampoco se podrá aceptar. En la imprudencia la situación se distingue de la del dolo no solo por la falta de conocimiento de las consecuencias, sino también por la aceptabilidad no dilucidada de las consecuencias. Así, las consecuencias dolosas son aceptadas pues si no el autor no obraría; por el contrario, en las consecuencias imprudentes su aceptabilidad permanece abierta en el instante del hecho. En la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado u otra persona cuyo daño el autor padecería como propio. Mientras que la imprudencia no se nutre de un desinterés específico, sino de una falta de acción no dirigida, general, difusa en sus consecuencias, está gravada con el peligro

---

<sup>132</sup> Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, "Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, Javier García Conlledo, y Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 427.

de pena natural y este riesgo de auto daño disminuye la importancia del autor imprudente frente al doloso.<sup>133</sup>

En tanto, Muñoz Conde considera que conforme al principio de intervención mínima el legislador solo debe utilizar el derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipificar aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos.<sup>134</sup>

En esa línea parece evidente que las infracciones imprudentes son cualitativamente menos graves que las dolosas. En ellas hay un menor grado de rebelión contra el ordenamiento jurídico. En consecuencia, conllevan un menor grado de reprochabilidad social por más que los daños cuantitativamente puedan ser mucho más graves que los causados dolosamente.

El delito doloso supone, pues, una agresión consciente contra el bien jurídico protegido y la imprudencia es solo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico; por eso, la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito.<sup>135</sup>

Para Feijoo Sánchez, la diferencia punitiva entre dolo y culpa se justifica en que en el injusto doloso el autor actúa a pesar de haber realizado un pronóstico correcto o lo hace de acuerdo con uno correcto y en el imprudente se parte de un pronóstico incorrecto. Esto tiene consecuencias valorativas desde el punto de vista de la norma de sanción dirigida a quien juzga. Para el derecho penal la mayor vinculación del autor con el hecho valorado como injusto hace que el atentado contra la validez de la norma tenga una mayor entidad y, en consecuencia, se tenga que aplicar, en principio, la *última ratio* de forma más contundente para recuperar la confianza en la norma que se ha visto

---

<sup>133</sup> Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*. Editorial Civitas S.A., 1ª edición, 1997, pp. 312-313.

<sup>134</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis, Colombia, 2012, p. 48.

<sup>135</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito...Op. cit.*, 2012, p. 52.

perturbada. El autor imprudente no se aleja mucho del derecho, por tanto, se le puede reparar su actuación defectuosa gravándolo con menos costes. A partir de la norma de sanción, el autor que yerra no conmociona a la paz jurídica de igual modo que el que no está inmerso en ningún error, porque es un autor que aunque merezca un desvalor desde la perspectiva estrictamente subjetiva se comporta de acuerdo con el ordenamiento. Subjetivamente se ha mantenido respetuoso con el derecho y con los bienes jurídicos ajenos. El autor imprudente nunca pone de forma directa la norma en entredicho; lo hace siempre solo de forma mediata, según explica Feijoo Sánchez. El reproche culpabilístico a este es más abstracto, indirecto y mediato que en el delito doloso cuando se dan todos los requisitos de imputación. El delito imprudente afecta a ciertas condiciones necesarias para la convivencia, pero con su acción el autor no discute nunca la norma de forma general, ya que subjetivamente la respeta. En principio, el autor doloso queda más alejado que el autor imprudente de lo que se espera de una persona respetuosa con el ordenamiento. Este es un sujeto más tolerable desde el punto de vista de la pervivencia del sistema social. El delito imprudente, al consistir en general en una desautorización más leve de la norma, no precisa una respuesta tan contundente o radical.<sup>136</sup>

En el tanto un delito preterintencional no disponga una atenuación de la pena, este se desnaturalizaría y se convertiría en un delito calificado por el resultado, en los cuales, por el mayor contenido del injusto penal fijado por temas de política criminal, se les asigna una pena superior en virtud del resultado que viene a calificar al delito base y con ello a aumentar la pena. Esta situación se ha diseñado de esta manera por nuestros legisladores para evitar que en virtud de las leyes que regulan los concursos de normas, las penas de unas normas terminen siendo absorbidas por otras y queden ciertas conductas, a juicio del legislador, en total impunidad.

5.- *Identidad de los resultados dañosos.* Tanto el daño original que se

---

<sup>136</sup> Feijoo, Sánchez, Bernardo. *El dolo eventual*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2000, pp. 69-71.

quería cometer y los derivados deben ser de la misma especie. Es decir, tanto las consecuencias buscadas como las obtenidas deben ser homogéneas (delitos contra la integridad, la salud o la vida), pues las consecuencias heterogéneas son una creación de la jurisprudencia.

Respecto del resultado más grave y de la misma especie producido en la preterintencionalidad, la sentencia número 596-92 de las nueve horas con diez minutos del 11 de diciembre de 1992 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia es paradigmática. Al respecto señala lo siguiente:

*“III.- Según la exposición de Motivos del actual Código Penal (Asamblea Legislativa, Expediente Número 4573, Tomo I), el actual artículo 37 revela el propósito del legislador de desterrar los delitos calificados por el resultado y otras formas delictivas que lesionaban el principio de legalidad criminal. No obstante, la actual construcción permite la supervivencia de las figuras castigadas en el artículo 37 (figuras con lesiones a bienes jurídicos de carácter heterogéneo) y aquellas que tienen su razón de ser en la definición legal de la preterintención, escogiendo, al efecto, una definición amplia, pero limitando la existencia de estas hipótesis a la verificación de un resultado más grave, pero a un bien jurídico de la misma especie (lesiones jurídicas a bienes homogéneos). Así, el tema de la preterintención fue adoptado siguiendo corrientes del Derecho Penal italiano cuya fuente era CARRARA. La tendencia legislativa actual va en el sentido de adversar los delitos calificados por el resultado que como se explicó rozan con el principio de culpabilidad derivada del principio de legalidad criminal. Dicha tendencia es tan fuerte que doctrinalmente solo se admiten aquellos delitos calificados donde el autor dolosamente ejecuta un hecho, pero por imprudencia produce un resultado mayor, es decir, la hipótesis legal del artículo 32 del Código Penal costarricense. La preterintencionalidad tal y como está establecida en nuestra legislación pone el interés en la "intención" del agente ya que la culpa que vincula al resultado más grave de la misma especie lleva implícito que la acción querida también implique el peligro del resultado mayor. En el caso de Argentina, solo para introducir un aspecto ejemplificativo, luego de la promulgación de la Ley 23077, el homicidio preterintencional*

(artículo 81, inciso primero, aparte b) se define así: "Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjera la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte". Esta formulación ya no deja a la interpretación judicial la "homogeneidad" de las lesiones del Bien Jurídico, sino que opta por circunscribir la problemática preterintencional a los bienes jurídicos de la integridad corporal, la salud y la vida, y claramente resulta ser una lesión calificada por el resultado (muerte). Aquí se requiere dolo específico (lesionar) y por otro un medio lesivo que "razonablemente" no podía producir la muerte (resultado más grave de la misma especie), esto quizá con la esperanza de desterrar el aspecto de previsibilidad relacionado con el empleo de medios altamente lesivos. En el esquema vigente en Costa Rica, a diferencia del argentino, la definición legal es de *numerus apertus*, pero obliga al juez a un examen del resultado más grave en cuanto a que sea de la misma especie que aquél que se deseaba a título de dolo inicial. Es así como en un caso de preterintención debe estudiarse la homogeneidad de las lesiones jurídicas, y en el caso que nos ocupa debe tenerse en cuenta que el cuadro fáctico probado establece que el acusado disparó al vehículo, el mismo declaró que lo hizo para detenerlo (aspecto que subraya ahora el recurrente), lo que obliga a pensar que no hay identidad en las lesiones jurídicas porque por un lado se deseaba afectar la propiedad (dañar el vehículo para que se detuviera), causando en el proceso (por el medio tan poderoso empleado para ocasionar el daño) un resultado más grave (y de distinta especie) como lo es la lesión al Bien Jurídico Vida. Esto quiere decir que, aun aceptando la tesis del señor representante del demandado civil de que la intención única y exclusiva del autor era detener el vehículo, resulta que la preterintención se anula en la especie porque el resultado más grave, primero, no concurre a nivel de tipo culposo (por el alto grado de previsibilidad que ostenta el resultado efectivamente producido-que descarta la culpa con representación-) y, por el otro, la distinta especie de bienes jurídicos lesionados. Como se expuso anteriormente, con ocasión del análisis del recurso planteado por [...], Procuradora Adjunta de Defensas

*Penales, la culpa en el caso sub-examine plantea el serio problema de que el medio empleado para lograr el daño en la propiedad supone que puede producirse un resultado más grave que el autor no puede confiar en evitar ya que, entre otras cosas, no tiene la pericia suficiente para hacerlo como tampoco, dadas las circunstancias, puede eliminar el altísimo grado de previsibilidad que hace que los resultados concomitantes de su acción no puedan ser valorados como configurativos de una falta al deber de cuidado sino más bien de un dolo eventual, como de hecho se estableció. Así, no hay manera de establecer los aspectos objetivos y subjetivos de la culpa para el examen de la tipicidad de la conducta del señor [...].”*

Tenemos entonces que se llama preterintencionalidad homogénea a la responsabilidad por un resultado más grave pero igual o similar en cuanto a los bienes jurídicos afectados se refiere, tanto en su delito base como en el resultado. Por ello también podría darse una preterintencionalidad heterogénea, cuando la desviación entre el resultado previsto en el delito básico y el producido realmente es demasiado grande, se castigaba por el resultado a título imprudente.<sup>137</sup>

6.- *Los delitos preterintencionales deben existir en el tanto esté la conducta debidamente tipificada.* Esto es una característica común para los delitos dolosos y culposos; por lo tanto, no podría ser diferente para los delitos preterintencionales. A pesar de que el artículo 32 del Código Penal define qué se considera por “*preterintención*”, no podríamos afirmar que por encontrarse regulado en la parte general de nuestro Código Penal corresponde a un principio general aplicable a todos los demás delitos.

En consecuencia, los delitos preterintencionales deben contener una expresa descripción del resultado culposo lesivo que persigue sancionar.

En cuanto al problema de la taxatividad del hecho culposo en el derecho penal costarricense, el profesor Francisco Castillo nos explica que de conformidad con el principio de legalidad mediante el subprincipio de “*lex certa*”

---

<sup>137</sup> Ambos, Kai. “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado... *Op. cit.*, p. 12.

que de él deriva, se explica la necesidad de que la conducta esté correctamente descrita en un tipo penal. Según su posición, el artículo 39 de la Constitución Política nos dice que es punible el cuasidelito (delito culposo), siendo que solamente si la ley específicamente lo sanciona es que puede existir dentro de nuestro ordenamiento. Agrega, además, que el principio de *lex certa* establece que la ley debe especificar hasta donde es posible, en sus elementos esenciales, la conducta que considera punible, pues esta cumple la función de poder informar al destinatario de la norma sobre el hecho punible, de modo que él conozca cuál es la conducta punible y sepa a qué atenerse en el sentido de que él pueda definir los límites de lo que es o no es prohibido.<sup>138</sup>

Por nuestra parte, extendemos la tesis del Dr. Francisco Castillo no solo para los delitos culposos o dolosos, sino también para los delitos preterintencionales y de plano rechazamos la configuración automática de cualquier delito que no esté correctamente tipificado en el Código Penal.<sup>139</sup>

De esta manera, la posibilidad de que existan lesiones preterintencionales es nula hasta que el legislador decida tipificarlos de manera expresa. Por consiguiente, en los casos de lesiones seguidas de muerte se debe tener en cuenta que se daría un concurso de delitos entre lesiones dolosas y homicidio culposo, lo cual representaría un paso decisivo en la superación de las desviaciones del principio de culpabilidad de quienes consideraban el artículo 32 del Código Penal como una regla general para los destinatarios de la norma.

---

<sup>138</sup> Castillo González, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Tomo III, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 37-38.

<sup>139</sup> Como en su momento así lo conceptualizó la jurisprudencia costarricense al querer aplicar el delito de lesiones preterintencionales, sin que existiera un tipo penal que le correspondiera, según los resultados obtenidos en la investigación nacional de Carmona González, Ronald Francisco. *Lesiones preterintencionales*. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para optar por el grado de Licenciado en Derecho, San José, 1993.

## **F.- Formas de imputación subjetiva para los delitos calificados por el resultado**

Para analizar el presente título se aclara en primer orden que existen dos conceptos jurídicos que se deben tener plenamente identificados: el nexo de imputación y el nexo de causalidad. El nexo de imputación se refiere al grado de conocimiento del agente a la hora de realizar una conducta que sabe o conoce que es delictiva o que puede llegar a serlo; mientras que el nexo de causalidad es el vínculo necesario para atribuir un resultado a la acción u omisión de una persona, el ligamen que une la conducta con el resultado típico. El nexo de imputación es una expresión normativa que está más relacionada con el tema de la imputación subjetiva que pasaremos a analizar.

A través del análisis de la dogmática penal que se ha desarrollado en torno a los delitos calificados por el resultado, se pueden identificar las siguientes formas de imputación subjetiva en cuanto al resultado que califica al delito base doloso:

### **1.- La visión clásica**

Según esta posición, los delitos calificados por el resultado deben comprenderse como aquellos supuestos de acción única con pluralidad de resultados en que las consecuencias ulteriores no queridas ni previstas se atribuyen objetivamente al agente activo,<sup>140</sup> aunque estos tengan un origen fortuito.

---

<sup>140</sup> Barboza Lépiz, Roger Alexis. *¿Existen los delitos calificados por el resultado en la legislación costarricense? Una perspectiva dogmática*. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para optar por el grado de Licenciado en Derecho, San José, 1990, p. 1.

Aquí el dolo del delito base es suficiente para imputar subjetivamente la totalidad del delito calificado por el resultado, quedando así el resultado que agrava la pena cubierto por el dolo que pertenece al delito base. Basta con comprobar que el delito base se ha cometido de manera dolosa para derivar de manera automática que el resultado queda determinado en la comprensión del agente, sin detenerse a analizar si el autor actuó con dolo o al menos con culpa. Antes de la introducción del artículo 56 (actual artículo 18) del Código Penal alemán de 1953 esta era la posición dominante.

Por lo hasta aquí discutido podemos afirmar que en los delitos calificados por el resultado vendría a existir una “*automática*” atribución de la responsabilidad del resultado final sobre el autor, teniéndoseles como tipos penales transgresores del principio de culpabilidad por contener una pura responsabilidad de tipo objetiva a nivel causal.

Desde esta posición, las consecuencias que deriven del actuar ilícito hasta el infinito son atribuibles al agente activo, pues no es necesario demostrar su conexión psíquica con el actuar ilícito que cometió, ya sea queriendo el resultado o al menos, previéndolo. Decimos por ello, que esta posición acepta los resultados fortuitos que deriven del delito base.<sup>141</sup>

## **2.- La visión del delito preterintencional**

Como lo vimos, el delito preterintencional es la forma en que la doctrina y la legislación italiana buscaron resolver el problema existente en los delitos calificados por resultado al violentar el principio de culpabilidad.

---

<sup>141</sup> Por ello se ha dicho que: “...los límites de la responsabilidad vienen determinados aquí exclusivamente por la extensión que atribuyamos al nexo causal...”. En ese sentido ver: Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977, p. 296.

En los delitos preterintencionales, el resultado que agrava el delito base solo puede cometerse de forma culposa. Estos se encuentran regulados en el artículo 32 del Código Penal costarricense.

De tal manera, no pueden existir resultados que califiquen al delito base cometido de manera dolosa y ser abarcados, a la vez, por la preterintencionalidad. Inclusive, la forma culposa del delito calificante debe ser cometida con culpa grave para que se pueda completar la preterintención. Así, los delitos cometidos con una culpa inconsciente no podrían calificar al delito base.

El problema de esta posición es que deja por fuera la configuración de los delitos dolo/dolo en los delitos calificados por el resultado, a pesar de que normativamente se puede comprobar su existencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como lo sería el delito de secuestro extorsivo o el mismo delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad.

### **3.- La teoría del riesgo en los delitos calificados por el resultado**

Durante mucho tiempo y debido a la falta de un desarrollo pormenorizado de la teoría del delito, tal y como hoy día la conocemos y, en específico, de los temas de imputación objetiva y subjetiva adoptados por nuestra jurisprudencia, se abordó el tema de los delitos calificados por el resultado definiéndolos como aquellos en los cuales no era necesario recurrir al dolo o la culpa para poder imputar el resultado; no existían los instrumentos necesarios para poder explicar con meridiana claridad desde cuál tipo de imputación subjetiva se podía explicar la producción de un resultado que agravaba la punibilidad en el agente activo, si es que existiera más de una analizándolo desde un sentido amplio.

Según la doctrina nacional, los delitos calificados por el resultado, al igual que los delitos preterintencionales están formados por un primer delito básico,

cometido dolosamente y un segundo delito derivado del primero que como en aquellos también califica al primero y que sobrepasa la intención del agente, pero respecto del cual no es necesario comprobar la existencia de la culpa, sino que se requiere tan solo de la comprobación de un nexo causal con la acción del sujeto. En cuanto a ese segundo delito derivado del primero se prescinde de la exigencia de culpabilidad. Es decir, los delitos calificados por el resultado son aquellos que experimentan un aumento de la pena cuando se verificaba un ulterior resultado dañoso o peligroso más allá del que se requería para su existencia, siendo que este resultado ulterior se venía a imputar al agente por el solo hecho de que había derivado del comportamiento delictivo, y por ello, con independencia del dolo o de la culpa.<sup>142</sup>

De esta forma, se suponía que la ley preveía una calificación de un tipo básico si como consecuencia de este se originaba, aún sin quererlo el autor, un resultado más grave y relacionado con la peligrosidad que implicaba el delito base. Tales figuras son reconocibles porque el tenor legal no habla del sujeto que causa con su acción un resultado, sino que como consecuencia de la primera conducta resultare o sobreviniere un resultado, utilizando así una forma impersonal y objetiva de imputación.<sup>143</sup>

Esta falta de vinculación entre el resultado y el agente, al menos de forma subjetiva, se ha tratado de corregir de alguna manera. La salida más común es la aplicación de la teoría de la imputación objetiva que permite el ligamen del resultado obtenido con el hacer del autor en la comisión de los delitos calificados por el resultado; esto a través de la teoría de la causalidad adecuada, pero sin acudir todavía a la conexión psicológica y necesaria que exige la imputación subjetiva del tipo penal. Sin embargo, dicha salida no fue la

---

<sup>142</sup> Dobles Ovarés, Víctor Alfonso, *La preterintención y los delitos calificados por el resultado a la luz de la Constitución en el Derecho Penal Costarricense*. Biblioteca Jurídica Diké, 2002, p. 22.

<sup>143</sup> *Ibíd.*

más convincente. Debido a ello se ha acudido a lo que hoy se conoce como la teoría del riesgo.<sup>144</sup>

Se ha asignado a los delitos calificados por el resultado un injusto adicional, una consecuencia de carácter dogmático restrictiva en el sentido de que entre el resultado más grave y el delito base ha de haber una relación de inmediatez; por ejemplo, si la muerte fuera el resultado calificado, correspondería a la realización del peligro específico de las lesiones producidas con anterioridad a dicha muerte. Sin embargo, la inmediatez no es un criterio que proporcione los criterios idóneos para determinar la responsabilidad por el resultado el autor<sup>145</sup> debido a lo cual aún hoy se sostiene la denominada teoría del riesgo para este tipo de delitos.

Se conoce como teoría del riesgo o teoría del peligro aquella según la cual existe un peligro serio de afectar a la víctima durante la ejecución del delito base en los delitos calificados por el resultado, por el hecho de haber sido sometida a una condición, donde existe un alto grado de probabilidad de sufrir un daño a un bien jurídico tutelado suyo, independientemente de que el bien jurídico tutelado del delito base sea igual o no que el que tutela el resultado que califica dicho tipo penal.

En los delitos calificados por el resultado, la razón especial de elevación de la pena se fundamenta en la realización del peligro específico contenido en la ejecución del delito base.

---

<sup>144</sup> Según la teoría de la adecuación o de la relevancia, “...en sentido jurídico penal sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes. Esta teoría también ha ejercido una fuerte influencia sobre la jurisprudencia del Derecho Civil, mientras que en el Derecho Penal sólo ha encontrado partidarios en la doctrina, y antiguamente también se utilizó con frecuencia para conseguir una restricción de la responsabilidad en los delitos cualificados por el resultado. Dado que hasta el año 1953 bastaba la mera causación del resultado más grave para imponer la pena superior, gracias al criterio de la adecuación era posible excluir al menos las condiciones que imprevisiblemente y sin culpa del autor habían provocado el resultado más grave...”. Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, Javier García Conlledo, y Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 359.

<sup>145</sup> Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General... Op. cit.*, p. 359. Roxin lo ejemplifica específicamente con el caso de la toma de rehenes con consecuencia de muerte.

La calificación por el resultado existe cuando el autor por medio de otra conducta causó el resultado previsto por el tipo penal. Este resultado califica al tipo penal base y debe producirse entre el inicio y el término del delito base; esta es la razón por la cual se considera el delito base como un delito de carácter continuo o permanente.

Algunos consideran que en los delitos calificados por el resultado la conducta que agrava al delito base con la producción de un resultado no debe ser abarcada por el dolo del agente activo o imputada a este, al menos a título de culpa; por lo cual, dicha conducta debe ser incluida en una tercera categoría como una “*conducta de riesgo*”, sin importar si se produjo de manera fortuita,<sup>146</sup> posición que rechazamos de manera contundente por ser violatoria del principio de culpabilidad. De esta manera, cualquier conducta que produjera un resultado que agravara otra conducta precedente y típica podría producirse sin necesidad de realizar un análisis de tipicidad subjetiva.

En los delitos calificados por el resultado, este resultado debe haberse producido realizando el peligro específico que significaba el delito base. Esto se da por la situación de aislamiento, escasez y de penuria en que se coloca a la víctima por la acción precedente del autor, a raíz de ese primer delito y que es un peligro que deriva de ese tipo penal base. Así, el resultado calificante se puede imputar al agente activo si la víctima se ve perjudicada por ese resultado a raíz de esa situación de aislamiento, escasez o penuria, porque ese resultado es consecuencia de la conducta que cumple con la realización del delito base no calificado.

El riesgo o peligro que resulta del delito base se realiza con la obtención del resultado que lo califica y se produce por las medidas establecidas por el autor para mantener la situación de imperio o de mando sobre la víctima con dominio del hecho.

---

<sup>146</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo y Buenos Aires, 2007, pp. 179-249. Otros, en cambio, abogan por el respeto formal al principio de culpabilidad, en ese sentido ver: Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

El simple hecho de que la víctima esté a merced del victimario genera un peligro específico durante la realización del delito base, porque la mantiene en una situación de cautiverio y de desamparo y porque fue producida durante un delito continuo o permanente imputable al autor, dado que fue durante esa permanencia que no desapareció esta situación de desamparo en que se vio involucrada a la víctima. Por eso, el resultado negativo que recaiga sobre ella debe atribuirse al peligro producido por el delito base continuo. En eso consiste la idea del riesgo en cuanto a la realización de los delitos agravados por el resultado.

Esta teoría del riesgo o del peligro de los delitos calificados por el resultado tiene total aplicación, tanto en los casos en los que el resultado recae por una acción culposa, como dolosa. Sin embargo, esta teoría no viene a corregir la violación al principio de culpabilidad que hemos venido denunciando. Incluso, dicha teoría puede ser utilizada de manera inadecuada, pues una interpretación extensiva de ella puede prestarse para abarcar hechos que sin ningún tipo de conexión psicológica con su agente, parecieran subsumirse dentro de un resultado incluso fortuito.

La teoría del riesgo aquí tratada no se corresponde con la teoría de la creación de un riesgo jurídicamente relevante perteneciente a la imputación objetiva, creada por Claus Roxin en la década de 1970. La teoría del riesgo creada para los delitos calificados por el resultado ha sido desarrollada a partir de 1953 con la introducción del artículo 56 (actual artículo 18) del Código Penal alemán y por su contenido trata cosas totalmente diferentes. Debemos recordar que la teoría de la imputación objetiva estudia las leyes de imputación de resultados desde el esquema de la teoría de la igualdad de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada desde inicios de 1900, pero el esquema de la moderna teoría de la imputación objetiva realizada por Roxin data de fecha mucho más reciente.

Al respecto nos dice el jurista alemán Günther Jakobs:

*“Desde hace cincuenta años, el Derecho penal alemán ya no conoce estos delitos cualificados por el resultado, puesto que se introdujo un precepto (§ 56 StGB en la antigua redacción; hoy § 18 StGB) de acuerdo con el cual el resultado debe haberse producido al menos por imprudencia para tener efecto cualificador. Desde entonces, se trata de delitos base dolosos que son cualificados por consecuencias ulteriores producidas al menos por imprudencia. La jurisprudencia y la doctrina científica incluso intentan, en el ámbito de las lesiones con resultado de muerte y de las cualificaciones de configuración análoga, llevar a cabo una ulterior especificación del lado subjetivo del hecho que ahora es necesario también en estos delitos: se considera que ya no basta que concurra cualquier imprudencia en la cualificación del delito base doloso por las consecuencias derivadas, sino que, por el contrario, la consecuencia ulterior -como lo formula la jurisprudencia- deben ser consecuencias inmediatas del delito base, con lo que quiere decirse que debe ser el riesgo específico del delito doloso el que produzca la consecuencia ulterior. Se trata, por lo tanto, de un error cuantitativo del autor en lo que se refiere al riesgo del delito base. Dicho con un ejemplo: si el autor, con dolo de lesionar, pero no de matar, golpea la cabeza de la víctima con una maza, fracturándose el cráneo y muriendo la víctima, estamos ante unas lesiones cualificadas por la muerte; pero no es así si la víctima se desmaya, cae en la calzada y es arrollada por un camión; este último supuesto constituye un concurso ideal de lesiones dolosas y homicidio imprudente y recibe una pena sensiblemente inferior, sólo pena privativa de libertad de hasta cinco años, mientras que en las lesiones cualificadas por producción imprudente de la muerte puede imponerse una pena privativa de libertad de hasta quince años (§§ 222, 223 párr. 1º, 338 párr. 2º StGB). Por lo tanto, la vinculación de la ulterior consecuencia producida por imprudencia a un hecho doloso determinado, es decir, precisamente a unas lesiones dolosas, se toma plenamente en serio: no tiene efecto cualificante el cálculo equivocado respecto de cualquier riesgo, sino sólo específicamente del riesgo conocido, es decir, abarcado por el dolo.”<sup>147</sup>*

---

<sup>147</sup> Günther, Jakobs. “El lado subjetivo del hecho”. Disertación del Prof. Günther Jakobs en las

Por otro lado, la “*teoría del riesgo*” asumida en los delitos calificados por el resultado se refiere a la producción de un riesgo para la víctima que se concreta con la realización del delito base que contiene el tipo penal y que agrava la pena. En cambio, la teoría de la creación de un riesgo jurídicamente relevante perteneciente a la imputación objetiva se refiere a la imputación de un resultado al actuar de un sujeto de acuerdo con los criterios normativos de exclusión de la tipicidad que contiene esta teoría.<sup>148</sup>

#### **4.- La visión que respeta el principio de culpabilidad**

Según esta posición, en los delitos calificados por el resultado, dicho resultado debe cometerse bajo alguna forma de culpabilidad, no resultando suficiente la teoría del riesgo recién analizada. De esta manera, se acepta que el delito que califica al delito base sea cometido de manera dolosa o culposa, de manera independiente al dolo con el cual se comete el delito base.

Al respecto nos dice el profesor Francisco Castillo:

*“De conformidad con el artículo 37 del Código Penal, en los casos en los que la ley señale pena más grave por una consecuencia especial del hecho, esta consecuencia especial del hecho solamente se aplicará al autor o partícipe que haya actuado a lo menos culposamente respecto a ella. Esta regulación se refiere a los llamados delitos calificados por el resultado. El artículo 37 del cód. pen. establece claramente que en los delitos calificados por el resultado éste no*

---

Conferencias Internacionales de Derecho Penal, el 3 de abril de 2003. Ciudad de Córdoba. República Argentina. Universidad Nacional de Córdoba. Traducción del Dr. Manuel Cancio Meliá. Recuperado de: [http://www.derechopenalenlared.com/libros/jakobs\\_el\\_lado\\_subjetivo\\_del\\_hecho.pdf](http://www.derechopenalenlared.com/libros/jakobs_el_lado_subjetivo_del_hecho.pdf), el 04 de marzo del 2019.

<sup>148</sup> Al respecto puede consultarse Díaz-Aranda, Enrique y Cancio Meliá, Manuel. *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Editorial Rubinzal-Culzoni, noviembre del 2004, obra en la cual se resalta el aspecto de que la atribución o imputación del resultado se realiza a la conducta del agente, sin referirse a si la teoría de la imputación objetiva pertenece a la teoría de la acción o de la tipicidad, pues no se renuncia a la aplicación de los criterios normativos descubiertos por Roxin.

*es una condición objetiva para el aumento de la penalidad, como lo fue en nuestros Códigos anteriores, sino que ese resultado solamente puede imputarse a la acción del agente en tanto que al menos haya sido realizado culposamente. De acuerdo con este artículo no basta la simple relación de causalidad entre la acción que realiza el tipo penal del delito base y el resultado que califica al delito, sino que el peligro contenido en el delito base debe de realizarse en la consecuencia especial del hecho. La no consideración de ese peligro por el autor implica que él dejó de lado el deber objetivo de cuidado. Con este artículo no se extiende el campo de aplicación del delito culposo, sino que se limita en estos delitos la responsabilidad por el resultado, que no es ya de carácter objetivo.”<sup>149</sup>*

Con esta posición se respeta el principio constitucional de culpabilidad. Quedarían por fuera los resultados fortuitos que produjera el autor con un primer comportamiento delictivo. Y también evita el llegar a imputaciones subjetivas abusivas que podrían lograrse con la sola aplicación de la teoría del riesgo ya estudiada.

Veamos el siguiente ejemplo:

A secuestra a B para pedir un rescate; mientras se obtiene el rescate B es mantenido en una cabaña dentro de un bosque lluvioso tropical. En un momento determinado y ante el descuido de A, B logra escapar de la cabaña y en su huida intenta cruzar un río nadando, sin embargo, por no saber nadar bien, muere ahogado en una corriente que lo arrastra hasta el fondo del río.

En el ejemplo anterior es claro que la muerte de B se produjo sin que interviniera la participación de A en alguna de sus formas. Sin embargo, utilizando la teoría del riesgo, podría llegarse a afirmar que B estuvo sometido en una situación de desamparo como víctima del delito de secuestro y que dicho resultado es cubierto por dicha situación. De manera tal que se puede atribuir subjetivamente la muerte de B a A. No encontramos, tampoco,

---

<sup>149</sup> Castillo González, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Tomo III, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 26.

argumentos para atribuir de manera culposa la muerte de B a A, esto porque no existe una falta objetiva al deber de cuidado que violara el buen hacer en la ejecución del delito de secuestro.

Esta fue la posición que sostuvieron tratadistas como Ernst Von Beling para quien existía tipos delictivos que exigían una cierta circunstancia objetiva que no era preciso que fuera abarcada por la culpabilidad y, por ende, no eran características del tipo, sino elementos puramente objetivos de él.<sup>150</sup>

Con esta forma de pensamiento también tenemos a Max Ernst Mayer para quien en este tipo de delitos existe una particularidad fuertemente caracterizada: no exigen culpabilidad alguna, sino que procede ya imponer la pena más grave siempre que la producción culpable del resultado más leve y el suceder del más grave estén en relación causal. Por tanto, es un resto de la mera responsabilidad por el resultado, una lamentable injusticia en nuestro Derecho.<sup>151</sup>

Así nos sigue señalando Jiménez de Asúa lo siguiente: “...éstas protestas tuvieron un representante anterior y aún más elocuente. En efecto, H. Seuffert se levantó en tono magistral contra estas censurables reminiscencias del pasado, reclamando que fueran suprimidas en las actuales leyes mediante la subordinación a la culpabilidad (dolosa o culposa) del resultado más grave. Ante todo, lo dijo en el Congreso de la Unión Internacional de Derecho Penal, habido en Estrasburgo en 1900 (...) y repitió sus argumentos en Berna, en 1902 (...) A causa de ésta brillante impugnación la Unión adoptó la declaración siguiente: “Nadie será penado en razón de las consecuencias de sus actos, más que en la medida en que las haya previsto o podido prever”. Y nos sigue diciendo: “... que a partir del 4 de agosto de 1953 en que la tercera ley de reforma al Código Penal introduce en el 56 la exigencia de culpa, por lo menos,

---

<sup>150</sup> Von Beling, Ernst, citado por Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Losada, 2ª edición, Tomo VI, p. 53.

<sup>151</sup> Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado... Op. cit.*, p. 54.

*en el orden al resultado más grave los delitos calificados por el mero efecto ulterior dejan prácticamente de existir.”*<sup>152</sup>

A raíz de lo anterior consideramos que la vinculación subjetiva del hecho con el autor es necesaria y correspondiente con el principio de culpabilidad, la cual no debe ser excluida inclusive al recurrirse a la teoría del riesgo ya mencionada, al momento de explicar la conexión psíquica del sujeto activo con el hecho delictivo comprobado, y que por las razones hasta aquí mencionadas se comprueba que tuvo un origen distinto al de la teoría de la imputación objetiva.

## **G.- Los delitos calificados por un resultado doloso**

Además de los delitos preterintencionales, básicamente aquellos delitos compuestos por un delito básico doloso con una consecuencia especial producida por culpa, se cuenta a nivel normativo y dogmático con delitos calificados por un resultado doloso, los cuales son aquellos compuestos por un delito básico doloso, con una consecuencia especial producida con dolo.

La doctrina más calificada<sup>153</sup> ha distinguido entre los “*delitos calificados por el resultado en sentido formal*” o “*delitos calificados impropios*” para referirse a todos aquellos delitos cuando respecto de un tipo básico doloso o imprudente se introduce una consecuencia especial dolosa de los “*delitos calificados por el resultado en sentido material*” o “*delitos calificados propios*”, para referirse a aquellos supuestos de tipo básico doloso y consecuencia especial causada imprudentemente, es decir, las combinaciones de dolo e imprudencia;<sup>154</sup> un ejemplo de los delitos calificados por el resultado en sentido formal lo es el

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>153</sup> Hirsch, Hans Joachim. *Derecho penal obras completas*. 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 288.

<sup>154</sup> Aspecto que es muy importante para efectos de la tentativa y de la coautoría.

delito de lesión corporal peligrosa (artículo 224 del Código Penal alemán<sup>155</sup> cometido con dolo eventual respecto a la consecuencia especial), así como el delito de privación de libertad (artículo 239 del Código Penal alemán<sup>156</sup>) cuando: **1.** prive a la víctima de la libertad por más de una semana, o **2.** haya causado por el hecho o por una acción cometida durante el hecho un grave perjuicio de salud de la víctima.<sup>157</sup> También son ejemplos de delitos calificados por el resultado impropios los artículos 179 y 251 del Código Penal alemán (Acceso carnal violento y violación con resultado de muerte<sup>158</sup> y el robo con resultado de muerte<sup>159</sup>).

Esta situación también es posible en Costa Rica, pues el artículo 37 del Código Penal señala lo siguiente: “*Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos, culposamente respecto a ello*”. La frase que indica “...a lo menos, culposamente...”, a nuestro criterio quiere decir que la consecuencia especial del hecho puede ser al menos cometida de manera culposa por

---

<sup>155</sup> “§ 224. Lesión corporal peligrosa. Quien cometa la lesión corporal 1. por medio de la administración de veneno u otras sustancias nocivas para la salud, 2. por medio de un arma u otras herramientas peligrosas, 3. por medio de un atraco alevé, 4. con otro partícipe conjuntamente, o 5. por medio de un tratamiento que pone en peligro la vida estará sujeto a la pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años; en casos menos graves con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. (2) La tentativa es punible.”

<sup>156</sup> “§ 239. Privación de la libertad. (1) Quien encierre a una persona o de otra manera la prive de su libertad, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. (2) La tentativa es punible (3) Debe imponerse pena privativa de la libertad de uno hasta diez años, cuando el autor 1. prive a la víctima de la libertad por más de una semana, o 2. haya causado por el hecho o por una acción cometida durante el hecho un grave perjuicio de salud de la víctima. (4) Si el autor por el hecho o por una acción cometida durante el hecho causa la muerte de la víctima, incurrirán en pena privativa de la libertad no inferior a tres años. (5) En casos menos graves del inciso 3 se impondrá pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años; en casos menos graves del inciso 4 se impondrá pena privativa de la libertad de un año hasta diez años.”

<sup>157</sup> Hirsch, Hans Joachim. *Derecho penal obras completas...* Op. cit., p. 288.

<sup>158</sup> “§ 178. Acceso carnal violento y violación con resultado de muerte. Si el autor a través de la violencia sexual o de la violación (§ 177) causa como mínimo por imprudencia la muerte de la víctima, entonces el castigo es de pena privativa de la libertad perpetua o pena privativa de la libertad no inferior a diez años.”

<sup>159</sup> “§ 251. Robo con resultado de muerte. Si el autor causa al menos por imprudencia la muerte de otra persona por medio de robo con violencia o con intimidación en las personas (§§ 249 y 250), entonces el castigo será de pena privativa de libertad de por vida o pena privativa de la libertad no inferior a 10 años.”

tratarse de una forma más leve de realización o comisión del delito; por lo que sería posible también que el resultado recayera de manera dolosa y hasta de manera fortuita, siendo este último el caso que la norma excluiría por no tratarse de una conducta dolosa o culposa.

Más aún, parte de la doctrina alemana cree que una solución al principio de culpabilidad lo es la creación de delitos calificados por el resultado doloso orientados a la mera tipicidad, donde la culpa quedaría consecuentemente comprendida de forma plena en la calificación,<sup>160</sup> es decir, una vez tipificado un delito calificado por un resultado doloso los resultados culposos quedarían incluidos dentro de dicha descripción por considerar más graves los delitos dolosos que los culposos. Sin embargo, aquí no se tomaría en cuenta que el delito calificado por el resultado lo que busca es una calificación dolosa con una amenaza penal más grave que genera un mayor reproche por su contenido de lo injusto, sino la tipificación de una consecuencia especial por la mera tipificación.

Uno de los casos más paradigmáticos en el ordenamiento jurídico costarricense de delitos calificados por el resultado doloso es el artículo 112 inciso 8) del Código Penal que dice: *“Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate: (...) 8) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar, para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”*, quedando dentro de dicho inciso abarcado el supuesto del *“robo con homicidio”* que se regula en otros tantos ordenamientos jurídicos y que castiga la conducta cuando con motivo o con ocasión del robo resultase un homicidio.

Por tratarse este de un delito complejo, en el delito de robo con homicidio queda comprendido solo la muerte dolosa que fuese el medio para alcanzar o para intentar alcanzar la sustracción ilícita.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> Hirsch, Hans Joachim. *Derecho penal obras completas... Op. cit.*, p. 304.

<sup>161</sup> *“Si analizamos con detenimiento el anterior inciso podemos encontrar tres situaciones que pueden presentarse, a saber: 1.- Cuando el homicidio se comete para preparar, facilitar o consumir otro delito. 2.- Cuando la perpetración del homicidio se da para ocultar el otro delito.”*

En los delitos complejos debe existir una conexión de medio a fin entre los dos hechos; esta conexión es conocida como “conexión típica” y de no existir, daría cabida a la existencia de un concurso de delitos<sup>162</sup> que podría ser de tipo ideal o material.

Ejemplos de este delito serían los siguientes:

a.- Si el ladrón, cuatro años después de haber cometido un robo mata a que amenaza con descubrir su delito, el homicidio se ha producido con motivo de ocultar el delito del robo (concurso material).

---

3.- *Cuando se mata por no haberse logrado el fin propuesto al intentar el otro delito. Con respecto a estas tres posibilidades, es preciso cometer lo siguiente: para la situación uno, los verbos definitorios son preparar, facilitar o consumir; están directamente relacionados con otro delito, diverso del homicidio en sí. Cabe preguntarnos: ¿es necesario en este caso que se trate de un delito consumado o si puede presentarse la tentativa? La respuesta ha de ser negativa, no precisa que se trate de un delito consumado, aun cuando el último verbo definitorio sea consumir, los dos restantes verbos "preparar" "facilitar" abren la posibilidad de pensar en la tentativa e incluso, puede haberse tornado imposible la realización del delito o haberse efectuado únicamente actos preparatorios, y en estos casos, se estaría presentando la calificación. Es necesario dilucidar también si el delito que acompaña, es de carácter doloso o culposo, o si puede ser de ambos géneros indistintamente. En este caso sólo puede presentarse con respecto a los dolosos, ya que son estos los que se esperan, se analizan y se realizan con una finalidad propia, no así con relación a los culposos, por cuanto en este tipo de delitos no existe la posibilidad de asociarlos con el homicidio, bien sea en prepararlo, facilitarlo o consumarlo, pues estos no son previsibles, y no se pueden presentar entonces el ligamen necesario, con relación al homicidio. Lo anterior lo podemos explicar de la siguiente manera: quien desee robar un negocio, puede destinar tiempo para pensar como lo hace y decidir dar muerte al dueño del negocio, para asegurar el éxito del robo. En tal sentido puede proveer como darle muerte, para perpetrar el robo. Totalmente diferente si no ha previsto el delito y de momento en este caso, ya que no se podría pensar en el ligamen delito culposo homicidio, en donde estaría para preparar, facilitar, consumir un delito que no pudo haber previsto. En cuanto a la situación dos, si es posible que se presente el ligamen entre el delito culposo y el homicidio, ya que, una vez realizado el delito culposo, si es factible que este se pretenda ocultar. En esta segunda situación resulta necesario que el delito se haya consumado, ya que no es posible pensar en tentativa o en actos preparatorios porque claramente se señala que es para ocultar otro delito, por lo que no puede pensarse en otra cosa que en un delito cometido. En lo que respecta a la tercera, se debe mencionar que solo se presenta con relación a los delitos dolosos no los culposos, por las mismas razones que señalamos para la situación uno. Además, como la idea de matar surge como reacción ante el fracaso, se tiene que haber tentado o iniciado actos preparatorios porque si ya se consumó, no cabría la aplicación de esta hipótesis. Se aclara que, en este aparte, desarrollaremos lo que concierne a la conexión final o conexión causal por habernos referido a este tema anteriormente.* En este sentido ver el artículo “Concurso ideal: homicidio criminis causa y robo agravado”, recuperado de: [https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2009/concurso-ideal-homicidio-criminis-causa-y-robo-agravado/.../Downloads/concurso\\_ideal\\_\\_homicidio\\_criminis\\_causa\\_y\\_robo\\_agravado.pdf](https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/2009/concurso-ideal-homicidio-criminis-causa-y-robo-agravado/.../Downloads/concurso_ideal__homicidio_criminis_causa_y_robo_agravado.pdf), el 28 de diciembre del 2019 (el subrayado no es del original).

<sup>162</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo y Buenos Aires, 2007, p. 206.

b.- El ladrón que ha sido identificado por una de sus víctimas en un asalto a mano armada, mata precisamente a su víctima para asegurarse impunidad, ha realizado un homicidio para asegurarse la consumación del robo (concurso material si lo hace tiempo después, e ideal realiza el homicidio en el mismo acto de la identificación).

c.- El ladrón que intenta huir del lugar donde estaba ejecutando el robo por haber sido descubierto y mata al guarda del lugar, realiza un homicidio por no haber logrado el fin propuesto al intentar el delito de robo (concurso ideal).

d.- El ladrón que se dispone a huir con la mercancía sustraída de manera ilícita y mata a sus persecutores realiza un delito de homicidio para asegurar sus resultados (concurso ideal).

Así, si la muerte resulta de manera dolosa o culposa, la única limitación posible es la de que las violencias que originaron el homicidio intencional o imprudente han de haber sido inferidas para lograr el apoderamiento, si no, no hay robo con homicidio del tipo calificado, pues habría solo un concurso de normas.

Gimbernat Ordeig sostiene que si se produjera la muerte, no por las violencias ejercidas, sino por derivar de un acto de intimidación o susto, en ese caso no existiría el delito de robo calificado por el resultado muerte; de manera tal, que un robo que contiene amenazas, coacciones, calumnias, con resultado muerte, no vendría a conformarse como un delito calificado por el resultado ya que la impresión que pueda causar en el ánimo de la víctima una acción delictiva, no tiene la misma envergadura que las violencias o fuerzas que pertenecen al delito del robo agravado.<sup>163</sup>

En nuestro país esto no es así. El profesor Francisco Castillo manifiesta lo siguiente con respecto a este tema:

*“...En el caso de robo con violencia en las personas (así, 212 inciso 3 Cód. pen.) la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia*

---

<sup>163</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos cualificados... Op. cit.*, pp. 228-230.

*ha interpretado que el concepto de intimidación (que es una forma de violencia moral dirigido concretamente contra la vida o la integridad física del ofendido o de un tercero) implica violencia en las personas y, por tanto, si se usa, el hecho se transforma en una forma de robo agravado. Se ha discutido si esa interpretación no implica una extensión por analogía del concepto de “violencia en las personas” del art. 212 inc. 3 Cód. Penal. Sin embargo, esta objeción no puede hacerse con relación al delito agravado de daños por ser ejecutado “con violencia en las personas o con amenazas”, siendo entonces que la amenaza, la intimidación o la violencia implican la realización de la agravante. Lo anterior, porque el concepto de intimidación es un concepto intermedio entre la violencia y la amenaza contra las personas, de modo, entonces, que el concepto de intimidación o entra en el concepto de “violencia contra las personas” o entra en el concepto de “amenazas contra las personas.”<sup>164</sup>*

En el delito de homicidio calificado por el delito de un robo, en la modalidad del artículo 212 inciso 8), el homicidio se comete para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. Dichos verbos ponen en evidencia que debe existir una finalidad específica de alcanzar ese resultado, que lo convierte en un delito doloso nunca de manera imprudente. La intimidación debe darse de manera dolosa.

