Poder Judicial
Escuela Judicial
"Lic. Édgar Cervantes Villalta"

TEMAS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL DELITO

Tomo 1

Autor: Guillermo Arce Arias

Costa Rica

2025

345.01
A668t Arce Arias, Guillermo
Temas fundamentales de la teoría del delito: Tomo 1/ Guillermo Arce Arias – 1ª ed. – Heredia, C.R.: Escuela Judicial, 2024
297 p. 3 Mb (Documento digital en PDF)

ISBN: 978-9968-696-65-4

1. Derecho Penal 2. Teoría del delito **I. Título**

CONSEJO EDITORIAL

	Titular	Suplente
Presidencia del Consejo Editorial	Licda. Rebeca Guardia Morales *Directora a.i. Escuela Judicial.*	Licda. Kattia Escalante Barboza *Subdirectora a.i. de la Escuela Judicial.*
Integrante del Consejo Directivo de la Escuela Judicial	M. Sc. Ileana Sánchez Navarro *Jueza del Tribunal Contencioso Administrativo*	M.Sc. Jorge Arturo Ulloa Cordero *Representante de la Defensa Pública, en el Consejo Directivo de la Escuela Judicial*
Jueza	M. Sc. María Esther Brenes Villalobos *Jueza Juzgado de Violencia Doméstica*	M.Sc. Julieta Barboza Cordero *Jueza Conciliadora, Centro de Conciliación*
Juez	M.Sc. Raymond Porter Aguilar *Juez Penal de San José*	
Una persona docente universitaria	Vacante	Dra. Marcela Moreno Buján *Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica*
Otras personas servidoras judiciales	M.B.A. Xinia Fernández Vargas *Secretaría Técnica de Género.*	M.Ps. Rafael León Hernández *Secretaría Técnica de Ética y Valores.*
Coordinadora Área de servicios técnicos de la Escuela Judicial.	M.B.A. Magdalena Aguilar Álvarez	

ÍNDICE DE CONTENIDO

A. INTRODUCCIÓN 10
B. OBJETIVOS DE APRENDIZAJE 12

1. Tema 1. Elementos fundamentales de la teoría del delito 13
1.1. Introducción 13
1.2. La dogmática penal y la teoría del delito 13
1.3. Principios rectores del derecho penal en el Estado social y democrático de derecho 18
1.3.1. Principio de dignidad humana 25
1.3.2. Principio de igualdad 27
1.3.3. Principio de legalidad 28
1.3.4. Principio de tipicidad 32
1.3.5. Principio de irretroactividad 36
1.3.6. Principio de prohibición de analogía 39
1.3.7. Principio de razonabilidad 40
1.3.8. Principio de proporcionalidad 43
1.3.8.1. Subprincipio de idoneidad 44
1.3.8.2. Subprincipio de necesidad 44
1.3.8.3. Subprincipio de prohibición de exceso 45
1.3.9. Principio de protección exclusiva de bienes jurídicos 46
1.3.10. Principio de lesividad 47
1.3.11. Principio de intervención mínima y subsidiariedad 51
1.3.12. Principio de culpabilidad 53
1.3.12.1. Principio de derecho penal de acto 56
1.3.12.2. Principio de responsabilidad subjetiva 56
1.4. Esquemas de los elementos esenciales del tema 59
1.5. Bibliografía 61
1.6. Ejercicios formativos 63
2. Tema 2. La acción 64
2.1. Introducción 64
2.2. Funciones de la acción 65
2.3. Teorías de la acción y sus efectos en las estructuras del delito 66
2.3.1. Teoría causalista de la acción 66
2.3.2. Teoría neoclásica de la acción 68