Por supuesto que no existiría un delito de homicidio calificado cuando la intención de sustraer no esté ligada con los fines propuestos por el artículo 212 inciso 8) del Código Penal (para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar, para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito) y que permiten, precisamente, que exista un concurso de normas (ideal o material) entre el delito de homicidio simple y el delito de robo que se haya cometido.

---

<sup>164</sup> Castillo González, Francisco, *Los delitos de apropiación*, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, pp. 210-212; también, del mismo autor, *El delito de daños simples y agravados*, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, pp. 191-192.

Este fin propuesto por el cual se comete el delito de homicidio puede existir desde el inicio de la ejecución o darse inclusive después de consumado el delito de robo.

Lo mismo ocurriría con cualquier otro delito, por ejemplo, con el delito de violación. Sin embargo, por tratarse de un delito calificado por el resultado, no implica que en todas las ocasiones tanto el delito base como el resultado que lo califica, concurren solo de manera ideal, pues en aquellos casos en que el delito calificante esté descrito como un delito y no como un simple resultado y además, se cometa con una diferencia importante en el tiempo, tendría como efecto que estos también pudieran concurrir de forma material.

Por ejemplo: A, un masculino joven de 25 años se topa en el parque de la Sabana, San José, alrededor de las 19:00 horas a B, una joven de 20 años. A, aprovechándose de la situación de que B caminaba por un lugar solitario y de la situación de la nocturnidad, procede a amenazarla de muerte sino se deja acceder carnalmente vía vaginal. Luego de terminar con su reprochable actuar, A decide irse del lugar. Pero cuando va a una distancia de 75 metros de B, vuelve a verla y se da cuenta que B está manipulando su celular. Como A ya tenía varias pasadas en la Fiscalía e inclusive una condena cuya pena estaba descontando en libertad, al saber que dicho accionar le podría traer muchos problemas y para procurarse la impunidad, decide devolverse al lugar donde se encontraba B; toma un palo de cedro un tanto grueso y con este decide golpearla en varias ocasiones, con el ánimo de matarla. Luego se retira del lugar. Sin embargo, B no muere.

En el caso anterior, nos parece que existe un caso de tentativa de homicidio calificado en concurso material con el delito de violación, pues una vez que fue consumado el delito sexual y con un espacio de tiempo suficientemente marcado entre los dos, nació en el agente una nueva resolución de matar, pero con el objetivo de ocultar el delito violación o para procurarse para sí la impunidad. De manera tal que este sería un delito

calificado por el resultado con las características antes mencionadas y que no se cometió en concurso ideal.

Otro ejemplo de un delito calificado por un resultado doloso lo vendría a ser el delito de daños agravados, contenido en el artículo 229 del Código Penal y que dice: “*Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años: (...) 3) Cuando el hecho fuere ejecutado con violencia en las personas o con amenazas*”. Irremediamente, el daño cometido en la sustancia del bien sobre el cual se actúa con *animus damnandi* puede ser generado con violencia en las personas generando algún tipo de lesiones (dolosas o culposas) o con amenazas (entendidas como la promesa de un mal futuro), las cuales podrían ser de las conformadas en la contravención de amenazas personales (artículo 391 inciso 2) del Código Penal) o bajo la modalidad de los delitos de amenaza contra funcionario público (artículo 316 del Código Penal), amenazas agravadas (artículo 195 del Código Penal) o amenazas contra mujer (artículo 27 de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer), siendo que a los efectos estos delitos de amenazas concursarían de forma aparente con el delito de daños agravados y que por dicha circunstancia se desplazaría todo tipo de figura concursal ideal o material, en virtud del contenido adicional del injusto que describe el mismo tipo penal y por la prohibición que contiene el principio del *non bis in idem*.

De conformidad con el artículo 37 del Código Penal, en este supuesto vendría a ejecutarse un delito base de daño doloso; además, de manera dolosa, el delito de amenazas y de manera dolosa o culposa el delito de lesiones si estas se produjesen, lo cual resultaría en un delito de daño agravado.

También encontramos un delito calificado por un resultado doloso en el caso del delito de secuestro extorsivo con resultado de muerte de la víctima. Al respecto nos dice el profesor Francisco Castillo:

*“La muerte debe realizar el peligro específico del secuestro extorsivo. Y lo anterior ocurre en varias circunstancias: 1) La situación de desamparo y de necesidad en que es puesta la víctima por el autor a raíz del secuestro es un*

*peligro que deriva del secuestro. La muerte es imputable al autor si la víctima muere a raíz de esa situación de necesidad, porque esa muerte es consecuencia del hecho del secuestro. Por ejemplo, la víctima muere de frío, por falta de medicinas, etc. La situación de necesidad empieza desde el momento en que el autor detiene a la víctima y se apodera de ella y continúa en tanto la víctima se encuentre privada de libertad y sometida a la situación de necesidad. 2) un peligro específico que resulta del secuestro, que se realiza en la muerte de la víctima, se produce por las medidas creadas por el autor para mantener la situación de dominio de ella. El simple hecho de que el rehén esté a merced del secuestrador o de los secuestradores produce un peligro específico. Si la secuestrada es una mujer y si ella muere a raíz de las heridas recibidas en la violación cometida por uno de los secuestradores durante el cautiverio, esa muerte, ocurrida durante un delito permanente, le es imputable a los secuestradores conforme el Art. 37 y 215 Cód. pen. Sin embargo, algunos autores consideran que comportamientos únicamente facilitados por la situación de cautiverio, como son, por ejemplo, violaciones ocurridas durante el secuestro extorsivo, no pueden ser producidas por el hecho del secuestro extorsivo. Creemos que la muerte que es producto de una violación ocurrida durante un secuestro extorsivo, dado que este delito es permanente y que durante esa permanencia no desaparece la situación de desamparo de la víctima, debe atribuirse al peligro producido por el secuestro extorsivo...”.<sup>165</sup>*

Se puede apreciar con estos ejemplos dados por el profesor Castillo, que tanto la muerte, como la violación producida durante la ejecución del delito de secuestro extorsivo son resultados que se pueden realizar con dolo y que además vendrían a calificar el delito base de carácter permanente. La resolución delictiva dolosa puede surgir durante la permanencia del delito base y existe, además, una situación de desamparo de la víctima que permite y facilita la consumación dolosa de un segundo delito, precisamente porque el delito que califica al resultado se realiza en medio de la ejecución del delito

---

<sup>165</sup> Castillo González, Francisco. *La extorsión y el secuestro extorsivo o con fines de lucro*. 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015, pp. 250-251.

base, el cual produce una situación de cautiverio, de necesidad, de desamparo, es decir, de todas aquellas medidas creadas por el autor para permitir y mantener la situación de dominio sobre ella y que coadyuvan a la ejecución de un delito doloso.

Estos ejemplos, entre muchos otros contenidos en el Código Penal, vienen a demostrar la existencia de delitos calificados por un resultado doloso de conformidad con la doctrina que trata estos delitos. Cuando nuestra ley indica mediante el artículo 37 del Código Penal que si se señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará solo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos culposamente respecto a ella, lo hace refiriéndose a que la pena se aplica a aquél que haya actuado, por lo menos o de forma mínima, con culpa, excluyendo así cualquier tipo de actuación fortuita que no encuentre conexidad psíquica entre el sujeto activo y la acción ejecutada para la comisión del ilícito.

De esta manera, los delitos calificados por el resultado, en su mayoría están conformados por un delito base doloso, más un delito que agrava la pena del delito base y que en la mayoría de las veces este segundo delito es cometido durante la ejecución del delito base, con algunas excepciones como las que vimos líneas atrás. El delito base en los delitos calificados por el resultado, en su mayoría son continuos y es durante esa continuidad que si se da la conducta que produce el resultado calificante del delito base, podríamos hablar de un delito calificado por el resultado.

Esto tiene tres consecuencias importantes:

1.- Que los delitos calificados por un resultado doloso pueden existir y tener aplicabilidad plena según las reglas de culpabilidad de nuestro Código Penal. Es decir, podría darse perfectamente el supuesto de que los resultados que califican al delito base pudieran no ser solo culposos, sino también dolosos.

2.- Si la conducta que califica el resultado se da después de que el delito base se terminó de ejecutar, no estaríamos en presencia de un delito calificado por el resultado, sino más bien de un concurso de delitos.

3.- Los delitos calificados por el resultado no entran en concurso ideal ni material con normas que de manera independiente describen las mismas e idénticas conductas que conforman el resultado que califica el delito base, pues ello sería como sancionar dos veces una misma conducta por el solo hecho de estar descrita en dos tipos penales. Pareciera que estos supuestos si entrarían en concurso aparente de normas por el principio de especialidad, en donde hay una relación de género en la relación de un tipo especial.<sup>166</sup> Verbigracia, no podría concursar idealmente un secuestro extorsivo agravado con resultado muerte con el delito de homicidio simple o agravado, puesto que el llamado por la doctrina “*contenido adicional del injusto*” del primero abarca el contenido del injusto del delito de homicidio simple o agravado, situación reflejada en la pena del delito de secuestro con resultado muerte el cual corresponde de 35 a 50 años de prisión.

Diferente es la situación del delito de homicidio calificado que entra a concursar de manera ideal, por ejemplo, con el delito de robo agravado en donde una de las dos conductas (el homicidio) sirve para preparar, facilitar, consumar u ocultar el delito de robo agravado o para asegurar sus resultados o procurar para sí o para otro la impunidad, o por no haber logrado el fin propuesto al intentar el delito de robo agravado, por tratarse ambas conductas de delitos de resultado, independientes entre sí, que por disposición expresa en la ley una entra a calificar a la otra, vinculándose así como una unidad de medio a fin y dando origen a un concurso de delitos. Pero este concurso se da no porque el resultado que califica sea doloso, sino porque ambas normas se ligan por una especial intencionalidad (inciso 8) del artículo 212 del Código Penal) que prevé que el delito de homicidio ocurra en función de otro delito al que califica. Si los delitos se realizan en una situación de inmediatez hay concurso ideal, si hay separación en tiempo y espacio hay un concurso material, pues no se cumpliría con la regla si el delito base fuera una especie de delito de

---

<sup>166</sup> Respecto al concurso aparente de normas ver: Castillo González, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo III, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 587.

ejecución permanente durante el cual se realiza el resultado que lo califica, como en el caso de secuestro con resultado de muerte.

Por las razones anteriormente dichas, concordamos con la tesis de la Sala Tercera, pues según su criterio cuando el resultado se presenta de manera dolosa, lo que existe es un concurso aparente entre el delito calificado por el resultado con el tipo penal que describe por aparte el resultado que lo califica, situación que, por supuesto, debe de describirse en la acusación.

En una sentencia se sostuvo lo siguiente: *“IV. [...] En primer término, el Ministerio Público no atribuyó el delito de robo al justiciable C. M. De forma expresa se indicó en la acusación que esa figura solo se refería a los encartados M.C.M., A.Z.L. y F.Y.G.H. (ver folio 1013, tomo III) y que a C.M. solo se le endilgaba el delito de secuestro extorsivo, en virtud de que se planteó que el último no intervino personalmente en el momento del secuestro (“levante”), sino que su tarea fue la de efectuar luego las llamadas extorsivas. En estas condiciones y a pesar de que el Tribunal expuso su particular tesis sobre la existencia de un concurso aparente, el tema se abordó sin necesidad, pues no podía emitirse una condena por robo sin modificar los hechos descritos en una acusación que no fue variada. En segundo lugar, aunque se contó con elementos de juicio abundantes para concluir que M participó en la ejecución del delito, haciéndose cargo de la tarea de extorsionar a la familia de la víctima, no los hubo para sostener que el acusado intervino de manera personal atendiendo a su cautiverio o en el momento de su fallecimiento. El párrafo final del artículo 215 del Código punitivo que invoca el Ministerio Público, no puede aislarse de la norma general contenida en el artículo 37 del mismo texto y dispone: “Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos, culposamente respecto de ella”. En estos supuestos se está en presencia, como con corrección lo examinó el a quo, de delitos cualificados por el resultado y la agravación no se aplica de manera automática, por el solo hecho de que el resultado se produzca, sino que se exige su atribuibilidad al agente o partícipe. La postura del Ministerio Público parte de la lectura aislada del tipo*

*penal de la parte especial, pero olvida que su interpretación debe hacerse con arreglo a las previsiones contenidas en la parte general. La muerte de la víctima, en el secuestro extorsivo, no es una consecuencia necesaria o “natural” del delito, como tampoco lo es, por ejemplo, en la violación. Se trata de un resultado especial que, en la hipótesis de ocurrir, ha de ser atribuible al partícipe, al menos a título de culpa. Desde luego, si la muerte ocurre de manera dolosa por parte del secuestrador, existiría un concurso entre el secuestro y el delito de homicidio. En el presente caso, ni el Ministerio Público ni el a quo pudieron establecer que M. interviniera o mantuviera siquiera un contacto personal con la víctima o bien que poseyese algún poder para disponer la forma en que se realizaría el “levante” o se ejecutaría el cautiverio. Dentro del plan común de los autores, se establece que le correspondió al justiciable la tarea de hacer llamadas extorsivas, por lo que no es posible determinar que haya actuado (como lo prevé la norma) al menos culposamente y provocara con ello la muerte del ofendido. El alegato de que también debería aplicarse la causa de agravación referida al tiempo por el que se prolongó el cautiverio, también debe rechazarse, pues el a quo no pudo fijar con exactitud la fecha en que ocurrió el deceso de F.G. Esto significa que el fallecimiento pudo sobrevenir incluso el mismo día en que se ejecutó el secuestro, pues no existen datos objetivos suficientes para presumir que tres días después del “levante” la víctima seguía con vida, ni siquiera para descartar la idea de que murió mientras se le trasladaba, esposada y amordazada, a algún sitio en el que se le mantendría en cautiverio. Ya se indicó también que, conforme la pieza acusatoria y el fallo, M no intervino en la ejecución material de la privación de libertad del ofendido. El reparo de que se agravó la conducta del justiciable partiendo de la premisa de que el secuestro normalmente es ejecutado por organizaciones criminales, supone una lectura errada del fallo, pues lo que en él se establece es que, dada la forma en que se desarrollaron los eventos, fue evidentemente necesario que intervinieran otros sujetos y no solo M, quien, se reitera, solo se hizo cargo de realizar los actos extorsivos, o al menos fue eso lo que logró demostrarse a plenitud. Esta conclusión tiene sólido asidero, pues, en*

*efecto, nociones elementales del sentido común indican que sería imposible que el acusado, actuando solo, se hiciera cargo de secuestrar a una persona que, según se determinó, poseía cierta fortaleza física y viajaba conduciendo su vehículo; que lograra doblegarla, amordazarla, esposarla, trasladarla a un lugar para mantenerla en cautiverio, hacer las llamadas y la nota extorsiva y luego sepultar el cadáver. Es obvio que las circunstancias objetivas propias del hecho señalan, sin ninguna duda, que para ejecutar tales acciones se requería necesariamente la actuación de dos o más sujetos, pues la víctima, se reitera, no era un niño o una persona desvalida (...).<sup>167</sup>*

En virtud de los argumentos aquí esgrimidos rechazamos la posición sobre la única y necesaria existencia de un concurso ideal. También se debe tener claro que es falsa aquella afirmación que dice que los delitos calificados por el resultado desplazan todo tipo de figura concursal. Lo que estimamos según los ejemplos analizados líneas atrás es que puede darse un concurso ideal o material por las razones antes expuestas, dependiendo del caso concreto, como sucede en el homicidio calificado *criminis causa* y también debe tomarse en cuenta que en algunos casos se dan los supuestos de un concurso aparente de normas donde se pueden aplicar los principios de especialidad, consunción o subsidiariedad, teniendo plena vigencia.

## **H.- Diferencia entre los delitos calificados por el resultado y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**

El tema por tratar es importante para entender la manera en que los legisladores de los países donde se sigue el sistema del derecho penal continental europeo -como el nuestro-, estructuran los tipos penales para expresar situaciones de calificación, agravación o atenuación de la pena que le

---

<sup>167</sup> Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 00018-2007 de las nueve horas del 23 de enero del 2007.

asignan a cada uno de ellos. Respecto a las circunstancias del delito, normalmente se suele reconocer dos tipos: las llamadas “*calificantes*” (homicidio calificado, lesiones calificadas, violación calificada) y las circunstancias “*agravantes*” y las “*atenuantes*”.

De manera muy general y producto del ejercicio de la profesión, como circunstancias “*calificantes*” se suele afirmar que se trata de aquellos tipos penales que aumentan la pena consignada en el tipo básico por una situación especial del autor, que puede ser un parentesco respecto de la víctima o por tratarse de un autor específico, confundiendo el tema con el de los delitos especiales propios e impropios. Como circunstancias “*agravantes*” y las “*atenuantes*” se suele ver en las sentencias de nuestros Tribunales de Justicia casos en los cuales la pena aumenta o disminuye, de conformidad con la estipulada en el tipo penal básico, por razones del modo o forma en la comisión del delito. A continuación, se pasará a analizar el tema de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de un modo más preciso para conocer los términos con los cuales se ha armado la doctrina para explicar el tema.

## **1.- Definición del término “*circunstancias*”**

Según la Real Academia de la Lengua Española, “*circunstancia*” es un “*Accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho.*”<sup>168</sup> Guillermo Cabanellas de Torres define el término “*circunstancia*” como la modalidad de tiempo, lugar, condición, estado, edad, parentesco, salud y demás particularidades que acompañan a un acto jurídico y le dan fisonomía especial. En derecho penal se analiza como la peculiaridad de realización u omisión que agrava, atenúa o exime con respecto a la penalidad. En Derecho Procesal se entiende como el accidente que concurre y sirve para

---

<sup>168</sup> Al respecto Cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Tomo II, 2007, p. 387.

solicitar la condena o absolución. El libre arbitrio del juzgador lo toma en cuenta o lo deja de lado para el fallo.<sup>169</sup>

Ya en la definición jurídico-penal de Cabanellas se encuentra el tratamiento como circunstancia a una condición específica que le da cierta particularidad a la realización de la acción que se describe en el verbo nuclear de un tipo penal base y que en ciertos casos puede agravar, atenuar o eximir la penalidad que le corresponda. Por su naturaleza modificatoria, las circunstancias son un punto de partida trascendental para la proporcionalidad aplicable a la relación entre la infracción y la sanción y su correcta confección habla mucho del respeto a los derechos y garantías fundamentales en un Estado social y democrático de derecho por parte del legislador.

Desde un punto de vista ontológico, “*circunstancia*” hace referencia a todos aquellos aspectos que se encuentran en torno a un hecho delictivo; sin embargo, no afectan su esencia. Al respecto, el tratadista español Mir Puig afirma que las circunstancias modificativas son elementos accidentales del delito, en el sentido de que ellas no dependen del ser del delito, sino solo de su gravedad.<sup>170</sup>

En ese sentido, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se las suele denominar circunstancias porque no condicionan la existencia del delito, pero sí la gravedad de la pena a imponer, bien para agravarla, bien para disminuirla. Se trata de elementos de muy diversa naturaleza que fundamentalmente tienen en común sus efectos penológicos.

La introducción en el siglo XIX de las circunstancias modificativas y la regulación de sus efectos se entendió como una limitación del arbitrio judicial, es decir, de la libertad irrestricta del juez para decidir las penas. El código vincula la presencia de estas circunstancias a consecuencias en la determinación de la pena, de modo que quien juzga, en muchas ocasiones, ya

---

<sup>169</sup> Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II, 2002, p. 145.

<sup>170</sup> Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 9ª edición, Barcelona, 2011, p. 614, núm. 2.

no se puede mover en todo el marco de pena previsto para el delito del que se trate, sino en un margen más reducido, determinado por el juego penológico de la circunstancia. Y ello, aunque el juez considere que la pena más adecuada en el caso concreto está fuera de ese marco fijado por la presencia de una circunstancia agravante o atenuante.

Las circunstancias modificativas normalmente afectan a la extensión de la pena, a la posibilidad de moverse por el marco penal previsto para el delito en cuestión. Por ejemplo, en un delito de homicidio, la extensión inicial es de 12 a 18 años (art. 111 Código Penal), pero la concurrencia de una atenuante o agravante puede determinar que esa extensión sea más limitada, siendo necesario que siempre deba de estar descrita en el mismo o en otro tipo penal independiente. Es decir, también pueden afectar la magnitud de la pena, lo que supone un relevante incremento o una disminución de la sanción, pues ello permite salirse del marco inicialmente previsto, bien hacia arriba (superando los 18 años que es la pena máxima del homicidio simple), bien hacia abajo (imponiendo una pena inferior a los 12 años que es la pena mínima del homicidio). Así, por ejemplo, las eximentes incompletas y las atenuantes muy calificadas pueden determinar la pena inferior de uno a seis años de prisión como en el caso del delito titulado en nuestro Código Penal, en el artículo 113, como "*Homicidios especialmente atenuados*" y que dice en lo que nos interesa que: "*Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión: 2) El que con la intención de lesionar causare la muerte de otro...*". Entendemos por el término "*atenuante muy calificada*" la situación que concurre con especial intensidad y que así lo haya determinado el legislador al crearla y el órgano judicial al aplicarla de forma motivada.

Mucho se discute en los tratados de derecho penal especial sobre la naturaleza de las circunstancias modificativas: si afectan al injusto del hecho o a la culpabilidad, si son de naturaleza objetiva o subjetiva, cuál es su fundamento concreto, etc. En realidad, los motivos por los que el legislador obliga a tenerlas en cuenta en la determinación de la pena son muy diversos. Algunas suponen una disminución de la imputabilidad (p.e. eximente incompleta por un trastorno

mental transitorio, atenuante por emoción violenta, atenuante para conservar la honra en el caso de la madre etc.), otras afectan a la gravedad del hecho (p.e. alevosía) y otras responden a consideraciones político-criminales o de oportunidad (p.e. cuando se delinque contra miembros de los Supremos Poderes).

Por supuesto, la naturaleza de la circunstancia no carece de relevancia práctica, pero las razones por las que esos determinados aspectos relacionados con el autor o con el hecho aumentan o disminuyen la pena se averiguan mejor a través del estudio de la atenuante o la agravante particular. En cualquier caso, sí interesa hacer ver que de la naturaleza y fundamento de la circunstancia modificativa en cuestión dependerá si se utiliza tan solo con respecto al autor o también resulta aplicable a los partícipes. De este tema se ocupa el artículo 49 del Código Penal. Esa posibilidad de que se utilice a sujetos distintos al autor se conoce con el nombre de “*comunicabilidad de las circunstancias*”,<sup>171</sup> <sup>172</sup> tema que no abordaremos por exceder los objetivos de nuestro trabajo.

## 2.- Circunstancias “*calificantes*” del delito

El jurista argentino Raúl Goldstein entiende las “*calificantes del delito*” como aquellas circunstancias enumeradas por la ley penal que aumentan o disminuyen la entidad *política* de los delitos. Distintas consideraciones son las determinadas en cada caso concreto de la existencia de calificantes por

---

<sup>171</sup> Respecto al tema de la accesoriedad especial ver: Castillo González, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Tomo III, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 487-495.

<sup>172</sup> Es importante hacer referencia a otra clasificación de las circunstancias existentes y concurrentes respecto al tema de la comunicabilidad. Nos referimos al tema de las circunstancias personales y materiales. Las personales son aquellas que consisten en cualquier causa de naturaleza personal y que se aplican sólo a los sujetos en quienes concurren, p.e. el abuso de confianza. Las circunstancias materiales se refieren específicamente a las circunstancias afectantes a la ejecución material del hecho o a los medios empleados, que se aplicarán a quienes las conocieron al momento de su intervención en el hecho, p.e. la alevosía. Cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 8ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 481.

agravación o por atenuación.<sup>173</sup> Y en el mismo sentido explica: “*El agregado de una circunstancia agravante determina la existencia de una figura calificada de ella, la circunstancia agravante es un elemento constitutivo, pero la prueba de su inexistencia deja subsistente la figura simple, el tipo delictivo del que se partió: el homicidio con alevosía subsiste como homicidio simple si no se prueba la alevosía. El agregado de una circunstancia atenuante crea la figura privilegiada.*”<sup>174</sup>

Según lo anterior, el grado mayor o menor de peligrosidad en la comisión del delito representa calificaciones a la conducta delictiva que el legislador puede considerar como circunstancias agravantes o circunstancias atenuantes de un tipo penal básico.

En ciertos ordenamientos jurídicos, el Código Penal respectivo contiene una lista de las circunstancias agravantes y atenuantes, como un listado general que opera para todo el sistema. Tal es el caso del Código Penal italiano (artículos 19 al 23) y el Código Penal español (artículos 20 al 23). En estos sistemas se describen en la parte general (situación que no siempre se da en otras latitudes) una serie de circunstancias de mayor o menor peligrosidad en referencia al infractor o al modo de comisión del delito y que el llamado a juzgar debe tener en cuenta de forma necesaria antes de emitir su decisión.

Esta fue la idea plasmada en el Proyecto del Código Penal de Costa Rica del 14 de abril de 1998, Expediente número 11871 ya archivado, el cual contenía el mismo sistema de enunciación genérica y que estaba regulado en los siguientes artículos:

i. el artículo 76 contenía las circunstancias atenuantes genéricas y decía:

---

<sup>173</sup> Goldstein, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. 3ª edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 95.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

*“Son atenuantes, en cuanto no hayan sido previstas como constitutivas o calificativas de la conducta punible, el realizar ésta con alguna de las siguientes circunstancias:*

*1. Actuar en estado de emoción violenta que las circunstancias hagan atendible;*

*2. Actuar por móviles afectivos que las circunstancias hagan atendibles.*

*3. Actuar por móviles económicos de subsistencia, que las circunstancias hagan atendibles.*

*4. Proceder la persona imputada a reparar el daño ocasionado a la víctima o sus herederos en caso de fallecimiento de ésta a disminuir sus efectos con anterioridad a la sentencia, o haberlo procurado seria y convincentemente. En los supuestos anteriores el Juez comprobará la plena satisfacción de la persona ofendida.*

ii.- el artículo 77 contenía las circunstancias agravantes genéricas y decía:

*“Son circunstancias agravantes de la conducta punible, en cuanto no hayan sido previstas como constitutivas o calificativas de aquélla, el perpetrarla:*

*1. Con alevosía;*

*2. Con ensañamiento;*

*3. Mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria o ventaja de cualquier otra naturaleza;*

*4. Por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil;*

*5. Con fines terroristas;*

6. *Con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra desgracia o infortunio particular de la víctima;*

7. *Valiéndose de una relación de poder o autoridad que tenga con la persona ofendida;*

8. *Valiéndose de menores de edad.*

9. *Contra una persona menor de doce años o incapaz”.*

iii.- el artículo 78 contenía las circunstancias de agravación especial y decía:

*“Cuando el juez imponga pena de prisión, podrá aumentar la señalada para el delito correspondiente, partiendo del extremo mayor hasta en la mitad de ese extremo, cuando la persona condenada se haya valido:*

1. *De su alto grado de conocimiento científico, profesional o tecnológico en la comisión de la conducta.*

2. *De sus relaciones profesionales o laborales y cause lesión o peligro a la economía nacional.*

3. *De su participación en una organización delictiva, siempre que no se trate de las conductas previstas en el artículo 263.*

4. *Del ejercicio de una función pública de alta jerarquía. La misma pena se impondrá tratándose de delitos contra la vida, la salud, la integridad psicofísica o la libertad, que hayan sido perpetrados con particulares características de crueldad o atrocidad”.*

iv.- el artículo 79 contenía las reglas para la aplicación de las circunstancias atenuantes y agravantes y decía:

*“Cuando haya circunstancias atenuantes o agravantes, para la aplicación de la pena el juez, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 80, observará las siguientes reglas:*

1. *Cuando concurra una sola atenuante el juez puede disminuir hasta en un tercio el extremo menor de la pena prevista. Cuando concurra una sola*

*agravante el juez puede aumentar hasta en un tercio el extremo mayor de la pena prevista.*

*2. Cuando concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, el juez puede disminuir hasta en la mitad el extremo menor de la pena prevista. Cuando concurren dos o más agravantes y ninguna atenuante puede aumentar hasta en la mitad el extremo mayor de la pena prevista.*

*3. Cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes, el juez podrá compensar las que racionalmente estime equivalentes, valorando la importancia de unas y otras, y determinará la pena con la o las que prevalezcan, de acuerdo con las reglas anteriores".*<sup>175</sup>

Actualmente el Código Penal costarricense vigente contiene un sistema en el cual las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal se expresan de manera taxativa para cada delito, según el legislador lo considere necesario. Ejemplo de ello son los siguientes delitos, contenidos todos del Código Penal: artículo 112 todos sus incisos exceptuando el 8) (homicidio calificado), artículo 113 con excepción del inciso 2) (homicidio atenuado), artículo 126 (circunstancias de calificación de las lesiones), artículo 127 (circunstancias de atenuación de las lesiones), artículo 141 párrafo segundo (agresión calificada), artículo 157 con excepción de los incisos 5) y 6) (violación calificada), artículo 161 incisos del 1) al 8) (abusos sexuales contra personas menores de edad), artículo 162 incisos 1) al 7) (abusos sexuales contra las personas mayores de edad), artículo 168 (corrupción agravada), artículo 170 (proxenetismo agravado), artículo 172 incisos a) al g) (delito de trata de personas), artículo 183 (atenuaciones específicas respecto del delito de infractores del proceso de inscripción), artículo 184 (sustracción agravada de menor o persona sin capacidad volitiva o cognoscitiva), artículo 192 (formas agravadas de privación de libertad agravada), artículo 195 (amenazas agravadas), artículo 196 incisos

---

<sup>175</sup> Para el caso de los artículos 76, 77, 78 y 79, los mismos fueron tomados del Proyecto del Código Penal de Costa Rica del 14 de abril de 1998, Expediente número 11871, recuperado de: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080616\\_21.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_21.pdf), en fecha: 18 de agosto de 2018.

a) y b) (violación de correspondencia o comunicaciones), artículo 196 bis incisos a) a c) (violación de datos personales), artículo 200 (agravaciones), artículo 204 párrafo segundo (violación de domicilio), artículo 209 (hurto agravado), artículo 210 (hurto atenuado), artículo 213 (robo agravado), artículo 215 incisos 1) al 8) (secuestro extorsivo), artículo 216 inciso 2) (estafa), artículo 229 (daño agravado), artículo 232 incisos a) al e) y I) al VI) (instalación o propagación de programas informáticos maliciosos), artículo 253 incisos 1) al 3) y a) al c) (incendio o explosión), artículo 285 (traición agravada), artículo 313 (circunstancias agravantes del delito de resistencia), artículo 332 incisos a) al d) (divulgación de información confidencial), artículo 349 (corrupción agravada), esto sin tomar en cuenta otros delitos contenidos en las leyes especiales.

Dicho sea de paso, consideramos que el sistema más adecuado para la regulación de este tipo de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal lo sería aquel en el cual se tipifica una lista de agravantes genéricas, a manera de un listado que sea aplicable para todo el sistema jurídico penal, como lo contienen los Códigos Penales de Italia y España ya mencionados, ello por existir una mayor claridad y orden en su enunciación, lo que facilita su comprensión, tanto para el operador jurídico como para el destinatario de la norma penal y porque también le da mayor coherencia al sistema normativo, lo que vendría a facilitarle al legislador la forma en que quisiera que se plantearan las mismas respecto a los nuevos delitos que deriven de su actividad legislativa las reformas que se pudieran plantear o en su aplicación con respecto a los ya existentes.

Un ejemplo de ley especial con otra forma de disponer de las circunstancias del delito diferente a la del Código Penal, lo es la materia que tutela la Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres, Ley número 8589; específicamente en el artículo 8 encontramos la regulación expresa de “*circunstancias agravantes*” genéricas. Dicho artículo dice lo siguiente:

**“Artículo 8.- Circunstancias agravantes generales del delito. Serán circunstancias agravantes generales de las conductas punibles descritas en**

*esta Ley, con excepción del delito de femicidio, y siempre que no sean constitutivas del tipo, perpetrar el hecho:*

*a). Contra mujer que presente una discapacidad sensorial, física o mental, total o parcial, temporal o permanente.*

*b). Contra una mujer mayor de sesenta y cinco años de edad.*

*c). Contra mujer en estado de embarazo o durante los tres meses posteriores al parto.*

*d). En presencia de los hijos o las hijas menores de edad de la víctima o del autor del delito.*

*e). Con el concurso de otras personas, con fuerza sobre las cosas o mediante el uso de armas.*

*f). Con alevosía o ensañamiento.*

*g). Por precio, recompensa, promesa remuneratoria o ventaja de cualquier otra naturaleza.*

*h). Con el uso de un alto grado de conocimiento científico, profesional o tecnológico del autor en la comisión del delito.*

*i). Con el uso de animales.*

*El juez que imponga la pena aumentará hasta en un tercio la señalada por el delito correspondiente, cuando concurren una o varias circunstancias agravantes.”*

Sin embargo, este sistema adoptado en el Código Penal costarricense tiene el inconveniente de confundir todo tipo de circunstancias del delito y además incluye como circunstancias agravantes aquellos casos en los que existe una consecuencia especial del hecho, la cual es una situación jurídica diferente por su estructura y sus efectos en la penalidad a aplicar.

### **3.- Circunstancias del delito dentro del ámbito del derecho penal sustantivo y especial**

El entendimiento sobre las diferentes circunstancias del delito es de suma importancia para el operador jurídico en el momento de la aplicación de una determinada norma, pues el dolo debe abarcar cada uno de los elementos descriptivos, normativos y personales constitutivos de la infracción punible según nuestra legislación. Asimismo, el nexo causal del tipo penal en el caso específico, y ese único dolo alcanza al tipo base y a la circunstancia agravante o calificante, cuando esa nueva circunstancia es adjetiva o accesoria del verbo nuclear del delito base, pues si la circunstancia especificara una segunda acción, esta sería una consecuencia especial del hecho que podría ser constitucional si esta pudiera atribuirse de manera subjetiva (dolosa o culposa), por la oportuna aplicación *in casu* del artículo 37 del Código Penal. Si existiera una nueva afectación, además de la del delito simple y esta nueva afectación estuviera descrita de manera específica en otro delito, ahí entraría a regir el sistema del concurso de delitos, según sea la forma en que se cometieron. Pero para la aplicación de uno u otro, es necesario tener claras las reglas que rigen a cada uno de los diferentes institutos en el momento de determinar judicialmente la pena a aplicar; inclusive si uno de ellos no cumpliera con los lineamientos generales del derecho sustantivo, resultaría no solo inaplicable sino, dependiendo del caso, hasta inconstitucional como se verá para algunos casos de delitos complejos.

Por la forma en que este tema recibe tratamiento por parte de la doctrina<sup>176</sup> y atendiendo a lo anteriormente dicho, en primer lugar, deben dividirse las circunstancias calificantes en objetivas y subjetivas.

---

<sup>176</sup> Sin nombrarlo de manera específica, pero así expresado en sus explicaciones y ejemplos, se puede consultar las siguientes obras: Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999; Buompadre, Jorge. E. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2013; AAVV. *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Jesús-María Silva Sánchez (director), Atelier Libros Jurídicos, 4ª

Son *circunstancias calificantes objetivas* todas aquellas que conciernen a la naturaleza, especie, medios, objeto, tiempo, lugar, cualquier modalidad de la acción, a la gravedad del daño o peligro o a las condiciones o cualidades de la víctima (alevosía, ensañamiento, veneno insidiosamente suministrado para crear un peligro común; o cuando el delito va dirigido hacia cierto grupo de personas como los cuerpos policiales o una persona internacionalmente protegida).<sup>177</sup>

Son *circunstancias calificantes subjetivas* las que conciernen a la intensidad del dolo, a las condiciones o cualidades personales del delincuente (por precio o promesa remuneratoria -caso del sicario-, cuando el agente se haya en estado de emoción violenta, la madre de buena fama para proveer una necesidad propia o de un familiar), o a las relaciones que lo vinculan con la víctima (parentesco o afinidad).

Por otro lado, *las circunstancias atenuantes y agravantes* son aquellas que podrían venir a disminuir o aumentar la pena en una misma acción delictiva y pueden tener su origen en la antijuricidad, la culpabilidad o en postulados político criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción punitiva del Estado para ese caso en concreto.

Desde este punto de vista, pueden existir circunstancias calificantes objetivas que sean agravantes o atenuantes y circunstancias calificantes subjetivas que también agraven o atenúen la pena, siendo esta la razón del porqué en los tratados de derecho penal especial consultados se habla de calificantes y agravantes de manera indiferente. Todas las circunstancias del delito tienen como factor común el hecho de que vienen a aumentar o disminuir

---

edición, España, 2015; Creus, Carlos y Buompadre, Jorge. E. *Derecho penal Parte Especial*. Tomo I, 7ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007; AAVV. *Derecho Penal Parte Especial*. Carlos María Romeo Casabona y otros (coordinadores), Editorial Comares S.L., 2016.

<sup>177</sup> Compartimos el criterio del connotado jurista Muñoz Conde el hecho de no incluir como circunstancia calificante ni objetiva ni subjetiva al homicidio *criminis causa*, que en nuestro Código Penal está tipificado en el artículo 212 inciso 8). Para nosotros este tipo penal junto con su inciso corresponde un delito calificado por el resultado. Cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 8ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 477-504.

la pena por ese plus de reprochabilidad al sobrepasar el supuesto normal o básico de realización del delito, según las leyes respectivas de cada país.

Podríamos establecer entonces que existen “*circunstancias agravantes vinculadas a factores objetivos del hecho*” dentro de las cuales, como las más significativas y usadas tendríamos las siguientes:

a.- Alevosía: es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal del agente, generalmente contemplada en los delitos contra las personas. Se entiende como la comisión de un delito a traición y sobre seguro y se define como el empleo de medios, modos o formas en la ejecución del delito que tienden a asegurarlo, sin riesgo para el autor de acciones que procedan a la defensa que pudiera hacer el sujeto pasivo del delito o un tercero ajeno a la situación. Como supuestos de alevosía encontramos, en primer lugar, el delito proditorio,<sup>178</sup> la situación en la cual al hecho delictivo le precede la acechanza (observar, aguardar cautelosamente con algún propósito) o la ocultación del victimario. Acechanza y ocultación son sinónimos de emboscada, la ocultación de una o varias personas para atacar por sorpresa a otra. En segundo lugar, tenemos el aprovechamiento de un estado de indefensión, la situación en que se trata de sacar provecho de la falta de defensa de la víctima. Es importante destacar que para que se configure la circunstancia agravante el estado de indefensión de la víctima, ésta debe ser a su vez la causa por la cual el agente actúa, procurando así un obrar sobre seguro y sin riesgo para sí mismo. Y, en tercer lugar, tenemos como forma de alevosía el procedimiento insidioso, es decir, aquel método usado para cometer el delito en donde el agente activo oculta la agresión a los ojos de su víctima. Esta forma de comisión del delito se encuentra expresamente regulada en el artículo 112 inciso 6) del Código Penal, como parte del delito de homicidio calificado.

b.- Aprovechamiento de factores ambientales o personales: semejante a la anterior es la circunstancia de aprovechamiento de ciertos factores, unos

---

<sup>178</sup> Recuperado del Diccionario de la Real Academia Española en: <https://dej.rae.es/lema/homicidio-proditorio>, el 11 de julio del 2019.

fácticos (disfraz cuando no sea parte del tipo penal como elemento descriptivo), otros personales (abuso de superioridad, obrar con abuso de confianza, prevalerse del carácter público que tenga el culpable), pero todos ellos vinculados al delito cometido que sería más grave. Responden a un mismo denominador: mayores facilidades de realización del delito por evitar la reacción de la víctima o del ordenamiento. Puesto que se trata de circunstancias que dan lugar a agravaciones, se exige no la mera situación de superioridad objetiva o de confianza, sino el prevalerse, aprovecharse de una situación buscada que deja a la víctima desprotegida.

c.- Ensañamiento: es el hecho de aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causándole padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, circunstancia que afecta a la mayor gravedad del injusto del delito por intensificar el atentado a la dignidad del sujeto pasivo que ya el delito lleva consigo.<sup>179</sup>

Por otro lado, también podríamos establecer que existen “*circunstancias agravantes referidas al sujeto activo*” dentro de las cuales tendríamos las siguientes:

a.- Precio/recompensa/promesa: se trata de ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa, factores que hacen más grave la conducta, por añadir móviles especialmente bajos al mismo delito; aquí parece encontrarse el fundamento de la agravación. Por este motivo, no se reduce a contrapartidas económicas, sino que se incluye cualquier tipo de contraprestación por la cual se comete el delito. Se discute si la agravación ha de aplicarse solo a quien ejecuta el hecho (el autor) o también a quien ofrece el precio para cometer el delito (el inductor): la redacción legal se refiere a quien ejecuta el hecho y además mediante precio (dinero), por una recompensa (retribución o compensación de cualquier tipo de bien material o moral) o por una promesa o compromiso de realizar un deber que se considere equivalente al delito según

---

<sup>179</sup> Recuperado del Diccionario de la Real Academia Española en: <https://dej.rae.es/lema/ensañamiento>, el 11 de julio del 2019.

los intereses del autor y del inductor. Estos datos parecen abonar la conclusión de que la agravante se refiere solo al autor que comete el delito por esos móviles. Sin embargo, entendemos que la agravación se extiende tanto a quien obra por precio, como a quien ofrece ese precio o recompensa (inductor) por entender que la mayor reprochabilidad concurre en ambos y porque la norma busca en todos los destinatarios de la norma motivarse en no realizar este tipo de delitos.

b.- Motivación discriminatoria: se refiera a cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su identidad u orientación sexual, o la enfermedad que padezca o su discapacidad. Se trata de un móvil bajo o vil, en este caso por atentar a la igualdad de las personas, lo que agrava el injusto o antijuricidad de la conducta.

c.- Parentesco: de manera general, la relación de parentesco actúa como agravante en aquellos delitos que tienen un contenido eminentemente personal. Dentro de este grupo nos encontramos con los delitos contra la vida como el homicidio o asesinato; delitos contra la integridad física de las personas como el delito de lesiones; delitos contra la libertad sexual como las agresiones sexuales; y también para otros delitos como el de coacciones, amenazas o extorsión.

El motivo de la agravación de la pena es precisamente que, de la relación de parentesco existente entre el sujeto activo y la víctima, se deriva la existencia de determinados deberes morales debido a la convivencia familiar de los parientes y, justamente por ello los ataques o agresiones entre las personas incluidas por esta agravante merecen socialmente un mayor reproche, y por tanto, una mayor pena. Verbigracia, en los casos en que una persona, agrede o amenaza a otra persona a la que está unida por un vínculo familiar por afinidad o consanguinidad de la manera en que lo señala la ley, está defraudando una confianza legítima especial y al mismo tiempo infringe un deber especial de actuación que consiste en el cuidado que se debe tener de los intereses

pertenecientes a nuestros familiares, así como de su salud y de su vida. En definitiva, para el ordenamiento jurídico es más reprochable dar muerte a un familiar que a alguien que no lo es.

Entonces, como podemos observar, la ley permite distinguir entre tipos básicos, tipos agravados y tipos privilegiados.

A pesar de que las circunstancias agravantes y calificadas no pertenecen en sentido estricto al dolo; son elementos para la determinación de la pena, ellas deben ser abarcadas por el dolo.<sup>180</sup>

En el caso del autor, si el error recae sobre un elemento del tipo que implica una circunstancia de agravación, sea que esta circunstancia de agravación cambie el contenido injusto del hecho o simplemente sea una circunstancia agravante común, el error excluye la agravación y deja subsistente el tipo básico. Si la circunstancia agravante solamente implica un aumento de la pena, porque ese aumento lo establezca directamente la ley o porque esta le confíe a quien juzga la decisión de establecerla o no, también debe ser abarcada por el dolo. Este principio no se aplica si la agravante se refiere a un resultado de lesión, que representa la realización de un típico peligro ya tomado en consideración en la acción típica.<sup>181</sup>

El conocimiento y el error (y por tanto el dolo) de los partícipes sobre las circunstancias agravantes y atenuantes son regulados por los artículos 48 y 49 de nuestro Código Penal.

Entonces, las circunstancias del delito pertenecen al tipo objetivo del tipo penal y con ello al alcance del dolo todas aquellas circunstancias que el legislador ha tomado en cuenta para estipular relaciones de especialidad, que agravan o atenúan la pena y que implican una definición expresa de una

---

<sup>180</sup> Castillo González, Francisco. *El dolo. Su estructura y sus manifestaciones*. 1ª edición, Editorial Juritexto, San José, 1999, p. 137.

<sup>181</sup> Castillo González, Francisco. *El dolo...* *Op. cit.*, pp. 137-138.

subclase más específica y que forma parte del grupo básico, pero que implican una situación, por ese mismo dato, más grave o leve.<sup>182</sup>

La comprensión de este tema también tiene una especial relevancia en materia procesal penal, específicamente por lo que dice el artículo 18 inciso b) de nuestro Código Procesal Penal que señala: “*Serán delitos de acción pública perseguibles a instancia privada: b) Las agresiones sexuales, no agravadas ni calificadas contra personas mayores de edad (...)*”.

De acuerdo con la norma anteriormente mencionada, le corresponde la investigación de oficio al Ministerio Público como delitos de acción pública (que no requieran de instancia privada) respecto de aquellos comportamientos que no se puedan subsumir dentro de la anterior descripción, es decir, las agresiones sexuales agravadas y las calificadas contra personas mayores de edad. De acuerdo con ello, serían delitos de acción pública perseguibles a instancia privada las agresiones sexuales contra personas mayores de edad que se describen como figura básica o simple, además de la violación simple descrita en el inciso a) del mismo artículo 18.

Según ello, es tarea del Ministerio Público investigar de oficio las agresiones sexuales con circunstancias calificantes objetivas o subjetivas en contra de personas mayores de edad que agraven o atenúen la pena. De conformidad con lo analizado líneas atrás, estos estarían referidos a aquellos casos por los cuales se aumenta o se rebaja la pena, ya sea por la aplicación del principio de especialidad, por la circunstancia en que se comete el delito, por la personalidad del autor o sus relaciones o calidades personales o porque por alguna razón el legislador considera que alguna situación especial tenga que agravar la pena (p.ej. el caso de los delitos especiales impropios) o porque se trata de un delito calificado por el resultado. Se incluirían aquí también las circunstancias atenuantes (como el caso del delito especialmente atenuado), ya que según lo que dijimos se entiende por calificantes del delito: “...aquellas

---

<sup>182</sup> Rusconi, Maximiliano. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ad-Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2009, p. 348.

*circunstancias enumeradas por la ley penal que aumentan o disminuyen la entidad política de los delitos”.*

Esto por cuanto la política criminal de nuestro país claramente se ha decantado por perseguir todo tipo de agresión sexual que pudiera implicar la imposición de una pena mayor y que implique una más alta gravedad que la obtenida en un delito base o por aplicación de una figura atenuante o privilegiada que requiere de un especial análisis para su verificación.

Dicho en palabras sencillas y de acuerdo con lo que venimos afirmando tenemos:

1.- que solo las figuras simples de las agresiones sexuales contra personas mayores de edad son delitos de acción pública perseguibles a instancia privada;

2.- a contrario sensu, las figuras agravadas o calificadas de agresiones sexuales contra personas mayores o menores de edad son delitos de acción pública;

3.- que las figuras simples de las agresiones sexuales contra personas menores de edad son delitos de acción pública;<sup>183</sup>

4.- que todas las agresiones sexuales, simples o agravadas, calificadas y no calificadas, contra personas menores de edad son delitos de acción pública.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> Sin embargo, en la sentencia número 1079-2001 de las nueve horas y veinticinco minutos de nueve de noviembre de 2001 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, haciendo un fundamento basado en la superación de la teoría de la situación irregular de la ley tutelar de menores de edad y sin explicar el quebranto al artículo 18 del Código Procesal Penal, se determina que a pesar de que en resolución 01040-99 de 20-08-99, después de hacer un análisis global de la normativa sobre menores de edad, en conjunto con el voto 7115-98 de 06-10-98 de la Sala Constitucional, consideró que no es posible la revocatoria de la instancia cuando el ofendido es menor de edad, integrando la revocatoria de la instancia a las figuras de la conciliación, la deserción y el desistimiento, que el Código de la Niñez y la Adolescencia, expresamente señala como no aplicables cuando están involucrados menores, se cambia de criterio y termina por señalar que la revocatoria de instancia en un delito sexual en detrimento de un menor de edad es posible en Costa Rica, manifestando que “*Examinado nuevamente este aspecto, esta Sala reconoce que los menores de edad sí pueden revocar la instancia, por supuesto analizando cada caso concreto para determinar su procedencia en ese asunto particular (...)*”.

5.- Se debe tomar en cuenta que todos los delitos penales que se dirijan contra una mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, o en el caso de que las víctimas sean mujeres mayores de 15 y menores de 18, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de la autoridad parental son delitos de acción pública.<sup>185</sup> En ese sentido son delitos de acción pública el delito de “*violación contra mujer*” (artículo 29), el delito de “*amenazas contra mujer*” (artículo 27), el delito de “*conductas sexuales abusivas*” (artículo 30), el delito de “*explotación sexual de una mujer*” (artículo 31) y el delito de “*maltrato*” (artículo 22), que normalmente serían delitos de acción pública perseguibles a instancia privada.<sup>186</sup>

## I.- Diferencia de los delitos calificados por el resultado con el especial caso de las condiciones objetivas de punibilidad

Lo que en nuestro derecho penal se entiende como las “*consecuencias especiales del hecho*” correspondientes a los delitos calificados por el resultado nunca debe confundirse con las condiciones objetivas de punibilidad. Dentro de

---

<sup>184</sup> Al respecto indica el profesor Javier Llobet Rodríguez, en su obra *Proceso Penal Comentado*. Editorial Jurídica Continental, 6ª edición, 2018, p. 96, respecto del artículo 18: “(5) *Las agresiones sexuales, no agravadas ni calificadas, contra personas menores de edad, no son delitos de acción pública a instancia privada*” (el resaltado no es del original).

<sup>185</sup> Dicha disposición existe de manera expresa en la *Ley número 8589, Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres*. 4ª edición, IJSA, San José, Costa Rica, 2016, pp. 9 y 10, que al tenor literal dice lo siguiente:

“*Artículo 2. Ámbito de Aplicación. Esta ley se aplicará cuando las conductas tipificadas en ella como delitos penales se dirijan contra una mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. Además, se aplicará cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental.*”

“*Artículo 4. Delitos de acción pública. Todos los delitos contemplados en esta Ley serán de acción pública.*”

<sup>186</sup> *Ley número 8589, Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres*. 4ª edición, IJSA, San José, Costa Rica, 2016, pp. 17 y 23, que contiene los delitos de acción pública contemplados en dicha ley, entre ellos los ya mencionados.

esta discusión, es importante saber qué son las condiciones objetivas de punibilidad y si, al igual que las circunstancias calificantes objetivas y subjetivas y las consecuencias especiales del hecho, deben estas también ser abarcadas por el dolo o la imprudencia y en caso de que no lo sea, por qué.

Entonces: ¿son las condiciones objetivas de punibilidad sinónimo de las consecuencias especiales del hecho? A continuación, vamos a pasar a revisar qué entiende la doctrina más calificada como condiciones objetivas de punibilidad.

## **1.- Condiciones objetivas de punibilidad. Concepto**

Como definición propia, las condiciones objetivas de punibilidad son todos aquellos elementos condicionantes de la pena no cubiertos por el dolo o la culpa del autor en el momento de su comisión u omisión.

Como su nombre lo dice, son condiciones que pertenecen al ámbito del estadio de la punibilidad del delito y no a la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad de este. Y son objetivas porque no necesitan ser abarcadas por una valoración, previsibilidad, conocimiento o potencialidad del propio autor o agente activo del delito. Su función no radica en ser una garantía derivada del mismo tipo penal, pues son circunstancias que utiliza el legislador de manera general y que se aplican en el ámbito de la penalidad.

Diferentes definiciones se han brindado a nivel doctrinal sobre las condiciones objetivas de punibilidad, dependiendo de la valoración que cada autor le haya dado al tema. A continuación, encontraremos un primer grupo en el cual no se ofrece una definición concreta de este tipo de circunstancias, sino que se basa, a los fines de su conceptualización, en el criterio que sirva para identificarlas.

Según García Pérez, las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas circunstancias ajenas al injusto culpable y aclara que “*más allá de esa*

*caracterización negativa no se ofrecen criterios para delimitarlas de los componentes del injusto culpable, que abarcan supuestos muy heterogéneos, de ahí que la única vía para proceder a su identificación sea la interpretación del correspondiente precepto penal.*<sup>187</sup>

Enrique Bacigalupo<sup>188</sup> no ofrece una definición de las condiciones objetivas de punibilidad, pero resalta que ellas tienen un denominador común; se trata de decisiones o autorizaciones judiciales posteriores a la realización del hecho que no pueden haber sido la meta perseguida por el autor. Sin embargo, estas autorizaciones son creadas por el legislador, son cuestiones de política criminal.

En un segundo grupo se ubican aquellos juristas que clasifican a las condiciones objetivas de punibilidad como propias o impropias o como intrínsecas o extrínsecas.

De acuerdo con Jescheck, las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, pero no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de la culpabilidad.<sup>189</sup> Según este autor, las condiciones objetivas de punibilidad se diferencian de las calificaciones del resultado en que estas son elementos agravantes del tipo de injusto y, al menos, deben ser originadas por imprudencia o presuponen una grave temeridad; en cambio, las condiciones objetivas de punibilidad se encuentran siempre fuera del injusto y de la culpabilidad,<sup>190</sup> tratándose así, puramente de un presupuesto material de la punibilidad.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> García Pérez, Octavio. *La punibilidad en el derecho penal*. Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 34-35.

<sup>188</sup> Bacigalupo, Enrique. *Delito y punibilidad*. 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 229.

<sup>189</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Volumen I, Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Instituto del Pacífico, Perú, 2014, p. 834.

<sup>190</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 835-836.

<sup>191</sup> Martínez Pérez, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid, Edersa, 1998, p. 29.

En un tercer grupo están aquellos que no incluyen en la definición las llamadas “*condiciones impropias*”. Este sector de autores, de los cuales a continuación mencionaremos algunos, sostiene que no son efectivamente condiciones objetivas de punibilidad, sino circunstancias que de sustraerse de la subjetividad del autor son completamente irreconciliables con el principio de culpabilidad y, por lo tanto, rechazan su existencia pues algunas de estas agravan la pena.

Roxin se refiere a una categoría que va más allá del sistema tripartito (de la punibilidad) al rechazar que ciertas circunstancias se tomen como condiciones objetivas de punibilidad; así, ofrece una línea de lo que no son condiciones objetivas de punibilidad, dirigiéndose a elementos que no están al margen de la estructura tripartita del delito, sino que se pueden incluir en el tipo de la antijuricidad o la responsabilidad. Luego, pasa a decir que las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas circunstancias necesarias a los fines de que el injusto responsable genere la punibilidad que quedó configurada por la acción. Estas no deben referirse necesariamente al dolo o a la culpa, sino que se trata más bien de ciertos resultados. No serían condiciones objetivas de punibilidad aquellas circunstancias o causas de exclusión de la punibilidad como la indemnidad, la extraterritorialidad y la prueba de la verdad; también quedan fuera del ámbito de las condiciones objetivas de punibilidad las causas personales de supresión de la punibilidad, como el desistimiento voluntario en la tentativa y los casos de desistimiento eximente de pena en el delito consumado.<sup>192</sup>

Roxin apunta lo siguiente:

*“Las circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad, se denominan condiciones objetivas de punibilidad. Entre ellas se cuentan, ante todo, determinados resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se*

---

<sup>192</sup> Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, Javier García Conlledo, y Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 970.

refieran el dolo o la imprudencia del autor. El ejemplo más importante en la práctica es el tipo de la embriaguez (§ 323 a<sup>193</sup>), tal como se interpreta de modo dominante en jurisprudencia y doctrina. Según esa interpretación, actúa ya, de modo típico, antijurídico y culpable el que se coloca en una situación de embriaguez que puede excluir la imputabilidad; el solo hecho de embriagarse culpablemente, según esta teoría, justificaría en principio la punición, y sólo por razones de economía punitiva se requiere adicionalmente para la punibilidad que en su embriaguez el sujeto cometa un hecho antijurídico; y respecto de ese hecho cometido en estado de embriaguez, el sujeto no tiene por qué haber obrado dolosa o imprudentemente, sino que aquél es una condición puramente “objetiva” (es decir, no abarcada por la actuación culpable) de punibilidad. Lo propio ocurre, según la op. dom., con la muerte o lesiones graves como circunstancia desencadenante de la punibilidad en caso de riña (§ 227<sup>194</sup>), así como con la suspensión de pagos y apertura del concurso (o su rechazo por falta de masa) en las quiebras punibles (§ 283). Pero no sólo resultados que fundamentan la punibilidad y son independientes de la culpabilidad, sino también otras circunstancias se consideran condiciones objetivas de punibilidad; el caso más ampliamente reconocido como tal, es el de la “garantía de reciprocidad” y el del “mantenimiento de relaciones diplomáticas (§ 104 a<sup>195</sup>)

---

<sup>193</sup> “§ 323 a del Código Penal Alemán. Embriaguez total. (1) Quien se embriague con dolosamente o culposamente por medio de bebidas alcohólicas u otros medios embriagantes será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa, si él en este estado comete un hecho antijurídico y por causa de ello no puede ser castigado porque él como consecuencia de la embriaguez era incapaz de culpabilidad o porque esto no se excluya. (2) El castigo no puede ser mayor que el que amenace para el hecho cometido en estado de embriaguez. (3) El hecho sólo será perseguido con base en una solicitud, con autorización o por querrela, cuando el hecho de la embriaguez solo pueda ser perseguido por solicitud, con autorización o con querrela.”

<sup>194</sup> “§ 227 del Código Penal Alemán. Lesión corporal con consecuencia de muerte. (1) Si el autor ha causado la muerte por medio de la lesión personal (§ § 223-226), entonces la pena es de privación de la libertad no inferior a tres años. (2) En casos menos graves se impondrá pena privativa de la libertad de uno hasta diez años.”

<sup>195</sup> “§ 104 a del Código Penal Alemán. Presupuestos de la persecución penal. Los hechos punibles de acuerdo con esta Sección sólo serán perseguidos cuando la República Federal de Alemania mantiene relaciones diplomáticas con el otro Estado; exista la garantía de reciprocidad, y al tiempo del hecho también haya estado dada esta garantía, y cuando exista una petición de castigo por parte del Gobierno Extranjero y cuando el Gobierno Federal haya impartido su autorización para la persecución penal.”

*en los delitos contra Estados extranjeros (§§ 102 ss.<sup>196</sup>), que no son componentes de la acción injusta y responsable y sin embargo son condición de la punibilidad.”<sup>197</sup>*

Al respecto, Carlos Creus señala que las condiciones objetivas de punibilidad hacen referencia a sucesos en que el proceso causal puesto por el autor con su conducta, produce resultados que no necesitan estar abarcados en la proyección intelectual-volitiva de aquel, ni siquiera como previsión pues se trata de resultados cuya concurrencia condiciona la aplicación de la pena para una conducta cuya dimensión subjetiva no tiene según las exigencias legales por qué haberlos tenido en cuenta.<sup>198</sup>

Finalmente, podemos apartar un cuarto grupo que rechaza de plano la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad, sin hacer distinción alguna y el mayor exponente de esta posición es el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni.

## **2.- Clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad**

Para ahondar más sobre el tema es necesario analizar la distinción existente sobre las condiciones objetivas de punibilidad propias, extrínsecas o

---

<sup>196</sup> “§ 102 del Código Penal Alemán. *Agresión contra órganos y representantes de Estados Extranjeros. (1) Quien cometa una agresión contra la existencia de un jefe de Estado extranjero, de un miembro de un Gobierno extranjero o de un director de una representación diplomática acreditada en el República Federal de Alemania, mientras que el agredido se encuentre en el país en calidad oficial, será castigado con pena privativa de la libertad hasta por cinco años o con multa, en casos especialmente graves con pena privativa de la libertad no inferior a un año. (2) Adicionalmente a una pena privativa de la libertad de por lo menos seis meses, el tribunal puede denegar la capacidad de ocupar cargos públicos y de obtener derechos por elecciones públicas, y el derecho de elegir o votar en asuntos públicos (§ 45, incisos 2 y 5).”*

<sup>197</sup> Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, Javier García Conlledo, y Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 971.

<sup>198</sup> Creus, Carlos. *Esquema de derecho penal, Parte General*. Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 119.

impropias e intrínsecas para entender la posición de la doctrina en cuanto a cada una de ellas con respecto al principio de culpabilidad.

La clasificación entre condiciones objetivas de punibilidad extrínsecas e intrínsecas provienen de la doctrina italiana y la de las condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias es formulada por la doctrina alemana. El estudio de ambas escuelas es de medular importancia para completar y clarificar los grupos en los que se mueve la fenomenología condicionante, lo cual significa poder identificar sus elementos constitutivos y los criterios que fundamentan su clasificación, en aras de detectar o no su presencia en una norma, cómo se presentan las restantes categorías del delito y cómo se vinculan con el principio de culpabilidad.

## 2.1.- Las condiciones objetivas de punibilidad propias

Jescheck fue el jurista que recogió de la doctrina mayoritaria alemana la denominación de las condiciones objetivas de punibilidad y las identifica como aquellas “*circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo del injusto ni a la culpabilidad.*”<sup>199</sup> Así, Jescheck definió las condiciones propias de la punibilidad como *simples causas de restricción de la pena*. Sostuvo que en algunos casos el legislador niega la necesidad de pena, salvo que con ese injusto culpable concorra una circunstancia adicional determinada por razones político-criminales.<sup>200</sup>

Según Jescheck, estas circunstancias son objetivas, precisamente porque son independientes del dolo o la culpa de su autor. Para estas tampoco resulta importante su posterioridad al hecho o que el autor las conozca o no, dado que

---

<sup>199</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Volumen I, Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Instituto del Pacífico, Perú, 2014, p. 839.

<sup>200</sup> Corvalán, Juan Gustavo. *Condiciones objetivas de punibilidad*. Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 247.

lo que fundamenta la necesidad de penar este injusto culpable es la concurrencia de esta condición dependiente únicamente de la voluntad del legislador.

De ahí que entre los que admiten la existencia de condiciones objetivas de punibilidad haya acuerdo de la presencia de condiciones propias, afirmando que las razones del legislador para configurarlas provienen de varias razones, destacando, entre otras, razones de política criminal, argumentos procesales para su tipificación, motivos de política económica y criterios utilitarios, es decir, de circunstancias que inexorablemente se deben verificar como un elemento externo a los elementos objetivos y subjetivos de imputación.

Para Jescheck son ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad propias los siguientes casos:

a.- Cuando los estados extranjeros están protegidos frente a las agresiones (artículo 102 ss. del Código Penal alemán) si, a través de la existencia de relaciones diplomáticas y el aseguramiento de la reciprocidad, está garantizado un mínimo de contacto político-jurídico internacional (artículo 104 a del Código Penal Alemán), pues, de lo contrario la pena carecería de sentido político criminal.

b.- Aquí también pertenecen la suspensión de pagos, la apertura del procedimiento concursal y el rechazo de esta por falta de masa, de conformidad con los §§ 293 VI, 283 b II, 283 c III, y 283 d IV (todos del Código Penal alemán), debido a que el tipo de injusto de estas disposiciones describe formas de comportamiento en sí mismas merecedoras de pena; de ahí que la condición objetiva de punibilidad suponga solo una causa de restricción de la pena.<sup>201</sup>

Otro autor, al igual que Jescheck piensa que las condiciones objetivas de punibilidad propias son independientes de la conducta gravosa.<sup>202</sup> Martínez

---

<sup>201</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Volumen I, Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Instituto del Pacífico, Perú, 2014, p. 839.

<sup>202</sup> Martínez Pérez, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid, Edersa, 1998, p. 29.

Pérez considera que las propias son elementos que la ley agrega como requisitos objetivos para habilitar la imposición de una pena, es decir, posibilitan sancionar un comportamiento que de no verificarse la condición no resultaría punible. Asimismo, sostiene que al configurarse como causales de restricción de la pena no vulneran el principio de culpabilidad, dado que agrega a los restantes elementos una condición extra establecida en la ley por razones de política criminal, funcionando a la inversa, pero con el mismo fundamento que las causas personales de exclusión de la pena.

## 2.2.- Las condiciones objetivas de punibilidad impropias

Para Jescheck y Weigend<sup>203</sup> este tipo de condiciones genera mayores problemas, pues suponen causas abiertas de agravación o de fundamentación de la pena que deberían preverse en el tipo de injusto. No obstante, el legislador formalmente las configura como condiciones objetivas de punibilidad por razones político-criminales, desvinculadas de la culpabilidad del autor. De ahí que Jescheck afirme que estas condiciones encierran restricciones al principio de culpabilidad:

*“...Por un lado, se trata de causas encubiertas de agravación de la pena que por su esencia pertenecen al tipo de injusto pero que, formalmente, están configuradas como condiciones de la punibilidad porque el legislador quiso hacerlas independientes de la necesidad de que aparecieran referidas al dolo o, en su caso, a la imprudencia. De facto, representan restricciones del principio de culpabilidad por razones político-criminales.”<sup>204</sup>*

El punto medular para fundamentar esta categoría de condiciones y al mismo tiempo, fulminarla es precisamente pretender desvincular elementos que desde un punto de vista material pertenecen al tipo de lo injusto.

---

<sup>203</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho ...Op. cit.*, p. 839.

<sup>204</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal... Op. cit.*, p. 836.

Por otro lado, contrariamente a las condiciones objetivas de punibilidad propias, las impropias no limitan la punibilidad, sino que la amplían, pero reduciendo el principio de imputación subjetiva. Además, estarían caracterizadas en el tipo de injusto, con la salvedad expresa de que por disposición del legislador debe ser sustraídas de la exigencia del dolo o la culpa.

Para Jescheck, son ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad impropias los siguientes casos:

a.- El caso de embriaguez plena (artículo 323 a del Código Penal alemán) en el cual el fundamento, en sí mismo, de la pena es la provocación dolosa o imprudente que de tal estado realiza el autor; en cambio, el hecho perpetrado bajo sus efectos constituye una condición objetiva de punibilidad. Sin embargo, la ley conecta la cuantía de la sanción con la conminación penal del delito cometido bajo los efectos de la embriaguez (artículo 323 a). De este modo se hace evidente que el delito así perpetrado también determina el contenido de injusto de la infracción regulada en ese artículo. Consecuentemente el dolo o la imprudencia también deberían estar referidos a la infracción cometida en tales circunstancias.

b.- Lo mismo rige para la punibilidad de la riña tumultuaria (artículo 227) a pesar de que el potencial de peligrosidad es aquí mayor que en la embriaguez plena culpable.<sup>205</sup>

Ambos casos anteriores son para Jescheck ejemplos claros de causas de agravación de la pena.<sup>206</sup>

Respecto de este tipo de condiciones objetivas de punibilidad para Jescheck, de acuerdo con el derecho vigente la culpabilidad solo puede ser garantizada de modo que quien juzga, en la determinación de la pena se

---

<sup>205</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal... Op. cit.*, p. 837.

<sup>206</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal... Op. cit.*, p. 839.

mantenga dentro del marco inferior de esta si el autor no pudo prever el acaecimiento de la condición objetiva de punibilidad.<sup>207</sup>

Asimismo, también se encuentran como condiciones impropias de la punibilidad algunos elementos que en realidad no son otra cosa que circunstancias del hecho encubiertas que fundamentan la punibilidad y que, además, solo por razones político-criminales se encuentran formalmente disociadas del contexto del injusto y de la culpabilidad. Desde este presupuesto tenemos un tercer ejemplo:

c.- De acuerdo con el artículo 186 del Código Penal alemán,<sup>208</sup> es también castigado por difamación quien cree en la veracidad de su afirmación y no puede demostrar la verdad de los hechos.<sup>209</sup> Para Jescheck, este es el único caso que se presenta como un elemento del tipo fundamentador de la pena en el derecho penal alemán y ya no como una circunstancia agravante.

Para este mismo autor, las objeciones dirigidas contra las condiciones impropias de la punibilidad, desde la perspectiva del principio de culpabilidad pueden disiparse, en parte por medio de la consideración de que el autor corre con el riesgo, reconocible por cualquiera, de que podría concurrir la condición objetiva de punibilidad. Ejemplos: quien se coloca a sí mismo en una situación de embriaguez excluyente de la capacidad de culpabilidad, crea de modo reprochable, el peligro de cometer en esa situación un hecho punible pues en tal estado nadie puede prever y dominar sus reacciones con seguridad. Quien afirma un hecho lesivo para el honor de un tercero debe responsabilizarse de poder probar la verdad. Quien toma parte en una riña tumultuaria origina el peligro de provocar una consecuencia más grave.

---

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 837.

<sup>208</sup> "§ 186 del Código Penal alemán. Difamación. Quien en relación con otro afirme o difunda un hecho para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública, cuando éste hecho no se prueba como cierto, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa y cuando el hecho haya sido cometido públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3), será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años, o con multa."

<sup>209</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...* Op. cit., p. 837.

### 2.3.- Las condiciones objetivas de punibilidad extrínsecas

Para Fiandaca y Musco este tipo de condiciones nada le agregan a la lesión del interés protegido por la norma incriminante, pero se limitan a reflejar valoraciones de oportunidad ligadas a un interés “*externo*” del aspecto ofensivo del delito. Por ejemplo, la flagrancia del alcoholizado en el caso de la contravención prevista por el artículo 688 párrafo 2) del Código Penal italiano o la presencia del reo en el territorio del Estado como condición de la punibilidad de determinados delitos cometidos en el exterior.

En general, lo que revela la presencia de una condición extrínseca viene dado por el canon sustancial, que se refiere a la determinación del interés tutelado por la norma. Este índice permitiría excluir a los eventos en los que reside la ofensa del interés protegido de las condiciones objetivas de punibilidad.

Por lo tanto, las condiciones extrínsecas nada le agregan a la lesión del interés protegido por la norma incriminante y son ajenas a la lesión del bien jurídico, pero se limitan a reflejar valoraciones de oportunidad ligadas a un interés “*externo*” al aspecto ofensivo del delito.<sup>210</sup> Su función radica en determinar un hecho externo del cual el legislador hace depender la relevancia penal de la conducta del agente, pero sin vínculo alguno desde el punto de vista jurídico con la lesión de un interés ya perfecto en sus elementos.

Para esta concepción, las condiciones extrínsecas responden a criterios de oportunidad y constituyen todos aquellos elementos usados para restringir la punibilidad por razones de proporcionalidad de la reacción punitiva estatal. También se argumenta que por responder a razones de oportunidad resulta imposible o inconveniente relacionarlas con el dolo, la culpa o la conducta responsable del delito.

---

<sup>210</sup> Mantovani, Ferrando. “Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva”. En *Doctrina Penal*. Buenos Aires, N° 21 a 24, año 6, 22 de abril de 1983, p. 270.

Así, cuando nos encontramos frente a condiciones extrínsecas, la lógica impone que la culpabilidad sea juzgada cuando no concurre una de estas condiciones. Luego, el legislador podrá decidir libremente en todo lo atinente a la aplicación y ejecución de la pena.<sup>211</sup>

## 2.4.- Las condiciones objetivas de punibilidad intrínsecas

Entre los autores italianos, Mantovani considera a las condiciones objetivas de punibilidad intrínsecas como elementos constitutivos del delito, a los que llama "*acontecimientos intrínsecos*". Sin estos acontecimientos, el delito no queda tipificado. Esto es así porque ellos son los que ofenden el bien protegido y, por ende, los que constituyen la *ratio* misma de la incriminación. Para respetar el principio de responsabilidad subjetiva, ellos deben integrar la conducta delictuosa del sujeto y ser previstos y queridos por él (delito doloso), o previsibles y evitables (delito culposo). Si no fuera así, nos colocaríamos en la lógica de la responsabilidad.<sup>212</sup>

Este tipo de condiciones objetivas de punibilidad lo que hacen es que "*profundizan una lesión ya implícita en la comisión del hecho*"; en Italia se tiene como ejemplo el artículo 246 del Código Penal italiano, norma que castiga la infidelidad en asuntos de Estado solamente "*cuando del hecho pueda derivarse un perjuicio para el interés nacional*". Aquí el evento condición, que es el peligro de perjudicar al interés nacional, no refleja un interés externo al interés protegido por la norma penal, sino que profundiza y torna más actual la carga

---

<sup>211</sup> Mapelli Caffarena. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de culpabilidad*. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p. 25.

<sup>212</sup> Mantovani, Ferrando. "Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva". En *Doctrina Penal*. Buenos Aires, N° 21 a 24, año 6, 22 de abril de 1983, p. 270.

lesiva ínsita en el hecho de comportarse infielmente al tratar en el exterior asuntos del Estado.<sup>213</sup>

## **2.5.- Posición que rechaza las condiciones objetivas de punibilidad**

Zaffaroni<sup>214</sup> es el principal exponente de esta doctrina, pues rechaza las condiciones objetivas de punibilidad, tanto las propias, como las impropias. Según él, las condiciones objetivas de punibilidad son completamente irreconciliables con un sistema penal basado en la imputación subjetiva y por esa razón propone su absoluta eliminación. Para este autor, las condiciones objetivas de punibilidad afectan el principio de culpabilidad que exige a todo hecho del que dependa la punición debe ser cubierto por el dolo o la culpa, pues se acepta que no deben ser abarcadas por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad. Asimismo, considera que las condiciones objetivas de punibilidad representan “*el último reducto dogmático de la responsabilidad objetiva*”, pues inclusive, los mismos defensores de la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad reconocen que su existencia sirve para determinar una pena, sin tener que acudir a la culpabilidad del autor; por eso concluye contundentemente que: “*...la disyuntiva es total: o se acepta el principio de culpabilidad o se rechaza la existencia de condiciones objetivas de punibilidad.*”<sup>215</sup>

Esta posición fue mantenida más recientemente por Zaffaroni, llegando a afirmar de manera conclusiva lo siguiente: “*...la ubicación de particulares elementos del tipo penal como pretendidas condiciones objetivas de punibilidad*

---

<sup>213</sup> Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 794.

<sup>214</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 55.

<sup>215</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal... Op. Cit*, p. 51.

*no sólo genera graves confusiones sino que se corre el riesgo de introducir por esta vía supuestos de responsabilidad objetiva, al sustraerlas del conocimiento o de su posibilidad por parte del autor (...) al no requerirse que sean abarcadas por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad, representan una severa restricción al principio de culpabilidad y por ende, resultan de difícil compatibilización constitucional (...) en un derecho de culpabilidad no puede aceptarse que haya condiciones objetivas de punibilidad.”<sup>216</sup>*

Dicha posición parte de la observación del desconcierto que reinó en algún momento en la doctrina sobre su ubicación dentro de la teoría del delito. Mientras unos pretenden que forman parte del tipo, pero que no son alcanzados por el dolo ni la culpa, es decir, por ningún conocimiento real ni potencial, otros convienen en que no las alcanza el conocimiento, pero las dejan navegando en una zona neutra fuera del tipo y de la teoría del delito.<sup>217</sup> Ante la multiplicidad de posiciones, indica que lo único que está fuera de discusión es no necesitar ser abarcadas por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad. Y es precisamente esto lo que debería provocar su rechazo, pues también se debe tomar en cuenta que las condiciones objetivas de punibilidad son el último reducto dogmático de la responsabilidad objetiva.

Por tales razones, afirma que solo negando su existencia es posible la consagración plena de un sistema penal basado en la imputación subjetiva y concluye: *“creemos que es la tesis correcta, particularmente si tenemos en cuenta que esa ubicación de nexo al tipo que no necesita de la tipicidad subjetiva correspondiente es abiertamente la confesión de que con ellas se postula la restauración de la responsabilidad objetiva.”<sup>218</sup>*

---

<sup>216</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 839-840.

<sup>217</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 55.

<sup>218</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal... Op. cit.*, p. 55.

Maurach<sup>219</sup> es otro autor que planteó la necesidad de que las condiciones objetivas de punibilidad deban eliminarse paulatinamente como objetivo de política criminal.

### **3.- Delitos calificados por el resultado y condiciones objetivas de punibilidad**

Las condiciones objetivas de punibilidad y los delitos calificados por el resultado presentan numerosas coincidencias, pero no son lo mismo. En ambos casos se produce una combinación de dos modelos de imputación de distinta intensidad y en sendos supuestos el legislador acude a esta técnica para hacer responsable al autor por la previsibilidad del riesgo que comportaba su acción.

Martínez Pérez propone diferentes criterios que permitirían la diferenciación de ambas figuras. En primer lugar, los delitos calificados por el resultado exigen un nexo de causalidad entre el hecho -generalmente doloso- y el resultado calificado. Esto significa que el hecho debe aparecer como *conditio sine qua non* del resultado, lo que no ocurre con las condiciones de punibilidad. En segundo lugar, en los delitos calificados por el resultado la conducta inicial ya configura una conducta típica, mientras que en las condiciones objetivas en tanto no acaezcan, dejan impune la conducta de riesgo. Sin embargo, ni la desconexión causal ni la antijuricidad de la conducta base constituye la diferencia esencial entre las figuras en cuestión. Esta viene dada por la conexión psicológica entre el comportamiento y el evento, inexistente en las condiciones objetivas de punibilidad. Esta desconexión es lo que hace inaplicables en la concepción del autor del delito las reglas generales del error, contrariamente a lo que ocurre en los delitos calificados por el resultado. De este modo, si se está frente a un resultado que permite calificar la conducta

---

<sup>219</sup> Maurach, Reinhart; Gössel, Karl H., y Zipf, Heinz. *Derecho Penal. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Genzsch Bofill, Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 372-373.

base y el resultado por la redacción típica ha de ser imputable a título de dolo o culpa, entonces nos encontramos frente a un delito calificado por el resultado.<sup>220</sup>

La previsión normativa que exige al menos la culpa para que el autor responda por la producción ulterior de un resultado más grave, desde cierta concepción, representa un criterio estructural para permitir el deslinde entre los delitos calificados por el resultado y las condiciones objetivas de punibilidad, tanto las propias como las impropias. En relación con los delitos calificados por el resultado, la diferenciación es todavía mayor en la medida pues el ulterior resultado más grave “*constituye también materialmente parte integrante del resultado típico de la infracción correspondiente y se trata, por ende, de un auténtico elemento del injusto.*”<sup>221</sup>

Un segundo criterio acentúa la divergencia entre ambas figuras en la relación de causalidad. El resultado necesario para configurar una calificación del delito debe conectarse con la acción básica dolosa por medio de un nexo de causalidad constatado por la teoría de la equivalencia de las condiciones, lo que no ocurre con las condiciones objetivas de punibilidad.

Los argumentos brindados para escindir las circunstancias condicionantes con los delitos de resultado o calificados por el resultado, se focalizan básicamente en la ajenidad con el elemento subjetivo, la inexistencia del nexo causal y la posible presencia de un resultado o evento que permita calificar la ofensa típica (lesión al bien jurídico tutelado).

Debemos entender que nuestro Estado de Derecho no puede tolerar la existencia o el agravamiento de una pena sin que el agente lo abarque con la forma de conocimiento, posibilidad de conocer, representación, previsión o posibilidad de prever que corresponda.

---

<sup>220</sup> Martínez Pérez, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid, Edersa, 1998, p. 89.

<sup>221</sup> *Ibidem*.

No hay justificación dogmática válida que contradiga tal conclusión, a no ser que se violente, de modo inconcebible, el principio de culpabilidad.

Tenemos entonces, como regla general que, cuando se trata de delitos calificados por el resultado es porque existe una consecuencia especial del hecho punible como parte del mismo tipo penal (de conformidad con la doctrina alemana aceptada en nuestro país), en otras palabras, cuando el resultado tiene una forma de culpabilidad, es porque se trata de un delito calificado por el resultado.

#### **4.- El dolo y la culpa respecto de las condiciones objetivas de punibilidad**

Tanto el sistema alemán como el italiano niegan rotundamente la necesidad de que las condiciones objetivas de punibilidad estén ligadas totalmente a alguna forma de culpabilidad.

Según Findaca y Musco, el problema de la compatibilidad entre las condiciones objetivas de punibilidad y el principio de culpabilidad se agrava, cuando existen eventos condicionantes con la capacidad de incidir en la ofensa ínsita en el hecho típico, profundizándola o agravándola. Según ellos y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional italiana (sentencia constitucional 364-1998), no es posible sustraer del principio de culpabilidad las condiciones objetivas de punibilidad intrínsecas; es decir, los sucesos capaces de incidir en la ofensa ínsita en el hecho típico, mientras que el principio de culpabilidad, en el plano subjetivo podrá considerarse respetado si las condiciones mencionadas resultan cubiertas al menos por culpa de manera a como el artículo 37 del Código Penal de nuestro país lo ordena en el caso de los delitos calificados por el resultado.<sup>222</sup>

---

<sup>222</sup> Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 796.

Según estos dos autores, para eliminar el contraste entre las condiciones objetivas de punibilidad y el principio de culpabilidad, se puede tomar otro camino más directo como es el rechazo de la distinción entre condiciones objetivas de punibilidad “*intrínsecas*” y “*extrínsecas*”, en la suposición de que todas las condiciones de punibilidad satisfagan intereses externos y antagónicos al bien jurídico lesionado por el delito y, por ello, sin influencia respecto a la ofensa típica; por eso, en el marco de una posición semejante, las condiciones objetivas de punibilidad mantendrían solo la función de reducir la relevancia penal de hechos que en caso contrario serían punibles y, en consecuencia, favorecerían al reo y no acarrearían problema alguno de imputación objetiva (tal como sucede con las circunstancias atenuantes), tomando así una condición extraña o indiferente respecto del principio de culpabilidad.<sup>223</sup>

Para Jescheck las condiciones objetivas de punibilidad son cuestión de punibilidad que solo dependen del hecho de su presencia o ausencia y por no pertenecer ni al tipo de injusto ni al de culpabilidad, el dolo y la imprudencia no necesitan referirse a ellas. Inclusive, en el caso de las condiciones impropias de la punibilidad, analizadas como causas encubiertas de agravación de la pena, en su esencia pertenecen al tipo de injusto, pero formalmente están configuradas como condiciones objetivas de punibilidad porque el legislador quiso hacerlas independientes de la necesidad de que aparecieran referidas al dolo, o en su caso, a la imprudencia.<sup>224</sup>

Según Jescheck, también pueden existir condiciones objetivas de punibilidad impropias con elementos que no son otra cosa que circunstancias del hecho encubiertas que fundamentan la punibilidad y que por razones político-criminales se encuentran también dissociadas del contexto del injusto y de la culpabilidad.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> *Ibidem*.

<sup>224</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal... Op. cit.*, pp. 834 y 836.

<sup>225</sup> Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal... Op. cit.*, p. 837.

De manera definitiva, no existe entonces desde el punto de vista dogmático, posibilidad de ligar las condiciones objetivas de punibilidad, al dolo o la imprudencia, pues por su naturaleza, se considera que no pertenecen ni al tipo de injusto ni a la culpabilidad y debido a lo anterior no pueden ser consideradas como consecuencias especiales del hecho.

## **J.- Condiciones objetivas de punibilidad y su distinción con los conceptos de: condiciones objetivas de procedibilidad, excusas legales absolutorias y causas de extinción de la responsabilidad criminal**

A efectos del presente trabajo es importante analizar de manera sumaria, algunos conceptos relacionados con el tema de la punibilidad que podrían traer una confusión por cuanto son temas que tienden a confundirse al momento de su designación en la práctica habitual y que no corresponden a lo que hemos venido denominando condiciones objetivas de punibilidad.

Las “*condiciones objetivas de punibilidad*” son aquellos contenidos normativos que fundamentan la penalidad; son circunstancias que sin pertenecer a la culpabilidad condicionan en algún delito la imposición de una pena.<sup>226</sup> Son circunstancias que estando fuera de la descripción típica condicionan la aplicación de la pena. Son objetivas pues por estar fuera del tipo, no se encuentran abarcadas por el dolo.<sup>227</sup>

En nuestro país, son ejemplo de ellas, el resultado en los delitos culposos, también la declaración de quiebra para el delito de quiebra fraudulenta<sup>228</sup> y la

---

<sup>226</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis, Colombia, 2012, p. 158.

<sup>227</sup> Silvestroni, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 2ª edición actualizada, 2007, p. 397.

<sup>228</sup> La declaración de quiebra se encuentra regulada en el artículo 851 del Código de Comercio costarricense.

tentativa o consumación del delito por parte del instigado para que sea punible el instigador.

Es interesante también el tema relacionado con los casos de las penas accesorias de Prestación de servicios de utilidad pública,<sup>229</sup> el tratamiento de

---

<sup>229</sup> *“Prestación de servicios de utilidad pública. Artículo 56 bis. La prestación de servicios de utilidad pública consiste en el servicio gratuito con fines comunitarios y socioeducativos que ha de prestar la persona condenada a favor de las instituciones públicas y las asociaciones o fundaciones que conformen la red creada para los efectos del cumplimiento de este artículo. Puede imponerse como pena principal o, en su defecto, como pena sustitutiva a la prisión, cuando se cumplan los requisitos de este artículo.*

*El Ministerio de Justicia y Paz promoverá la articulación de redes institucionales y con la sociedad civil para garantizar el control, el seguimiento y la disponibilidad de lugares donde se podrán realizar los servicios de utilidad pública. Asimismo, llevará un registro de las entidades autorizadas para tales efectos y lo informará periódicamente al Poder Judicial. En caso de que estas favorezcan el incumplimiento de la pena o dificulten el control de su ejecución, serán excluidas de la red de beneficiarios del servicio de utilidad pública y del registro.*

*En caso de haber sido impuesta una pena de prisión, y cuando no proceda la ejecución condicional de la pena, el tribunal sentenciador podrá reemplazarla por la prestación de servicios de utilidad pública, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

- a) Que la pena de prisión impuesta no sea superior a cinco años.*
- b) Que en la comisión del delito no se hayan utilizado armas en sentido propio, a excepción de lo dispuesto en la Ley N.º 7530, Ley de Armas y Explosivos, de 10 de julio de 1995.*
- c) Que la comisión del delito no se haya realizado con grave violencia física sobre la víctima.*
- d) Que el sentenciado no tenga antecedentes penales por delitos dolosos con pena superior a seis meses.*
- e) Que no se trate de delitos tramitados con procedimiento de crimen organizado, delitos contra los deberes de la función pública, delitos sexuales, homicidio doloso o feminicidio.*
- f) Que la persona sentenciada tenga la disposición de restaurar el daño causado a la víctima o comunidad, a través del trabajo de utilidad pública para fines socioeducativos o comunitarios, la voluntad de continuar un proyecto de vida al margen del delito y el compromiso de ajustarse a las condiciones que impongan la autoridad judicial y penitenciaria para el cumplimiento.*

*El servicio se prestará por la cantidad de horas y dentro del plazo que determine el juez de sentencia, considerando el daño causado y las circunstancias personales de la persona condenada. Esta pena no podrá ser superior a mil horas por año.*

*Corresponderá a la autoridad penitenciaria, a través del programa en comunidad, definir el lugar, el horario y el plan de cumplimiento, sin interferir con la jornada laboral o educativa de la persona condenada. Además, deberá informar trimestralmente, al juzgado de ejecución de la pena, sobre el cumplimiento de la sanción.*

*En caso de presentar algún incumplimiento, la autoridad penitenciaria lo informará de manera inmediata al juzgado de ejecución de la pena, quien dará audiencia por cinco días a la defensa y al Ministerio Público, y convocará a vista oral. Contra lo resuelto cabrá apelación con efecto suspensivo, en el plazo de cinco días, ante el tribunal sentenciador. El incumplimiento injustificado en la prestación del servicio facultará al juzgado de ejecución de la pena a revocarla, con lo cual el sentenciado deberá cumplir la pena de prisión originalmente impuesta.*

drogas bajo supervisión restaurativa<sup>230</sup> o el arresto domiciliario con monitoreo electrónico,<sup>231</sup> que condicionan la ejecución de las penas principales que

---

*Para tales efectos, cada ocho horas de prestación de servicio de utilidad pública equivale a un día de prisión.*

*Para los casos tramitados con el procedimiento de justicia restaurativa, así como la acreditación de las entidades y el seguimiento de la prestación del servicio de utilidad pública, se registrá conforme a lo establecido en la Ley de Justicia Restaurativa.”*

*(Así adicionado el párrafo por el artículo 48 de la Ley de justicia restaurativa, N° 9582 del 2 de julio del 2018).”*

<sup>230</sup> *“Tratamiento de drogas bajo supervisión judicial restaurativa. Artículo 56 ter. El tratamiento de drogas bajo supervisión judicial restaurativa consiste en aplicar como pena alternativa un abordaje terapéutico para la atención biopsicosocial de adicciones a drogas y sustancias psicoactivas, una vez que se determine que el delito cometido por el imputado está asociado a un consumo problemático de drogas y/o alcohol, mediante la aplicación del procedimiento restaurativo, cuyo plazo no excederá el monto de la pena principal.*

*La autoridad jurisdiccional competente deberá ejercer el control de la ejecución de esta pena alternativa. mediante audiencias de verificación, seguimiento según los objetivos establecidos por el equipo terapéutico a cargo, para evaluar avances, recaídas o recomendación de modificación del tratamiento.*

*En caso de incumplimiento grave e injustificado, la autoridad jurisdiccional revocará la pena alternativa y ordenará el cumplimiento de la pena principal. Para tal efecto, un día de internamiento de tratamiento equivale a un día de prisión y dos días de tratamiento ambulatorio equivale a un día de prisión.”*

*(Así adicionado por el artículo 49 de la Ley de justicia restaurativa, N° 9582 del 2 de julio del 2018).”*

<sup>231</sup> *“Arresto domiciliario con monitoreo electrónico. Artículo 57 bis. El arresto domiciliario con monitoreo electrónico es una sanción penal en sustitución de la prisión y tendrá la finalidad de promover la reinserción social de la persona sentenciada con base en las condiciones personales y sociales reguladas para la fijación de la pena. Para facilitar la reinserción social de la persona sentenciada, las autoridades de ejecución de la pena promoverán la educación virtual a distancia mediante el uso del Internet.*

*Al dictar sentencia, el juez tendrá la facultad de aplicarla, siempre que concurran los siguientes presupuestos:*

- 1) Que la pena impuesta no supere los seis años de prisión.*
- 2) Que no sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, según el artículo 2 de la Ley N° 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, de 22 de julio de 2009, ni delitos sexuales contra menores de edad, ni en delitos en que se hayan utilizado armas de fuego.*
- 3) Que se trate de un delincuente primario.*
- 4) Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*

*En este caso, a las veinticuatro horas de la firmeza de la sentencia la persona condenada deberá presentarse a la oficina que al efecto defina la Dirección General de Adaptación Social, la que valorará su caso y determinará su ubicación dentro del programa, sus obligaciones, su control y atención técnica de cumplimiento.*

contiene nuestro Código Penal al cumplimiento de los presupuestos procesales señalados en esos artículos. Debe resaltarse que las condiciones objetivas de punibilidad no lo serían las penas accesorias en sí mismas, sino la falta de los requisitos que señalan dichas normas, pues en su defecto, se aplicaría la pena privativa de libertad correspondiente; le corresponde al juez fundamentar si concurrieron los presupuestos señalados en dichos artículos en el caso concreto cuando emite la resolución respectiva al finalizar el proceso cuando se trata de una sentencia condenatoria.