2.3.3. Teoría finalista de la acción 71
2.3.4. Teorías funcionalistas de la acción 78
2.3.4.1. Teoría personal de la acción (Roxin) 78
2.3.4.2. Teoría funcionalista sistémica de la acción (Jakobs) 82
2.4. Características de la acción 89
2.5. La ausencia de acción 90
2.5.1. Caso fortuito 90
2.5.2. Fuerza mayor o fuerza irresistible 90
2.5.3. Movimientos reflejos 92
2.5.4. Estados de inconsciencia 92
2.6. Esquemas de los elementos esenciales del tema 94
2.7. Bibliografía 95
2.8. Ejercicios formativos 97

3. Tema 3. Tipo y tipicidad 98
3.1. Introducción 98
3.2. Elementos generales del tipo y la tipicidad 99
3.2.1. Funciones del tipo penal 100
3.3. Elementos integrantes de la tipicidad dolosa 102
3.3.1. Tipicidad objetiva 102
3.3.1.1. Conducta 102
3.3.1.1.1. Acción 102
3.3.1.1.2. Resultado 102
3.3.1.1.3. Nexo causal 103
3.3.1.1.3.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones 103
3.3.1.1.3.2. Teoría de la causalidad adecuada 104
3.3.1.1.3.3. Teoría de la relevancia o causalidad jurídicamente relevante 105
3.3.1.1.3.4. Teoría de la imputación objetiva 106
3.3.1.1.3.4.1. Elementos de la imputación objetiva del resultado 106
3.3.1.1.3.4.1.1. Creación de un riesgo no permitido 106
3.3.1.1.3.4.1.2. Realización del riesgo no permitido en el resultado 108
3.3.1.1.3.4.1.3. Resultado dentro del ámbito de protección de la norma 108
3.3.1.2. Sujeto 113
3.3.1.3. Bien jurídico 113
3.3.1.4. Otros elementos objetivos 114

3.3.1.4.1. Medios 114
3.3.1.4.2. Momento 114
3.3.1.4.3. Lugar 114
3.3.2. Tipicidad subjetiva 114
3.3.2.1. El dolo 114
3.3.2.1.1. Elementos del dolo 115
3.3.2.1.1.1. Elemento cognoscitivo 115
3.3.2.1.1.2. Elemento volitivo 117
3.3.2.1.2. Clases de dolo 119
3.3.2.1.2.1. Dolo directo 119
3.3.2.1.2.2. Dolo directo de segundo grado 119
3.3.2.1.2.3. Dolo eventual 119
3.3.2.1.2.3.1. Teorías para diferenciar el dolo eventual de la culpa con representación 121
3.3.2.1.3. Elementos subjetivos distintos del dolo 127
3.4. Elementos integrantes de la tipicidad culposa 138
3.4.1. La culpa 138
3.4.2. Tipicidad objetiva 141
3.4.2.1. La acción 141
3.4.2.1.1. Acción u omisión 141
3.4.2.1.2. Resultado 141
3.4.2.1.3. Nexo de causalidad 142
3.4.2.1.4. Violación al deber objetivo de cuidado 142
3.4.2.1.5. Relación de determinación e imputación objetiva 142
3.4.3. Tipicidad subjetiva 143
3.4.3.1. Elementos de la culpa 143
3.4.3.1.1. Elemento volitivo 143
3.4.3.1.2. Elemento cognitivo 143
3.4.3.2. Clases de culpa 143
3.4.3.2.1. Culpa con representación 143
3.4.3.2.2. Culpa sin representación 144
3.4.4. La concurrencia de culpas 147
3.5. Elementos integrantes de la tipicidad omisiva 148
3.5.1. Tipicidad omisiva 148
3.5.1.1. La omisión 148