En segundo lugar, también tenemos las causas que excluyen la penalidad y que son conocidas en el ordenamiento jurídico costarricense como “*excusas legales absolutorias*”, tratadas en doctrina simplemente como “*excusas absolutorias*” y al igual que las condiciones objetivas de punibilidad, no necesitan ser abarcadas por el dolo del autor por no ser elementos de la tipicidad. En estos casos la penalidad es excluida por el legislador por considerarlo conveniente, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata de causas vinculadas a la persona del autor y que, por lo tanto, solo le afectan a él y no a los demás participantes del delito.<sup>232</sup>

Recordemos que estas no pueden ser consideradas como condiciones objetivas porque estas son circunstancias que se añaden a la acción de quien realiza un injusto responsable para que se genere responsabilidad y nunca para evitarla. En otras palabras, las condiciones objetivas de punibilidad se refieren a la producción de un resultado que no necesita estar abarcado por el dolo o la

---

*El juez competente podrá autorizar salidas restringidas por razones laborales, salud, educación u obligaciones familiares, previo informe rendido por el Instituto Nacional de Criminología. Es obligación de la persona condenada no alterar, no dañar, ni desprenderse del dispositivo, reportar cualquier falla o alteración involuntaria y acatar las condiciones impuestas. En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, el juez competente podrá variar o revocar esta modalidad de cumplimiento de la pena y ordenar el ingreso a prisión.”*

*(Así adicionado por el artículo 9° de la ley N° 9271 del 30 de setiembre de 2014, "Mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal")."*

<sup>232</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito...Op. Cit.*, 2012, pp. 158 y 159.

culpa de su autor y que solo existen para condicionar la aplicación de la pena.<sup>233</sup>

Si bien es cierto la doctrina alemana define las condiciones objetivas de punibilidad propias como causas de restricción de la pena, lo que esto significa es que mientras dichas condiciones no se presenten no habrá penalidad en los tipos penales que lo requieran, pero no por esto se debe de entender que existen condiciones objetivas de punibilidad que excluyan de manera expresa la aplicabilidad de la pena, como sucede con las causas de justificación para excluir la antijuricidad de una conducta.

En nuestro país, ejemplo de excusas legales absolutorias lo serían:

1.- El caso del delito de libramiento cheque sin fondo, expresamente excluye la pena cuando el imputado abonare el importe del cheque dentro de los cinco días siguientes a la notificación.<sup>234</sup>

2.- El caso del desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo en la tentativa cuando el autor evita la consumación del delito, eximiendo la pena ya fundada en la tentativa.<sup>235 236</sup>

---

<sup>233</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 8ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 400.

<sup>234</sup> “*Libramiento de cheques sin fondo. Artículo 250.-Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, o con sesenta a cien días multa, el que librare un cheque, si concurren las siguientes circunstancias y el hecho no constituye el delito contemplado en el artículo 221:*

1) *Si lo girare sin tener provisión de fondos o autorización expresa del banco, y si fuere girado para hacerlo en descubierto;*

2) *Si diese contraorden de pago, fuera de los casos en que la ley autoriza para ello;*

3) *Si lo hiciere a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá ser legalmente pagado.*

*En todo caso el librador deberá ser informado personalmente de la falta de pago, mediante acta notarial, o por medio de la autoridad que conozca del proceso. Quedará exento de pena, si abonare el importe del cheque dentro de los cinco días siguientes a la notificación.”*

<sup>235</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito...Op. Cit.*, 2012, p. 159.

<sup>236</sup> El profesor Francisco Castillo las llama “*causales de exclusión personal de la pena*” o “*causales personales de no punibilidad*”, que eliminan la pena para quien las realiza, pero deja subsistente el carácter típico, antijurídico y culpable del hecho. Al respecto ver: Castillo González, Francisco. *Tentativa y desistimiento voluntario*. 1ª edición, Editorial Jurídico Continental, 2000, pp. 11 y 124. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que otra opinión doctrinal considera que estas son causas de atipicidad, posición que nosotros seguimos y que

3.- La jurisprudencia nacional ya ha señalado que la conciliación es una causa de exclusión personal de la penalidad.<sup>237</sup>

En tercer lugar, la doctrina distingue las denominadas “*condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad*” que son aquellas que condicionan no la existencia del delito sino su persecución procesal, es decir, el inicio de un procedimiento penal. Se trata de obstáculos procesales que en el fondo tienen la misma función que las condiciones objetivas de punibilidad.<sup>238</sup>

En nuestro país, son ejemplos de condiciones objetivas de procedibilidad:

1.- La necesidad de la formulación de la denuncia para que el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal pública en los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada, de conformidad con los artículos 17 y 18 del Código Procesal Penal costarricense.

2.- El cumplimiento de los requisitos para el escrito de la acusación, de la querrela o de la acción civil resarcitoria, formalidades necesarias para su admisibilidad formal dentro del proceso, de conformidad con los artículos 74, 112 y 303 del Código Procesal Penal.

Por último, y no por ello menos importante, doctrinariamente se habla también de otro punto fundamental para el tratamiento del estadio de la punibilidad dentro de la teoría del delito, el cual corresponde a las denominadas

---

es tomada por los juristas Rosaura Chinchilla Calderón, Javier Llobet Rodríguez, Santiago Mir Puig, Juan Fernández Carrasquilla y Laura Pozuelo Pérez entre otros. Al respecto ver: Chinchilla Calderón, Rosaura. *Principio de legalidad ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R.?*. 1ª Edición, IJSA, San José, Costa Rica, 2010, p.p. 63-89.

<sup>237</sup> "II. [...] En todo caso, cabe recordar que la conciliación - a diferencia de la reparación integral del daño - es una causa personal de exclusión de la penalidad, por lo que sus efectos sólo alcanzan a quienes participan en la misma (en este sentido, Sala Tercera, resolución número 36, de las 8:53 horas, del 3 de febrero de 2010). De manera que aún asumiendo como verdadero el alegato del resarcimiento completo del perjuicio económico causado a los ofendidos, por parte del notario G.B., las consecuencias de la conciliación no beneficiarían a A, pues tal y como él mismo lo plantea, no fue él quien concilió con los ofendidos. Así las cosas, debe atenerse a lo indicado por esta Sala, en el mencionado considerando segundo de la sentencia de casación." (Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, número 2012-00142 de las once horas cuarenta y ocho minutos del 27 de enero del 2012).

<sup>238</sup> Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito...Op. Cit.*, 2012, p. 158.

*“causas de extinción de la responsabilidad criminal”* que extinguen la responsabilidad penal del autor de un delito ya cometido, aunque se den todos los elementos o categorías que normalmente fundamentan la exigencia de una responsabilidad criminal. Se diferencian de las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad en que no afectan para nada la existencia del delito, sino su perseguibilidad en el proceso penal, es decir, su apreciación impide la continuidad del proceso o la condena del acusado si se llegan a tomar en cuenta en la sentencia. Son ejemplos de esta categoría: la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, el indulto, la amnistía, la prescripción del delito y de la pena, la cosa juzgada y el perdón judicial entre otras. En específico, encontramos regulados la amnistía y el indulto en los artículos 89 y 90 del Código Penal respectivamente; también se encuentra regulado en el artículo 93 de dicho cuerpo normativo lo relativo al perdón judicial. El tema de la prescripción de la pena se encuentra regulado en el artículo 84 del Código Penal y lo respectivo a la prescripción de la acción penal lo encontramos regulado en los artículos 31 a 35 del Código Procesal Penal, temas que por exceder el tema propuesto no se desarrollarán en este trabajo.

## Capítulo III

### **El delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad**

En el presente capítulo se analizará el delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad que contiene el Código Penal costarricense. Se hará un breve recuento histórico de su origen, así como de sus componentes normativos y de lo que se considera son fallas del tipo penal para luego hacer una proposición de *lege ferenda*.

#### **A.- Establecimiento del delito sustracción de personas menores de edad o con discapacidad en el Código Penal costarricense**

Cualquier análisis sobre un tipo penal de la parte especial del Código Penal, debe hacerse desde el punto de vista del bien jurídico por este tutelado, pues tomar en cuenta este aspecto facilita la comprensión de lo que pretende regular la norma dentro de un ordenamiento jurídico en un contexto y época determinada.

Aunque es muy importante establecer la ubicación de cada tipo dentro del Código Penal y relacionarlo con las conductas de otros delitos que regulan la misma materia, debemos tomar en cuenta el aporte realizado por la sentencia número 525 de las 14:24 horas del 3 de febrero de 1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en lo que respecta a la interpretación de la materia penal. Esta sentencia elimina la posibilidad de sostener que en Costa Rica el bien jurídico protegido por una disposición legal determinada se corresponde con el título de una sección o del mismo artículo de la ley penal, pues lo correcto es extraer al bien jurídico tutelado de una

adecuada lectura del propio texto del artículo u artículos creados por el legislador.<sup>239</sup>

Respecto del delito de referencia, nuestra legislación mantuvo por mucho tiempo dicho ilícito enmarcado dentro del tema de la “*libertad individual*”. Así ocurrió con el texto del Código Penal de 1880<sup>240</sup> ubicado en el capítulo III como “*Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares*”, definiéndolo en el artículo 164 como “*la sustracción de un menor de diez años*” que cuando era realizada “*por un pariente dentro del cuarto grado del menor y con la mira de mejorar su condición*”, se tornaba como una atenuante. Dicho artículo en su literalidad nos decía lo siguiente:

“*Artículo 164. La sustracción de un menor de diez años será castigada con presidio interior mayor en cualquiera de sus grados. Si el sustraído fuere mayor de diez y menor de diez y siete años, la pena será presidio interior menor en cualquiera de sus grados. Cuando la sustracción se hubiere verificado por un pariente dentro del cuarto grado del menor y con la mira de mejorar su condición, será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados.*”

El Código Penal de 1924<sup>241</sup> lo incluyó dentro del Título “*Delitos contra la libertad y la inviolabilidad de domicilio y correspondencia*” y, específicamente, en el Capítulo 1° como “*Delito contra la libertad individual*”. Le dio el mismo formato típico, únicamente agregando la retención u ocultación como formas comisivas. En dicho Código Penal el delito en estudio se reguló en los siguientes tipos penales:

---

<sup>239</sup> El-Khoury Jacob, Henry Issa y Chirino Sánchez, Alfredo. “Bien jurídico y derecho de castigar del estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la Sala Constitucional.” En: *Revista de Ciencias Penales*. Año 5, Número 7, julio de 1993, p.10.

<sup>240</sup> Código Penal de Costa Rica del 1° de julio de 1880, recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=7306&nValor3=96758&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=7306&nValor3=96758&strTipM=TC) el día 12 de mayo del año 2019.

<sup>241</sup> Código Penal de Costa Rica del 27 de junio de 1924, recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35220&nValor3=83785&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35220&nValor3=83785&strTipM=TC) el día 12 de mayo del año 2019.

*“Artículo 334. Sustracción u ocultación de un menor de diez años. El que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres o guardadores, y el que lo retuviere u ocultare, serán penados con prisión en sus grados cuarto a sexto. Cuando la sustracción, retención u ocultación tengan por móvil la protección del niño, o su educación u otro motivo moral, la pena podrá aplicarse con descenso hasta de cuatro grados, según las circunstancias, con tal que resultare ser cierta la necesidad de amparo, de cuidados o de educación del niño y que el delincuente tenga con él parentesco.*

*Artículo 335. No presentación de un menor a sus padre o guardadores. En la misma pena incurrirá el que hallándose encargado de la guarda de un menor de diez años, no le presente a sus padres o guardadores que lo solicitaren, o no justifique su desaparición de modo satisfactorio.*

*Artículo 336. Ocultación de un menor de diez años. Se impondrá prisión en su grado primero, al que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía a un niño menor de diez años, que se hubiere sustraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido.”*

Ya en el texto de 1941<sup>242</sup> este delito constituía un ilícito contra “*La libertad individual*”, pero conservó la sustracción, la retención y la ocultación como formas conductuales del delito, agregando la no presentación a los padres o guardadores en el caso de hallarse ejerciendo obligaciones de guarda de la persona menor de edad. Al respecto nos decía el artículo 248 lo siguiente:

*“El que sustrajere a un menor de doce años del poder de sus padres, tutores o guardadores, y el que lo retuviere u ocultare, serán penados con prisión de cinco a diez años. En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la guarda de un menor de doce años, no lo presentare a sus padres o guardadores ni diese explicación satisfactoria acerca de su desaparición.”*

---

<sup>242</sup> Código Penal de Costa Rica del 21 de agosto de 1941, recuperado de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=37382&nValor3=83854&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=37382&nValor3=83854&strTipM=TC) el día 12 de mayo del año 2019.

El texto de 1970 dio un giro y lo ubicó en la Sección III del Título VI, en los delitos contra “*la familia*”.

Conforme a esta referencia retrospectiva se concluye que el actual Código Penal varió sustancialmente el tipo sistemático. El énfasis de la ofensa se refiere a los derechos familiares. La justificación del legislador se orientó a la protección que nuestra Constitución Política ofrece a la familia. Así, por ejemplo, la exposición de motivos del texto de 1970 indica “...*se inspira en el texto constitucional que considera a la familia como un bien jurídico digno de especial protección...*”.<sup>243</sup>

Actualmente el delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad se encuentra regulado en dos disposiciones normativas que forman parte del ordenamiento jurídico costarricense.

La primera disposición es el artículo 184 del Código Penal que se titula y dice lo siguiente:

*“Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva. Será reprimido con prisión de cinco a diez años, quien sustraiga a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas; igual pena se aplicará contra quien retenga a una de estas personas contra la voluntad de estos. Cuando sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, serán sancionados con pena de prisión de seis meses a dos años.”*

El texto originalmente promulgado en el Código Penal, en el Alcance N° 120 al diario oficial “La Gaceta” N° 257 del 15 de noviembre de 1970, estipulaba lo siguiente:

---

<sup>243</sup> Sentencia del Tribunal de Casación Penal de San José número 017-F-97, de las 10 horas con 30 minutos del 15 de enero de 1997. Al respecto puede verse también Sáenz Montero, Manfred. “Exposición de Motivos del Código Penal”. En: *Ley Penal Costarricense... Op. cit.*, p. 74.

*“Artículo 184.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, quien sustrajere a un menor de doce años o a un incapaz, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o persona encargada o el que lo retuviere contra la voluntad de éstos; pero si hubiere prestado consentimiento y fuere mayor de doce años se rebajará la pena prudencialmente. Igual pena tendrá el que sirviere de intermediario para que un menor de edad salga de la Patria Potestad de sus padres sin llenar los requisitos de ley. La pena se aumentará en un tercio cuando la intervención se hace con ánimo de lucro.”*

Más adelante, el tipo fue reformado por el artículo 69 de la Ley 7600 del 02 de mayo de 1996 denominada *“Ley de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”*, publicada en el diario oficial *“La Gaceta”* N° 102 del 29 de mayo de 1996 que introdujo el siguiente texto:

*“Artículo 184.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, quien sustraiga a un menor de doce años o a una persona sin capacidad volitiva o cognoscitiva, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas o el que lo retenga contra la voluntad de estos; pero si ha prestado consentimiento y es mayor de doce años rebajará la pena prudencialmente. Igual pena tendrá quien sirva de intermediario para que un menor de edad salga de la patria potestad de sus padres sin llenar los requisitos de Ley. La pena se aumentará en un tercio cuando la intervención se haga con ánimo de lucro.”*

El texto que encontramos actualmente del artículo 184 del Código Penal luego fue nuevamente reformado por el artículo 2° de la ley *“Reforma Código Penal para Endurecer las Penas por Sustracción y Homicidio de Niños, Niñas, Adolescentes y Personas con Discapacidad”*, ley N° 8387 de 8 de octubre de 2003, publicada en el diario oficial *“La Gaceta”* N° 196 del 13 de octubre del año 2003.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> Sáenz Montero, Manfred. *Ley Penal Costarricense (Código Penal, Leyes Especiales y Conexas)*. Editorial Jurídica Continental, 3ª edición, Costa Rica, 2019, p. 408.

Posteriormente, se introdujo al Código Penal otra disposición que entró abiertamente en conflicto con el artículo 184 del Código Penal ya mencionado, por tutelar y castigar la conducta de sustraer una persona menor de edad o una con discapacidad; esta norma corresponde al actual artículo 192 bis del Código Penal que dice lo siguiente:

*“Artículo 192 bis. - Sustracción de la persona menor de edad o con discapacidad. Será reprimido con prisión de diez a quince años, quien sustraiga a una persona menor de edad o con discapacidad cognitiva o física, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas. La pena será de veinte a veinticinco años de prisión, si se le infligen a la víctima lesiones graves o gravísimas, y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión, si muere. Cuando sean los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad, con discapacidad o sin capacidad para resistir serán sancionados con pena de prisión de veinte a veinticinco años.”*

Esta disposición fue incorporada en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 9095 del 26 de octubre de 2012 denominada *“Ley contra la trata de personas y creación de la Coalición Nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas”* (CONATT); publicada en el alcance N° 27 del diario oficial *“La Gaceta”* N° 28 del 08 de febrero del 2013.<sup>245</sup>

El siguiente cuadro comparativo explica la evolución que ha tenido este delito en nuestro país a través de la historia:

---

<sup>245</sup> Sáenz Montero, Manfred. *Ley Penal Costarricense...* Op. cit., p. 423.

<b>Sustracción de persona menor de edad o incapaz</b>	<b>Sujeto activo</b>	<b>Sujeto pasivo</b>	<b>Verbo rector</b>	<b>Bien jurídico tutelado</b>	<b>Penalidad</b>
Artículo 164 del C.P. de 1880	Sujeto indeterminado/ Pariente cercano	Menor de diez años/ Menor de diecisiete, pero mayor de diez	Sustraer	Libertad individual/ Seguridad individual	Presidio interior mayor en cualquiera de sus grados. Presidio interior menor en cualquiera de sus grados. Reclusión menor en cualquiera de sus grados.
Artículos 334, 335, 336 del C.P. de 1924	Sujeto indeterminado/ Encargado de la guarda	Menor de 10 años	Sustraer, retener, ocultar y no presentar	Libertad individual	Prisión que se determina entre sus grados cuarto a sexto.
Artículo 248 del C.P. de 1941	Sujeto indeterminado	Menor de 12 años	Sustraer, retener, ocultar y no presentar	Libertad individual	Prisión de 5 a 10 años.
Artículo 184 del C.P. de 1970	Sujeto indeterminado/ Padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas	Persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognitiva	Sustraer, retener	Pluriofensivo	Prisión de 5 meses a 10 años. Prisión de 6 meses a 2 años.
Artículo 192 bis del C.P. de 1970	Sujeto indeterminado/ Padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas	Persona menor de edad o con discapacidad	1.- Sustraer. 2.-Sustraer con resultado de lesiones graves o gravísimas. 3.-Sustraer con resultado	Pluriofensivo	1.- Prisión de 10 a 15 años. 2.- Prisión de 20 a 25 años. 3.- Prisión de 35 a 50

			muerte. 4.-Sustracción por autor determinado		años. 4.- Prisión de 20 a 25 años.
--	--	--	---	--	---

Como puede observarse, esta ha sido una conducta que ha preocupado al legislador costarricense desde el año de 1880, y el bien jurídico protegido ha variado desde la tesis de la libertad individual hasta otros puntos de vista que tienen que ver con los derechos de la persona menor de edad o con discapacidad como sujetos de derechos.

A continuación, se analizará el tema de la conflictividad existente entre las últimas dos normas mencionadas, por coexistir y tener un contenido muy similar, pero con penas distintas, respecto a la conducta de sustracción de una persona menor de edad o con discapacidad.

## **B.- El conflicto normativo entre el artículo 184 y el artículo 192 bis del Código Penal**

Uno de los problemas más comunes en la práctica forense de los jueces es la de poder definir cuál tipo penal debe aplicarse ante un caso de una sustracción de una persona menor de edad o con discapacidad. Esta situación puede identificar un conflicto entre los artículos 192 bis y el artículo 184 del Código Penal; ambos sancionan la sustracción y la retención, pero con penas muy diferentes, pues el artículo 192 bis contiene penas más severas, existiendo también un cambio de régimen respecto a la forma en que se tipifica el verbo nuclear de retención.

Ante esta situación podrían plantearse varias soluciones *a priori*; una de ellas atiende al hecho de que el artículo 192 bis por ser una ley más nueva deroga tácitamente el artículo 184. Esto porque una ley general posterior

deroga completamente una ley general anterior que regula la misma materia, aunque no hubiera una declaración de derogatoria expresa.<sup>246</sup>

A nivel jurisprudencial se ha analizado el tema planteado por un Tribunal de juicio que resolvió un asunto aduciendo que el artículo 192 bis del Código Penal se aplica cuando el delito ha tenido conexión con temas de trata de personas, siendo que el artículo 184 del Código Penal se aplicaría en todos los demás casos, posición esta que ha sido rechazada por los más altos tribunales.<sup>247</sup>

Por otro lado, el profesor Ricardo Salas ha afirmado en una de sus obras que el artículo 192 bis del Código Penal vino a derogar al artículo 184 del mismo cuerpo normativo, pero en relación con la normativa que regula la acción de sustraer una persona menor de edad o incapaz y no con respecto a la acción de retener, por lo que parecería que el delito de retención quedó subsistente dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Incluso llegó a afirmar que ambos

---

<sup>246</sup> Señala el artículo 129 de la Constitución Política costarricense lo siguiente: “*Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial. Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice. No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa. La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución*”. (Así reformado el párrafo anterior por el inciso d) del artículo 1° de la Ley N° 8281 de 28 de mayo del 2002). Constitución Política de la República de Costa Rica. Ley de iniciativa popular. edición 34. San José Costa Rica, IJSA, enero del 2017, p. 47. Por otro lado, nos dice el artículo 8° del Código Civil de Costa Rica: “*Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que, en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado*”. (Así reformado por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 1°), Código Civil de Costa Rica, 7ª edición, San José, Costa Rica, IJSA, junio del 2000. Al respecto, también confrontar: Castillo González, Francisco, *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 194.

<sup>247</sup> En ese sentido se puede consultar la sentencia número 237-17 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz, de las trece horas treinta minutos del 17 de octubre del año 2017.

artículos sancionan la sustracción de personas con discapacidades mentales específicas en cada uno de dichos artículos.<sup>248</sup>

Estas situaciones que tienen su origen en el hecho de que, en los actuales Códigos Penales publicados en nuestro país se incluyan ambos artículos sin advertir la derogatoria tácita de uno de ellos, trae consigo el problema de generarle a los operadores del derecho una confusión al momento de su aplicación, situación que finalmente debe ser resuelta con el uso y la aplicación de los principios básicos de los conflictos normativos.

En términos generales, los conflictos normativos son aquellas situaciones de incompatibilidad entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y con el mismo ámbito de validez, por lo que la aplicación de una de ellas produce resultados contrarios a los que genera la aplicación de la otra. Ahora bien, para resolver una colisión normativa se pueden aplicar varios criterios, entre los cuales encontramos: la jerarquía, la competencia, el procedimiento, la especialidad, el cronológico y la prevalencia.<sup>249</sup>

Como el problema que nos atañe corresponde a un choque de tipos penales promulgados en diferente tiempo, regulando la misma materia y teniendo el mismo grado como fuente del derecho y porque la norma penal es aplicable a todo el territorio nacional sin que por ello exista un conflicto de

---

<sup>248</sup> En igual sentido puede consultarse: Salas, Ricardo. “La sustracción de personas menor de edad o con discapacidad (arts. 184 y 192 del Código Penal)”, en: *Derecho penal especial*. 1ª edición, San José, Costa Rica, IJSA, marzo del 2019, p. 41, quien además afirma lo siguiente: “(...) Cotejando ambas construcciones típicas resulta que el artículo posterior, el 192 bis, desplazó en una serie de aspectos al 184, pero no incluyó la retención a cargo de alguien que no sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas de la persona menor de edad o sin capacidad, en una especie fáctica como esa, el tipo penal que rige es el 184, y no el 192 bis...Asimismo, se podría especular que el artículo 184 abarca la sustracción de personas con discapacidad volitiva y cognitiva, mientras que el 192 bis sólo con discapacidad cognitiva o física. Si se dijera que esta incluye a la otra, sería entonces una distinción muy sutil y podría ser incluso una complicación innecesaria (o, como algunos lo llaman “pseudoproblema”). En caso de que, conforme al criterio profesional en ciencias de la conducta, se dijera que no es así, sino que se trata de capacidades diferenciadas, porque la capacidad cognitiva es la habilidad de comprender, con base en la información que se recibe, lo que se hace, y que la capacidad volitiva es la habilidad de actuar en función de su comprensión y controlar sus actos, entonces la sustracción de una persona sin capacidad volitiva (aunque con capacidad cognitiva), se regiría por el artículo 184, en vez del 192 bis...”.

<sup>249</sup> Hernández Valle, Rubén. *El Derecho de la Constitución*. Tomo I, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2004, p. 478.

competencia, el tema a discutir respecto a los artículos 184 y 192 bis, ambos del Código Penal, se resuelve mediante el criterio cronológico.

Este criterio cronológico que se utiliza para evitar la existencia de antinomias dentro de un ordenamiento jurídico se refiere al sistema constitucional de la “*derogación*” en el proceso de creación y sucesión de leyes.

La derogación puede ser expresa o tácita. La primera consiste en la declaración expresa contenida en el acto sobreviniente de que se deroga la norma anterior, con o sin sustitución de ella. La segunda en cambio resulta de la objetiva incompatibilidad entre la nueva norma y la preexistente. Ahora bien, si se hablara de una derogatoria tácita por incompatibilidad entre la nueva norma y la preexistente, no siempre las normas anteriores se encuentran en específica contradicción con las normas sobrevinientes.<sup>250</sup>

La derogación expresa se configura desde el punto de vista jurídico como un retiro de un acto precedente por el mismo sujeto investido de autoridad para dictarlo. Es decir, esa expresión indica al mismo tiempo el acto de derogación y el efecto como dos aspectos de un mismo acto. La derogación tácita en cambio, aparece más íntimamente fundada sobre el doble principio de la inextinguibilidad del poder y de la prohibición de antinomias. En este caso tiene relevancia, sobre todo, el efecto derogatorio ligado a la entrada en vigor de la norma sucesiva, como condición necesaria para que esta pueda innovar libremente el ordenamiento jurídico y expresar, de esa forma, la función que le es propia.<sup>251</sup>

En consideración a lo anterior, la ley número 9095 en la cual se promulgó el actual artículo 192 bis del Código Penal contiene un mandato de derogatoria tácita dentro de su mismo articulado, que ordena el acatamiento obligatorio de dicha ley frente a otras similares que regulen la misma materia que se opongan a esta o que resulte incompatible con su aplicación; por eso, el artículo 192 bis del Código Penal deroga de manera tácita el artículo 184 del Código Penal.

---

<sup>250</sup> Hernández Valle, Rubén. *El Derecho de la Constitución*. Tomo I, p. 491 y 492.

<sup>251</sup> Hernández Valle, Rubén. *El Derecho de la Constitución*. Tomo I, p. 492 y 493.

Además, se debe tener en cuenta el criterio cronológico de que la norma posterior deroga a la anterior, que ya de por sí es un criterio suficiente pues dichas normas son tipos penales prácticamente idénticos. Al respecto dice la norma de interés:

*“ARTÍCULO 88.- Orden público. Esta ley es de orden público y deroga todas las demás disposiciones legales que se le opongan o que resulten incompatibles con su aplicación.”*<sup>252</sup>

Esta fue la ley número 9095: *“Ley contra la trata de personas y creación de la coalición nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (CONATT)”*, que en su artículo 88 dispuso que dicha ley derogaba *“todas las disposiciones legales que se le opongan o que resulten incompatibles con su aplicación”*. En este sentido, al considerarse que los citados numerales 184 y 192 bis del Código Penal regulan la misma materia, la solución correcta, con sustento en el principio de que la norma posterior deroga a la anterior y más aún ante una derogatoria tácita en el ordinal 88 de la ley 9095, es que la norma aplicable en la actualidad lo es la del artículo 192 bis del Código Penal.

El artículo 88 de la ley 9095 es lapidario, pues no deja margen a interpretación: ordena la derogatoria no sólo de las disposiciones legales que la contraríen, se le opongan o tengan un contenido distinto a dicha ley, sino que también deroga las leyes que sean incompatibles con su aplicación. Además, por señalar que se trata de una ley de orden público, quiere decir que se trata de una norma irrenunciable e improrrogable, que además anula todas las leyes que se le opongan.

---

<sup>252</sup> Aunque podría pensarse que el problema podría solucionarse mediante la teoría del concurso aparente, a través del principio de especialidad, se debe recordar que el punto aquí sostenido lo es el hecho de que una de las dos normas está derogada, ya sea porque se considere que el artículo 192 bis del Código Penal, que es posterior, por un criterio cronológico, derogó al artículo 184 del mismo cuerpo normativo, o porque como vimos, este artículo 88 de manera literal señala una derogatoria de aquellas normas que sean incompatibles con las normas actuales de la ley número 9095. Esto tendría como efecto inmediato que el artículo 184 no se encontrara vigente, por lo que, como consecuencia de estas soluciones, no tendríamos dos normas que se excluyeran entre sí, requisito indispensable para el concurso aparente de normas.

Ahora bien, si se interpretara que este artículo 88 de la ley 9095 permite que se derogue al artículo 184 del Código Penal por el actual artículo 192 bis del mismo cuerpo normativo, dejando subsistente aquellas partes de dicho tipo penal que no se opongan a la nueva normativa, en lugar de tener por derogada toda la normativa anterior, dicha interpretación afectaría seriamente los principios de un sistema democrático y social de derecho, pues se apostaría por querer limitar y restringir de una mayor manera las libertades del ciudadano costarricense; aunque ambos supuestos hayan sido creados bajo el principio de reserva legal pues dos normas del mismo rango que regulen la materia no pueden coexistir al mismo tiempo.

A nuestro parecer, no podría afirmarse que la actual normativa del artículo 192 bis del Código Penal dejó subsistente lo relacionado al verbo “*retener*” contenido en el anterior artículo 184 del mismo Código. Esto por cuanto la nueva normativa de manera expresa regula lo relativo a la retención de una persona menor de edad o con discapacidad, pero con un nuevo régimen, en el cual los sujetos activos solo lo pueden ser los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas. Se crea así una nueva calificante que agrava la pena con respecto al delito base contenido en el párrafo primero del artículo 192 bis del Código Penal y aumentando la pena del artículo 184 con la misma modalidad, que consistía en una pena de prisión de seis meses a dos años.

Con respecto a que en el artículo 192 bis del Código Penal no se castiga tampoco el delito de retención como lo hacía el artículo 184 del Código Penal en el primer párrafo, se trata aquí de una cuestión de política criminal, totalmente atribuible a la voluntad del legislador. Alegar que subsiste el delito de retención para la figura básica del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad cuando la norma no lo prevé, consiste en realizar una interpretación que amplía de manera cualitativa el catálogo penal para un fenómeno criminógeno que el legislador no tuvo en cuenta.

A nuestro juicio, el artículo 184 del Código Penal resulta incompatible con lo estipulado en el artículo 192 bis del Código Penal, pues de conformidad con el artículo 88 de la ley 9095, el artículo 184 del Código Penal quedó derogado.

Por último, debemos tener claro que la derogación de una norma solo termina con su existencia hacia el futuro, pues esta sigue siendo aplicable a las situaciones nacidas a su amparo. O sea, que la norma derogada en aplicación del criterio cronológico sigue surtiendo efectos respecto de las situaciones que no se hayan agotado al momento de su derogación. Por ello, puede concluirse que la derogación no elimina la norma anterior, sino que circunscribe la eficacia en el tiempo de la norma derogada a partir del momento de entrada en vigor de la norma derogante, sin perjuicio de que esta pueda surtir efectos retroactivos cuando lo permite el mismo ordenamiento, por ejemplo, para beneficiar al imputado.<sup>253</sup>

### **C.- Análisis del tipo penal de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad**

El delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad se encuentra regulado en el artículo 192 bis, ubicado en el Título V “*Delitos contra la libertad*”, Sección I “*Delitos contra la libertad individual*”, del Libro II “*De los delitos*” del Código Penal costarricense. Su actual y vigente redacción dice lo siguiente:

*“Será reprimido con prisión de diez a quince años, quien sustraiga a una persona menor de edad o con discapacidad cognitiva o física, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas.*

*La pena será de veinte a veinticinco años de prisión, si se le infligen a la víctima lesiones graves o gravísimas, y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión, si muere.*

---

<sup>253</sup> Hernández Valle, Rubén. *El Derecho de la Constitución*. Tomo I, p. 494.

*Quando sean los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad, con discapacidad o sin capacidad para resistir, serán sancionados con pena de prisión de veinte a veinticinco años.”*

Para la comprensión de este tipo penal se va a enunciar, en primer término, las dudas que surgen al realizar su lectura, en consonancia con las reglas dogmáticas de la teoría del delito y normativas que han sido adoptadas en nuestras leyes (Código Penal y leyes especiales).

La posición por nosotros adoptada es que con respecto a la aplicación de las consecuencias especiales del hecho, se violan los principios de un Estado social y democrático de derecho, incluyendo los criterios para la determinación de la pena, cuando a pesar de estar ciertos resultados expresamente regulados en un tipo penal de la parte especial del Código Penal, se establecen penas más altas en virtud del denominado “*injusto adicional*”, cuando estas sirven para calificar un delito base doloso, alejándose de las penas ya contenidas en estos delitos que han sido regulados de manera independiente, al poner en práctica las reglas de los concursos de normas. Se rompe así la sistematicidad que debe guardar el catálogo penal para la asignación de penas por cada uno de los delitos que contiene.

Como ejemplo de lo anterior, encontramos precisamente el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, pues cuando sobreviene la realización de un delito de lesiones graves o gravísimas durante la ejecución del delito de sustracción, o incluso cuando se produce la muerte de la víctima como resultado calificante, se crea una nueva figura delictual que no guarda relación con los delitos independientes correspondientes, en razón del modo de ejecución al mediar una sustracción de un ser humano menor de edad o con discapacidad de por medio y también en lo que respecta a su pena, pues le asigna una sanción más alta que la ya asignada por el correspondiente delito independiente.

Lo anterior puede notarse de manera más clara con el siguiente cuadro:

Delito	Pena
Sustracción de persona menor de edad o con discapacidad con resultado de lesiones graves	De 20 a 25 años de prisión
Sustracción de persona menor de edad o con discapacidad en su figura básica	De 10 a 15 años
Lesiones graves	De 1 a 6 años
Sustracción de persona menor de edad o con discapacidad en su figura básica en concurso ideal con un delito de lesiones graves	De 10 a 15 años que sería la pena del delito más grave y aún puede aumentarse
Sustracción de persona menor de edad o con discapacidad en su figura básica en concurso material con un delito de lesiones graves	De 10 a 15 años por la sustracción más la pena por el delito de lesiones graves que sería de 1 a 6 años que fundamente al juez en el caso concreto

Vemos, entonces, que la pena para ambos delitos (de la sustracción de persona menor de edad o con discapacidad en su figura simple o básica más la del delito de lesiones graves) si se califican como un concurso material, tendrían una pena máxima de 21 años de prisión, que es mucho menor que la pena máxima que contiene el artículo 192 bis del Código Penal cuando es calificado por el resultado de lesiones graves (25 años de prisión).

Ahora bien, realizando un análisis del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, como un delito calificado por el resultado, esto en cuanto a los casos en que se infligiere a la víctima lesiones graves o

gravísimas o cuando se le produjere la muerte, es importante recordar algunos puntos importantes:

1.- El delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad debe ser analizado de conformidad con el artículo 37 del Código Penal.

Dicha norma nos dice que: *“Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará solo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos culposamente respecto a ella.”*

Según señala este artículo con claridad, para que la pena de una consecuencia especial del hecho se aplique en el caso concreto debe existir, al menos, un nexo subjetivo del autor o partícipe para con la consecuencia especial del hecho al momento de su comisión. Y esta conexión psíquica -como la hemos llamado- debe ser al menos culposa, es decir, nunca podría dejar de atribuirse dicha consecuencia a un caso fortuito, pues recaeríamos en la aplicación de un *versari in re ilícita*, propio de un derecho penal objetivo, totalmente vacío de contenido subjetivista.

Así, para el caso del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, el artículo 192 bis del Código Penal señala específicamente que la pena aumenta de 20 a 25 años de prisión, si se le infligen a la víctima lesiones graves o gravísimas, entiéndase, lesiones dolosas y de 35 a 50 años de prisión si muere. La muerte podría atribuirse de manera dolosa o culposa.

Ahora bien, cabría preguntarse si las lesiones graves o gravísimas podrían producirse de manera culposa como consecuencia especial del hecho, es decir, como resultado calificante del delito base doloso. Y en ese caso ¿qué pasaría?; ¿cabría aplicar la pena de la consecuencia especial del hecho o esta solo se aplica a las lesiones graves o gravísimas dolosas? Recordemos que el actual artículo 128 del Código Penal nos dice en lo conducente que: *“Se impondrá prisión hasta de un año, o hasta cien días multa, a quien por culpa cause a otras lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125 (...)”*. Los artículos 123, 124 y 125, corresponden respectivamente a los delitos de lesiones gravísimas, lesiones graves y lesiones leves.

¿Cabría entonces preguntarse si el artículo 192 bis del Código Penal, al establecer como consecuencias especiales del hecho las lesiones graves o gravísimas, permite referirse también al delito de lesiones culposas? Pensamos que no. De conformidad con la aplicación estricta del principio de legalidad, dicho delito solo hace referencia a las lesiones graves o gravísimas dolosas. De haber querido abarcar las lesiones culposas así hubiera sido estipulado por el legislador. El principio de legalidad y su requerimiento de determinación (*lege stricta*) pretende que el destinatario de la norma conozca con tanta precisión y claridad como sea posible, cuáles son las conductas cuya comisión u omisión podría traer aparejada la asignación de una sanción penal, lo cual se torna imposible si existen dificultades de interpretación que puedan perjudicar gravemente la seguridad jurídica y la justicia, provocando soluciones dispares o arbitrarias.

Además, realizando una interpretación restrictiva del delito de lesiones graves o gravísimas conforme al artículo 2 Código Procesal Penal, el legislador le llama así solo a las lesiones dolosas, ya que si incluyéramos a las lesiones culposas estaríamos realizando una interpretación amplia de una disposición penal que restringe la libertad, lo cual no es posible.

En segundo lugar, se podría decir también que por referirse el delito de sustracción de una persona menor de edad o con discapacidad a un tipo penal de naturaleza dolosa y como en nuestro ordenamiento jurídico existe el sistema de *numerus clausus* para los delitos culposos, la correcta interpretación sería la de aplicar el delito culposo solamente en aquellos casos en que exista una figura culposa expresa y determinada. Y el artículo 192 bis del Código Penal no fija una figura culposa como resultado calificante de manera expresa, pues solo hace referencia a los delitos de lesiones graves o gravísimas.

Por otro lado, y respecto a la muerte como consecuencia especial del hecho del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, esta debe devenir durante la ejecución o con ocasión de la sustracción de

persona menor de edad o con discapacidad, asignándole como pena por esta circunstancia la de 35 a 50 años de prisión.

Diferente es la situación de la conducta que se encuentra regulada en el artículo 112 inciso 3) del Código Penal que forma parte de una de las maneras de comisión del delito de homicidio calificado y que dice: “*Se impondrá prisión de 20 a 35 años, a quien mate: (...) 3) A una persona menor de doce años (...)*”, castigando así a quien produzca la muerte de una persona menor de edad pero hasta los 12 años, pues este delito se configura como una calificante y no como un delito calificado por el resultado, por la obvia razón de que la norma describe únicamente una sola conducta y porque la víctima posee una cualidad de minoría de edad.

2.- El delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad como delito calificado por el resultado contiene un injusto adicional.

Como ya se ha dicho, los delitos calificados por el resultado contienen una pena más alta que los delitos que lo conforman de manera separada e independiente; esto por una mera cuestión de política criminal, pues el legislador ha considerado que la conducta conformada por un delito base más otro delito que lo califica viene a constituirse en una especial forma de comportamiento que merece ser analizada de forma diferente. Esta valoración se realizaría en torno a la gravedad de la conducta injusta, considerada así por la gravedad con la que lesiona al menos dos bienes jurídicos de distinta o diferente especie, llamando así la atención sobre la necesidad de una sanción penal más fuerte y radical que la obtenida a través de las reglas del concurso ideal de las dos normas, consideradas de manera independiente. Sin embargo, por una cuestión de aplicación de principios democráticos y sociales de derecho, consideramos que la existencia del injusto adicional trae consigo la aplicación de una pena excesiva e irracional que no encuentra sustento sistemático en el mismo ordenamiento, ya que deriva del criterio del legislador para una época concreta y de acuerdo a uno o varios fenómenos criminógenos

y sociales determinados, que han generado a su vez, una alarma social que se ha visto acrecentada por los medios de comunicación colectivos.

3.- El delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad puede ser analizado bajo la teoría del riesgo, rompiendo el principio de culpabilidad o, inclusive, imputar el resultado calificante sin hacer alusión a una forma de culpabilidad.

Esto quiere decir que las consecuencias especiales del hecho que contiene dicho delito, como las de lesiones graves o gravísimas o la producción de la muerte de la víctima, podrían ser atribuidas al agente activo cuando exista un peligro serio de afectar a la víctima durante la ejecución del delito base (la sustracción de persona menor de edad o con discapacidad) por el hecho de haber sido sometida a una condición en la que existe un alto grado de probabilidad de sufrir un daño para su integridad física o para su vida (las condiciones desde las cuales se comete la sustracción del menor de edad o discapacidad).

Esta situación de peligro, desamparo, tormento o degradación podría convertirse en la razón especial de elevación de la pena si producto de la sustracción de la persona menor de edad o con discapacidad, se fundamenta en la realización del peligro específico y cuando finalmente termine en unas lesiones graves o gravísimas o incluso la muerte de la víctima.

Sin embargo, tal y como lo sostenemos, dicha situación amerita, además de determinar la situación de riesgo, realizar el análisis respectivo que indique la forma de responsabilidad subjetiva desde la cual devino la consecuencia especial del hecho pues, de no determinarse, estaríamos asignando a una persona la responsabilidad penal sin especificar el grado de conexión psíquica que existió entre el hecho y su persona: si fue una conducta culposa o dolosa.

4.- El delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad rompe la sistematicidad del Código Penal al asignar penas más altas cuando se dan las consecuencias especiales del hecho, que las penas que podrían

asignarse de manera independiente a la luz de las reglas de los concursos de normas.

Los delitos calificados por el resultado no guardan relación con la sanción o los grados de penas que han sido asignadas por el legislador a los tipos penales ya estipulados en nuestro Código Penal y que vienen a conformar una sola norma correspondiente al delito calificado por el resultado, pues obviamente, un delito calificado por el resultado puede concursar con otros delitos. Sin embargo, el delito base y el delito que lo califica como un resultado, son las normas que se valoran en una sola, que además tienen un solo contenido del injusto adicional -entiéndase único- para ambas normas y que, por ende, no concursan entre sí por razones de política criminal. También se irrespeta el principio de culpabilidad, por cuanto no se guarda el sentido de proporción ya asignado entre la pena y el grado de subjetividad con que se actúa en cada uno de estos delitos independientes, con la sanción que contiene el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad. Parece ser que el contenido de lo injusto de un delito aumenta por el solo hecho de combinarse con otra norma. Esto quiere decir que, en cuanto a las consecuencias especiales del hecho, se sigue el sistema de acumulación de la pena y en cuanto a las reglas del concurso ideal se sigue el sistema de asperación.<sup>254 255</sup>

---

<sup>254</sup> Respecto al problema de la penalidad que se determina en aplicación de las reglas de los concursos, se afirma en doctrina que el problema del concurso es, en la práctica, un problema de determinación de la pena; por ello el legislador tiene varias opciones. Así, el principio de acumulación, por el cual la pena de cada delito se fija separadamente y luego se suman; el principio de la absorción, por el cual solo se impone la pena correspondiente al delito más grave; el principio de asperación por el que se puede imponer una pena más grave en su grado máximo; el principio de la combinación por el que se combinan las distintas penas aplicadas en una sola pena; y el principio de la pena unitaria, por el que se impone una pena unitaria sin consideración al número de las diversas infracciones delictivas. Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 410.

<sup>255</sup> Respecto a la penalidad del concurso ideal se ha dicho lo siguiente: “*En la doctrina y en las legislaciones hay tres criterios para establecer la pena del concurso ideal de delitos. Hay legislaciones que, distinguiendo entre concurso ideal y real, aplican en ambos casos todas las penas por las violaciones jurídicas realizadas. Este sistema es llamado de cúmulo material (“tot delicta, tot poena”) y fue seguido por el Código italiano de 1930. El contrapunto de este sistema es el llamado de absorción (“poena maior absorvet minorem”), seguido por el Código penal francés (Art. 5), que aplica únicamente la pena del delito más grave, sea cual fuere el número*

Se asignan así, nuevas penas para combinaciones de delitos que ya existen y, además, se justifican dichas puniciones en un pretendido injusto adicional propio de los delitos calificados por el resultado que no podrían alcanzarse utilizando las reglas del concurso de normas. Con ello se quebranta la proporcionalidad y uniformidad pretendida en la determinación de las penas que busca un sistema social y democrático de derecho, configurándose el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad que nos ocupa como un delito con una de las penas más altas existentes en el Código Penal costarricense.

Como podemos derivar de una simple lectura del actual delito de sustracción de la persona menor de edad o con discapacidad, nuestro sistema penal permite establecer una pena mayor por un resultado de muerte culposo, que por un homicidio calificado de los tipificados en el artículo 112 del Código Penal, atendiendo al problema de que se estaría penando con mayor intensidad una conducta con resultado culposo que una conducta dolosa, siendo esto contrario al análisis ya realizado líneas atrás sobre la correspondencia que debe de existir entre la acción delictiva realizada y el grado de imputación subjetiva que debe ser considerado. Debemos recordar que el monto de la pena debe responder al reproche que merece el sujeto por el delito comprobado que se logra mensurar, de acuerdo con las reglas penológicas que en nuestro país encuentran regulación en el artículo 71 del Código Penal.

Con el objetivo de comprender el alcance de este tipo penal, a continuación, se analizarán las diferentes posiciones doctrinales existentes en la actualidad con respecto al bien jurídico protegido por el delito de Sustracción de personas menores de edad o con discapacidad.

---

*de delitos y sin posibilidad de agravación. En este sistema es casi innecesaria la distinción entre concurso ideal y real. Por último, se habla del sistema de cúmulo jurídico para indicar el sistema que aplica al delincuente, autor de un concurso ideal, la pena de la violación jurídica más grave, con un aumento, fijado por la ley directamente o por el juez, que en ningún caso puede ser mayor, sin embargo, a la suma de las otras penas.” Al respecto ver: Castillo González, Francisco. *El concurso de delitos en el derecho penal costarricense*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981, pp. 67-68.*

## 1.- Diferentes posiciones dogmáticas sobre el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad

Según parte de la doctrina latinoamericana, una vez que se determina el bien jurídico que un delito tutela, esto nos permite conocer o definir al menos *a priori*, quiénes son sus titulares y quiénes pueden lesionarlo o ponerlo en peligro<sup>256</sup> lo que a la vez introduce la posibilidad de generar, en algunos casos, causas de justificación (consentimiento del derecho habiente).

De conformidad con ello y a pesar de que el análisis del bien jurídico pertenece al ámbito de la antijuricidad material, entender cuál es el bien jurídico que un tipo penal pretende proteger, nos permite establecer cuál es el criterio o razonamiento que debe seguirse en el momento de determinar la tipicidad o atipicidad de ciertas acciones, especialmente de aquellas que presentan una acentuada problemática de subsunción en una norma específica.<sup>257</sup> Pero más

---

<sup>256</sup> Cobo, M., *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores)*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Jurídicas (a4), 1961, pp. 207-232, en [http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/DP/1960-1969\\_fasc\\_II.pdf](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/DP/1960-1969_fasc_II.pdf), recuperado el 22 de marzo del 2018.

<sup>257</sup> Debemos recordar que para el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, el análisis del bien jurídico se realiza a nivel de la tipicidad, esto según el desarrollo de su teoría de la tipicidad conglobante. Al respecto nos dice: “1.- *La elaboración dogmática del concepto de tipo, enmarcada en una general empresa reductora del poder punitivo, no puede construir un tipo objetivo al sólo efecto de proveer la base para el dolo en el tipo subjetivo, porque se reduciría a una creación al servicio de la simetría teórica, desentendiéndose de la misión política de acotar el ejercicio del poder punitivo y de descartar el que importa un grado intolerable de irracionalidad. Por ello, la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir sólo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo, toda vez que de no existir la conflictividad como carácter del pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo (art. 19 CN). (...) 3.- La tipicidad conglobante cumple su función reductora verificando que exista un conflicto (conflictividad), lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un agente (dominabilidad). (...) 4. La conglobación como operación determinante de la lesividad es una función claramente normativa, es decir que un pragma es típico no sólo cuando reúne los caracteres particulares exigidos por el respectivo tipo sistemático, sino también cuando es antinormativo (o sea, cuando viola la norma que se deduce del tipo) y con ello lesiona un bien jurídico...”. Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 461-462. Sin embargo, a nuestros efectos, seguimos la posición seguida por el profesor Francisco Castillo González que ubica el análisis del bien jurídico a nivel de la antijuricidad material,*

allá de ello, es importante realizar un análisis de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 28 de la Carta Magna costarricense para poder entender y determinar cuál es el bien jurídico que protege el artículo 192 bis de nuestro Código Penal, de conformidad con los estudios dogmáticos surgidos respecto al tema, no perdiendo de vista que el bien jurídico se analiza tomando en cuenta la redacción del tipo penal que esté vigente en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en consideración la forma en cómo se interprete en otros países el mismo delito pero con las salvedades propias de su país de origen y de cómo los autores interpreten dicha ley.

Nos dice el profesor Javier Álvarez García lo siguiente:

*“Respecto del bien jurídico tutelado no hay acuerdo en la doctrina española. Mientras que unos estiman que el bien jurídico es la seguridad del menor (p.ej., Díez Ripollés, González Rus), otros en cambio consideran que se trata de una norma del Derecho de familia, concretamente el derecho del niño a mantener relaciones regulares con cada uno de sus padres (Lloria García,*

---

considerando también que la falta de violación al bien jurídico tutelado excluye la tipicidad objetiva. Al respecto nos dice lo siguiente: “(...) Por último, como aspecto que debe destacarse está el problema de cuál es el lugar que ocupa el bien jurídico tutelado dentro de la teoría del delito. Consideramos que dentro de la teoría del delito el bien jurídico pertenece, en principio, a la antijuricidad material. Si no hay violación al bien jurídico tutelado, la conducta carece de la nota de la antijuricidad material y no hay delito. Pero es necesario observar lo siguiente: conforme a la teoría de la imputación objetiva (al menos en la versión de Roxin y otros autores), la esencia del delito es la creación de un riesgo desvalorado. Este no existe, entre otras situaciones, cuando la conducta no viola el bien jurídico o no lo viola de modo bastante, criterio que vale para todos los delitos y no solamente para los delitos de resultado. La violación al bien jurídico tutelado es uno de los criterios valorativos tomados por la teoría de la imputación objetiva para la imputación del resultado al autor como su obra. Para la imputación objetiva la no imputación del resultado es un criterio que excluye el tipo objetivo (tipicidad) en los delitos de resultado. Queda vigente el criterio de la imputación subjetiva en los delitos en los que no se puede imputar objetivamente el resultado. Por consiguiente, la exclusión de la tipicidad objetiva no implica necesariamente la exclusión de la imputación subjetiva, pudiendo responder el agente a título de tentativa. Nuestro derecho no castiga la tentativa inidónea puesto que no hay sanción si no hay violación a un bien jurídico tutelado. Por consiguiente, la falta de violación a un bien jurídico tutelado, conforme a nuestro Derecho penal, excluye la tipicidad objetiva. Esto vale en los delitos de resultado, pero no hay ninguna razón para que no valga también en los delitos que no son de resultado. Por ello, la no violación del bien jurídico tutelado excluye la tipicidad de la acción por aplicación del criterio normativo de la imputación objetiva de que se castiga solamente la conducta que crea un riesgo relevante no permitido para el bien jurídico (...)” (el resaltado no es del original). Al respecto ver: Castillo González, Francisco. *El bien jurídico penalmente protegido*. 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, pp. 15-16.

*Torres Fernández) que no necesariamente tiene que ver con la seguridad del menor, sino que comprende también otros aspectos, como los afectivos, por ejemplo. Así, entre los derechos específicos derivados del hecho de ser niño, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 reconoce, cuando el niño «esté separado de uno o de ambos padres», que tiene derecho «a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño» (art. 9.3). Pero tampoco se debe olvidar la otra cara de este derecho del niño, que sería el derecho-deber de los padres a tenerlo en su compañía (art. 154 CC), o también de aquellos que tengan el derecho de su custodia (tutores, acogedores familiares, etc.). Personalmente damos por buena esta segunda opinión, aunque no sin criticar la regulación hoy vigente, pues el derecho penal debería limitarse sólo a los casos más graves, que entendemos que son aquellos en los que haya una conducta idónea para apartar al menor de su progenitor de un modo definitivo.»<sup>258</sup>*

Vemos, entonces, que existe una diversidad de posiciones -muy válidas-, sobre el bien jurídico que tutela este delito. Hemos de advertir que el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad responde, de manera específica, a criterios fenomenológicos y criminológicos, propios de cada ordenamiento jurídico. Pero en la base de este delito está la protección de la persona menor de edad o con discapacidad en todas sus esferas. Algunas posiciones doctrinales al respecto son las siguientes:

### **1.1.- La tesis de la libertad personal**

La denominada tesis de la libertad personal puede ser analizada desde dos perspectivas diferentes: por un lado, la que sostiene que el delito de

---

<sup>258</sup> Álvarez García, F. Javier. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Tomo I, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la L.O. 5/2010, Coordinadores: Araceli Manjón-Cabeza Olmeda Arturo Ventura Püschel, Valencia, 2011, pp. 919-920.

sustracción de persona menor de edad o con discapacidad se trata de un delito contra la libertad de movimiento o traslación del menor de edad, aunque este se encuentre limitado en algunos casos; esta tesis incluiría la libertad de los padres y los guardadores de decidir de manera temporal los destinos del niño o joven, por tratarse de una libertad de esa persona, entendida esta como el ejercicio en nombre y por delegación de su libertad de movimiento. En un segundo plano, podría entenderse de una manera más amplia, como la “*formación de voluntad del menor o voluntad en potencia.*”<sup>259</sup>

Sin embargo, atender un criterio de la formación de la voluntad del menor de edad estaría supeditado a aquellos aspectos que más le convendrían a la persona protegida.

En el mismo sentido, otros autores<sup>260</sup> profundizando ya en la noción restrictiva del concepto de libertad, plantean una diferenciación entre esta y la libertad en sentido amplio, referida a la facultad del ser humano para desenvolver su personalidad y determinar su conducta conforme a su voluntad. Este autor sostiene que dentro de un sistema normativo la libertad adquiere significación en dos sentidos: distinguiendo entre los actos obligatorios o prohibidos y los actos indiferentes. Con respecto a los actos obligatorios o prohibidos, el orden público tendría un interés en que las personas puedan realizarlos o abstenerse de ellos, por lo que dicho interés estaría lesionado cuando se impidiera a aquellos cumplir con su deber. En cuanto a los actos indiferentes, el bien jurídico protegido sería el derecho de las personas para autodeterminarse, es decir, el objeto de tutela sería el interés de ellas mismas de conducirse de conformidad con sus deseos y preferencias.

Aunado a lo anterior, existe un interés pasivo de los sujetos que recae en la creación y mantenimiento de determinadas condiciones materiales y

---

<sup>259</sup> Garrido, Montt. *Derecho Penal Parte Especial*. 4º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 39.

<sup>260</sup> Etcheberry, A. *Derecho Penal Parte Especial*. 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 195, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción de menores en Chile*. Memoria para optar al título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2015, pp. 91-92.

espirituales que forman el ambiente indispensable para que puedan desarrollar esa libertad sin intromisiones. Aunque Etcheberry identifica la libertad de movimiento como un bien jurídico protegido por el delito de sustracción de personas menores de edad, reconoce que tratándose de quien no tiene 18 años el concepto de libertad no es el mismo que se aplica a un adulto. En el primer caso, la protección de la libertad se presenta mezclada junto con la tutela de la seguridad del niño/a o joven y la lesión se produciría a través de la particular forma que asume la libertad en estos casos, ejercida en lugar y a nombre de la persona infante por aquellos a quienes el ordenamiento jurídico encomienda su cuidado, guarda y protección. De esta manera, la sustracción no significaría, necesariamente, un desplazamiento o transporte de la persona menor de edad, sino el impedir que sus padres o guardadores puedan ejercer las facultades que le son propias, lo que puede lograrse escondiendo al niño o al joven, aunque no se le amarre, amenace, etc., siempre que este por su corta edad u otras circunstancias no pueda escapar sin grave riesgo.<sup>261</sup>

Finalmente, otra parte de la doctrina (Bullemore) ha sostenido también que el objeto jurídico protegido sería la libertad ambulatoria, entendiendo por tal el derecho de toda persona para permanecer en cualquier punto del territorio nacional, de trasladarse de un sitio a otro y de salir o entrar libremente al país y que su quebrantamiento suponga la supresión física, material, fácilmente observable de la facultad de autodeterminación en torno a la propia libertad ambulatoria.<sup>262</sup>

En el derecho español, según Cobo,<sup>263</sup> ninguna de las dos acepciones de la libertad, como bien jurídico se aplicaría al tipo y basa su afirmación en que la persona menor de edad, en sentido genérico, carecería de ambas formas de

---

<sup>261</sup> Etcheberry, A. *Derecho Penal Parte Especial*. 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 211, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción...* *Op. cit.*, p. 93.

<sup>262</sup> Bullemore, V. *Curso de Derecho Penal*. 2ª edición, LegalPublishing Chile, Santiago, 2005, pp. 107 y 111, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción...* *Op. cit.*, pp. 93-94.

<sup>263</sup> Cobo, M., *Consideraciones...* *Op. cit.*, p. 215.

libertad, con la autonomía exigida para que tenga rango de bien jurídico. Así, tratándose de un infante, difícilmente podría pensarse en el supuesto de libertad como libertad de movimiento, ya que esta estaría sujeta a la vigilancia de otra persona, siendo precisamente lo contrario lo que se protege. Según argumenta Cobo,<sup>264</sup> prueba de ello sería el hecho de que se castigue el abandono y, en consecuencia, la concesión de la referida libertad de movimiento al menor de edad. En cuanto a la segunda acepción de la libertad referida a la formación de voluntad, tampoco podría ser aplicable al infante ya que dicha voluntad sería inoperante. Esto se vería reflejado en la irrelevancia que tiene para el legislador el consentimiento del niño o niña como posible justificación de la acción de sustraer.

## **1.2.- Tesis de la seguridad individual del menor de edad**

En cuanto a esta posición, según Díez Ripollés y con respecto al delito en comentario, los planteamientos sobre el bien jurídico protegido pueden agruparse en los siguientes términos. Por un lado, quienes la entienden como exención de riesgos ligados al efectivo ejercicio de los derechos de patria potestad o de cuidado personal y, por otro lado, quienes la entienden como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor de edad.<sup>265</sup>

De acuerdo con el profesor Ricardo Salas, en el plano doctrinario quizá una de las concepciones más convincentes es la planteada por Juan Bustos Ramírez, quien en una obra que ya cuenta con muchos años de haber sido publicada, indica: *“En este delito...se afecta directamente tanto la seguridad, como presupuesto de la libertad en general (como en el abandono de familia y de niños), pero, además, y de modo principal, la seguridad como presupuesto*

---

<sup>264</sup> *Ibid*, p. 216.

<sup>265</sup> Díez Ripollés, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 368, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción... Op. cit.*, p. 97.

*de la libertad ambulatoria del menor.*” Nótese que esta es una visión en sentido inverso al arcaico. Es decir, lo que se tutela son los intereses de la persona menor de edad por sí misma y no en dependencia de otros.<sup>266</sup>

Se ha considerado que el bien jurídico protegido en esta figura delictiva es el mismo que se ha definido en relación con los delitos de quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de menores de edad al abandono de domicilio.<sup>267</sup> En el delito de sustracción de menores de edad se protege, entonces, la seguridad personal del niño, niña o joven, que se ve afectada en la medida en que determinados parientes le asignan a este un lugar de residencia que contradice el establecido por los titulares de su guardia material o custodia; de modo que la ley penal considera que la exclusión del menor de edad del área de convivencia legalmente establecida y su sustitución por otra arbitrariamente determinada por ciertos parientes implica, de por sí y a salvo de la concurrencia de una causa de justificación, una inestabilidad del área de convivencia incompatible con las necesidades de seguridad del menor de edad.

Por su parte, Díez Ripollés<sup>268</sup> explica que el bien jurídico involucrado es la seguridad personal del menor de edad que se ve afectada en la medida en que determinados parientes le asignen al menor de edad un lugar de residencia que contradice el establecido por los titulares de su guarda material o custodia. Se ha sostenido<sup>269</sup> que con esta posición se ha llegado a afirmar una formalización del bien jurídico protegido debido a que el autor ha planteado que la seguridad personal del menor de edad (objeto de tutela) es la que está vinculada a la

---

<sup>266</sup> Salas, Ricardo. *Derecho penal especial*. “La sustracción de personas menor de edad o con discapacidad ... *Op. cit.*, p. 48.

<sup>267</sup> AA.VV. *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Carlos María Romero Casabona Cord., Editorial Comares S.L., Granada, 2016, p. 316.

<sup>268</sup> Díez Ripollés, José Luis. “El nuevo delito de sustracción parental de menores”. En: Octavio de Toledo, E., Gurdiel, M., y Cortés, E. (Coords.) *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004. pp. 290-291, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción...* *Op. cit.*, pp. 100-101.

<sup>269</sup> Guardiola, J. “Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal”. En: Lloria, P. (Dir.) *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid, Editorial Iustel, 2008, p. 86, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción...* *Op. cit.*, p. 101.

presencia de este dentro de un determinado parámetro espacial, una concreta área de convivencia y al normal ejercicio en ella del deber de convivencia por los titulares de su guarda material o custodia. Dicha área de convivencia legalmente determinada actuaría, entonces, como una garantía de estabilidad y su alteración sería -salvo causa justificada- en detrimento de la seguridad de la persona menor de edad.

Según otros autores, sin embargo, el bien jurídico protegido en esta figura delictiva consiste en la pertenencia del menor de edad a un determinado ámbito familiar, lo que se plasma en el interés por el correcto desarrollo y evolución de este, así como en derecho de los padres (y en el caso de los abuelos) de tenerlos en su compañía.<sup>270</sup>

Hay quienes han sostenido estar en contra de quienes defienden la consideración de la seguridad como bien jurídico protegido por el tipo, toda vez que con la referencia a la seguridad se estaría en terreno de la parte general al aludirse a la función del derecho penal. La seguridad estaría en juego cada vez que la legislación penal conmina con una pena la realización de un comportamiento, ya que en virtud del principio de lesividad el derecho penal solo puede castigar conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico. De esta manera, la utilización de la seguridad como bien jurídico no permitiría identificar aquello que de específico existe detrás de la amenaza de pena para aquel que realice el comportamiento punido y esta sería la razón por la que siempre el término aparece con algún adjetivo u otra referencia que le dé especificidad, ya que siempre puede hablarse de seguridad de la vida, de la salud, etc.<sup>271</sup>

---

<sup>270</sup> Lloría, García. *La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Lloría García Dir., Editorial Iustel, Madrid, 2008, p. 42.

<sup>271</sup> García, O. *El delito de sustracción de menores y su configuración*. In Dret. Núm. 2, 2010. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/727.pdf>, pp. 7 y 8, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción... Op. cit.*, p. 103.

### 1.3.- Tesis de los intereses familiares

En el derecho comparado existen dos grupos de juristas que creen en los intereses familiares como bien jurídico que protege el delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad: (i) los que ponen el foco de atención en los derechos y deberes de familia inherentes a los padres y guardadores del menor de edad y (ii) los que, además, dan relevancia a los derechos de la persona menor de edad, específicamente en aquello que tiene que ver con los derechos de la niñez.

En un primer término, Cobo refiere que este delito tendría como bien jurídico protegido a la familia, concretada en los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o mera guarda.<sup>272</sup> La conducta descrita por el tipo penal haría imposible la verificación de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación por aquellas personas a las que legalmente se les atribuye. De esta manera, los supuestos de la conducta típica implicarían la ruptura de las relaciones de la persona menor de edad, en toda su dimensión con las personas encargadas de su cuidado y tutela. Según esta postura, sería precisamente dicha ruptura la que daría indicios del bien jurídico protegido. Así, para Cobo, se podría afirmar que la alteración de dicha relación implicaría, además, que la seguridad deparada a la persona menor de edad por la vida familiar (seguridad de esta) se vea alterada con la realización de la conducta típica. Dicha lesión quedaría abarcada en la propia lesión a la familia,<sup>273</sup> sin que tenga la autonomía suficiente para configurar el bien jurídico.

Por otro lado, Garrido Montt<sup>274</sup> sostiene que el bien jurídico se centraría en el ámbito de convivencia, no en cuanto garantía de seguridad de la persona

---

<sup>272</sup> Cobo, M. *Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores)*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232, 1961. Recuperado de: [http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961\\_fasc\\_II.pdf](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf), p. 229.

<sup>273</sup> Cobo, M., *Consideraciones...* *Op. cit.*, p. 227.

<sup>274</sup> Garrido, Montt. *Derecho Penal Parte Especial...* *Op. Cit.*, p. 39.

menor de edad, sino por su función en el concreto desarrollo personal de esta. En ese sentido, según afirma Lloría García,<sup>275</sup> el bien jurídico quedaría cifrado en la pertenencia del niño, niña o joven a determinado ámbito familiar, lo que se plasmaría en el interés de este en su correcto desarrollo y evolución, así como con el derecho de los padres a tenerlo en su compañía. Eso sí, este autor reconoce que llega a tal conclusión producto de la ubicación sistemática del delito en el actual Código Penal español (que lo sitúa dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares) en relación con el apartado 8.13 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, en el que se establece el derecho de la niñez a mantener contacto directo y permanente con ambos padres en caso de nulidad matrimonial, separación o divorcio.

En la misma línea seguida por Lloría García, pero difiriendo en cuanto al carácter familiar, se encuentra Guardiola<sup>276</sup> para quien el bien jurídico protegido consistiría en la esfera legalmente establecida para su custodia, la cual determina el área de convivencia en la que deberá desarrollarse como persona. Así, el establecimiento de ese contorno respondería a la garantía de condiciones de seguridad (de la persona menor de edad) enmarcándolo hasta que su libertad ambulatoria marque autonomía y es -a la vez- presupuesto de su relación familiar en los términos que se han establecido en beneficio del sujeto pasivo y respetando los derechos de sus parientes más cercanos. Todo este complejo de factores sería lo que, en suma, se protegería según este profesor.

Dentro de los autores que rechazan la idea de que el bien jurídico de este delito esté ligado a los derechos familiares, está Quintano quien ha sostenido la conveniencia de mantener la figura dentro de los delitos contra la libertad, ya

---

<sup>275</sup> Lloría, P. 2008. "La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar". En: Lloría, P. (Dir.) *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid, Editorial Iustel, 2008, p. 42, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción...* *Op. cit.*, p. 108.

<sup>276</sup> Guardiola, J. "Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal". En: Lloría, P. (Dir.) *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid, Editorial Iustel, 2008, p. 86, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción...* *Op. cit.*, pp. 108-109.

que de no ser así, habría que prescindir igualmente de la calificación de detención ilegal o secuestro sobre mayores de edad incapaces y considerar que el objeto del delito no es su libertad, sino más bien la autoridad del familiar o del establecimiento en que estuvieren. Indica Quintano, por otro lado, que desvincular el delito de sustracción de personas menores de edad de la categoría de los delitos contra la libertad, supondría un retorno a las concepciones romanas de la patria potestad, cosificadoras de la niñez.<sup>277</sup>

Ricardo Basílico entiende que el ataque no se encuentra directamente dirigido contra la libertad individual de la persona menor de edad, sino más bien contra la tenencia del niño, niña o joven por parte de quienes legítimamente la ejercen, de modo tal que se protege la familia del menor de edad. Señala este autor que, desde esta perspectiva, también Carrara entendía que el objeto de protección en los delitos que ahora se analizan se encuentra en el derecho de los padres y de otras personas que tienen autoridad sobre la niñez y la juventud, de suerte tal que recae sobre las relaciones familiares.<sup>278</sup>

Por último, algunos otros autores consideran que este delito pretende, en igual sentido, una mayor protección de la niñez y la juventud en el marco penal de las crisis matrimoniales y evitar la sustracción de ellos al régimen de custodia establecido.<sup>279</sup>

#### **1.4.- Tesis de la pluriofensividad**

Sobre esta posición se han podido observar dos tendencias en el derecho comparado. Por un lado, en el derecho argentino se encuentran quienes parten

---

<sup>277</sup> Quintano, R. *La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 5-18, 1961, p. 6, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción...* *Op. cit.*, p. 109.

<sup>278</sup> Basílico, Ricardo. *Delitos contra la libertad individual*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 257.

<sup>279</sup> AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal: delitos contra la vida, las personas y el patrimonio, parte especial*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2017, p. 446.

de la base de que con la comisión del delito de comentario se atentaría contra la libertad de la persona menor de edad; con la agravante de que tratándose de una persona que aún no ha cumplido los diez años se lo extrae de su núcleo familiar, provocando así un perjuicio a su identidad. Por otro lado, en el derecho español se ha planteado que la pluriofensividad se daría por la afectación del bienestar de la persona menor de edad y, además, por la afectación al funcionamiento de los poderes públicos por la vinculación del tipo con el delito de desacato.

Dentro de la primera hipótesis encontramos a Edgar Alberto Donna en la doctrina argentina, para quien el bien jurídico protegido por el tipo es el derecho básico del menor de edad a tener su estado de familia y a saber quiénes son sus padres y a estar junto a ellos.<sup>280</sup>

En la segunda hipótesis, García Pérez ha sostenido que este es un delito pluriofensivo porque se afectaría, tanto el bienestar del niño o del joven, como el buen funcionamiento de los poderes públicos ya que se haría caso omiso de una disposición de un tribunal. En definitiva, se tutelaría el bienestar personal de las personas menores de edad, acreditado, aunque sea provisionalmente por una resolución judicial.<sup>281</sup>

A nuestro juicio, la tesis de la pluriofensividad busca acentuar la importancia de la normativización de dicha conducta delictiva y hacer énfasis en que la protección de la persona menor de edad es de mayor trascendencia que la protección que pueda recibir en una edad madura, esto para que la persona menor de edad pueda desenvolverse por sí misma dentro del marco civil y poder ejercer sus derechos y deberes de una forma libre, respetuosa y autónoma.

---

<sup>280</sup> Donna, E. *Derecho Penal Parte Especial*. Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II-A, Buenos Aires, p. 215.

<sup>281</sup> García, O. *El delito de sustracción de menores y su configuración*. In Dret. Núm. 2, 2010. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/727.pdf>, p. 9, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción... Op. cit.*, p. 111.

## **1.5.- Bien jurídico protegido por el artículo 192 bis del Código Penal de C.R. Posición Personal**

A pesar de que existen diferentes posiciones sobre el significado de bien jurídico, se está de acuerdo con que aspectos medulares como la forma de investigación, la interpretación de la ley y el ámbito de protección de la norma penal solo son posibles si se determina con claridad cuál es el bien jurídico que se protege.

Al existir una persona menor de edad o con discapacidad sustraída y una familia pendiente del estado de salud y de la seguridad de esta, existen dos perjudicados con la comisión de este hecho punible: por un lado, se perjudicaría la libertad ambulatoria y el bienestar de la persona menor de edad o incapaz y por el otro, los intereses familiares. Aunque, dentro del Código Penal costarricense este delito se encuentra ubicado en el Título V “*Delitos contra la libertad*”, Sección I “*Delitos contra la libertad individual*”, del Libro II “*De los delitos*”, no por ello podemos afirmar que es la libertad del menor de edad o de la persona con discapacidad, el bien jurídico que de manera expresa y primera adquiere mayor relevancia, pues se trata de un delito pluriofensivo, en el cual hay un menor de edad o una persona con discapacidad afectada y disminuida en sus derechos e intereses fundamentales de libertad y seguridad y por otro lado, existe también un familiar o varios de ellos que resultan perjudicados en el desarrollo de sus derechos y deberes familiares para con el niño, niña o la persona con discapacidad.

La salud de la persona menor de edad o con discapacidad también es un tema de suma importancia al analizar este tema, pues alejarla de uno de sus progenitores significa realizar un alejamiento de una persona amada que sin duda tendrá repercusiones en el desarrollo de su personalidad y en sus emociones.

En los casos de restitución, cuando uno de los progenitores secuestra a su hijo y lo separa del otro o cuando lo retiene injustamente, se corta el lazo afectivo y el niño comienza a ser dominado exclusivamente por el conviviente, sin conciencia moral que lo aleja de un ser que naturalmente y jurídicamente tiene tantos derechos como él frente al menor y viceversa. El hijo alienado siente que debe de elegir el lado del progenitor alienador y su supervivencia dependerá de con quien vive. De allí nace una conducta: no se atreve a acercarse al progenitor con el cual cohabita. El lazo entre el hijo y el progenitor alienado queda destruido por el miedo. Los niños suelen padecer una depresión crónica, una incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, muestran una personalidad esquizofrénica y algunas veces con tendencia al suicidio. Estudios han demostrado que en cuanto adultos, estos menores serán las víctimas de tal alienación con tendencia a adicciones al alcohol y las drogas, además de presentar otros síntomas de un profundo malestar.<sup>282</sup>

Por estar involucrados aspectos de tanta importancia, decir que el niño, niña o joven o la persona con discapacidad es el objeto del delito sería desconocer que estos ostentan importantes relaciones de interés que el ordenamiento jurídico debe proteger a través de los bienes jurídicos tutelados de la seguridad y la libertad; este desconocimiento devendría en una disminución de los derechos que deben ser respetados de conformidad con el artículo 28 constitucional. Por esa razón, nos apartamos de la posición que ve en este delito la afectación a un único bien jurídico y aceptamos la tesis de la pluriofensividad.

---

<sup>282</sup> En ese sentido ver: Quaini, Fabiana Marcela. *Restitución internacional de menores*. Mendoza: Lexaustralis, p. 31, citado por: Solís Madrigal Mauren y Chacón Jiménez, Mauricio. *La sustracción internacional de personas menores de edad en el derecho de familia costarricense*. 1ª Edición, IJSA, San José, Costa Rica, 2008, p. 13.

## 2.- Conducta típica

A pesar de la existencia de dos tipos penales referidos al delito de sustracción de persona menor de edad o incapaz en el Código Penal costarricense,<sup>283</sup> existe un elemento o núcleo central de la figura mantenido como eje central del tipo penal y este es el verbo rector del tipo de “sustracción” de una persona menor de edad o con discapacidad.

Al igual que en el delito de secuestro, el delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad puede agravarse si se producen las agravantes o las consecuencias especiales del hecho. Mientras el delito base doloso continúe ejecutándose de manera permanente, tiene importancia capital a la hora de analizar el tema de la participación criminal y de la coautoría, ya que todos aquellos que intervienen para mantener la sustracción de la persona menor de edad o de la persona con discapacidad, también proveen a la ejecución material del delito con contribuciones accesorias o esenciales; por lo cual, podrían ser responsabilizados como coautores o cómplices que mantuvieron o prolongaron la situación de desamparo de la víctima.

El sujeto que no intervino en la sustracción de la persona menor de edad, ni se concertó para llevarla a cabo podría adquirir la calidad de autor, si con

---

<sup>283</sup> “Artículo 184. - “Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva”. Será reprimido con prisión de cinco a diez años, quien sustraiga a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas; igual pena se aplicará contra quien retenga a una de estas personas contra la voluntad de estos. Cuando sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, serán sancionados con pena de prisión de seis meses a dos años”.

“Artículo 192 bis. - Sustracción de persona menor de edad o con discapacidad. Será reprimido con prisión de diez a quince años, quien sustraiga a una persona menor de edad o con discapacidad cognitiva o física, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas. La pena será de veinte a veinticinco años de prisión, si se le infligen a la víctima lesiones graves o gravísimas, y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión, si muere. Cuando sean los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad, con discapacidad o sin capacidad para resistir, serán sancionados con pena de prisión de veinte a veinticinco años”.

posterioridad a la comisión del delito, se puso de acuerdo con los captores para mantener la situación de privación de libertad o para retenerla.

Asimismo, la prescripción de la acción penal<sup>284</sup> solo empezaría a correr desde el momento en que se logre la libertad de la persona capturada, pues tras la consumación de la sustracción el comportamiento delictivo permanece en práctica, mientras dure la situación de afectación al bien jurídico protegido (delitos continuos).<sup>285</sup>

---

<sup>284</sup> Artículo 32: “Cómputo de la prescripción. Los plazos de prescripción se regirán por la pena principal prevista en la ley y comenzarán a correr, para las infracciones consumadas, desde el día de la consumación; para las tentativas, desde el día en que se efectuó el último acto de ejecución y, para los delitos continuados o permanentes, desde el día en que cesó su continuación o permanencia. La prescripción correrá, se suspenderá o se interrumpirá, en forma individual, para cada uno de los sujetos que intervinieron en el delito. En el caso de juzgamiento conjunto de varios delitos, las acciones penales respectivas que de ellos resulten prescribirán separadamente en el término señalado a cada uno”. Cfr. Código Procesal Penal. Concordado, índice alfabético y con espacios para anotaciones en cada artículo. 16ª edición, IJSA, San José, Costa Rica, enero del 2019, p. 40.

<sup>285</sup> El delito permanente o delito continuo, es una categoría de delitos que se caracterizan por una sola acción tipificada que se prolonga sin interrupción en el tiempo, como sucede con el delito de secuestro hasta que ocurre el rescate de la persona secuestrada. El delito permanente se distingue del delito instantáneo, en que la comisión se agota en un solo acto. No debemos confundirlo con el delito continuado, que es aquel en el que varias acciones delictivas se suceden en el tiempo en delitos de carácter patrimonial. Al tratarse de una sola acción delictiva que se ejecuta a lo largo del tiempo, el plazo de la prescripción de la acción penal recién debe comenzar a calcularse cuando cesa la acción. Según su duración en el tiempo los delitos se clasifican en instantáneos o permanentes (también llamados continuos). Cuando el delito se agota en un solo acto, el delito se clasifica en el grupo de los delitos instantáneos. Es el caso de delitos como el homicidio o el robo. En los delitos instantáneos la acción coincide con la consumación. Cuando la acción no se agota con la acción con la que se consumó el delito, sino que se extiende sin interrupción en el tiempo por voluntad del autor, se tiene como un delito permanente o continuo. Es el caso de delitos como el secuestro, o la sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, en donde los delitos no dejan de producirse hasta la liberación de la persona secuestrada en el primer caso, o la devolución de la persona menor de edad o con discapacidad en el segundo. En los delitos permanentes, la permanencia no está referida al efecto del delito, sino a la acción tipificada. (Núñez, Ricardo C. "El tipo delictivo". *Derecho Penal. Parte General*. Córdoba: Marcos Lerner. Editora Córdoba, 1999, pp. 148-149). Por ejemplo, en el homicidio el efecto es permanente e incluso irreversible, pero se considera instantáneo porque el acto de matar se agota en el instante mismo que sucede. En cambio, en un secuestro, por ejemplo, el delito no se agota en el momento que la víctima es apresada, sino que continúa ejecutándose durante todo el tiempo que permanece en poder de su secuestrador. La condición de delito instantáneo o permanente, afecta aquellas normas del Derecho penal relacionadas con el tiempo, en especial la prescripción de la acción penal y el problema de la retroactividad de las leyes penales (aplicación de la ley más benigna y prohibición de aplicar la ley más gravosa). A diferencia de lo que sucede con los delitos instantáneos en los que la prescripción comienza a contarse desde el día que se cometió el acto, en los delitos permanentes la prescripción comienza a contarse desde el día que finalizó el acto (artículo 32 del Código Procesal Penal costarricense).

Con el presente título trataremos, a continuación, los alcances de la conducta típica del artículo 192 bis del Código Penal, la delimitación del verbo rector, su figura básica y sus agravantes para determinar si de conformidad con las reglas generales del Código Penal costarricense, este tipo penal contiene resabios de responsabilidad objetiva.

La importancia de entender la naturaleza de la acción típica radica en que los hechos de la acusación o la querrela deben describir el elemento subjetivo, pues la conducta del imputado estuvo dirigida a separar a la persona menor de edad de quienes ejercieran la patria potestad o la custodia en el momento de la sustracción; asimismo, debe referir que la conducta supuso la extracción de aquella de la esfera de vigilancia, protección y resguardo de quienes la pudieron haber ejercido, indicando si la persona menor de edad o la persona con alguna incapacidad física o mental se encontraba al amparo de alguien, como para entender que concurrió el verbo típico “*sustraer del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas*”, lo cual significa, separar a la persona menor de edad o incapaz de la obligación que un tercero tiene sobre ella.<sup>286</sup>

## 2.1.- Noción dogmática del término sustracción

La conducta típica del artículo 192 bis del Código Penal es la “*sustracción*”, porque tratándose de una persona menor de edad, el concepto de libertad no es el mismo que cuando se alude a un adulto. Esto es así, por cuanto se estaría frente a un concepto restringido de libertad a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de secuestro. Su protección aparecería mezclada con la tutela de la seguridad de la persona menor de edad y la lesión de esta se produciría a través de una particular forma de libertad que sería ejercida por aquellos a los que la ley otorga su protección, en lugar y en nombre

---

<sup>286</sup> Al respecto ver: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 418-2007 de las doce horas con catorce minutos del 25 de abril de 2007.

del niño, niña o joven, afectando así los intereses familiares. Por eso, pese a regular supuestos similares, el verbo rector difiere tratándose de mayores de edad -secuestro- respecto de los menores de edad -sustracción-. Por esa razón podría llegar a pensarse que los marcos punitivos deberían ser mayores para el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad cuya pena, en su forma básica, es de 10 a 15 años (artículo 192 bis, primer supuesto), la misma pena para la forma básica del artículo 215 párrafo primero del Código Penal que contiene el secuestro extorsivo.

El alcance normativo de la noción de sustracción, si bien puede entenderse como el hecho de apartar a una persona menor de edad o con discapacidad de una esfera de vigilancia, presenta ciertas diferencias mínimas sobre la determinación de dicho ámbito de protección.

La sustracción de menores de edad o con discapacidad es un delito consistente en el traslado del sujeto pasivo de su lugar de residencia, sin consentimiento del progenitor o de quien convivía habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. Una adecuada regulación sobre el verbo de “retención”, referente a un niño, niña o incapaz, dentro del delito en estudio, es de suma importancia dentro de un ordenamiento jurídico, pues si se produce la retención del niño, niña o joven incumpliendo gravemente el deber establecido por una resolución judicial o administrativa, también se podría configurar en un delito de sustracción de persona menor de edad o incapaz, cuando así lo prevea el tipo penal.

El delito de sustracción de persona menor de edad se diferencia del delito de tráfico de menores de edad,<sup>287</sup> porque su fin no es explotar al niño, niña o

---

<sup>287</sup> “Artículo 172- Trata de personas. Será sancionado con pena de prisión de seis a diez años, quien mediante el uso de las tecnologías o cualquier otro medio, recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder, a una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, promueva, facilite, favorezca o ejecute, la captación, el traslado, el transporte, el alojamiento, el ocultamiento, la retención, la entrega o la recepción de una o más personas dentro o fuera del país, para someterlas a trabajos o servicios forzados y otras formas de explotación laboral, la servidumbre, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, el matrimonio servil o forzado, la adopción

incapaz, ni tampoco cobrar un rescate a cambio, como sí sucede con el delito de secuestro,<sup>288</sup> situación que se aplica plenamente en nuestro país.

---

*irregular, la mendicidad forzada, el embarazo forzado y el aborto forzado y la ejecución de cualquier forma de explotación sexual.*

*La pena de prisión será de ocho a dieciséis años, si media, además, alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) La víctima sea menor de dieciocho años de edad, persona adulta mayor o con discapacidad.*
- b) El autor sea cónyuge, conviviente o pariente de la víctima hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.*
- c) El autor se prevelezca de su relación de autoridad o confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.*
- d) El autor se aproveche del ejercicio de su profesión o de la función que desempeña.*
- e) La víctima sufra grave daño en su salud, la muerte, o deceso por suicidio como consecuencia de la acción de trata de personas antes descrita.*
- f) El hecho punible haya sido cometido por un grupo delictivo integrado por dos o más miembros.*

*Será sancionado con la pena señalada en el primer párrafo de este numeral, quien promueva, facilite, favorezca o ejecute, la captación, el traslado, el transporte, el alojamiento, el ocultamiento, la retención, la entrega o la recepción de una o más personas dentro o fuera del país, para la extracción ilícita o el trasplante ilícito de órganos, tejidos, células o fluidos humanos.*

*Tratándose de personas menores de edad, para la configuración del delito no será necesario que se recurra a los modos de ejecución descritos en el primer párrafo de este artículo.”*

<sup>288</sup> “Artículo 215.- Secuestro Extorsivo. Se impondrá prisión de diez a quince años a quien secuestre a una persona para obtener rescate con fines de lucro, políticos, político-sociales, religiosos o raciales.

*Si el sujeto pasivo es liberado voluntariamente dentro de los tres días posteriores a la comisión del hecho, sin que le ocurra daño alguno y sin que los secuestradores hayan obtenido su propósito, la pena será de seis a diez años de prisión.*

*La pena será de quince a veinte años de prisión:*

- 1. Si el autor logra su propósito.*
- 2. Si el hecho es cometido por dos o más personas.*
- 3. Si el secuestro dura más de tres días.*
- 4. Si el secuestrado es menor de edad, mujer embarazada, persona incapaz, enferma o anciana.*
- 5. Si la persona secuestrada sufre daño físico, moral, síquico o económico, debido a la forma en que se realizó el secuestro o por los medios empleados en su consumación.*
- 6. Si se ha empleado violencia contra terceros que han tratado de auxiliar a la persona secuestrada en el momento del hecho o con posterioridad, cuando traten de liberarla.*
- 7. Cuando la persona secuestrada sea funcionario público, diplomático o cónsul acreditado en Costa Rica o de paso por el territorio nacional, o cualquier otra persona internacionalmente protegida de conformidad con la definición establecida en la Ley N.º 6077, Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive*

Así, para Labatut y Bullemore,<sup>289</sup> sustraer significa “*apartar al menor de una esfera de cuidado y vigilancia en que se encuentra, permanente, transitoria o accidentalmente, y sea que la custodia emane de una situación de hecho o de derecho (que incluya a padres, guardadores, maestros, niñeras, etc.)*”. En ese mismo sentido se encuentra Etcheberry, quien sostiene que el término “*sustracción*” indicaría la idea de quitar al menor de edad de la esfera de cuidado y dependencia en que se encuentra (generalmente la de sus padres y guardadores) y tratándose de los niños y niñas que no estén en tal dependencia de hecho ni de derecho, la sustracción consistiría en conductas muy parecidas al secuestro, encierro o detención.<sup>290</sup>

Por su parte, Hermsilla considera que existen dos tipos de sustracción: (i) la propia, separar al menor de edad del ámbito de resguardo y dependencia que le es natural normalmente y (ii) la impropia, extraer a menores de edad que no se encuentran amparados a la protección familiar ni estatal, ya que si bien el contenido material de la acción se asemeja al secuestro (aprehender, retener, encerrar, ocultar, etc.) existiría un elemento diferenciador “*extratípico*”, la edad del sujeto pasivo. Según Hermsilla, la acción no implicaría un reemplazo de la autoridad del padre o guardador sobre el menor de edad por la del ofensor, así como tampoco requeriría que el perjudicado se encuentre materialmente en su hogar bajo su resguardo para que la sustracción se configure, pues se trataría de una condición jurídica -no material- de carácter general y permanente. De esta manera, la figura sería aún aplicable, si el menor de edad está en la vía pública o si se encuentra perdido camino a su hogar.<sup>291</sup>

---

*agentes diplomáticos, de 11 de agosto de 1977, y otras disposiciones del Derecho internacional, y que para liberarla se exijan condiciones políticas o político-sociales.”*

<sup>289</sup> Labatut, G. *Derecho Penal Parte Especial*. 7ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2000, p. 33 y Bullemore, V. *Curso de Derecho Penal*. 2ª edición, Legal Publishing Chile, 2005, p. 111, citados por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción... Op. cit.*, p. 128.

<sup>290</sup> Etcheberry, A. *Derecho Penal Parte General*. 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 211, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción... Op. cit.*, p. 128.

<sup>291</sup> Hermsilla, N. *Sustracción de menores. Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142*. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de

Para Matus y Ramírez el verbo rector “*sustraer*” significaría sacar al niño, niña o joven de la esfera de resguardo en que se encontraba, teniendo como primer objeto de protección su seguridad individual y, en segundo plano, su libertad ambulatoria y los derechos de custodia o patria potestad de las personas a su cargo.<sup>292</sup>

En nuestro país, jurisprudencialmente se ha entendido por “*sustraer*” la acción de apartar al menor de edad de la esfera de custodia en la que este se encuentra, confiada por la ley a los padres, tutores o a otros encargados, aunque estos lo sean temporalmente.<sup>293</sup>

Para que este delito se configure, no es necesario que el verbo contenido en la “*atenuante especial debido a la participación de sujetos determinados*” que contiene el artículo 192 bis del Código Penal, referente al verbo rector de “*retención*” se dé primero, pues ambos son independientes entre sí.

Al respecto se ha señalado en la jurisprudencia lo siguiente:<sup>294</sup>

*“... NOTA DEL DR. JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ LL.M. Comparto en su totalidad los argumentos dados por el tribunal en pleno, por medio de los cuales se concede la extradición de T. E. D., cc. T. W. Deseo solamente aclarar que en el año 1989 al escribir junto con Juan Marcos Rivero el libro “Comentarios sobre el Código Penal”, sostuve que la retención requería que previamente otro sujeto hubiese sustraído al menor, basándome para ello en las indicaciones de la doctrina argentina que así lo indica. Sin embargo, desde la sentencia 388-F-97, redactada por mí, cambié de opinión, sosteniendo el criterio que se mantiene en la presente resolución, aunque debe reconocerse que en aquella sentencia no*

---

Derecho, Santiago, 1963, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción... Op. cit.*, p. 129.

<sup>292</sup> Matus, J. y Ramírez, M. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. 3ª edición, Legalpublishing Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2014, citado por Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción... Op. cit.*, p. 132.

<sup>293</sup> Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1200-2008 de las once horas con veinte minutos del 22 de octubre del 2008.

<sup>294</sup> Al respecto ver sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste número 164-2013 de las catorce horas veintiséis minutos del día 3 de julio de 2013.

*se hizo mención expresa a la discusión sobre si la retención requería que el menor haya sido previamente sustraído. En realidad, el criterio que sostuve en 1989 fue producto de uno de los errores en que se incurre con frecuencia en Costa Rica, sea la adopción acrítica de lo dicho por la doctrina extranjera" (Sentencia No. 465-F-98, dictada por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, a las 15:30 horas de 1 de julio de 2002), mientras que en el fallo No. 662-02, de 9:30 horas de 29 de agosto de 2002, ese mismo tribunal indicó: "... si examinamos la acción descrita en el artículo 184 que nos ocupa, notamos que no existe razón alguna para continuar afirmando que la retención de un menor sólo se da cuando el mismo ha sido sustraído. Ciertamente podemos decir, con la doctrina, que respecto a quien realiza la acción de sustraer basta esta acción para la tipicidad de la conducta, no requiriéndose para él que también retenga al menor, pero ello no puede llevar a que se exija para la comisión de la conducta de retención del menor, que el mismo haya sido sustraído, pues la naturaleza de esta acción no conlleva en forma alguna la sustracción. Piénsese en el caso de que se autoriza, por quien tiene la custodia de un niño, a que el mismo permanezca por unos días con una familia amiga, y que luego ésta se niegue a devolver el niño a su hogar (de quien tiene la custodia), es claro que tal conducta encuadra en la retención del menor, aunque el mismo no fue sustraído por persona alguna."*

Así y como se dijo, la comisión del delito de sustracción y el de retención de personas menores de edad o con discapacidad puede ser de manera independiente por dos o más autores, precisamente por tratarse de dos acciones diferentes y por consistir en un delito de ejecución continua hasta que se acabe el último acto de ejecución, utilizando para ello la coautoría sucesiva,<sup>295</sup> por ejemplo. Por ello, no es necesario que quien haya cometido el delito de retención requiera de haber cometido primero el delito de sustracción.