3.5.1.2. Clases de omisión 148
3.5.1.2.1. Omisión propia 148
3.5.1.2.2. Omisión impropia 149
3.5.2. Tipicidad objetiva 151
3.5.2.1. La situación típica generadora del deber de actuar 151
3.5.2.2. La posición de garante 151
3.5.2.3. La realización de una acción distinta a la acción debida 151
3.5.2.4. La posibilidad real de ejecutar la acción debida 151
3.5.2.5. Nexo causal hipotético o nexo de evitación 151
3.5.2.6. EL resultado 152
3.5.3. Tipicidad subjetiva 152
3.6. Preterintención 157
3.7. Elementos subjetivos diferentes al dolo 157
3.8. Causas de atipicidad 158
3.8.1. Ausencia de elementos objetivos del tipo 158
3.8.2. Ausencia de elementos subjetivos del tipo 158
3.8.3. Error de tipo 158
3.8.3.1. Formas especiales del error de tipo 159
3.8.3.1.1. Error de tipo sobre los elementos descriptivos del tipo penal 159
3.8.3.1.2. Error de tipo sobre los elementos normativos del tipo penal 159
3.8.3.2. Formas especiales del error de tipo 159
3.8.3.2.1. Desviaciones del curso causal 159
3.8.3.2.2. Dolus generalis 160
3.8.3.2.3. Consumación anticipada o prematura 160
3.8.3.2.4. Error sobre el objeto de la acción o la persona 161
3.8.3.2.5. 3.8.3.2.5. Error en el golpe 161
3.8.3.3. Error de tipo psíquicamente condicionado 165
3.8.3.4. Efectos del error de tipo 165
3.8.3.4.1. Error de tipo invencible o inevitable 165
3.8.3.4.2. Error de tipo vencible o evitable 165
3.9. Excursus: "La imputación objetiva: teoría causal, teoría del tipo y teoría del delito. La imputación objetiva en Roxín y Jakobs" 166
3.9.1. Orígenes de la imputación objetiva 166
3.9.2. Teoría de la imputación objetiva del resultado (Roxin) 168
3.9.3. Teoría de la imputación objetiva del resultado y del comportamiento (Jakobs) 171
3.10. Esquemas de los elementos esenciales del tema 173

3.11. Bibliografía 175
3.12. Ejercicios formativos 177
4. Tema 4. Antijuridicidad 178
4.1. Introducción 178
4.2. Elementos generales de la antijuridicidad 178
4.2.1. Naturalismo o causalismo 179
4.2.2. Evolución de la antijuridicidad y su conceptualización 179
4.2.2.1. Antijuridicidad objetiva 180
4.2.2.2. Antijuridicidad subjetiva 180
4.3. Antijuridicidad formal y antijuricidad material 181
4.3.1. Antijuridicidad formal 181
4.3.2. Antijuridicidad material 181
4.4. Naturaleza y fundamento de la antijuridicidad 187
4.4.1. Tesis unitarias o monistas 188
4.4.2. Tesis dualista o pluralistas 189
4.5. Relación entre tipo y antijuridicidad 189
4.6. Función unificadora de la antijuridicidad 191
4.7. Causas de justificación 192
4.7.1. Características de las causas de justificación 192
4.7.2. Naturaleza de las causas de justificación 192
4.7.3. Fundamento de las causas de justificación 192
4.7.4. Fuentes de las causas de justificación 193
4.7.5. Elementos de las causas de justificación 194
4.7.6. Causas de justificación en el Código Penal 197
4.7.6.1. Cumplimiento de la ley 197
4.7.6.2. Consentimiento del derechohabiente 199
4.7.6.3. Estado de necesidad 205
4.7.6.3.1. Requisitos 205
4.7.6.4. Legítima defensa 211
4.7.6.4.1. Fundamento de la legítima defensa 211
4.7.6.4.2. Requisitos 212
4.7.6.4.3. Legítima defensa privilegiada 221
4.7.6.4.4. Exceso en la defensa 222
4.8. Error sobre los elementos objetivos o materiales de las causas de justificación 225

4.8.1. Teorías para el tratamiento del error sobre las causas de justificación 226
4.9. Esquemas de los elementos esenciales del tema 236
4.10. Bibliografía 237
4.11. Ejercicios formativos 239