---

<sup>295</sup> Se designa como coautoría sucesiva el caso consistente en que alguien participa co-dominando el hecho en un delito que ya ha comenzado a ejecutarse, siendo posible este tipo de coautoría solo hasta la consumación del plan delictivo, por lo que, para estos casos, la regla es que el coautor sucesivo no responde por el hecho ya realizado cuando comienza su participación, pues ello implicaría el reconocimiento de un *dolo subsequens*. Al respecto ver:

## 2.2.- Sujetos activos y pasivos del delito

Anteriormente se señaló que dilucidar el bien jurídico protegido por el artículo 192 bis del Código Penal -como objeto de protección jurídica- constituía el punto de partida y la primera pregunta en la indagación acerca del ámbito de aplicación de la figura delictiva, haciendo posible definir quiénes son sus titulares y quiénes pueden lesionarlo o ponerlo en peligro. Se apuntó también, que los bienes jurídicos del delito lo eran la seguridad y la libertad de la persona menor de edad o con discapacidad como presupuesto de su libertad ambulatoria (pluriofensividad), seguridad que estaría garantizada por la presencia del menor de edad dentro de un determinado parámetro especial, esto es, una esfera o ámbito jurídico establecido para su convivencia. De

---

Enrique Bacigalupo. *Derecho Penal, Parte General*. 1999, Editorial Hammurabi, p. 504. Agrega nuestra jurisprudencia frente a esta posición doctrinaria, respecto a la definición y alcances de la coautoría sucesiva lo siguiente: “*III.- [...] La coautoría no solo debe entenderse como un plan preestablecido y previo a cualquier enfrentamiento para delitos de esta clase, sino que esa sociedad en la comisión del hecho delictivo puede derivarse de un acuerdo inmediato para la comisión del hecho que termina siendo delictivo. (...) Este tipo de coautoría en doctrina se denomina "autoría sucesiva"; al respecto Francisco Castillo establece: "...El acuerdo (resolución común) entre los coautores sucede, por regla general, antes del comienzo del hecho. En este caso se habla de complot. Pero ese acuerdo entre los coautores, que puede ser tácito, puede ocurrir durante la realización del hecho y hasta su agotamiento. - En este último caso se habla de autoría sucesiva. No hay duda de que el coautor sucesivo responde como coautor de los hechos realizados en conjunto después de su aparición, si efectivamente se asoció con el autor en un plan común, situación que tiene que ser establecida procesalmente..." (Castillo González, Francisco; *Autoría y Participación en el Derecho Penal. Editorial Jurídica Continental, San José, 2006; pág. 240.*” Al respecto ver sentencia número 648 de las 11:00 horas del 27 de marzo del 2013 emitido por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José, también se puede consultar la sentencia número 150, de las diez horas veintidós minutos del día 4 de agosto del 2015, emitido por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz donde se analiza la innecesariedad del acuerdo previo al hecho en la coautoría sucesiva; así como la sentencia número 312, de las catorce horas del día 27 de febrero del 2015 emitido por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José donde se analizó tanto el tema de la coautoría por acuerdo previo como el tema de la coautoría sucesiva. Debemos recordar que la exigencia del acuerdo común previo como elemento de la coautoría ha sido también rechazada, especialmente desde la teoría del delito que deriva del funcionalismo radical, al considerar que el acuerdo no es nada diferente que un elemento de naturaleza psíquica y por ende naturalístico, sin ninguna importancia en un sistema de derecho penal normativo (al respecto ver Günther, Jakobs. *La imputación objetiva en derecho penal*. Traductor Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996. Pp. 77 y ss.) a la hora de determinar la competencia o responsabilidad de los distintos intervinientes del suceso delictivo.*

conformidad con ello, a continuación, se aludirá a la determinación de los sujetos de la conducta típica.

En cuanto al sujeto pasivo, los tipos son claros en señalar que se trata de una persona menor de edad o persona con discapacidad.<sup>296</sup> La disposición rige para todos los menores de dieciocho años y también para las personas incapaces, mayores de edad, que sean objeto de curatela por incapacidad física o mental.

Los conceptos de “*persona menor de edad*” y “*persona con discapacidad*” son elementos normativos del tipo objetivo. En Costa Rica se considera persona menor de edad aquella que no ha cumplido la mayoría de edad legal fijada en dieciocho años, por eso, toda persona que no haya cumplido esa edad entra dentro del concepto de niño. Así lo estipula el artículo 37 del Código Civil<sup>297</sup> de Costa Rica cuando dispone: “*Son mayores de edad las personas que han cumplido dieciocho años y menores las que no han llegado a esa edad*”. También, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1°<sup>298</sup> contiene una definición de niño en los siguientes términos: “*Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de*

---

<sup>296</sup> “*Artículo 184.- Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva*”. Será reprimido con prisión de cinco a diez años, quien sustraiga a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas; igual pena se aplicará contra quien retenga a una de estas personas contra la voluntad de estos. Cuando sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, serán sancionados con pena de prisión de seis meses a dos años.”

“*Artículo 192 bis. - Sustracción de la persona menores de edad o con discapacidad. Será reprimido con prisión de diez a quince años, quien sustraiga a una persona menor de edad o con discapacidad cognitiva o física, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas. La pena será de veinte a veinticinco años de prisión, si se le infligen a la víctima lesiones graves o gravísimas, y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión, si muere. Cuando sean los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad, con discapacidad o sin capacidad para resistir, serán sancionados con pena de prisión de veinte a veinticinco años*”.

<sup>297</sup> Código Civil. Edición. San José, Costa Rica, IJSA, enero del 2019, p. 25.

<sup>298</sup> Convención sobre los derechos del niño. 6ª edición, San José, Costa Rica, julio del 2007, p. 10, suscrita y ratificada por Costa Rica por ley número 7184 del 18 de julio de 1990.

dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de ley aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, como lo sería en el caso de la emancipación.<sup>299</sup>

Por su parte, en la Ley de Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, ley número 7600, en el artículo 2<sup>300</sup> se define el término “discapacidad”, como: “Cualquier deficiencia física, mental o sensorial que limite, sustancialmente, una o más de las actividades principales de un individuo”. También en nuestro país la Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, ley número 9379, contiene en su artículo 2 inciso a) la definición del término “discapacidad”, según el cual “es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con discapacidad y las barreras debidas a la actitud y el entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas” y en el inciso b) del mismo artículo define el término “personas con discapacidad” como “aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás...”.<sup>301</sup>

---

<sup>299</sup> Al respecto, confrontar, Pérez Vargas, Víctor. *Derecho Privado*. Tercera edición (revisada), Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, 1994, p. 61, quien al respecto afirma lo siguiente: “La emancipación es un acto que confiere a un menor de edad, pero mayor de cierto número de años, en primer término, el gobierno de su persona y, en segundo lugar, el manejo de los bienes con plena capacidad de actuar. Se distingue entre emancipación legal, que se produce por el matrimonio del menor (“El matrimonio válido del menor produce los efectos de la mayoría de edad). Si se disuelve el vínculo matrimonial, el ex cónyuge mantendrá su condición de mayor de edad” (art. 36 del Código de Familia), llamada también “emancipación de derecho”, y la llamada “emancipación voluntaria” que se realizaba en nuestro medio en escritura pública; antes de la reforma al Código Civil sobre la mayoría de edad, la emancipación voluntaria tenía como presupuesto el cumplimiento de los dieciocho años y podía ser realizada por el padre o la madre, siempre que éstos no hubiesen sido privados de la patria potestad, o por el Patronato Nacional de la Infancia, respecto a aquéllos menores que no estaba sujetos a patria potestad. Actualmente, repetimos, se encuentra eliminada esta figura (emancipación voluntaria) pues la mayoría se adquiere a los dieciocho años. La emancipación legal, en cambio, se funda en que, con arreglo a la legislación que nos rige, el matrimonio es incompatible con la subordinación a la patria potestad y a la tutela...”.

<sup>300</sup> *Ley de Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*, Ley número 7600. edición actualizada, Publicaciones Jurídicas, febrero del 2019, pp. 1 y 2.

<sup>301</sup> *Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad*, Ley número 9379. 1ª edición, San José, Costa Rica, IJSA, julio del 2017, pp. 7 y 8.

Por su parte, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, ratificada por Costa Rica mediante la ley número 8661, en su artículo 1, informa que: “...*Las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás...*”.<sup>302</sup>

En cuanto al sujeto activo, se puede afirmar que el tipo penal señala en su primer párrafo, un autor indeterminado (“*quien*”) por lo que cualquier persona puede ser sujeto activo. Podría pensarse que autores solo podrían serlo los progenitores o guardadores de la persona afectada, sin embargo, a la luz de la normativa actual esta situación puede ampliarse a cualquiera que sustraiga al menor de edad o con discapacidad del poder de su cuidador.

De manera simple pero importante, se ha cuestionado si uno de los padres, no privados del ejercicio de la patria potestad<sup>303</sup> puede ser autor del

---

<sup>302</sup> Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, Ley número 8661, ratificado a los siete días del mes de agosto de 2008 por la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

<sup>303</sup> “(...) *Patria potestad o autoridad parental se refiere al conjunto de derechos y deberes que se les confieren a los progenitores en relación con sus hijos. Comprende una serie de aspectos que son de naturaleza personalísima, irrenunciable e imprescriptible (...) Por autoridad parental se entiende, el conjunto de relaciones jurídicas derivadas del reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre los hijos menores. (...) Los artículos 140 a 150 del Código de Familia contienen las disposiciones que se aplican a cualquier persona que ejerza la patria potestad sobre un hijo, matrimonial o extramatrimonial. Los derechos y deberes inherentes a la patria potestad que ejercen los padres en relación con sus hijos son los siguientes: 1.- Regencia: implica la dirección de los hijos, es decir, guiarlos, llevarlos, conducirlos a través de la vida (...) 2.- Protección: se refiere a la defensa de los hijos; o sea, ampararlos, auxiliarlos, favorecerlos. Los padres deben proteger a sus hijos, no solo de amenazas físicas, sino también de cualquier peligro que pueda acecharles en su ambiente. Vale señalar que la ley número 9095, Ley contra la Trata de personas y creación de la coalición nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (CONATT), del 26 de octubre del 2012, publicada el 8 de febrero de 2013, estableció la posibilidad de quitarle la patria potestad a los padres que sustraigan, retengan, ocasionen lesiones, vendan, promuevan, legitimen o faciliten, por cualquier medio, que los hijos bajo su autoridad parental sean víctimas de trata de personas o actividades conexas, esto como parte del deber de protección. 3.- La administración de bienes: esta potestad se refiere al cuidado y regencia que deben tener los padres con los bienes de sus hijos (...) 4.- La representación legal: representar una persona implica actuar en nombre de esta, sustituirla o hacer las veces de ella en un asunto determinado en que el interesado directo no pueda representarse a sí mismo por cualquier circunstancia de hecho y de derecho. El asunto es claro en el caso de los hijos menores, toda vez que, por esa condición de minoridad, carecen de*

delito de sustracción de un menor de edad. La jurisprudencia lo ha establecido de la siguiente manera:

*“...Luis R. Di Renzi, por ejemplo, sostiene que “con excepción del padre y la madre, cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito. El menor se encuentra dentro de la esfera de poder, tanto del padre como de la madre y mal puede sacarlo de ella quien es su propio titular (Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Dirigido por Ricardo Levene (h). Víctor P. De Zavallía. Editor. Buenos Aires, 1978 pp.269-270). Cuello Calón comenta: “Ha sido objeto de viva discusión si el progenitor, separado o no por sentencia de divorcio, que sustrae el hijo al otro genitor que posee la patria potestad o a la persona encargada de su guardia y educación, comete este delito. Florián considera que no existe delito porque el objeto de esta infracción no es la autoridad del padre o del tutor, sino la libertad del niño; por el contrario, Manzini y Alimena opinan que*

---

*capacidad de actuar y en su lugar deben hacerlo quienes ejercen la patria potestad. Esa representación se da en cualquier aspecto de la vida del menor, aun en el ámbito jurídico. Claro está, sus padres deben dejar, en cada caso, expresa constancia que actúan en su condición de representantes de su hijo menor, como padre o madre en ejercicio de la patria potestad (...) 5.- La educación: implica la instrucción de los hijos, es decir, enseñarlos, dirigirlos en el proceso de enseñanza aprendizaje, tanto en el ámbito de la educación formal -escolar, colegial, universitaria-, como en el aprendizaje de algún oficio o trabajo mediante el cual puedan luego ganarse su propio sustento. 6.- La guarda: se refiere al cuidado de los hijos, o sea, custodiarlos, tenerlos al cuidado de sus padres. 7.- La crianza: alude a la alimentación y atención que deben tener los padres mientras sus hijos crecen. Deben procurarles atención debida, brindarles un ambiente seguro y cariñoso, en donde ellos puedan crecer seguros y lleguen a ser personas de bien. 8.- La vigilancia: implica velar por la conducta de los hijos; es decir, estar atentos, a sus actos. Esta potestad deriva en la responsabilidad in vigilando, en virtud de la cual a los padres se les pueden cobrar los daños causados por sus hijos menores, en los términos del artículo 1047 del Código Civil, el cual dispone: “Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor”. 9.- La corrección disciplinaria: la acción de corregir se refiere a la enmienda que debe hacerse de un error cometido, en tanto que la disciplina es el cumplimiento de normas establecidas. Así las cosas, la corrección disciplinaria viene a ser la amonestación que a los hijos debe hacerse cuando estos faltan a las normas que la sociedad les impone o que en su propio hogar se establecen. A los hijos hay que hacerles ver que la infracción de una norma acarrea una consecuencia que el transgresor debe afrontar como producto del incumplimiento de su deber. Las normas en el hogar deben preparar al hijo para una sociedad que se las va a imponer también, de tal manera que una adecuada corrección derivaría en una oportuna preparación para que el hijo afronte sus futuras responsabilidades ante la sociedad, una vez que él deba asumirlas. Esta corrección debe ser moderada, con el afán simplemente de corregir y no de agredir. Ciertamente en la sociedad costarricense se ha aceptado, con mayor o menor grado, el castigo físico como medio para corregir los hijos y disciplinarlos. Sin embargo, la normativa actual sanciona dicho medio de corrección (...)”. En este sentido ver: Ramírez Acuña, Sergio. Derecho de Familia. 1ª edición, Publitem Grupo Editorial, San José, Costa Rica, 2013, pp. 263 a 267.*

semejante hecho constituye este delito" (DERECHO PENAL. Eugenio Cuello Calón. T. II. Vol. 2° Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1975 p. 752 nota 4). Mientras tanto Muñoz Conde indica que "la acción consiste en sustraer al menor de siete años de la custodia de aquellos que lo tengan legalmente o de hecho...la antijuricidad supone que el que sustrae no tiene ningún derecho de custodia sobre el menor" (DERECHO PENAL. Parte especial. Francisco Muñoz Conde. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1993 pp. 169-170). La razón obedece a la circunstancia de que en las legislaciones comentadas el delito se ubica dentro de los atentados a la libertad individual, con la lacerante denominación de "robo de niños". De ese modo se incriminaba en el Fuero Juzgo, Las Partidas y los sucesivos textos españoles (Cfr. Cuello Calón, Op. cit. p. 750). Esa tipología se transmuta al continente americano y es receptado por la legislación argentina, teniéndose que el artículo 146 del Código Penal de esa Nación, homólogo al 184 nuestro, tiene como fuente primaria el derecho español antiguo (Vid. CÓDIGO PENAL Y LEYES COMPLEMENTARIAS. Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1987 p. 474. También en CÓDIGO PENAL ARGENTINO. Sebastián Soler. T. IV. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1978 p. 54). En el fondo este "apoderamiento de niños" constituye un derivado o forma de plagio (Soler lo califica como "plagio propio por violencia presunta". Vid. Op. cit. p. 55), dado que el menor sustraído se le coloca en una situación de dependencia casi absoluta de otra voluntad. En ese caso la consumación se alcanza cuando el autor logró el dominio sobre el menor, aun cuando no logre consolidarlo por actos de resistencia del menor, o por quedar éste en poder de terceros, desconocidos por el autor. Con la sustracción, según esta línea de pensamiento, se lesiona la esfera de custodia en que el menor se encuentra. En ese sentido la protección legal es unidimensional y en una sola vía. Se reduce a la tutela exclusiva de los intereses de los padres, tutores u otros encargados, a quienes se les tiene como simples "dueños" o "tenedores" del menor, manteniendo el viejo y degradante esquema de "creer que los niños son considerados como propiedad de sus padres y se admite que éstos tienen pleno derecho a tratarlos como

*estimen conveniente” (NIÑOS MALTRATADOS. R.S. Kempe y C.H. Kempe. Ediciones Morata,SA. Madrid, 1979. pp. 22-23). Lo confirma en cierta manera Soler cuando dice: "La voluntad contrariada debe ser la de los padres o tutores, de modo que el único consentimiento que tiene influencia para hacer desaparecer el hecho es el de esas personas (Op. cit. p. 57)."*<sup>304</sup>

En el caso de la sustracción de menores de edad, propiamente en lo contemplado desde el párrafo segundo del artículo 184 del Código Penal,<sup>305</sup> se ha configurado el delito con el solo hecho de sacar al menor de edad de la esfera de custodia de quien legalmente la tiene, cuando es realizada por el padre que no la posee. Desde la jurisprudencia, en el caso del delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad, no se está ante un delito de peligro sino de resultado, pues lo que se protege es el derecho de custodia que se ejerce sobre estas personas, afectado con la sustracción o la retención ilegítima.<sup>306</sup>

De acuerdo con lo comentado líneas atrás, desde que se inició la aplicación del artículo 184 del Código Penal, se protege no exactamente la patria potestad, sino más bien la custodia acordada a la persona menor de edad (que es uno de los atributos de la patria potestad, pero que puede separarse de esta y acordarse en forma independiente a un tercero que no lo tiene, o aún negársele a quien la tiene). Esa custodia puede haberse obtenido por diferentes medios legales. **Por esa razón, aun el padre que conserva la patria**

---

<sup>304</sup> Sentencia del Tribunal de Casación Penal de San José, número 017-F-97 de las 10 horas con 30 minutos del 15 de enero de 1997.

<sup>305</sup> *“Artículo 184.-Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva”. Será reprimido con prisión de cinco a diez años, quien sustraiga a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas; igual pena se aplicará contra quien retenga a una de estas personas contra la voluntad de estos. Cuando sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, serán sancionados con pena de prisión de seis meses a dos años”. (El subrayado no es del original).*

<sup>306</sup> Resolución de la Sala Constitucional número 4957-2009 de las 14:54 horas del 24 de marzo del 2009.

**potestad, pero que no tiene la custodia del menor de edad puede cometer el delito.**<sup>307</sup>

Ahora bien, aunque se ha hecho referencia al artículo 184 del Código Penal, es el artículo 192 bis del mismo código el que interesa. Respecto del segundo párrafo de dicho artículo, el autor tiene un carácter especial pues hace referencia a “*los padres, los guardadores, los tutores o las personas encargadas*”. Son estas personas las que al realizar la sustracción podrían recibir una pena de 20 a 25 años de prisión. Con respecto a la figura básica, la sustracción ejecutada por una de estas personas es más duramente penada, a pesar de cometerse por quienes resultan ya conocidas por el menor de edad, las cuales ostentan cierto tipo de obligaciones legales como la guarda y la crianza, aunque no tengan la custodia. Por esa razón, no se entiende la lógica de dicha agravante cuando en realidad la sustracción realizada por un desconocido vendría a suponer un daño mayor que el realizado por una figura materna o paterna. Podría pensarse que el aprovecharse de dicha circunstancia de parentesco o encargo supondría un reproche cuando la finalidad del autor es sustraer al menor de edad o con discapacidad de quien tenga su custodia, pues se tornaría más sencillo burlar la vigilancia de las autoridades estatales, pero en definitiva esto devendría en un asunto meramente probatorio, como lo sería el hecho de sacar a un menor de edad o a una persona incapaz del país sin el permiso de la persona que legalmente tenga su custodia, pues como vimos, dicha potestad es definitoria frente a otras como la guarda y la crianza que integran la patria potestad.

---

<sup>307</sup> Sentencia del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José de las 15 horas con 30 minutos del 1° de junio de 1998, citada por el Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz sentencia número 238-2009.

## 2.3.- Figura simple del artículo 192 bis del Código Penal y culpabilidad

La figura simple del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad se encuentra tipificada en el primer párrafo del artículo 192 bis del Código Penal de la siguiente manera:

*“Será reprimido con prisión de diez a quince años, quien sustraiga a una persona menor de edad o con discapacidad cognitiva o física, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas...”*.

El autor de la figura básica es indeterminado; se hace referencia con la palabra “*quien*” y la acción consiste en sustraer a un menor de 18 años o a una persona con una discapacidad mental, psíquica o física del poder (por el cual entendemos la custodia) de sus *padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas*.

### a.- Los padres

No existe mayor problema en tener por una clara definición el que padre o madre es aquel que engendra a otra persona que recibe el nombre de hijo o hija, pero puede serlo también quien adquiere este título a través del mecanismo legal de la adopción, con los mismos derechos y deberes para con sus hijos.

Nos dice el artículo 140 del Código de Familia que:

*“Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial.”*<sup>308</sup>

---

<sup>308</sup> Benavides Santos, Diego. *Código de Familia. Concordado y comentado con jurisprudencia constitucional y de casación. Con índice alfabético*. 5ª edición, Juritexto, San José, Costa Rica, agosto de 2018, p. 513.

Son los padres quienes ejercen la autoridad parental mientras los hijos son menores de edad, lo que se traduce en el cumplimiento de los deberes que los padres tienen hacia ellos encaminados a su protección y formación, siendo necesarias para ello las amplias facultades que sobre la persona y bienes de sus hijos las leyes de nuestro país les han concedido.

Al respecto dice el artículo 151 del Código de Familia:

*“El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos, el tribunal decidirá oportunamente, aún sin las formalidades del proceso, y sin necesidad de que las partes acudan con un profesional de derecho. El tribunal deberá resolver tomando en cuenta el interés del menor.”*<sup>309</sup>

De esta manera tenemos que son padres aquellas personas a las cuales se les otorga la autoridad parental, esto para proteger a sus hijos menores en su salud, su seguridad y su moralidad. Por ello su ejercicio confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada corregir al hijo.<sup>310</sup>

#### b.- El guardador

Es la persona nombrada para cuidar de los bienes de un menor de edad o una persona incapacitada.

#### c.- La tutela

Es una institución jurídica mediante la cual se le confiere representante legal a un menor de edad que no está sujeto a la patria potestad de sus padres

---

<sup>309</sup> Benavides Santos, Diego. *Código de Familia...* p. 533.

<sup>310</sup> Trejos, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II, Editorial Juricentro, 1999, pp. 269.

y que tiene por objeto la guarda del menor de edad y sus bienes, pues este no tiene capacidad de actuar válidamente por sí mismo y requiere de un representante. La capacidad legal para ser tutor se concede a todos los mayores de edad con plena capacidad para el ejercicio de los derechos civiles y que no incurran en causas de incapacidad. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, no es requisito para nombrar un tutor que los padres del menor de edad hayan fallecido; puede ser que estén vivos, pero que se les haya suspendido la patria potestad o esta haya terminado por alguna razón que no sea la muerte o la mayoría de edad del hijo. En Costa Rica no es posible que un menor de edad tenga más de un tutor.<sup>311</sup>

Los tutores son aquellos que tienen la autoridad dada conforme a la ley para que cuide la integridad física y bienes de una persona menor de edad. Se llama tutor a quien desempeña la tutela y pupilo, al menor de edad sometido a ella.<sup>312</sup>

Los artículos 175 a 187 del Código de Familia regulan lo referente a las diversas clases de tutela: la testamentaria, la legítima y la dativa.

Puede tratarse de una tutela testamentaria (artículo 176 del Código de Familia) cuando alguno de los padres nombra en su testamento tutor a sus hijos, cuando no exista cónyuge superviviente en quien haya de recaer la guarda y representación de los menores de edad. Puede ser por haber fallecido antes o porque estando vivo estuviera incapacitado para desempeñar las funciones relativas a la autoridad parental, como sucede en los casos de divorcio en que el cónyuge privado de la autoridad parental es el sobreviviente, puesto que por la muerte del otro consorte no recobra automáticamente las funciones de que fue privado por sentencia firme.<sup>313</sup>

La aceptación del cargo del tutor testamentario no es obligatoria; por eso, si el designado no acepta el cargo sin tener para ello ninguna causa de

---

<sup>311</sup> Ramírez Acuña, Sergio. *Derecho de Familia*...p. 313.

<sup>312</sup> Trejos, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II... pp. 356-357.

<sup>313</sup> Trejos, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II... p. 357.

justificación, pierde lo que el testador le haya dejado de herencia o legado, a no ser que este último haya dispuesto otra cosa, en cuyo caso se respeta su última voluntad. Los tutores testamentarios son los primeros en ser llamados a ejercer el cargo una vez muerto el testador y son llamados en el orden en que fueron nombrados en el testamento, salvo si el testador dispuso otra cosa expresamente.<sup>314</sup>

La tutela es legítima (artículo 177 del Código de Familia) cuando no existe tutela testamentaria y en este caso son llamados a ejercicio los parientes del menor de edad, en el siguiente orden: los abuelos, los hermanos consanguíneos y los tíos.<sup>315</sup> En el caso de un hijo extramatrimonial solo son llamados esos parientes por la línea materna. De haber varios parientes de igual grado, p.ej., cuatro abuelos, el juez designa como tutor al que sea más solvente, idóneo y preparado para el cargo y con las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor. Inclusive, el juez puede variar la precedencia anterior si el caso lo amerita; por ejemplo, si es que se dan en el tío las condiciones anotadas.<sup>316</sup>

Y existe tutela dativa (artículos 179 y 192 del Código de Familia) cuando recae en una persona competente para su ejercicio y sobreviene en defecto de la testamentaria y de parientes llamados a ejercer la tutela legítima.<sup>317</sup> En este caso, el juez designa a la persona que reúna las condiciones de solvencia, idoneidad y preparación para el cargo y que tenga las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor de ser posible.<sup>318</sup>

De acuerdo con lo anterior, y a nuestra posición respecto de los bienes jurídicos que protege el artículo 192 bis del Código Penal, son sujetos pasivos del delito, tanto el menor de edad sano o incapaz, como su tutor quien ejerce los intereses familiares de ambos.

---

<sup>314</sup> Ramírez Acuña, Sergio. *Derecho de Familia*...p. 314.

<sup>315</sup> Trejos, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II... p. 358.

<sup>316</sup> Ramírez Acuña, Sergio. *Derecho de Familia*...p. 315.

<sup>317</sup> Trejos, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II... p. 358.

<sup>318</sup> Ramírez Acuña, Sergio. *Derecho de Familia*...p. 315.

#### d.- La curatela

Son curadores aquellas personas que están dentro de cierto régimen jurídico que les otorga el deber de proteger a personas mayores de edad en estado de discapacidad mental, intelectual, sensorial o física para el gobierno de su persona, de sus bienes, de sus negocios y de la defensa pública contra los daños que a sus gentes o a sus propiedades pudieran ocasionar terceros, aprovechándose del estado de insensatez en que por lo común se encuentran.<sup>319</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 230 del Código de Familia<sup>320</sup> y la Ley de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad número 7640 del 14 de octubre del año 1996, están sujetos a curatela: los mayores de edad que presenten una discapacidad intelectual, mental, sensorial o física que les impida atender sus propios intereses, aunque en el primer caso tengan intervalos de lucidez.

Los lúcidos intervalos son aquellos espacios de tiempo más o menos prolongados en que algunas personas con discapacidad mental suelen recobrar la claridad de su juicio, por presentarse en ellos el trastorno mental con carácter intermitente.

En la rama del Derecho civil de nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en el derecho penal (artículo 87 del Código Procesal Penal),<sup>321</sup> la capacidad mental se presume. Así lo dispone el Código Civil<sup>322</sup> en los siguientes artículos:

*“Artículo 36: La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se*

---

<sup>319</sup> Trejos, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II... p. 379.

<sup>320</sup> Benavides Santos, Diego. *Código de Familia*... p. 635.

<sup>321</sup> En Costa Rica existe, como regla general, la presunción general de culpabilidad respecto de quien ha cometido un hecho típico y antijurídico. Al respecto ver: Castillo González, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. 1ª edición, Tomo II, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2010, p. 489-490.

<sup>322</sup> *Código Civil*. IJSA, San José, Costa Rica, enero del 2019, pp. 25 y 148 respectivamente.

*modifica o se limita conforme a la ley por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su incapacidad legal. En las personas jurídicas, por la ley que las regula.”*

*“Artículo 628: La capacidad para obligarse se presume siempre, mientras no se prueben los hechos y circunstancias por las cuales niegue la ley esa capacidad.”*

Según los artículos anteriores, en todo acto jurídico se presume la habilidad o la aptitud del sujeto que lo realiza, así como su madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias; además, claro está, de las exigencias que la ley establece para cada caso en particular. Esto es lo que se conoce como lucidez mental, el estado de la persona física que le permite discernir acerca de las consecuencias futuras del acto de disposición que lleva a cabo. Pero en algunas ocasiones una persona tiene disminuida o nula su capacidad volitiva o cognoscitiva, bien sea por un problema de índole mental o por uno de orden físico y en uno u otro caso afecta su voluntad y, por ende, la manifestación que de ella se haga.<sup>323</sup>

Ejemplo de ello dispone el Código Civil en su artículo 41 lo siguiente:

*“Los actos o contratos que se realicen sin capacidad volitiva o cognoscitiva serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos.”*<sup>324</sup>

Existen dos tipos de curatela: la legítima y la dativa. La curatela testamentaria, a diferencia de la tutela no existe por una sencilla razón y es que no debe de olvidarse que cuando se hace un testamento, este surte efectos solo a partir de la muerte del testador. En este sentido, si vía testamentaria se eligieran los curadores que ejerzan la curatela en el futuro, dicha disposición

---

<sup>323</sup> Ramírez Acuña, Sergio. *Derecho de Familia*...p. 325.

<sup>324</sup> *Código Civil*. IJSA, San José, Costa Rica, enero del 2019, pp. 26.

solo tendría efecto una vez muerto el testador y ya para entonces resulta innecesario nombrarle un curador.<sup>325</sup>

La curatela es legítima o dativa según recaiga en una de las personas llamadas por la ley a su desempeño o que el tribunal designe. Esto último solo tiene lugar a falta de cónyuge o pariente que se haga cargo de las funciones del curador.<sup>326</sup>

La curatela legítima se encuentra reglada así en el artículo 236 del Código de Familia:<sup>327</sup> tratándose de personas casadas, es curador forzoso de su consorte el otro cónyuge siempre que los esposos no estuvieran separados de hecho o judicialmente o tuvieran opuesto interés. Cuando no hubiere a quien confiar la curatela, habrán de desempeñarla los hijos mayores de edad, debiéndose dar preferencia al que viva en compañía del incapaz y en igualdad de circunstancias al más apto. También al padre y en su defecto a la madre, toda la curatela de sus hijos solteros o viudos que carezcan de hijos mayores de edad capacitados para ejercerla. En ausencia de personas en las cuales pueda recaer la curatela legítima, tiene lugar la curatela dativa, que es la conferida por el órgano jurisdiccional a cualquiera que reúna las condiciones necesarias para su buen desempeño y que esté anuente a prestar el servicio que se reclama.<sup>328</sup>

Cuando se ejerce la curatela de una persona que tiene hijos menores de edad, se ejerce simultáneamente la tutela de estos, de ser necesaria tal cosa (artículo 234 del Código de Familia).<sup>329</sup>

Es importante hacer la distinción sobre la curatela utilizada para asignarles a las personas con discapacidad un representante legal y regulada en el Código

---

<sup>325</sup> Ramírez Acuña, Sergio. *Derecho de Familia*...p. 331.

<sup>326</sup> Trejos, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II... p. 379.

<sup>327</sup> Benavides Santos, Diego. *Código de Familia*... p. 640.

<sup>328</sup> Trejos, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II... p. 382. En el mismo sentido ver Ramírez Acuña, Sergio. *Derecho de Familia*...pp. 331-332. Al respecto también: Benavides Santos, Diego. *Código de Familia*... p. 636.

<sup>329</sup> Benavides Santos, Diego. *Código de Familia*... p. 639.

de Familia, de la figura del curador procesal, el representante procesal de las personas de las cuales se ignora el domicilio o lugar de ubicación del demandado y no se estuviera en el caso de declarar su ausencia; se trata de una persona jurídica que carece de representante legítimo o de aquellos casos en los cuales exista incompatibilidad o intereses contrapuestos entre representante y representado.<sup>330</sup> Ambas figuras jurídicas tienen un fundamento normativo muy importante en diferentes leyes. Aunque, de manera general, suele definírseles como institutos similares sin hacer distintiva la finalidad asignada por cada cuerpo normativo, según las reglas de su autonomía, fenomenología e independencia surgida de cada una de las ramas del derecho.

El jurista costarricense Carlos Adolfo Picado Vargas define la figura del “*curador procesal*” como aquella persona nombrada para representar en el proceso a quien, por causa de ser menor de edad, demencia, inhabilitación, ausencia, interdicción o prodigalidad declarada, no se halla en estado de enfrentarlo o realizar actos de disposición por sí mismo.<sup>331</sup>

Al respecto, nos dice el profesor Jorge Alberto López González que el nombramiento del curador procesal a menores de edad, ausentes o personas con capacidades especiales requiere de la realización de un trámite especial. Salvo que por las circunstancias sea imposible hacerlo, en la designación del curador procesal de personas menores de edad y con capacidades especiales es indispensable tomar en cuenta la opinión del futuro representante. Además, es necesario hacer un llamamiento a quienes, según la ley, corresponda ejercer la representación para que dentro de cinco días manifiesten si están dispuestos

---

<sup>330</sup> Artículo 19.4 del *Código Procesal Civil (concordado y con índice analítico)*, compilador Sergio Artavia Barrantes y Carlos Adolfo Picado Vargas, 1ª edición, San José, Costa Rica, IJSA, enero 2016, pp. 50 a 51. Dicho artículo equipara la representación procesal tanto para menores de edad como para personas con capacidades especiales, indicando expresamente en su segundo párrafo, última línea, que: “*Cuando nadie comparezca en el plazo señalado, el tribunal designará curador*”.

<sup>331</sup> Picado Vargas, Carlos Adolfo. *Reforma procesal civil práctica. Código Procesal Civil del 2016. Normas vigentes del Código Procesal Civil de 1989 (con jurisprudencia). Reglamento de Normas Prácticas para la aplicación del nuevo Código Procesal Civil (concordado con ambos Códigos). Circulares de Corte Plena y Consejo Superior sobre la implementación del Código*. 1ª edición, San José, Costa Rica, IJSA, octubre 2018, p. 70.

a asumirla. Ese llamamiento se debe notificar a los presuntos representantes, personalmente o en su casa de habitación cuando conste en el expediente la dirección. Si no consta esta, se les deberá notificar por medio de un edicto que se publicará en el Boletín Judicial. También nos dice este autor que el tribunal será quien debe designar al representante entre quienes se apersonen y si nadie comparece en el plazo señalado, debe nombrar curador, el cual, actualmente se designa de la lista que publica periódicamente la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial. La resolución mediante la cual se haga la designación se debe publicar en un diario de circulación nacional, con la finalidad de que el representado tenga otra oportunidad de saber que existe un proceso en su contra y de las personas nombradas en su representación.<sup>332</sup>

#### e.- Las personas encargadas.

Se trata de cualquier persona que tenga a cargo el cuidado y guarda de un menor de edad o de un incapaz. De manera extensiva se considera que los abuelos y las abuelas son padres de los menores de edad, pero en sentido estricto estos en realidad vendrían a ser personas encargadas, salvo que adquirieren otro título por la declaratoria de un tribunal en materia de Derecho de familia.

En cuanto a los sujetos pasivos del delito, estos pueden ser la persona menor de edad o la persona menor o mayor de edad con discapacidad física o mental, en los términos que se ha expuesto.

Se ha considerado que este delito es uno de los más graves que existen dentro de los ordenamientos jurídicos de cualquier país, siendo esta la justificación para una pena tan alta.

---

<sup>332</sup> López González, Jorge Alberto. *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I. Según el nuevo Código -Parte General-*. 1ª edición, San José, Costa Rica, EDiNexo, 2017, pp. 116-117.

Respecto a la culpabilidad de la figura básica, este delito podrá ser cometido, tanto con dolo directo, como con dolo eventual, pues el elemento generador del delito es precisamente actuar con el conocimiento y la voluntad de sustraer o retener un menor de edad o una persona con discapacidad.

Este delito no requiere para su configuración de la existencia de un elemento subjetivo adicional a la sustracción misma, distinto del conocimiento de los elementos señalados en el artículo 192 bis del Código Penal.

### **3.- Figuras agravadas y culpabilidad**

Las figuras calificadas del delito de sustracción de personas menores de edad están contenidas en el artículo 192 bis del Código Penal, párrafos 2) y 3) y las hemos denominado agravante simple con resultado lesiones y la figura hiperagravada con resultado muerte, debido a la pena tan elevada asignada por el legislador, encontrada en el párrafo segundo, existiendo también una figura agravada debido a la participación de autores determinados.

#### **3.1.- Agravante simple: resultado lesiones**

Indica el párrafo segundo del artículo 192 bis del Código Penal: “...*La pena será de veinte a veinticinco años de prisión, si se le infligen a la víctima lesiones graves o gravísimas...*”.

Esta agravante entraría a conformar un ***delito calificado por el resultado fáctico delictual*** (de acuerdo con la clasificación por nosotros adoptada en el punto C del Capítulo II), por describir la comisión de un delito de lesiones

graves o gravísimas durante la ejecución de la conducta que contiene el delito base de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad.

La acción ilícita para la conformación de la agravante sería la de sustraer a una persona menor de edad o con discapacidad física o cognitiva, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas, y además infligirle a la víctima lesiones graves o gravísimas.

El verbo transitivo “*infligir*” se refiere a “*causar o producir*” un daño (p.e. la guerra contra el terrorismo está infligiendo torturas indecibles a miles de seres humanos; el equipo alemán infligió un contundente 7-1 a la selección brasilera en el Mundial de Fútbol Brasil 2014) aunque también se puede utilizar dicho verbo como el “*imponer*” o “*aplicar*” un castigo o una pena (p.e. la junta directiva decidió infligir un castigo ejemplar a su gerente por su mal comportamiento).

Se diferencia del verbo “*infringir*” que significa “*incumplir normas*” o “*quebrantar una ley*”. Serían formas inapropiadas de usar dicho verbo las de “*inflingir*” o “*infrigir*” pues estas no existen.<sup>333</sup>

Como se puede observar, el requisito de esta agravante viene dado por la producción de un resultado de lesiones en la integridad física de la persona menor de edad o de la persona con discapacidad menor de edad o mayor de edad, por ser las personas a quien dicha norma figura como víctimas o sujetos pasivos del delito de sustracción.

Este resultado puede consistir en unas lesiones graves o en unas lesiones gravísimas que en virtud del principio de legalidad hace referencia a los delitos dolosos contenidos en los artículos 123 y 124 del Código Penal. De esta forma se califica la figura del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad básico del primer párrafo, que viene a constituirse en un resultado doloso aumentando la penalidad de dicha conducta.

---

<sup>333</sup> Recuperado de: <https://www.fundeu.es/recomendacion/infringiroinfligir-pero-no-inflingir-427/> el 4 de marzo del 2019.

Se debe tener mucho cuidado con la aplicación que del artículo 37 del Código Penal se pudiera llegar a hacer, pues dicho artículo dispone que la pena más grave por una consecuencia especial del hecho se vendría a aplicar al autor o partícipe que haya actuado al menos con culpa respecto de ella. Con respecto al delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad podría interpretarse de manera errónea que si el autor o partícipe actuó con culpa y con ello produjo un daño en la salud de la víctima podría ser perfectamente aplicable, como consecuencia especial del hecho, el delito de las lesiones culposas. Aunque esta no es nuestra posición, pues pensamos que cuando el artículo hace menciona a los delitos de lesiones graves o gravísimas, lo hace referido a su forma dolosa.

La interpretación sobre la posibilidad de conseguir una pena agravada en el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad por la producción de un resultado de lesiones graves o gravísimas culposas viene a fundamentarse en que estas, según nuestra normativa, también podrían producirse de manera culposa; esto debido a la existencia de un delito paralelo culposo de lesiones que difiere de los delitos dolosos en que para todo tipo de lesiones (graves, gravísimas o leves) le asigna un mismo rango de pena. Esto puede comprobarse con la simple lectura del artículo 128 del Código Penal que dice: “*Se impondrá prisión hasta de un año, o hasta cien días multa, a quien por culpa cause a otras lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125 (...)*”. Esto por cuanto también se dice respecto de los delitos calificados por el resultado que para el resultado culposo se ocupa nada más comprobar que este fuera previsible, pues los otros elementos de la culpa ya están contenidos en el delito base.<sup>334</sup>

No obstante, esta interpretación sería muy restrictiva en cuanto a la tutela de la libertad, pues tal y como lo dijimos líneas atrás, el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, solo hace referencia a los delitos de lesiones graves o gravísimas dolosos y nunca menciona en su tenor literal el

---

<sup>334</sup> Cfr. Castillo González, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 361.

delito de lesiones culposas o alguna fórmula semejante, por lo que repetimos que la interpretación anterior no es la nuestra.

Recordemos que en nuestro sistema jurídico solo pueden existir delitos culposos cuando estos están expresamente tipificados en virtud del principio de legalidad, siendo que el artículo 128 del Código Penal se constituye en un tipo penal abierto, el cual en su descripción y para su complementación hace referencia a otras normas de su mismo rango (con carácter de ley), específicamente los artículos 123 y 124 del Código Penal. No podríamos por ello afirmar que el delito contenido en el artículo 192 bis del Código Penal haga referencia a las lesiones culposas. Esta forma de interpretarlo también va acorde con el artículo 2 del Código Procesal Penal según el cual deben interpretarse restrictivamente las normas que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso.

Interpretar que el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad contiene también una agravante por lesiones culposas, se constituye en una interpretación analógica *in malam partem*, por cuanto no es posible derivar de dicha norma un criterio amplificador del catálogo criminal por el simple hecho de ser mencionadas en el artículo 128 del del Código Penal.

Dos problemas presentan esta agravante simple con resultado lesiones y ambos tienen que ver con su pena.

Primeramente, se determina una pena de 20 a 25 años de prisión a un delito con dos conductas ya sancionadas en otros tipos penales y que podrían recibir una pena diferente utilizando las reglas de los concursos de normas.<sup>335</sup> Aquí la regla del “*injusto adicional*” del delito calificado por el resultado viene a superar la pena que podría obtener el autor de utilizarse las reglas contenidas

---

<sup>335</sup> Nos referimos a que el delito de lesiones graves contiene una pena que va de 1 a 6 años de prisión (artículo 124 del CP) y al delito de lesiones gravísimas que contiene una pena que va de 3 a 10 años (artículo 123 del CP). Por su parte, la figura base del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, contiene una pena que va de 10 a 15 años (artículo 192 bis párrafo 1) del CP), mientras que en sus figuras agravadas, específicamente por la consecuencia especial del hecho de lesiones graves o gravísimas, contiene una pena de 20 a 25 años de prisión, y por la consecuencia especial del hecho de muerte una pena que va de 35 a 50 años de prisión (artículo 192 bis párrafo 1) del CP).

en los artículos 75 y 76 del Código Penal. Cabría preguntarse si dichas penas vendrían a cumplir con el fin resocializador y de prevención general que exige nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51 del Código Penal).

El segundo problema es que si se aceptara la interpretación de que con esta agravante cabe el uso de las lesiones graves o gravísimas en su forma culposa, se podría condenar a una persona con una pena muy alta, donde el delito vendría a agravarse hasta un límite extremo de 25 años de prisión por un delito de lesiones culposas que tiene una pena de “*hasta un año de prisión*” (artículo 128 del Código Penal), otorgándole un valor exagerado e incoherente al supuesto injusto adicional que supondría la calificación del delito de sustracción de persona menor de edad o incapaz por dicho resultado cometido de forma culposa. Como se indicó líneas atrás, esta posición no es aceptable porque no se podría acudir al artículo de lesiones culposas como consecuencia especial del hecho de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, pues no existe un delito de lesiones graves o gravísimas culposas en nuestro ordenamiento jurídico penal y porque de conformidad con el principio de legalidad, el artículo 192 bis del Código Penal hace especial referencia a los delitos dolosos de lesiones graves o gravísimas.

Evidentemente, los inconvenientes señalados evidencian cómo se violentaría el principio de culpabilidad al dejar al arbitrio del tribunal la decisión de subsumir un resultado de lesiones culposas como circunstancia agravante del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad porque podría malinterpretarse y otorgar, ante una solicitud de condenatoria por parte del órgano acusador, una pena por un resultado que no guarda una relación subjetiva con su autor o porque se solicitó una pena por una conexión psíquica culposa cuando esta no fuera posible.

En atención a lo anterior se sostiene aquí que cualquier interpretación realizada respecto de un delito calificado por el resultado debe ser en cumplimiento de los principios de culpabilidad y legalidad consagrados constitucionalmente.

### 3.2.- Figura hiperagravada: resultado muerte

En el primer párrafo del artículo 192 bis del Código Penal se encuentra la segunda calificación por el resultado que contiene dicho artículo, otra agravación de la pena, si con ocasión de la sustracción de una persona menor de edad o incapaz, deviene la muerte de esta, al tiempo que determina la siguiente pena: “...y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión si muere”, configurándose con ello **un delito calificado por el resultado evento** (de acuerdo a la clasificación por nosotros adoptada en el punto C del Capítulo II), por describir la comisión de un delito de un estado de muerte (de un ser humano) durante la realización de la conducta que describe el delito base de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad, ya que no hace alusión al delito de homicidio en ninguna de sus formas ni lo refiere por su nombre.

La muerte puede ser realizada de manera dolosa o culposa si se produce dentro de la situación de desamparo de la víctima porque en este caso sí existe regulado de manera expresa y determinada. La agravante se cumpliría cuando la muerte deviene durante la permanencia del delito base, es decir, mientras este no se haya consumado.

Se ha optado por considerarla una figura hiperagravada debido al alto monto de la pena asignada a dicha circunstancia, superando, inclusive, la pena de los delitos de homicidio calificado del artículo 112 del Código Penal, cuyo rango sancionatorio va de 20 a 35 años de prisión, igualando la pena del delito de secuestro extorsivo con resultado de muerte y superando inclusive la pena del delito de Genocidio,<sup>336</sup> del delito de Tráfico de personas menores de

---

<sup>336</sup> “Artículo 382.- Genocidio. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política. Con idéntica pena será sancionado quien:

1) Causare a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos;

edad,<sup>337</sup> del delito de Pena por tráfico de menores en adopción,<sup>338</sup> e inclusive y sorprendentemente, del delito de Crímenes de lesa humanidad.<sup>339</sup>

Para entender la forma en que el Código Penal costarricense sanciona los delitos en los cuales se produce la muerte de una persona, en cuanto al rango de penas debemos hacer referencia al siguiente cuadro comparativo:

<b>DELITOS DEL CÓDIGO PENAL</b>	<b>BIEN JURÍDICO</b>	<b>PENA MÍNIMA</b>	<b>PENA MÁXIMA</b>
Homicidio simple Art. 111	Vida	12 años	18 años
Homicidio calificado Art. 112	Vida	20 años	35 años
Homicidio especialmente atenuado Art. 113	Vida	1 año	6 años

2) Colocare a dichos grupos en condiciones de vida tan precaria, que haga posible la desaparición de todos o parte de los individuos que los constituyen;

3) Tomare medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro de esos grupos; y

4) Trasladare, por medio de fuerza o intimidación, niños de uno de esos grupos a otros distintos.”

<sup>337</sup> “Artículo 383.- Tráfico de personas menores de edad. Será reprimido con pena de prisión de ocho a dieciséis años, quien promueva, facilite o favorezca la venta, para cualquier fin, de una persona menor de edad y perciba por ello cualquier tipo de pago, gratificación, recompensa económica o de otra naturaleza. Igual pena se impondrá a quien pague, gratifique o recompense con el fin de comprar a la persona menor de edad.

La prisión será de diez a veinte años, cuando el autor sea un ascendiente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, el encargado de la guarda, custodia o cualquier persona que ejerza la representación de la persona menor de edad. Igual pena se impondrá al profesional o funcionario público que venda, promueva, facilite o legitime, por medio de cualquier acto, la venta de la persona menor. Al profesional y al funcionario público se le impondrá también inhabilitación de la duración del máximo de la pena para el ejercicio de la profesión u oficio en que se produjo el hecho.”

<sup>338</sup> “Artículo 384.- Pena por tráfico de menores para adopción. Será reprimido con prisión de cinco a diez años, quien promueva o facilite el tráfico de personas menores de edad para darlas en adopción, con el fin de comerciar sus órganos.”

<sup>339</sup> “Artículo 386.- Crímenes de lesa humanidad. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma.”

Homicidio por piedad Art. 116	Vida	6 meses	3 años
Homicidio culposo Art. 117 párrafo 1)	Vida	6 meses	8 años
Homicidio culposo Art. 117 párrafo 2)	Vida	1 año	10 años
Muerte de la madre debido a un aborto sin consentimiento Art. 118	Vida	3 años	10 años y puede aumentarse
Muerte debido al abandono de incapaces Art. 142 párrafo 2)	Vida	6 años	10 años
Muerte debido a un abandono por causa de honor Art. 143 párrafo 2)	Vida	1 año	4 años
<b>Muerte debido a una sustracción de persona menor de edad o con discapacidad Art. 192 bis</b>	<b>Pluriofensivo</b>	<b>35 años</b>	<b>50 años</b>
Muerte debido a un secuestro extorsivo Art. 215 último párrafo	Pluriofensivo	35 años	50 años
Muerte debido a un secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión Art. 215 bis último párrafo	Pluriofensivo	35 años	50 años
Muerte debido a un incendio o explosión Art. 253 inciso 2)	Seguridad común y vida	10 años	20 años
Muerte debido a un atentado con materiales químicos o radiactivos Art. 253 bis	Seguridad común y vida	10 años	20 años
Muerte debido a un estrago Art. 254	Seguridad común y vida	10 años	20 años
Muerte debido a un desastre culposo Art. 256	Seguridad común y vida	1 año	4 años
Peligro de naufragio y de desastre aéreo Art. 258 párrafo tres	Seguridad común y vida	8 años	18 años
Muerte debido a la creación de un peligro para transportes terrestres	Seguridad común y vida	8 años	18 años

Art. 259 último párrafo			
Desastre por culpa Art. 261	Seguridad común y vida	1 año	6 años
Muerte debido a piratería y actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima Art. 266	Seguridad común y vida	10 años	No indica
Muerte debido a apoderamiento ilícito o destrucción de aeronaves Art. 267 párrafo 2	Seguridad común y vida	15 años	25 años
Muerte debido a la corrupción de sustancias alimenticias o medicinales Art. 268	Seguridad común y vida	8 años	18 años
Muerte por adulteración de otras sustancias, circulación de sustancias envenenadas o adulteradas o propagación de enfermedad, cuando su comisión es culposa Art. 272	Seguridad común y vida	30 días multa	100 días multa

Como puede apreciarse, los delitos en los cuales se sanciona la muerte de una persona por lo general tienen una pena alta, en los casos de haber sido cometidos con dolo, como lo son los delitos de homicidio simple y calificado. En el caso de los delitos donde la muerte se realiza con culpa, las penas son diametralmente menores. Sin embargo, en los casos en los cuales la muerte se ha producido mientras se desarrollaba una sustracción de persona menor de edad o con discapacidad o un delito de secuestro (artículos 192 bis, 215 y 215 bis del Código Penal) las penas ascienden de 35 hasta los 50 años de prisión, la máxima sanción que contiene un delito en el Código Penal costarricense. Según esto, definitivamente existe para este tipo de delitos **un injusto adicional**, que según nuestro legislador merece una pena aún más alta que la de los homicidios que podríamos llamar “*simples*”, como las figuras básicas o calificadas, (artículos 111 y 112 del CP) en oposición a los homicidios que podríamos llamar “*compuestos*”, cuando se trata de delitos calificados por el resultado.

Otro de los problemas encontrados en cuanto a los delitos calificados por el resultado, es el hecho de que comúnmente se asigna un especial valor a la “teoría del riesgo” utilizada para atribuir los resultados que agravan al delito base doloso, como en el caso de que la muerte aconteciera durante la ejecución de otro delito, por ejemplo, cuando se mantiene bajo privación de libertad o cautiverio a la víctima, extendiendo el rango de aplicación de la agravante a casos que, eventualmente, podrían calificarse como fortuitos si no se logra determinar si este resultado fue cometido por dolo o por culpa, de acuerdo con la consecuencia especial del hecho tipificada. De ahí la importancia de especificar con el principio de culpabilidad penal, si se logra determinar el tipo y el grado de subjetividad con que actuó el autor al cometer dicho delito calificado por el resultado, circunstancia reducida a una situación meramente probatoria, cuyo análisis no debe omitir este extremo, pues de lo contrario, se aplicaría por desconocimiento la teoría del “*versari in re illicita*”.

La agravación de la pena para este delito se ocasionaría cuando se acorta la vida de la persona que ha sido sustraída y esto ocurre cuando deviene la muerte entendida esta como el cese total e irreversible de las funciones cerebrales, aun cuando el sistema cardíaco y respiratorio se mantuvieran en función mediante vías artificiales.<sup>340</sup>

La realización culposa o dolosa de la muerte tiene asidero normativo en nuestro Código Penal al contener los artículos 111 y 112 los delitos de homicidio y homicidio calificado respectivamente y el artículo 117 el delito de homicidio culposo.

Pareciera que el problema al que podría enfrentarse el operador jurídico con la aplicación del presente delito, junto con la agravante de muerte, sería nuevamente el de la pena asignada. Esto por cuanto la acumulación de las

---

<sup>340</sup> Según lo dispuesto en el artículo 3 inciso c) de la Ley de donación y trasplante de órganos y tejidos humanos, Ley número 9222, en Costa Rica: “...la muerte puede ser determinada por criterios cardiopulmonares (ausencia de latido cardíaco, ausencia de movimientos respiratorios, ausencia de actividad eléctrica cardíaca efectiva) o por criterios neurológicos (muerte encefálica)”, recuperado de: [http://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=77028&nValor3=96384](http://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=77028&nValor3=96384), el día 26 de agosto del año 2019.

penas máximas del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad en su figura básica (15 años) junto con la pena máxima del delito de homicidio calificado (35 años) sería prácticamente la misma que la del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad agravada por el resultado muerte (50 años). Pero esta vez no sería por el tema del injusto adicional del delito calificado por el resultado, sino porque en ambos casos la pena pierde toda finalidad rehabilitadora en la persona condenada al haberse asignado como extremo máximo del delito que permite nuestro ordenamiento jurídico.<sup>341</sup>

Además, la pena de 35 a 50 años de prisión resulta totalmente inapropiada cuando el resultado muerte sucede por una acción culposa, pues el delito de homicidio culposo tiene una pena de seis meses a ocho años de prisión (artículo 117 del Código Penal); por eso, en la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal debe valorar el número de víctimas, el grado de culpa y la magnitud del daño causado. Esta equiparación de la pena para los delitos calificados por el resultado entre la muerte cometida de manera dolosa con la manera culposa, cuando son consecuencias especiales del hecho, no tiene contenido racional ni explicación dogmática, basando su fundamento en una cuestión puramente de política criminal, porque el valor asignado en el rango de pena se justifica únicamente en el criterio del legislador al asignar los extremos de la pena en la creación de una ley.

Pareciera que el homicidio especialmente atenuado por estado de emoción violenta no sería aplicable como consecuencias especial del hecho en el delito de sustracción de persona menor de edad o incapaz, por no ser compatible sus elementos constitutivos (una alteración psíquica como factor

---

<sup>341</sup> La Sala Constitucional costarricense, en la sentencia número 2001-10543 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del 17 de octubre del 2001 resolvió por criterio de mayoría, que una sanción máxima de 50 años de prisión “...no es perpetua porque conforma un período de tiempo determinado...”, razón por la cual dicho monto máximo de la pena no resulta inconstitucional. El voto salvado fue del Magistrado Dr. Luis Paulino Mora, para quien una sanción máxima de cincuenta años de prisión constituye una pena perpetua y, además, contraría los fines de resocialización y reinserción social de la sanción.

detonante atribuible a la víctima y un factor externo como causa eficiente)<sup>342</sup> con el delito base, no aceptándose esta circunstancia como atenuante desde ningún término en el caso de muerte de la víctima, como sí podría suceder con el homicidio preterintencional.

Este problema de poder especificar con exactitud la forma subjetiva en que se realiza la muerte de un ser humano cuando esta es producida de manera delictiva, refleja la necesidad de que dicho delito sea determinado de forma independiente y de que la pena asignada sea mensurada de un modo más preciso, utilizando para ello las reglas penológicas de nuestro Código Penal, entre ellas, las del concurso de normas, una vez que la pena haya sido asignada por el juez de conformidad con los artículos 71 al 79 del Código Penal.

También debe tomarse en cuenta que la sanción aplicable al delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad en su forma hiperagravada por el resultado de muerte, vendría a ser la misma para ambos casos, pues el tipo penal ni ninguna regla sobre la determinación de la pena para estos delitos hace una diferencia gradual en si el resultado se produjo de manera dolosa o culposa, asignándole al contenido del injusto de ambos tipos

---

<sup>342</sup> Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 323-1996, de las nueve horas con veinte minutos del 28 de junio de 1996, en la cual se señaló lo siguiente: *“Esta Sala ha afirmado reiteradamente, con cita de doctrina, que existe emoción violenta cuando se presenta una conmoción impulsiva en el ánimo del autor, causada por una ofensa a sus sentimientos que proviene muchas veces de la propia víctima, que relajando el pleno gobierno de sus frenos inhibitorios, lo conduce a la acción homicida. La emoción violenta implica una situación de menor responsabilidad criminal y para que sea aplicable la norma de comentario se necesita que la persona encartada al momento del suceso se encuentre emocionada, alterada psíquicamente, y que esa alteración sea violenta que se trate de un verdadero impulso desordenadamente afectivo, capaz de hacerla perder el control de sí misma y hacerla realizar un acto que en circunstancias normales no habría hecho. (Votos No. 172 -F de 16:50 hrs. del 20 de diciembre de 1983; No. 194-F de 10:00 hrs. del 24 de julio de 1987; y No. 500 de 8:50 hrs. del 30 de octubre de 1992, Sala Tercera). En otros términos, la emoción violenta requiere de un estado de alteración psíquica, pero también de una causa idónea generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva. También la doctrina ha señalado la necesidad de que exista ese factor externo (causa eficiente) para que pueda configurarse esa causa de atenuación de la responsabilidad penal (Entre otros véase LEVENE, RICARDO (h). El delito de homicidio, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 328 y 330; LOZANO DELGADO, JORGE AUGUSTO. Aspectos sustanciales y procesales del delito de homicidio emocional. En "Derecho Penal y Criminología", Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Vol. VIII, Nº 25, Ediciones Librería Profesional, 1985, pp. 70 y ss.; entre otros).”*

de resultados calificantes el mismo valor. Existiría una desproporción en la pena impuesta al no estimar la subjetividad con que actuó el agente y el grado de reproche que se le podría asignar en un caso, por ejemplo, con resultado calificante culposo, cuando hay importantes razones por las cuales un delito culposo contiene una pena menor que uno doloso (como el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud del daño causado).<sup>343</sup>

Concluimos que en el caso del delito de sustracción de la persona menor de edad o con discapacidad, la muerte a la que hace referencia el segundo punto de este delito es una consecuencia especial del hecho, es decir, una condición o circunstancia que agrava la sanción y en aplicación del artículo 37 del Código Penal permite aplicar la pena más grave para el sujeto activo que haya actuado a lo menos de manera culposa. Puesto que se cuenta con un tipo culposo paralelo y determinado, perfectamente cabría la posibilidad de reprimir de manera totalmente desproporcionada con 20 a 25 años de prisión, en el caso en que se produjera la muerte de manera culposa; esto porque en un delito culposo la estructura diferenciada entre la culpa y el dolo conlleva una consecuencia de gran importancia: ambos se castigan de modo diferente pues el tipo doloso tiene una pena muy superior a la del tipo culposo.

Todos los códigos penales latinoamericanos modernos penalizan de forma mucho más grave las conductas dolosas que a las culposas. Así, por ejemplo, en el Código Penal costarricense el homicidio doloso se castiga con 12 a 18 años de prisión, mientras que el homicidio culposo se castiga con pena de prisión de seis meses a ocho años en su forma base y de un año a diez cuando hay alcohol de por medio (artículos 111 y 117 del Código Penal respectivamente).

El legislador no puede perder de vista que la culpabilidad es el contenido de la voluntad en cabeza del sujeto infractor, de violar el bien jurídico y la valoración de ese contenido reside por así decirlo, en cabeza del Estado. Estos

---

<sup>343</sup> Respecto al grado de culpa la doctrina hace referencia a que la misma sea grave para el caso de los delitos calificados por el resultado.

dos extremos constituyen una unidad dialéctica que conforman la conducta culpable del agresor y la declaración de culpabilidad del juez. El concepto de culpabilidad contiene esos dos polos que hace mucho se predicaban de la culpabilidad: el contenido de la voluntad del transgresor que para nuestros efectos es la esencia del principio y como tal no diseñado ni disponible por el Estado, aunque sí descubierto y valorado por este. Luego, al contenido de la voluntad que nutre el principio se agrega la valoración y declaración que hace el Estado de ese contenido. Y ambos, principio y valoración, conforman el concepto de culpabilidad, que brinda el conocimiento sobre ella. El concepto contiene el principio, pero si el principio no se cumple no surge el concepto. Así se enlazan dentro de la unidad sistémica del delito acción y culpabilidad y se asume la visión unitaria del delito que en la práctica forense toma vida al fundamentarse la culpabilidad.

### **3.3.- Agravante especial por participación de autores determinados**

Indica el párrafo tercero del artículo 192 del Código Penal lo siguiente: *“...Cuando sean los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad, con discapacidad o sin capacidad para resistir serán sancionados con pena de prisión de veinte a veinticinco años.”*

Lo primero por señalar sobre esta agravante es que no se trata de una consecuencia especial del hecho, sino que deviene por la calidad de los autores que pueden cometer este delito. Cuando un tipo penal se refiere a una calidad de autor recibe el nombre de *“delito especial”*; se distingue además entre *“delitos especiales propios”* e *“impropios”*, según que la calidad de autor fundamente lo ilícito (como, por ejemplo, en los delitos de funcionarios) o concurra a agravar la penalidad o eventualmente a atenuarla. Por ello, esta

agravante se trata de un delito especial impropio cuando la sustracción es cometida por los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas de la persona menor de edad o con discapacidad. Se trataría, entonces, de una sustracción con un mayor reproche, por cuanto estos autores harían uso de una condición especial de confianza que la ley les ha otorgado para cometer el ilícito.

Consideración especial merece el caso del progenitor que por la causa que fuere haya perdido la patria potestad sobre su hijo biológico, lo sustraiga - p.e. del hogar en el que reside con su nueva familia, por entero o no- e imponga como condición la anulación de la medida judicial y su cambio por una en que se inviertan las órdenes del tribunal o se fije un nuevo régimen de visitas.

Ahora bien, es necesario examinar la conducta de sustracción para ver si esta está amparada en una causa de justificación, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que la madre traslada a los hijos lejos del padre maltratador; o en los casos en los que la madre se marcha lejos con sus hijos por necesidades económicas ya que el marido había dejado de pagar las pensiones alimentarias a los hijos y la pensión compensatoria a su esposa; o el caso del hijo o la hija que quiera permanecer con su madre por la existencia de un informe psiquiátrico en el que se certifica una grave depresión causada por la separación de sus padres, por lo que se recomienda mantener al menor de edad, en la medida de lo posible, en la proximidad del entorno familiar materno. Otro caso lo podría ser aquel en que se sustrae al menor de edad del poder de su progenitor o la persona o institución a la que estuviese confiado o que tenga concedida su custodia porque este lo ha abandonado, lo maltrata, no cumple con sus obligaciones de darle alimentos, educación, etc.

El profesor Javier Álvarez García opina que con dicha disposición normativa se ha tratado de hacer frente al fenómeno denominado secuestro parental o legal "*kidnapping*" y según él, en las cada vez más frecuentes crisis de pareja que acaban con la ruptura del vínculo afectivo (exista o no relación matrimonial), no resulta infrecuente que uno de los padres utilice a los hijos

para hacer sufrir al otro. Por ejemplo, no es extraño que el padre, que no tiene la custodia del hijo, desee quedarse con este más tiempo del que le corresponde como régimen de visitas, o al revés, la madre con la custodia incumple sistemáticamente los plazos de entrega para que el padre no pueda disfrutar de la compañía de su hijo durante los días u horas asignados como régimen de visitas. Pero el problema se agudiza si se traslada al hijo a otro lugar alejado de su entorno familiar habitual, con el fin de separarlo definitivamente de este. Y la dificultad para recuperar el contacto con los hijos sustraídos es aún mayor si el traslado tiene lugar al extranjero, pues entonces la distancia, el distinto ordenamiento jurídico e, incluso, el propio sistema de valores que rige en otros países (en lo que se ha dado en llamar conflicto de civilizaciones) puede hacer totalmente infructuoso el derecho de los padres a tener sus hijos consigo y lo que es más importante, el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres (con los dos y no solo con uno).

En España, por ejemplo, la importancia que ha alcanzado el fenómeno del secuestro parental en los últimos tiempos ha propiciado la elaboración de varios textos internacionales con la finalidad de tratar de restaurar la situación a su cauce habitual para proteger así el interés de la persona menor de edad de tener un entorno familiar estable que, se repite, es lo más importante.<sup>344</sup>

Como puede apreciarse, la pena asignada para el o los sujetos activos con esta agravante supera la figura básica, conteniendo una sanción de 20 a 25

---

<sup>344</sup> Entre otros, cabe mencionar el Convenio de la Haya nº XXVIII, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de personas menores de edad (aprobado y ratificado por Costa Rica mediante ley número 7746 del 23 de febrero de 1998); el Convenio nº 105 del Consejo de Europa, de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores de edad y restablecimiento de dicha custodia (; el Convenio con Marruecos, de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores de edad; y el Reglamento CE 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental [véase la STJUE, Sala 1ª, 22-12-2010 —Aguirre vs. Pelz— (Tol 2136299)], por el que se derogó el anterior Reglamento CE 1347/2000. Cfr. Álvarez García, F. Javier. *Derecho Penal Español Parte Especial*. Tomo I, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la L.O. 5/2010, Coordinadores: Araceli Manjón-Cabeza Olmeda Arturo Ventura Püschel, Valencia, 2011, pp. 918-919.

de prisión, cuando sean los propios encargados del cuidado, la guarda y la crianza del menor de edad o de la persona con discapacidad los que realicen su sustracción. Pero, además, se sanciona también la retención de la persona menor de edad o incapaz de manera análoga. El verbo “*retener*” se refiere al mantenimiento o conservación de la persona menor de edad o incapaz bajo su esfera de poder de manera voluntaria y por supuesto, antijurídica, pues dicha retención debe ir más allá de los deberes y obligaciones que la ley les asigna a los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas con respecto al cuidado y buen desarrollo de las personas bajo su responsabilidad. De acuerdo con ello, “*retener*” significa obligar a una persona a permanecer en el lugar en donde ha sido puesta en cautiverio, restándole toda eficacia a una voluntad contraria.

Esta agravante contiene una pena muy elevada para el caso de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad ejecutada por los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas. Si bien, dicho tipo penal responde a un problema meramente criminológico, la afectación a la libertad y a los intereses familiares del menor de edad podrían no llegar a tener un contenido del injusto muy grave, pues los autores, si bien puede que no tengan dicha custodia, sí pueden ostentar su guarda, crianza, cuidado y confianza de esta, de manera tal que el daño no sería profundo, tomando en cuenta que nuestro país tiene un territorio pequeño y mientras la persona menor de edad o con discapacidad no sea extraída del territorio nacional, las autoridades podrían auxiliar a quien ostente la custodia, sin que haya existido un daño tan gravoso para el menor de edad y su familia habitual.

Distinta podría ser la situación del menor de edad que ha sido sustraído fuera de nuestras fronteras, donde el daño y la posibilidad de recuperación es aún más difícil. Aunque el delito no requiere de una finalidad especial, el dolo con que actúa el autor respecto a sus intenciones para sustraer a un menor de edad o a un incapaz, podría causar la imposición de una pena mayor, en virtud de dicha forma de comisión.

Dicho delito debería contener una distinción entre los dos casos anteriores, pues una pena tan alta de 20 a 25 años podría resultar harto injusta si se impone por un mero juicio de subsunción a un familiar que cometió una conducta que no merece una pena privativa de libertad de esa envergadura.

#### **D.- El delito sustracción de personas menores de edad o con discapacidad y su relación con otras figuras delictivas: el secuestro de la persona menor de edad y de la persona incapaz y el secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión**

Hemos sostenido durante todo el desarrollo del presente trabajo que el Código Penal costarricense carece de una armonía en sus componentes cualitativos y cuantitativos que tienden a agravarse en la parte del catálogo criminal que regula la materia del derecho penal especial. Un ejemplo de ello lo es lo concerniente con los tipos penales que sancionan la sustracción de una persona menor de edad o de una persona con discapacidad, regulado al menos en tres tipos penales diferentes. También existe un tipo penal con el verbo nuclear de “*secuestro*”; para mejor entendimiento debemos aclarar y sostener que es un verbo diferente al de “*sustraer*”, pues como ya lo dijimos, este último se refiere “*al hecho de apartar a una persona menor de edad de una esfera de vigilancia*”.

No estamos de acuerdo con el respetable criterio de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia<sup>345</sup> el cual indica que dicho conflicto normativo

---

<sup>345</sup> Al respecto señala la resolución ya mencionada número 2009-004957 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del 24 de marzo del 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente: “*III.- Sobre el fondo. La accionante refiere que de la confrontación de lo dispuesto en los artículos 184 y 184 ter vigentes, con el 215 bis del Código Penal es posible establecer que se trata de la misma conducta, por lo que, a su juicio, las normas vulneran los principios de legalidad y tipicidad. De una lectura de las normas y de su ubicación sistemática en el Código Penal, se observa que el artículo 184 se refiere a la “Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva” y se*

---

encuentra ubicado en el Título IV “Delitos contra la familia” y el artículo 215 bis del Código Penal, denominado “Secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión” se ubica en el Título VII correspondiente a los “Delitos contra la propiedad”. En relación con las alegaciones que hace la accionante, debe señalarse, en primer término, que la determinación de cuál calificación legal se ajusta a los hechos que se conocen en el asunto base pendiente de resolver es un asunto que corresponde decidir en el caso concreto. El hecho de que existan dos o más normas similares, que compartan determinados elementos típicos de la acción, no hace que se infrinjan los principios de legalidad y tipicidad, dado que el aplicador debe establecer en el caso concreto, cuál es la calificación legal que se ajusta a la especie fáctica, utilizando para ello las diversas reglas previstas en la parte general del Código Penal relacionadas con la aplicación temporal de la ley penal (artículos 11-14), el concurso de delitos y el concurso aparente de normas (artículos 21-23). El denominado por la doctrina como “concurso de leyes” atiende a la problemática que se genera cuando existen varias disposiciones legales que aparentan ser aplicables a un mismo hecho; pero sólo una de ellas puede ser aplicada. Se utilizan para ello los criterios de la especialidad, subsidiariedad y consunción. Para efectos de los principios constitucionales de legalidad y tipicidad, lo importante es que el tipo penal (sujeto activo, acción u omisión -verbo activo- y sanción) debe encontrarse previsto en la ley penal, en una forma clara, precisa y determinada. Por otra parte, sostiene la accionante que los artículos 184, 184 ter y 215 bis, no indican con claridad que los ofendidos sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas del cuidado del menor o todos, dejando el poder de decisión legítimo en cualquiera de ellos, sin ningún orden de jerarquía ni circunstancias atinentes a su legitimación, lo que provoca un vacío jurídico. Señala además que la ley es omisa al no establecer cómo debe llevarse a cabo la sustracción, ni el bien jurídico que se protege. En relación con este aspecto, debe señalarse que el hecho de que los tipos penales cuestionados no especifiquen literalmente quién es el ofendido en cada caso y cuál es el bien jurídico protegido, no hace que los mismos sean inconstitucionales. Este Tribunal ha señalado que para que se cumpla el principio de legalidad, los tipos penales deben estar estructurados “[...] como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en el descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal” (Sentencia número 1877-90 de las dieciséis horas dos minutos del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa). Los tipos penales cuestionados tienen todos los elementos necesarios desde la perspectiva del principio de legalidad. Es el intérprete o aplicador de la norma el que debe determinar en cada caso, quién es la víctima u ofendido y cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador pretende proteger. Sobre la forma en que debe darse la sustracción, el artículo 184 ter establece determinados elementos que agravan la conducta, a saber, que la sustracción o retención dure más de tres días, que sea cometida por dos o más personas o con ánimo de lucro. En el artículo 215 bis también se establecen circunstancias de agravación, tales como si se le infligen a la persona secuestrada lesiones graves, gravísimas o la muerte. En los tipos simples, tal y como señala la accionante, no se establece la forma en que debe darse la sustracción, lo cual no hace que la norma sea inconstitucional. Por último, afirma la accionante que el delito previsto en el artículo 184 es de peligro abstracto y presenta una técnica legislativa autoritaria, en la que se plasma un derecho penal de peligrosidad y personalidad, dado que no protege ningún bien jurídico. Conforme ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, la creación de los delitos y las penas es competencia del Poder Legislativo, al diseñar la política criminal. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política, únicamente pueden sancionarse aquellas conductas que afecten la moral, el orden público o los derechos de terceros, ya sea porque se da una lesión al bien jurídico o una puesta en peligro. Cabe decir que en el caso del artículo 184, no se está ante un delito de peligro, sino de resultado, pues lo que se protege es el derecho de custodia que se ejerce sobre las personas menores de edad o incapaces, que obviamente se ve afectado con la sustracción o retención ilegítima.”

debe superarse, no con las reglas de los conflictos normativos, sino con las reglas de los concursos de normas, pues para este caso el Código Penal tiene tres tipos penales con el mismo verbo nuclear de la sustracción de personas menores de edad o con discapacidad, pero con penas distintas provocando con ello una total inseguridad jurídica frente a los derechos de los coimputados y frente al ejercicio y promoción de la acción penal por parte del Ministerio Público.

Debido a la importancia de hacer referencia a estas figuras penales, de inmediato pasaremos a analizar cada uno de estos delitos de manera separada, con el objetivo de poder diferenciarlos e identificarlos de una forma más clara.

### **1.- El secuestro de la persona menor de edad y de la persona incapaz del artículo 215 inciso 4) del Código Penal**

Dice el artículo 215 inciso 4) del Código Penal en el título de “*Secuestro Extorsivo*” lo siguiente:

*“Se impondrá prisión de diez a quince años a quien secuestre a una persona para obtener rescate con fines de lucro, políticos, político-sociales, religiosos o raciales.*

*Si el sujeto pasivo es liberado voluntariamente dentro de los tres días posteriores a la comisión del hecho, sin que le ocurra daño alguno y sin que los secuestradores hayan obtenido su propósito, la pena será de seis a diez años de prisión.*

*La pena será de quince a veinte años de prisión:*

*(...) 4. Si el secuestrado es menor de edad, mujer embarazada, persona incapaz, enferma o anciana (...).”*

Este artículo había sido originalmente promulgado en el Código Penal en el Alcance Número 120 al diario oficial “La Gaceta” N° 257 del 15 de noviembre de 1970, cuyo texto decía:

*“Artículo 215. Secuestro extorsivo. Se impondrá pena de prisión de cinco a quince años al que secuestre a una persona para obtener rescate. La pena será de seis a dieciocho años si el autor logra su propósito.”<sup>346</sup>*

Como puede apreciarse, el texto original no contenía una cantidad importante de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal ni tampoco consecuencias especiales del hecho, más allá de incrementar la pena si el autor obtenía el rescate procurado desde un inicio, pero sin hacer referencia al secuestro de una persona menor de edad o con discapacidad.

Mediante el artículo único de la ley 8127 del 29 de agosto del 2001 denominada “*Reforma de los artículos 215, 274, y 374 del Código Penal, Ley N° 4573* se reformó dicho artículo y quedó de la siguiente manera:

*“Artículo 215.- Secuestro extorsivo. Se impondrá prisión de diez a quince años a quien secuestre a una persona para obtener rescate con fines de lucro, políticos, político-sociales, religiosos o raciales.*

*Si el sujeto pasivo es liberado voluntariamente dentro de los tres días posteriores a la comisión del hecho, sin que le ocurra daño alguno y sin que los secuestradores hayan obtenido su propósito, la pena será de seis a diez años de prisión.*

*La pena será de quince a veinte años de prisión:*

- 1. Si el autor logra su propósito.*
- 2. Si el hecho es cometido por dos o más personas.*
- 3. Si el secuestro dura más de tres días.*
- 4. Si el secuestrado es menor de edad, mujer embarazada, persona incapaz, enferma o anciana.*

---

<sup>346</sup> Sáenz Montero, Manfred. *Ley Penal Costarricense...* Op. cit., p. 473.

5. Si la persona secuestrada sufre daño físico, moral, síquico o económico, debido a la forma en que se realizó el secuestro o por los medios empleados en su consumación.

6. Si se ha empleado violencia contra terceros que han tratado de auxiliar a la persona secuestrada en el momento del hecho o con posterioridad, cuando traten de liberarla.

7. Cuando la persona secuestrada sea un funcionario público, un diplomático o cónsul acreditado en Costa Rica o de paso por el territorio nacional y para liberarla se exijan condiciones políticas o político-sociales.

8. Cuando el secuestro se realice para exigir a los poderes públicos nacionales o de un país amigo, una medida o concesión.

*La pena será de veinte a veinticinco años de prisión si se le infringen a la persona secuestrada lesiones graves o gravísimas, y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión si muere.*<sup>347</sup>

Posteriormente, el subinciso b) del inciso 1 del artículo 1° de la Ley 8719 denominada “*Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo*”, del 04 de marzo del 2009, publicada en el diario oficial “*La Gaceta*” N° 52 del 16 de marzo del 2009 reformó los incisos 7) y 8) que presentan la redacción actual. Los incisos modificados son los siguientes:

*“7) Cuando la persona secuestrada sea funcionario público, diplomático o cónsul acreditado en Costa Rica o de paso por el territorio nacional o cualquier otra persona internacionalmente protegida de conformidad con la definición establecida en la Ley N.º 6077, Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos, de 11 de agosto de 1977, y otras disposiciones del Derecho*

---

<sup>347</sup> Recuperado de la siguiente dirección web: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=5324&nValor5=23997&strTipM=FA](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=5324&nValor5=23997&strTipM=FA), el día 04 de enero del 2020.

*internacional, y que para liberarla se exijan condiciones políticas o político-sociales.*

8) *Cuando el secuestro se realice para exigir a los poderes públicos nacionales de otro país o de una organización internacional, una medida o concesión.*<sup>348</sup>

Nos dice el profesor Francisco Castillo González que el significado del concepto “*secuestrar*” podría darlo el empleo de ese concepto en el lenguaje común. Y para tener una idea aproximada del lenguaje común es necesario recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, conforme a la cual “*secuestrar*” significa retener indebidamente a una persona para exigir dinero por su rescate o para otros fines. Sin embargo, dicha definición remite a otros conceptos que a su vez requieren definición y que son “*la retención indebida de otro*” y “*la exigencia de dinero por su rescate*”, lo cual se configura en una definición circular que no es apta para definir el término “*secuestrar*”. Por esa razón, don Francisco propone una definición derivada de la Convención Internacional contra la toma de rehenes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1979 y aprobada por Costa Rica por medio de la Ley N° 8253 del 2 de mayo del 2002. Esta ley define el concepto de toma de rehenes con tres verbos que son: 1.- apoderarse de una persona; 2.- detenerla y 3.- mantenerla detenida, siendo importante tomar en cuenta que en el momento de realizar las tres acciones que constituyen el concepto de secuestrar, el agente debe actuar con el ánimo de pedir un rescate o con ánimo de lucro.<sup>349</sup>

De la anterior definición podemos deducir que el término “*secuestrar*” no es equivalente con el término “*sustraer*” (apartar a una persona del lugar donde se encuentra, con ajenidad a su voluntad), de “*retener*” (obligar a una persona a permanecer en el lugar a donde ha sido puesta en cautiverio, restándole toda

---

<sup>348</sup> Sáenz Montero, Manfred. *Ley Penal Costarricense... Op. cit.*, p. 473.

<sup>349</sup> En ese sentido ver: Castillo González, Francisco. *La extorsión y el secuestro extorsivo o con fines de lucro*. 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015, pp. 212-213.

eficacia a una voluntad contraria) o de “*ocultar*” (que consiste en esconder a la persona privada de su voluntad que ha sido sustraída o retenida),<sup>350</sup> de manera tal que no puede existir un conflicto normativo entre el artículo 192 bis y el artículo 215 inciso 4), ambos del Código Penal y que contiene el delito de secuestro de una persona menor de edad.

El delito de secuestro extorsivo de un menor de edad o de una persona incapaz considera como figura delictiva al comportamiento del agente activo que consiste en secuestrar a una persona menor de 18 años o a una persona con alguna discapacidad física o mental en los términos ya estudiados para obtener un rescate con fines de lucro, políticos, políticos-sociales, religiosos o raciales.

Por esa razón consideramos que este delito no ha sido derogado de manera tácita por el delito de sustracción de persona menor de edad o incapaz del artículo 192 bis del Código Penal, quedando subsistente al no ser afectado por el artículo 88 de la ley número 9095 “*Ley contra la trata de personas y creación de la coalición nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (CONATT)*”.

## **2.- El secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión del artículo 215 bis del Código Penal**

Dice el artículo 215 bis del Código Penal los siguiente:

*“Será reprimido con prisión de diez a quince años, quien sustraiga del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas a una persona menor de doce años de edad o a una persona que padezca de una discapacidad que le impida su defensa.*

---

<sup>350</sup> Castillo González, Francisco. *La extorsión...* Op. cit., p. 211.

*La pena será de veinte a veinticinco años de prisión si se le infligen a la persona secuestrada lesiones graves o gravísimas y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión si muere.”*

Como puede observarse, el artículo 215 bis del Código Penal contiene como su verbo nuclear “*sustraer*”, el cual puede entenderse como el hecho de apartar a una persona menor de edad o con discapacidad de una esfera de vigilancia de las personas que la tienen a cargo o al hecho de apartar a una persona del lugar donde se encuentra, con ajenidad a su voluntad. El término “*sustraer*” no implica la necesaria finalidad de obtener un rescate con fines de lucro, políticos, políticos-sociales, religiosos o raciales que sí se relaciona con el concepto de “*secuestrar*”. Entonces, en realidad este artículo no tipifica ningún delito de sustracción de persona menor de 12 años o con discapacidad, sino tipifica, también, el delito de sustracción de persona menor de doce años o con discapacidad, conducta que queda cubierta por los artículos 184 y 192 bis del Código Penal.

El contenido de dicho delito no guarda ninguna relación con su título: “*Secuestro de personas menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión*”.

En razón del principio de especialidad, debería ser aplicado el artículo 215 inciso 4) del mismo cuerpo normativo arriba estudiado para el caso del secuestro de una persona menor de edad o con discapacidad; se incluye como menores de edad a cualquier persona menor de 18 años, las cuales deben ser consideradas como niños, de conformidad con el artículo 1° de la Convención de los derechos del niño que demanda que: “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.<sup>351</sup> Y para el caso de la comisión de un delito de

---

<sup>351</sup> *Convención sobre los derechos del niño*. 6ª edición, San José, Costa Rica, julio del 2007, suscrita y ratificada por Costa Rica por ley número 7184 del 18 de julio de 1990.

“*sustracción de persona menor de edad o con discapacidad*” debe ser, entonces, aplicado el artículo 192 bis del Código Penal.

Este delito de secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión fue incorporado en virtud del artículo único de la ley N° 8389 del 9 de octubre del 2003, denominado “*Adición de un nuevo artículo 215 bis al Código Penal para crear el Delito de secuestro contra menores de edad y discapacitados, con el fin de hacer justicia a la niñez costarricense*”, publicado en el diario oficial “*La Gaceta*” N° 156 del 11 de agosto del 2004.

Para solucionar el conflicto de normas por un criterio cronológico, el artículo 215 bis del Código Penal queda, entonces, derogado por la Ley N° 9095 del 26 de octubre de 2012 denominada “*Ley contra la Trata de personas y creación de la Coalición Nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas*” (CONATT), publicada en el alcance N° 27 del diario oficial “*La Gaceta*” N° 28 del 08 de febrero del 2013 ya mencionada. Además, creó el artículo 192 bis del Código Penal que contiene, a su vez, un artículo 88 que ordena: “*Esta ley es de orden público y deroga todas las demás disposiciones legales que se le opongan o que resulten incompatibles con su aplicación*”.

Por esta razón, el actual artículo 215 bis del Código Penal no tiene ninguna razón de ser, pues ha sido derogado por las razones antes dichas, al menos tácitamente al igual que el artículo 184 del mismo cuerpo normativo y porque no se refiere al secuestro de una persona menor de 12 años o de una persona con discapacidad en estado de indefensión, pues la acción finalmente sancionada es la sustracción de esta.

## **E.- La pérdida de sistematicidad en los delitos calificados por el resultado y proposición de *lege ferenda***

El delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad contenido en el artículo 192 bis del Código Penal ha dejado en evidencia a nivel legislativo, que los tipos penales no se crean de conformidad o con arreglo a nuestras normas generales de derecho sustantivo y, en algunos casos, también en desapego de los derechos fundamentales.

Hemos podido estudiar que el Código Penal, en general, contiene una falta de sistematicidad entre las penas de los delitos calificados por el resultado y las penas asignadas a cada uno de los delitos que los componen cuando se tienen por separados. Esa es una de esas falencias que afecta las reglas de la dosimetría penal en este tipo de delitos. Como se ha podido apreciar, el artículo 192 bis del Código Penal contiene algunas agravantes por el resultado que no guardan relación con el delito base ni con los demás delitos que encontramos en nuestro Código Penal, en cuanto a las penas por las cuales se sancionan las mismas conductas, pero en otros delitos de manera independiente; nos referimos al caso de las lesiones graves o gravísimas. En este tipo de delitos se da la consignación de penas muy altas y la regulación de situaciones que podrían ser resueltas de mejor manera mediante la aplicación de las reglas de los concursos de normas.

Dentro del Código Penal también se cuenta con un tipo de delitos que al describir o configurar la consecuencia especial del hecho, se realiza de manera imprecisa sin que se pueda determinar que finalmente, cada delito calificado por el resultado contenido en el Código Penal pueda corresponder a la regla expresa que contiene el artículo 37 del Código Penal.

Es decir, la misma configuración del delito calificado por el resultado es inexacta pues, como pudimos observar al estudiar los tipos penales calificados

por el resultado de nuestro Código Penal,<sup>352</sup> estos no incluyen todas las formas culposas bajo las cuales el autor podría actuar; esto pasa en el caso del artículo 192 bis del Código Penal estudiado, donde se alude a los tipos penales de lesiones graves o gravísimas dolosas.

También pudimos analizar el tema del “*contenido del injusto adicional*” de los delitos calificados por el resultado y vimos cómo a través de las normas que contemplan alguna forma de homicidio en nuestro Código Penal, se pudo constatar que no existe un contenido de lo injusto penal acorde con las normas que regulan los delitos de homicidio en sus diferentes manifestaciones. Específicamente, en el delito de sustracción de persona menor de edad o con incapacidad se sanciona con una pena de 35 a 50 años de prisión (incluyendo la muerte cometida de manera culposa) cuando la víctima fallece; cuando el reproche para el delito de homicidio culposo de conformidad con el artículo 117 del Código Penal va de seis meses a ocho años de prisión, se plantea así una pena radicalmente diferente si se asumiera el castigo de los delitos de conformidad con las reglas del concurso de normas, desproporcionada para el caso del artículo 192 bis del Código Penal.

Así, el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad mental o física, en cuanto a la “*figura hiperagravada con resultado muerte*” no contiene una pena equivalente a la de un delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad simple más la de un delito de homicidio culposo, por ejemplo. Aquí se da un desfase asistemático que rompe el método que nuestro ordenamiento jurídico debería guardar en cuanto a la medición de la sanción asignada a este delito. Si se hace un simple ejercicio de comparación, se nota que la pena de un delito por sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, más la pena de un delito de homicidio culposo, por ejemplo, en concurso material, al utilizar los extremos máximos de la pena para cada delito, sería de 23 años de prisión, mientras que para esta agravante, el artículo 192 bis señala una sanción de 35 a 50 años de prisión, lo

---

<sup>352</sup> Basta con mirar la lista de delitos mencionados en el punto D. del Capítulo III titulado “*Forma en que debe manifestarse el resultado requerido en los delitos calificados por el resultado*”.

cual, en relación con lo que el legislador ya ha regulado, se considera incoherente con la forma en que el Código Penal trata dichos fenómenos criminógenos. Encontramos que la aplicación de las normas de los concursos (material, ideal o aparente) vendría a dar un marco punitivo más coherente con las demás normas del catálogo penal, dejando a la vista que no existe un fin resocializador de la pena, sino uno de corte atribucionista.

Igualmente, el último párrafo del artículo 192 bis del Código Penal parece no guardar relación con el fenómeno criminógeno que pretende combatir desde el punto de vista de las demás conductas que contempla el mismo artículo, pues cuando el delito es cometido por personas encargadas del cuidado del menor de edad o de la persona incapaz, pero no de la guarda y crianza, sanciona con una pena de 20 a 25 años de prisión al autor de dicho delito, cuando se supone que dicha conducta se tiene como una atenuante del delito base que reprime la sustracción con una pena de 10 a 15 años. Esto a pesar de que dicho comportamiento no describe algún otro tipo de resultado que viniera a afectar la integridad física o la psiquis del menor de edad o incapaz, más que la realización del ilícito por un sujeto especial.

También existe una falta de sistematicidad en cuanto a la asignación de la pena cuando el delito que se compara es el de homicidio simple con una pena máxima de 18 años de prisión y que sumada a la sanción máxima del delito de sustracción de persona menor de edad o incapaz daría un total de 33 años de prisión. Si el delito fuera de homicidio calificado, la sumatoria de sus penas máximas sería de un total de 50 años de prisión. Esta falta de correspondencia entre las penalidades demuestra que el legislador no ha tomado en cuenta los delitos existentes al momento de sancionar el delito de "*sustracción de la persona menores de edad o con discapacidad*"; por esa razón, no puede afirmarse que haya tenido en consideración la existencia de un especial contenido del injusto penal para el caso de los delitos calificados por el resultado, tal y como lo afirma la doctrina porque no se sabe si con este delito se quiso sancionar con una pena menor o mayor el fenómeno de la sustracción de personas menores o incapaces.

Frente a estas discordancias a la hora de tomar en cuenta las consecuencias especiales del hecho del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad para con los delitos de lesiones graves o gravísimas y los delitos de homicidio existen dos propuestas derivadas de dos sectores de la crítica del derecho penal:

1.- En primer lugar, una posición desde el punto de vista del derecho penal mínimo que propugna por la eliminación de las consecuencias especiales del hecho. Esto podría permitir la aplicación de las reglas de los concursos para el caso en que dos o más delitos sean cometidos con una sola acción u omisión, violando diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí; además, se impediría la aplicación de interpretaciones de la ley donde se condene a una persona sin que se haya comprobado los elementos subjetivos del tipo en cuanto a la comisión del segundo delito calificante y sin que haya duda de que su actuar haya sido realizado, al menos de manera culposa. Recordemos que el régimen de los delitos calificados por el resultado permite la utilización de una teoría del riesgo, según la cual todos los daños que reciba la víctima durante la comisión de los actos ejecutivos del delito base, es imputado al autor de la comisión del delito base doloso aunque no exista responsabilidad subjetiva de su persona para con los resultados cometidos, situación que debe corregirse con la comprobación del dolo o de la culpa con la que se cometió la consecuencia especial del hecho. Y para rematar, se permite la aplicación de penas altísimas justificadas en un contenido adicional del injusto y fundamentadas en asuntos de mera política criminal, a pesar de existir la posibilidad de arribar al juzgamiento de esa conducta con los delitos que ya existen dentro del catálogo penal.

2.- En segundo lugar, una posición desde el punto de vista de un derecho penal máximo. Sin duda alguna, el artículo 37 establece un régimen especial sobre la forma en cómo debe usarse la autoría culposa, específicamente en los delitos con consecuencias especiales del hecho. Este artículo ordena que: *“Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos, culposamente*

*respecto a ello*". De esta manera, el legislador ordena expresamente que para el caso de los delitos calificados por el resultado, siempre debe tomarse en cuenta la forma culposa cuando ocurre la comisión de una consecuencia especial del hecho, pues de no ser así, lo que se produce sería la impunidad de una conducta tipificada. Y nótese que dicha descripción de la conducta no sería una labor propia del juzgador, pues los delitos culposos, en virtud del principio de legalidad, deben estar expresamente tipificados. De manera tal que de existir una forma culposa paralela correspondiente a un delito doloso que califica al delito base, la cual debe ser obligatoriamente descrita en la norma, pues para el caso expreso de los delitos que contienen una consecuencia especial del hecho, según el artículo 37, la comisión culposa del autor debe ser considerada de acuerdo con las reglas de los delitos culposos. De esta manera, la gran cantidad de delitos calificados por el resultado existentes en nuestro Código Penal podrían recuperar la sistematicidad que el artículo 37 del Código Penal reclama para evitar así interpretaciones de ley que rocen al *versari in re illicita*, claro está, en el caso de delitos culposos paralelos a los delitos dolosos que funjan como calificadores del delito base o cuando no se analice ésta relación subjetiva.

Por estas razones, la primera propuesta de *lege ferenda* en el presente trabajo es precisamente la de eliminar y suprimir aquellos párrafos que vengan a calificar el delito base de "*sustracción de la persona menores de edad o con discapacidad*", es decir, suprimir aquellas figuras que prevean consecuencias especiales del hecho punible. En su lugar, aplicar las reglas del concurso (ideal o material, según el caso) sin necesidad de acudir a una nueva redacción del mismo delito.

Nuestro ordenamiento jurídico permite totalmente esta propuesta pues en otros tipos también están sancionados los delitos de lesiones de diversa índole, además de los homicidios dolosos y culposos, a los cuales se les ha asignado una dosimetría sancionatoria acorde con el contenido de su injusto penal.

Por tal, el artículo quedaría de la siguiente manera:

*“Artículo 192 bis. - Sustracción de la persona menores de edad o con discapacidad. Será reprimido con prisión de diez a quince años, quien sustraiga a una persona menor de edad o con discapacidad cognitiva o física, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas.*

*Cuando sean los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad, con discapacidad o sin capacidad para resistir, serán sancionados con pena de prisión de veinte a veinticinco años.”*

De esta forma se sancionaría, de una manera acorde con un sistema de corte acusatorio y de un derecho penal mínimo respetuoso del principio de culpabilidad, la conducta dirigida a sustraer a una persona menor de edad o con discapacidad cognitiva o física del poder de sus cuidadores y encargados, pudiendo dicha conducta concursar con cualquier otro delito que surja de manera ideal o material.

Acorde con lo estudiado, estos problemas de falta de sistematicidad y orden no son los únicos respecto del delito estudiado, sino que son comunes a todos los delitos calificados por el resultado que contiene nuestro Código Penal y las leyes penales especiales. Crear delitos que contengan consecuencias especiales del hecho no corresponde a una adecuada ni uniforme técnica legislativa, pues dichos delitos responden a un determinado contexto histórico-material de nuestra sociedad, motivando que ciertas conductas sean sancionadas con penas muy elevadas o se repriman las mismas conductas contenidas en otras leyes. Esto se convierte en un fenómeno de inflación normativa irrazonable con fines poco claros y determinados por un manifiesto populismo penal que llega a diario hasta nuestra Asamblea Legislativa y una criminología mediática de altos niveles que está produciendo la aplicación de la ley con criterios del derecho penal del enemigo, producto de un expansionismo cualitativo y cuantitativo del derecho penal y de la falsa visión de una guerra inexistente contra la criminalidad, que bien puede reflejarse al momento en que los tribunales deben enfrentarse con las leyes de la República que determinan

penas elevadas en casos de delitos con este carácter, desde criterios legales inexistentes y poco rigurosos.

En otras palabras, se ha evidenciado que el uso de consecuencias especiales del hecho no corresponde a una técnica adecuada, no solo por ser arbitraria en la creación de las leyes en relación con los bienes jurídicos que protegen y con las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico, sino también por lo cuestionados que son estos delitos desde el punto de vista del principio constitucional de culpabilidad.

Como segunda propuesta de *lege ferenda*, se debe revisar la necesidad de mantener las consecuencias especiales del hecho punible en nuestro Código Penal. Existen consecuencias especiales del hecho punible que sancionan, ya sea con una pena de bagatela o con una pena muy elevada, una determinada conducta ilícita y en los delitos base o paralelos, se responde a la misma conducta con un mayor reproche; pareciera ser una cuestión antojadiza y arbitraria de parte del legislador sin que exista una sistemática en la creación de normas penales.

La aplicación de los delitos calificados por el resultado genera aún más problemas de aplicación porque si el artículo 37 del Código Penal alude a: "...a lo menos culposamente...", ¿qué pasa cuando las consecuencias especiales del hecho punible sobrevienen a título de dolo expresamente en la norma? Pareciera que lo más adecuado, de conformidad con el principio de legalidad penal, sería incluir dentro de la disposición solo los delitos a los que hace referencia, por ejemplo, el ya comentado caso de las lesiones graves o gravísimas en el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, pues no cabría una interpretación contraria de conformidad con el artículo 2 del Código Procesal Penal.

Esta falta de determinación en la tipificación de delitos calificados por el resultado demuestra la carencia de método del legislador al sancionar conductas ya existentes en delitos independientes del Código Penal y de leyes especiales, creando un régimen especial para la aprobación de leyes con una

pena más dura que las asignadas previamente por las reglas del concurso de normas.

A esta técnica legislativa hay que darle un “*carpetazo*”, es decir, suprimir de los tipos penales todas las consecuencias especiales del hecho que contengan, debido a lo cual el artículo 37 de nuestro Código Penal devendría en una norma innecesaria, siendo lo correcto hoy por hoy aplicar las reglas del concurso de normas.

Nótese que esta situación ni siquiera fue cuestionada en el Proyecto del Código Penal de Costa Rica del 14 de abril de 1998, Expediente número 11871, el cual en su artículo 21 indica lo siguiente: “*Artículo 21: Necesidad de dolo o la culpa. Nadie puede ser sancionado por una conducta expresamente tipificada en la ley si no la ha realizado con dolo o culpa. La realización por culpa sólo es punible cuando la ley expresamente lo conmine con pena. Si la ley señala pena más grave por una consecuencia especial de la conducta, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos con culpa respecto de ella*”. Esto a pesar de que autores como Zaffaroni<sup>353</sup> en Argentina y Cerezo Mir<sup>354</sup> en España han señalado en sus trabajos que los ordenamientos jurídicos de sus países ya han sido liberados de toda manifestación indebida y en contra del principio de culpabilidad que pudieran producir los delitos calificados por el resultado.

Estas proposiciones de *lege ferenda* consisten en primer lugar, en la supresión de las consecuencias del hecho punible para el delito contenido en el artículo 192 bis estudiado, eliminando los párrafos que suceden al delito base; en segundo lugar, en superar esa forma de técnica de creación de leyes penales que generan una distorsión en el sistema jurídico nacional por dejar de lado las reglas del concurso de delitos para los que ya existen y que han sido sancionados.

---

<sup>353</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2000.

<sup>354</sup> Cerezo Mir, José. *Obras completas, Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, Lima-Perú, Ara Editores, Axel Editores, Lima-Perú, Ara Editores, Axel Editores.

De esta manera, si se eliminan las denominadas “*consecuencias especiales del hecho*”, el artículo 37 del Código Penal perdería totalmente su significado y vendría a ser utilizado de manera excepcionalísima, casi hasta su extinción. Recuérdese que dicha disposición parece no ser necesaria en los ordenamientos jurídicos modernos debido al desarrollo que ha tenido el principio de culpabilidad a nivel constitucional, según el cual ninguna conducta por debajo de la culpa podría ser objeto de reproche penal, situación que no era así en la década de los años cincuenta, cuando las consecuencias especiales del hecho punible fueron tuteladas primeramente en Alemania para dar protección a esta conexidad psíquica entre la conducta ilícita realizada y el sujeto activo de la acción.

## Conclusiones y recomendaciones

El principal aporte de este trabajo fue la comprobación sobre la existencia de un problema de mucha importancia que tiene nuestro ordenamiento jurídico costarricense y es que el mismo permite a través del artículo 192 bis del Código Penal —titulado como “*Sustracción de personas menores de edad o con discapacidad*”— la atribución de una responsabilidad objetiva por parte de los jueces, a los imputados acusados por este delito, en detrimento del principio de responsabilidad subjetiva por el hecho propio o de culpabilidad.

A través del análisis contextualizado realizado sobre el tipo penal en mención se pudo determinar que existen varios problemas respecto de la conformación y estructura del delito, así como de la forma en que este puede y ha sido interpretado, nebulosas que arrastran los denominados delitos calificados por el resultado por su sola conformación y que niegan en sí mismos el cumplimiento del principio de culpabilidad.

Así, el artículo 192 bis del Código Penal entra en pugna con el artículo 184 del mismo cuerpo normativo,<sup>355</sup> al regular la misma conducta con diferentes consecuencias sancionatorias en cuanto a su escala penal. En nuestro país el artículo 192 bis del Código Penal que contiene el delito de *sustracción de la persona menor de edad o con discapacidad* es el artículo aplicable al derogar el artículo 184 del Código Penal titulado *sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognitiva*, sin dejar subsistente lo relativo al verbo retener del artículo 184 del Código Penal, pues se trata de una derogatoria total.

Por otro lado, se determinaron las dificultades propias que presenta la aplicación del artículo 192 bis del Código Penal en cada una de sus agravantes

---

<sup>355</sup> El actual artículo 184 del Código Penal fue introducido mediante Ley N° 8387 del 08 de octubre del 2003, publicada en La Gaceta N° 196 del 13 de octubre del 2003. Por su parte, el actual artículo 192 bis del Código Penal fue adicionado mediante Ley N° 9095 del 26 de octubre del 2012, publicada en el Alcance Digital N° 27 a la Gaceta N° 28 del 08 de febrero del 2013.

pues, y para el caso de la agravante simple por el resultado de lesiones, nos fue posible determinar con claridad que las lesiones graves o gravísimas a las que hace referencia dicho artículo lo son solamente las de carácter doloso, por eso no podría aplicarse dicha agravante mediante una interpretación amplia e ilegal a aquellos casos en que figure algún comportamiento que produzca por parte del agente activo unas lesiones culposas.

Respecto a la hiperagravante por resultado de muerte se expuso la desproporción que significa aplicar las penas de dicho calificante en comparación con las figuras contenidas en los tipos penales de homicidio, homicidio calificado y homicidio culposo, diferenciados por una amplia brecha penológica entre todos.

Se determinó, también, la inadecuada técnica legislativa al crear una agravante especial por participación de sujetos determinados referentes a los familiares de la persona menor de edad o con una condición de discapacidad, pues se establecen penas muy altas que parecen no corresponderse con el fenómeno criminológico que quisiera evitarse con dicha norma.

Aunado a lo anterior, la responsabilidad subjetiva del autor es un tema tratado de manera amplia con el objeto de demostrar que la técnica legislativa adoptada por el legislador costarricense con el uso de delitos calificados por el resultado no es la más adecuada y que con dichas normas existe un problema para que los tribunales determinen cuál fue la verdadera intención o la previsión que tuvo el autor ante la realización de un hecho delictivo y ante la pluralidad de opciones normativas compatibles con nuestro Código Penal.

Aunque el artículo 37 del Código Penal costarricense establece la forma en que ha tratado de evitarse la existencia de una responsabilidad objetiva en el derecho penal, su aplicación ha sido más bien penosa por la opción que da de aplicar erróneamente la ley. Esta situación puede corregirse con el avance de la doctrina y de la jurisprudencia actuales para determinar la responsabilidad personal del agente de una forma más precisa.

También se logró escudriñar las bases de la teoría de los delitos calificados por el resultado para determinar que algunos términos como “*teoría del riesgo*”, o “*injusto adicional*” han sido creados para justificar la aplicación de reglas que amplían de manera cualitativa el catálogo penal, pues permiten la aplicación de las consecuencias especiales del hecho como agravantes, sin la necesidad de un nexo de culpabilidad o subjetivo entre el hecho cometido calificado como agravante y la acción del autor. La teoría del riesgo permite para estos casos la imputación limpia de una consecuencia especial del hecho punible a su autor, sin cuestionarse si hubo una conexión psíquica con el resultado, situación que debe analizarse a la luz de la teoría de la imputación subjetiva no solo objetiva, violando así el principio de culpabilidad. Y la teoría del injusto adicional, tal y como lo analizamos, permite determinar una dosificación de pena para un delito, irrespetando la sistematicidad del Código Penal en cuanto a la valoración que el mismo ordenamiento le asigna a cada lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados, de acuerdo con la medida ya existente con las penas asignadas a los mismos delitos de manera independiente.

También se estableció la existencia inadecuada de un sistema paralelo al de las reglas del concurso de normas, basado en una teoría del injusto adicional abiertamente contradictoria entre la conexión psíquica del autor para con los hechos cometidos por él, respaldado en una tesis de política criminal que desea asignar una pena más alta a cierto grupo de casos que no obtendrían dicha pena de aplicarse las reglas del concurso ideal o material, desnaturalizando el sistema penal y los principios que lo conforman.

Al no poderse determinar con claridad la forma de atribución en cada una de las agravantes del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, nuestro sistema de derecho penal no ha sido lo suficientemente contundente como para paliar la falta de herramientas necesarias para evitar la aplicación de un derecho penal objetivo o de expresiones directas del principio del “*versari in re illicita*”. Por eso, se sostiene la inconstitucionalidad de dicha disposición o al menos de algunas de las interpretaciones que podrían

ensayarse por las reglas de la hermenéutica utilizadas por los Tribunales en sus resoluciones y en atención a ello, finalmente se propone un proyecto de ley que se encuentra en las últimas páginas del presente trabajo y con el cual se pretende afrontar el problema, de conformidad con las normas sustantivas y de interpretación en las cuales se basa nuestro sistema de derecho penal.

## Bibliografía

AA.VV. *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Carlos María Romero Casabona Cord., Editorial Comares S.L., Granada, 2016.

AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal: delitos contra la vida, las personas y el patrimonio, parte especial*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2017.

AAVV. *Derecho Penal Parte Especial*. Carlos María Romeo Casabona y otros (coordinadores), Editorial Comares S.L., 2016.

AAVV. *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Jesús-María Silva Sánchez (director), Atelier Libros Jurídicos, 4ª edición, España, 2015.

Álvarez García, F. Javier. *Derecho Penal Español Parte Especial*. Tomo I, 2ª edición aumentada y corregida conforme a la L.O. 5/2010, Coordinadores: Araceli Manjón-Cabeza Olmeda Arturo Ventura Püschel, Valencia, 2011.

Ambos, Kai. "Preterintencionalidad y cualificación por el resultado, Reflexiones desde el Derecho Comparado". *Revista InDret*. Barcelona, julio del 2006, en [http://www.indret.com/pdf/365\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/365_es.pdf).

Bacigalupo, Enrique. *Delito y punibilidad*. 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 3ª edición renovada y ampliada, reimpresión corregida, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

Basílico, Ricardo. *Delitos contra la libertad individual*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011.

Benavides Santos, Diego. *Código de Familia. Concordado y comentado con jurisprudencia constitucional y de casación. Con índice alfabético*. 5ª edición, Juritexto, San José, Costa Rica, agosto de 2018.

Borja Jiménez, Emiliano. *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito*. 1ª edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, 2000.

Buompadre, Jorge. E. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2013.

Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 4ª edición, Barcelona, 1994.

Cardenal Murillo, Alfonso. *Naturaleza y límite de los delitos calificados por el resultado*. En: <https://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/46349.pdf>.

Carrara, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. Traducción del italiano por Octavio Beeche Argüello y Alberto Gallegos Pacheco, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2000.

Castillo González, Francisco, *Derecho Penal Parte General*, 1ª edición, Tomo I, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008.

Castillo González, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. 1ª edición, Tomo II, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2010.

Castillo González, Francisco, *La extorsión y el secuestro extorsivo o con fines de lucro*, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015.

Castillo González, Francisco. *Causalidad e imputación de resultado*. Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2003.

Castillo González, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. Tomo III, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2010.

Castillo González, Francisco. *El bien jurídico penalmente protegido*. 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008.

Castillo González, Francisco. *El concurso de delitos en el derecho penal costarricense*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981.

Castillo González, Francisco. *El delito de daños simples y agravados*, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2014.

Castillo González, Francisco. *El dolo. Su estructura y sus manifestaciones*. 1ª edición, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 1999.

Castillo González, Francisco. *Los delitos de apropiación*, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2012.

Castillo González, Francisco. *Tentativa y desistimiento voluntario*. 1ª edición, Editorial Jurídico Continental, San José, Costa Rica, 2000.

Cerezo Mir, José. "El tipo de injusto en los delitos de acción culposos". En: *ADPCP*, Tomo XXXVII, fascículo III, setiembre-diciembre, MCMLXXXIII.

Cerezo Mir, José. *Derecho penal. Parte general-Lecciones* (Lecciones 26-40). 2ª edición, Ed. De la Universidad Nacional de Educación a distancia UNED, Madrid, 2000.

Cerezo Mir, José. *Obras completas, Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, Lima-Perú, Ara Editores, Axel Editores, 2016.

Cobo, M., *Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores)*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Jurídicas (a4), 1961, en [http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/DP/1960-1969\\_fasc\\_II.pdf](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/DP/1960-1969_fasc_II.pdf).

Corvalán, Juan Gustavo. *Condiciones objetivas de punibilidad*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

Creus, Carlos y Buompadre, Jorge. E. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I, 7ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

Creus, Carlos. *Esquema de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Astrea, 1993.

Cury, Enrique. *Contribución al debate acerca del dolo eventual*. 5ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, enero-marzo, 1975.

Chinchilla Calderón, Rosaura. *Principio de legalidad ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R.?.* 1ª edición, IJSA, San José, Costa Rica, 2010.

Dall'Anese Ruiz, Francisco y Chirino Sánchez, Chirino. *Delito, autoritarismo y Estado.* Editorial Jurídica Continental, San José, 2002.

Díaz-Aranda, Enrique y Canció Meliá, Manuel. *La imputación normativa del resultado a la conducta.* Editorial Rubinzal-Culzoni, noviembre de 2004.

Dobles Ovares, Víctor Alfonso. *La preterintención y los delitos calificados por el resultado a la luz de la Constitución en el Derecho Penal Costarricense.* Biblioteca Jurídica Diké, 2002.

Donna, E. *Derecho Penal Parte Especial.* Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II-A, 2ª edición actualizada y reestructurada, Buenos Aires, noviembre del 2011.

Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal, Parte Especial.* Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1999.

El-khoury Jacob, Henry Issa y Chirino Sánchez, Alfredo. "Bien jurídico y derecho de castigar del estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la Sala Constitucional". En: *Revista de Ciencias Penales.* Año 5, Número 7, julio de 1993.

Enrique Bacigalupo. *Derecho Penal, Parte General.* Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Feijoo, Sánchez, Bernardo. *El dolo eventual.* Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2000.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* 2ª edición, Ed. Trotta, 1997.

Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo. *Derecho Penal. Parte General.* Bogotá, Editorial Temis, 2006.

García Pérez, Octavio. *La punibilidad en el Derecho Penal.* Pamplona, Aranzadi, 1997.

Garrido, Montt. *Derecho Penal Parte Especial*. 4º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Gimbernat Ordeig, Enrique. *Acerca del dolo eventual*. NDP, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1972.

Gimbernat Ordeig, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo y Buenos Aires, 2007.

Goldstein, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. 3ª edición ampliada y actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993.

Gómez Pavajeu, Carlos Arturo. *La prueba "jurídica" de la culpabilidad en el nuevo sistema penal*. 4ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, mayo del 2017.

Guerrero Martínez, Camila Fernanda. *El delito de sustracción de menores en Chile*. Memoria para optar al título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2015, recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/131101/El-delito-de-sustracci%C3%B3n-de-menores-en-Chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, el 18 de setiembre del 2018.

Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II, 2002.

Günther, Jakobs. "El lado subjetivo del hecho". Disertación del Prof. Günther Jakobs en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, el 3 de abril de 2003. Ciudad de Córdoba. República Argentina. Universidad Nacional de Córdoba. Traducción del Dr. Manuel Cancio Meliá. Recuperado de: [http://www.derechopenalenlared.com/libros/jakobs\\_el\\_lado\\_subjetivo\\_del\\_hecho.pdf](http://www.derechopenalenlared.com/libros/jakobs_el_lado_subjetivo_del_hecho.pdf), el día 04 de marzo del 2019.

Günther, Jakobs. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, 2ª edición corregida, Madrid, 1997.

Hassemer Winfried. "Alternativas al principio de culpabilidad", en *Revista de Ciencias Penales* N° 3, Costa Rica, noviembre de 1990.

Hirsch, Hans Joachim. *Derecho Penal obras completas*. 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, 2008.

Hernández Valle, Rubén. *El Derecho de la Constitución*. Tomo I, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2004.

Hormazabal Malaree, Hernán. *Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado*. En <https://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/46358.pdf>.

Jakobs, Günther. "El principio de culpabilidad". En: *www.ciencias penales.net*.

Jakobs, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Civitas S.A., 1ª edición, 1997.

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Volumen I, Traducción de la 5ª edición alemana por Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Instituto del Pacífico, Perú, 2014.

Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, vol. I, 1981.

Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V, La culpabilidad, Ed. Losada, Buenos Aires, 1956.

Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI, Buenos Aires, Editorial Losada, 1952

Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Colección Austral, Ed. Espasa-Calpe, 1983.

Llobet Rodríguez, Llobet. *La teoría del delito en la dogmática penal costarricense*. Editorial Jurídica Continental, 1ª edición, 2002.

Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso Penal Comentado*. Editorial Jurídica Continental, 6ª edición, 2018.

Lloría, García. *La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Lloría García Dir., Editorial Iustel, Madrid, 2008.

López González, Jorge Alberto. *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I. Según el nuevo Código -Parte General-*. 1ª edición, San José, Costa Rica, EDiNexo, 2017

Luzón Peña, Diego-Manuel, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial B de F, 2016.

Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Ed. Universitas, Madrid, 1996.

Mantovani, Ferrando. “Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva”. En *Doctrina Penal*. Buenos Aires, N° 21 a 24, año 6, 22 de abril de 1983.

Mapelli Caffarena. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de culpabilidad*. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

Martínez Pérez, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid, Edersa, 1998.

Martos Núñez, Juan Antonio. *Delitos cualificados por el resultado en el derecho penal español*. Bosch Editor S.L., España, 2012.

Martos Núñez. “La protección penal del derecho a la salud”. En Muñoz Conde (Director). *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Prólogo de Octavio Pérez Vitoria Moreno; traducción y notas de derecho español por Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

Maurach, Reinhart; Gössel, Karl H., y Zipf, Heinz. *Derecho Penal. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Genzsch Bofill, Astrea, Buenos Aires, 1995.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª edición, PPU S.A., Barcelona, 1996.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 9ª edición, Barcelona, núm. 2, 2011.

Moreno Hernández, Moisés. “Consideraciones dogmáticas y político criminales sobre la culpabilidad”, en *El poder penal del Estado*, Homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 8ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

Muñoz Conde, Francisco y López Peregrín, Carmen. *Derecho Penal Parte Especial*. 21ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2017.

Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. 3ª edición, Tirant Lo Blanch, 2008.

Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*. Reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis, Colombia, 2012.

Navas Aparicio, Alfonso, *Código Penal de Costa Rica Comentado*, ULACIT, Litografía e Imprenta Universal S.A., 1ª edición, San José, Costa Rica, 2011.

Navas Aparicio, Alfonso. “La orientación causalista del delito en el Código Penal y sus efectos en sede de error”. En: *Revista de la Defensa Pública*. N° 3, octubre, 2003.

Pérez Vargas, Víctor. *Derecho Privado*. Tercera edición (revisada), Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, 1994.

Picado Vargas, Carlos Adolfo. *Reforma procesal civil práctica. Código Procesal Civil del 2016. Normas vigentes del Código Procesal Civil de 1989 (con jurisprudencia). Reglamento de Normas Prácticas para la aplicación del nuevo Código Procesal Civil (concordado con ambos Códigos). Circulares de Corte Plena y Consejo Superior sobre la implementación del Código*. 1ª edición, San José, Costa Rica, IJSA, octubre 2018.

Ramírez Acuña, Sergio. *Derecho de Familia*. 1ª edición, Publitex Grupo Editorial, San José, Costa Rica, 2013.

Real Academia Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Tomo II, edición 2007.

Reinhard, Frank. “Estructura del concepto de culpabilidad”. En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Dir. José Urquiza Olaechea, Número 4, Año II, Junio – Diciembre, Ed. Grijley, 1994.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. *(¿Muchas?) nueces..., ¿poco ruido!. Reflexiones sobre el estado actual del discurso jurídico penal costarricense*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2002.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977.

Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, Javier García Conlledo, y Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

Rusconi, Maximiliano. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ad-Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2009.

Sáenz Montero, Manfred. *Ley Penal Costarricense (Código Penal, Leyes Especiales y Conexas)*. Editorial Jurídica Continental, 3ª edición, Costa Rica, 2019.

Salas, Ricardo. “La sustracción de personas menor de edad o con discapacidad (arts. 184 y 192 del Código Penal)”, en: *Derecho penal especial*. 1ª edición, Tomo I, San José, Costa Rica, IJSA, marzo del 2019.

Salas, Ricardo. “Homicidio y lesiones en riña (artículo 139). Por qué en 1994 la Sala Constitucional lo declaró (o habría declarado) contrario a la Carta Magna”, en: *Derecho penal especial*. 1ª edición, Tomo II, San José, Costa Rica, IJSA, marzo del 2020.

Sánchez Romero, Cecilia y Rojas Chacón, José A. *Derecho Penal: aspectos teóricos y prácticos*. Editorial Juricentro, 1ª edición, San José, Costa Rica, 2009.

Schünemann, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximaciones al Derecho Penal contemporáneo*. Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1992.

Silvestroni, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 2ª edición actualizada, 2007.

Solís Madrigal Mauren y Chacón Jiménez, Mauricio. *La sustracción internacional de personas menores de edad en el derecho de familia costarricense*. 1ª Edición, IJSA, San José, Costa Rica, 2008.

Stratenwerth, Günther. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. Traducción de G. Romero, Editorial Edersa, Madrid, 1982.

Torío López, Ángel, “Versari in re illicita y delito culposo. El denominado caso fortuito” En:  
[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1976-10001700044\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES\\_%22Versari\\_in\\_re\\_illicita%](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1976-10001700044_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_%22Versari_in_re_illicita%22).

Trejos, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II, Editorial Juricentro, 1999.

Treviño Vela, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del delito*. Editorial Trillas, 1990.

Velásquez, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Librería Jurídica Comlibros, 2009.

Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11ª edición, traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1981.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1982.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2000.

Zugaldia Espinar, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. 3ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

## **Tesis**

Barboza Lépiz, Roger Alexis. *¿Existen los delitos calificados por el resultado en la legislación costarricense? Una perspectiva dogmática*. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para optar por el grado de Licenciado en Derecho, San José, 1990.

Carmona González, Ronald Francisco. *Lesiones preterintencionales*. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para optar por el grado de Licenciado en Derecho, San José, 1993.

Mojica Araya, Alba F. *La Preterintención*. Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para optar por el grado de Licenciada en Derecho, San José, 1986.

**Jurisprudencia (delito de sustracción de persona menor de edad o incapaz)**

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1200-2008, de las once horas con veinte minutos del 22 de octubre del 2008.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 418-2007, de las doce horas con catorce minutos del 25 de abril del 2007.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1363-2010, de las catorce horas con cincuenta minutos del 30 de noviembre del 2010.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 815-2017, de las catorce horas y cincuenta y nueve minutos del 30 de agosto del 2017.

Tribunal de Casación Penal de Cartago. Sentencia número 382-2009, de las catorce horas treinta minutos del 7 de diciembre del 2009.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Sentencia número 509-2012, de las catorce horas doce minutos del 5 de octubre de 2012.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela. Sentencia número 298-2015, de las catorce horas treinta minutos del 19 de mayo del 2015.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela. Sentencia número 67-2016, de las trece horas veinte minutos del 22 de enero del 2016.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela. Sentencia número 238-2017, de las catorce horas veintitrés minutos del 30 de marzo del 2017.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz. Sentencia número 164-2013, de las catorce horas veintiséis minutos de 3 de julio de 2013.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz. Sentencia número 237-17, del de las trece horas treinta minutos del 17 de octubre del 2017.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia número 2560-2012, de las quince horas treinta y siete minutos del 21 de diciembre del 2012.

Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia número 490-2002, de las diez horas treinta minutos del 4 de julio del 2002.

Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia número 662-2002, de las nueve horas treinta minutos del 29 de agosto del 2002.

Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia número 382-2008, de las catorce horas quince minutos del 8 de mayo del 2008.

Tribunal de Casación Penal de San José. Sentencia número 141-2009, de las once horas diez minutos del 10 de febrero del 2009.

Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz. Sentencia número 238-2009, de las catorce horas veinticinco minutos del 1° de diciembre del 2009.

Tribunal Superior de Casación Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia número 17-F-97, de las diez horas treinta minutos del 15 de enero de 1997.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia número 465-F-98, de las quince horas con treinta minutos del 1° de julio de 1998.

**Jurisprudencia mencionada.**

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 500-1990 de las diecisiete horas del 15 de mayo del año de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 525-1993 de las catorce horas veinticuatro minutos del 3 de febrero de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 2009-004957 de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del 24 de marzo del 2009.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 446-F-1992, de las quince horas, cuarenta minutos del 25 de setiembre de 1992.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 1079-2001, de las nueve horas y veinticinco minutos de 9 de noviembre de 2001.

Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 00018-2007 de las nueve horas del 23 de enero del 2007.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Sentencia número 648-2013 de las once horas del día 27 de marzo del 2013.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Sentencia número 312-2015 de las catorce horas del día 27 de febrero del 2015.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de Guanacaste. Sentencia número 150-2015 de las diez horas veintidós minutos del día 4 de agosto del 2015.

Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, Goicoechea. Sentencia número 002-2006 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del 30 de marzo de 2006.

## ANEXO

### Proyecto de ley

#### **Reforma para corregir la imputación por responsabilidad objetiva que contiene el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, artículo 192 bis del Código Penal**

#### **Asamblea Legislativa:**

En los últimos años ha sido una preocupación suficientemente importante para la sociedad costarricense el hecho de poder tipificar como un delito penal los casos de crímenes y abusos ocasionados contra la niñez y la adolescencia, dentro de los cuales encontramos el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad regulado en el artículo 192 bis del Código Penal.

En un primer momento se creó un tipo penal que se incorporó al Código Penal en el artículo 184,<sup>356</sup> tramitado en el expediente legislativo número 15146 y que terminó finalmente siendo ley de la República N° 8387, que cumplió la finalidad del legislador de aumentar la pena de dicho delito a raíz de los fenómenos criminógenos que hicieron mella en nuestra sociedad allá por el año 2001 y que tanto alertaron al país.

Posteriormente, se creó el artículo 192 bis del Código Penal<sup>357</sup> tramitado en el expediente legislativo número 17594 y que terminó siendo Ley de la

---

<sup>356</sup> "Artículo 184.- Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva". Será reprimido con prisión de cinco a diez años, quien sustraiga a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas; igual pena se aplicará contra quien retenga a una de estas personas contra la voluntad de estos. Cuando sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, serán sancionados con pena de prisión de seis meses a dos años."

<sup>357</sup> "Artículo 192 bis.- Sustracción de la persona menores de edad o con discapacidad. Será reprimido con prisión de diez a quince años, quien sustraiga a una persona menor de edad o con discapacidad cognitiva o física, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas. La pena será de veinte a veinticinco años de prisión, si se le infligen a la

República N° 9095, con el cual se derogó por completo -aunque tácitamente- el artículo 184 del Código Penal; atendiendo esta vez no solo a la preocupación por los delitos contra la niñez y la adolescencia que se estaban presentando en nuestro país, sino también, por el tema del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, que incluía, según el interés del legislador, proteger los intereses de la minoría representada por las personas menores de edad o con discapacidad frente a este tipo de criminalidad.

Sin embargo, la redacción de dicho artículo fue concebida por el legislador desde la forma de un delito calificado por el resultado, aquel tipo de delitos en los cuales la tipicidad se configura cuando un delito doloso base contiene también un resultado que debe ser imputado, al menos a título de culpa al mismo autor y que tiene como función el agravar la pena, siendo que el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad se califica cuando se ocasionan lesiones graves o gravísimas o hasta la muerte en la víctima.

Este tipo de delitos contienen un problema muy grave de imputación que viola el principio de culpabilidad, pues tradicionalmente y desde su creación en Alemania se ha utilizado la teoría del riesgo como mecanismo de atribución del resultado que califica al delito base. Según esto, el autor del delito base es responsable de la comisión del resultado por haber ocasionado algo así como una situación de peligro, desamparo y total desprotección de la víctima con la comisión de dicho delito base, sin tomar en cuenta la responsabilidad subjetiva por el hecho propio del autor, permitiendo así la aplicación de una responsabilidad totalmente objetivada, proscrita por el legislador parcialmente con la promulgación del artículo 37 del Código Penal, pero que no vino a solucionar el problema totalmente.

---

*víctima lesiones graves o gravísimas, y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión, si muere. Cuando sean los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad, con discapacidad o sin capacidad para resistir, serán sancionados con pena de prisión de veinte a veinticinco años”.*

De esta manera, la teoría de la tipicidad tratada de una manera tan estricta como una garantía sustantiva desde la dogmática penal y la jurisprudencia nacional, pierde esta condición permitiendo: a) que las personas imputadas en un proceso penal puedan ser condenadas de manera injusta por situaciones fortuitas no atribuibles a su voluntad o previsión o b) que se genere impunidad por la falta de comprobación de una actuación al menos culposa del agente en etapas posteriores al proceso. A través del recurso de apelación o el procedimiento especial de revisión se sentencia penal, esto en aplicación de la teoría del riesgo ya superada pero que preexiste en algunas obras penales modernas y en la psiquis de algunos jueces y juezas que terminan por plasmarse en las sentencias judiciales.

Este peligro de la aplicación de una responsabilidad objetiva en el procesamiento de un ser humano está presente en el actual delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad, pues regula la situación que consiste en que una vez que se comienza a ejecutar la sustracción de un niño o de una persona con discapacidad: *“...la pena será de veinte a veinticinco años de prisión, si se le infligen a la víctima lesiones graves o gravísimas, y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión, si muere...”*

Como puede derivarse, con una simple lectura del artículo 37 del Código Penal que dice: *“Si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos, culposamente respecto a ello”*, se puede llegar a la conclusión de que el artículo que tipifica el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, no permite la aplicación del artículo 37 del Código Penal supra mencionado. En primer lugar, porque el artículo 192 bis del Código Penal limita sus resultados agravantes a la comisión de posteriores delitos de lesiones graves o gravísimas, ambos dolosos, y a la obtención del resultado muerte sin especificar alguna de las formas mediante las cuales se protege el bien jurídico “vida” en los demás tipos penales de nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, porque al especificar la realización de delitos dolosos como figuras agravantes, se deben excluir como resultados calificantes las figuras

análogas y paralelas culposas, esto en aplicación del artículo 2 del Código Procesal Penal que no permite realizar una interpretación amplia de las disposiciones legales que coarten la libertad personal, dejando así totalmente inoperante el mandato del artículo 37 del Código Penal que expresamente indica que las penas asignadas por una consecuencia especial del hecho debe aplicarse a aquellos autores o partícipes que hayan actuado al menos de manera culposa. Se agrava esta inaplicación cuando no existe un tipo culposo paralelo.

Toda esta problemática le resta contundencia y contradice la fundamentación de la moderna teoría de la tipicidad subjetiva que junto a la teoría de la tipicidad objetiva y desde el esquema de la teoría del tipo complejo, se configura como una verdadera garantía sustantiva y procesal, pues mediante esta se permite únicamente la atribución de conductas delictivas correspondientes a hechos propios y no ajenos; y porque coadyuva al principio de inviolabilidad de la defensa al constituirse dicha garantía en un verdadero límite al ejercicio del *ius puniendi*. Por eso, consideramos que la parte del delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad que califican al delito base es inconstitucional por violación directa al principio de culpabilidad.

Por esta razón nuestra propuesta radica en la eliminación del extracto del artículo 192 bis del Código Penal que dice: “...*La pena será de veinte a veinticinco años de prisión, si se le infligen a la víctima lesiones graves o gravísimas y de treinta y cinco a cincuenta años de prisión si muere...*”

Esta situación no significa una desprotección a los intereses de las víctimas menores de edad o con discapacidad, pues para penar todo tipo de lesiones, culposas y dolosas de cualquier grado, así como todo tipo de acciones que dañen el bien jurídico superior de “*La Vida*”, producidas durante la ejecución de un delito de sustracción de personas menores de edad o con discapacidad, se puede recurrir a la utilización de las reglas del concurso de

normas, de forma ideal<sup>358</sup> o material<sup>359</sup> cuya forma de ser sancionados se encuentra en los artículos 75<sup>360</sup> y 76,<sup>361</sup> del Código Penal, regulación con la cual el juez tiene suficiente espacio de maniobrabilidad para adecuar la pena al justo reproche que produce la acción, de conformidad con el contenido del injusto penal que contienen los delitos cometidos por el sujeto activo.

Este sistema ya existente en nuestra normativa permite mantener el grado de las penas buscadas a través de la “*teoría del contenido adicional del injusto*” propio de los delitos calificados por el resultado; quedaría a criterio del juzgador la aplicación de las reglas de imposición de la pena en los artículos citados.

Un ejemplo de concurso ideal sería el siguiente:

Si A sustrae a B (persona menor de edad) del poder de sus padres, la pena de prisión sería de 10 a 15 años de acuerdo con el delito base contenido en el primer párrafo del artículo 192 bis del Código Penal.<sup>362</sup> Si durante la ejecución del delito de sustracción de B, este sufre unas lesiones graves por parte de A y si el delito de lesiones graves tiene una pena de prisión de uno a seis años por haberse cometido en concurso ideal, la pena puede ser la del delito más grave (el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad ya mencionado) y aún puede aumentarla, es decir, se podría penar a A hasta con la pena máxima de dicho delito que serían 15 años y podría aumentarse hasta el triple (45 años),<sup>363</sup> la cual sería una pena mucho

---

<sup>358</sup> “Artículo 21 del Código Penal. Concurso ideal. Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí.”

<sup>359</sup> “Artículo 22 del Código Penal. Concurso material. Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos.”

<sup>360</sup> “Para el concurso ideal, el Juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla.” (el subrayado no es del original).

<sup>361</sup> “Para el concurso material se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor, y en ningún caso de cincuenta años de prisión. El Juez podrá aplicar la pena que corresponda a cada hecho punible, siempre que esto fuere más favorable al reo.” (el subrayado no es del original).

<sup>362</sup> “Será reprimido con prisión de diez a quince años, quien sustraiga a una persona menor de edad o con discapacidad cognitiva o física, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas.”

<sup>363</sup> Esto por cuanto el límite de la facultad discrecional del juez, para aumentar la pena, tal y como lo permite el artículo 75 del Código Penal, está en el artículo 76 del mismo cuerpo

mayor que la pena que contiene la consecuencia especial del hecho del artículo 192 bis del Código Penal, respecto de los delitos de lesiones graves o gravísimas que serían de 20 a 25 años de prisión.

Un ejemplo de concurso material sería el siguiente:

A sustrae a B (persona menor de edad de 13 años) del poder de sus padres. Este delito tiene una pena de prisión de 10 a 15 años en su forma básica, como se describe en el primer párrafo del artículo 192 bis del Código Penal. Ahora bien, resulta que A decide abandonar a B en un lugar solitario, pero cuando se encuentra a cierta distancia, observa a B manipular un celular, lo cual lo alarma por no querer ser descubierto; por eso, decide en ese momento devolverse para matarlo con un palo que consiguió a un lado del camino y después de golpearlo en varias ocasiones B fallece a consecuencia de las lesiones mortales recibidas.

Para este caso, el actual artículo 192 bis prevé una consecuencia especial del hecho que sanciona con una pena de 35 a 50 años la muerte de la persona menor de edad o con discapacidad sustraída. Sin embargo, si se soluciona este caso mediante las reglas del concurso material, podría resolverse con una condena igualmente alta en cuanto a los años de prisión. Es decir, podría reprocharse a A una conducta ilícita por el delito de sustracción de persona menor de edad o incapaz y también por la conducta correspondiente al delito de homicidio. Si el homicidio fuera simple podría tener una pena de 12 a 18 años de prisión o inclusive de 20 a 35 años de prisión y si se tratara de un delito calificado en caso de cumplir con las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal del artículo 112 del Código Penal.

Por ello, la pena podría ser también de hasta 50 años de prisión, si se condenara a 15 años de prisión por el delito de sustracción de persona menor de edad o con discapacidad y a 35 años de prisión por el delito de homicidio calificado, lo cual sumaría una total de 50 años de prisión, sin necesidad de

---

normativo. Al respecto ver: Castillo González, Francisco. *El concurso de delitos en el derecho penal costarricense... Op. cit.*, p. 71.

acudir a la consecuencia especial del hecho mencionada que incluso podría darle la oportunidad al imputado de librarse de una condenatoria, en caso de no acreditarse la relación de culpabilidad del autor con el delito de homicidio.

Por todo lo anterior, presentamos a la consideración de las señoras diputadas y los señores diputados el presente proyecto de ley, en el que se deroga específicamente por estar repetido el artículo 184 del Código Penal; esto con el objetivo de brindar una mayor seguridad jurídica en un ordenamiento jurídico como el nuestro, caracterizado por su contenido democrático y social. Si bien dicho delito se considera derogado por así haberlo demandado el artículo 88 de la Ley número 9095 "*Ley contra la trata de personas y creación de la coalición nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (CONATT)*", este sigue tomándose en cuenta como un delito más dentro del catálogo penal debido el desconocimiento de dicha norma y a la confusión que ha reinado en Costa Rica sobre cuál artículo debe aplicarse en el caso de una sustracción o retención de personas menores de edad o con discapacidad. Por eso, esta reforma propuesta a continuación plantea su derogatoria de manera expresa.

Como el artículo 215 bis del Código Penal describe la misma conducta de una sustracción de persona menor de edad o con discapacidad, dicho artículo debe correr la misma suerte que el artículo 184 del mismo cuerpo normativo, pues su contenido quedaría también derogado por el artículo 88 de la Ley número 9095 ya mencionado.

## LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA DECRETA

### REFORMA AL CÓDIGO PENAL PARA TUTELAR EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD O CON DISCAPACIDAD DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

**ARTÍCULO 1.-** Modificase el artículo 192 bis del Código Penal, Ley número 4573, introducido por la ley número 9095, publicada en el alcance N° 27 del diario oficial “*La Gaceta*” N° 28 del 08 de febrero del 2013. El texto dirá:

**“Artículo 192 bis. - Sustracción de la persona menores de edad o con discapacidad.** Será reprimido con prisión de diez a quince años quien sustraiga a una persona menor de edad o con discapacidad cognitiva o física del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas.

Cuando sean los padres, los guardadores, los curadores, los tutores o las personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad, con discapacidad o sin capacidad para resistir serán sancionados con pena de prisión de veinte a veinticinco años.”

**“Artículo 2.-** Derogase los artículos 184 y 215 bis del Código Penal, reformados por la Ley número 9095 “*Ley contra la trata de personas y creación de la coalición nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (CONATT).*”

**“Artículo 3.-** Derogase las consecuencias especiales del hecho contenidas en los delitos calificados por el resultado del Código Penal, específicamente en las siguientes normas: Aborto con resultado muerte, en el artículo 118 último párrafo; Abandono de incapaces en el artículo 142 párrafo 2); Abandono por causa de honor en el artículo 143; Violación calificada en el

artículo 157 inciso 5) y 6); Delito de trata de personas en el artículo 172 inciso e) del Código Penal; Secuestro extorsivo en el artículo 215 incisos 5), 6) y último párrafo del Código Penal; Secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión en el artículo 215 bis del Código Penal; Daños en el artículo 229 inciso 3) del Código Penal; Suplantación de páginas electrónicas en el artículo 233 párrafo 2) del Código Penal; Incendios y otros estragos en el artículo 253 incisos 1) 2) y 3); Desastre culposo en el artículo 256 del Código Penal; Peligro de naufragio y desastre aéreo en el artículo 258 párrafos 1) al 3) del Código Penal; Creación de un peligro para transportes terrestres en el artículo 259 párrafo dos del Código Penal; atentado contra plantas, conductores de energía y de comunicaciones en el artículo 260 del Código Penal; Desastre por culpa en el artículo 261 párrafo 2; Intimidación Pública por consecuencia del tumulto, si se produce un grave daño o la muerte de una persona en el artículo 282; Malversación en el artículo 363 último punto; así como el artículo 32 de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer que incrementa las penas de los delitos contenidos en los artículos 29 (Violación contra una mujer), 30 (Conductas sexuales abusivas) y 31 (Explotación sexual de una mujer) de la misma ley.

**“Artículo 4.- Derogase el artículo 37 del Código Penal.”**

Rige a partir de su publicación.

---

DIPUTADO

---

DIPUTADO