5. Tema 5. Culpabilidad 240
5.1. Introducción 240
5.2. Elementos generales de la culpabilidad 241
5.2.1. Origen del concepto 241
5.2.2. Concepción psicológica de culpabilidad 241
5.2.3. Concepción personalizada de culpabilidad 242
5.2.3.1. La contrariedad al deber como núcleo de la culpabilidad 242
5.2.3.2. Hecho como síntoma de la culpabilidad 242
5.2.4. Concepción psicológico de la normativa de culpabilidad 243
5.2.5. Concepción de la normativa de culpabilidad 244
5.2.6. Concepciones modernas de culpabilidad 245
5.3. La no culpabilidad 247
5.3.1. La inimputabilidad 248
5.3.1.1. Concepto 248
5.3.1.2. Fórmulas para determinar la inimputabilidad 250
5.3.1.3. Imputabilidad disminuida 250
5.3.1.4. La perturbación provocada y a*ctio libera in causa* 258
5.3.2. Error de prohibición 270
5.3.2.1. Teorías del error de prohibición 271
5.3.2.2. Clases de error de prohibición 271
5.3.2.3. Error de prohibición culturalmente condicionado 280
5.3.3. Estado de necesidad exculpante 282
5.3.4. Obediencia debida 290
5.4. Esquemas de los elementos esenciales del tema 291
5.5. Bibliogrfía 293
5.6. Ejercicios formativos 295

INTRODUCCIÓN

La preocupación por la calidad técnica en la resolución de los casos penales ha sido siempre una constante dentro del Poder Judicial. En materia penal, propiamente en lo correspondiente al derecho penal sustantivo, la situación es especialmente delicada, porque implica la utilización de una metodología analítica llamada teoría del delito, la cual conlleva la utilización de institutos diversos para considerar la responsabilidad penal de una persona ante la comisión de un hecho.

El dominio y la adecuada aplicación de los criterios teóricos en que se sostienen los elementos estructurales del delito son la herramienta en manos de los jueces y las juezas penales para cumplir con una justicia pronta sí, pero cumplida también, que de vida y materialice las disposiciones constitucionales y de derechos humanos que así lo exigen.

Muchas veces se considera “la teoría del delito” como una temática que inicia y se agota en la academia o en las aulas. Aquello que hace unos treinta años aproximadamente se denominó “justicia de olfato” o “justicia de emociones” nunca ha abandonado la realidad nacional; de ahí la importancia de una “justicia penal altamente técnica”, para cuyo logro deben estar siempre presentes los procesos de formación idóneos, dirigidos a quienes cumplen funciones operativas en el sistema de justicia penal y, sobre todo, para aquellas personas a quienes, dentro de ese sistema, les ha sido encargada la gran responsabilidad de decidir acerca de la responsabilidad penal de una persona.

La teoría del delito es un verdadero sistema que se sustenta la aplicación del derecho penal para la atribución de responsabilidad penal a una persona; pero a partir de elementos coherentes, concordantes y derivados de la Constitución Política. Dicho lo anterior, es el mecanismo por medio del cual se aplican la Constitución y la ley al caso penal concreto.

El cumplimiento de los principios de legalidad, con ello, evidentemente el de seguridad jurídica, así como la realización de una justicia pronta y cumplida, mediante la producción de una sentencia técnicamente desarrollada en la que se evidencie la rigurosidad en la resolución de los casos, derivan en el cumplimiento de un servicio de justicia conforme los parámetros que se exigen en un Estado como el nuestro.

Resulta importante entonces, desarrollar aquellos componentes del sistema de la teoría del delito, que le permitan a la persona juzgadora considerar si la acción realizada (u omisión) es relevante penalmente o si existe algún elemento que haga entender que ese actuar no debe considerarse como una acción penal. Seguidamente, la confrontación de los elementos contenidos en el tipo penal como requisitos para la consideración típica del hecho, es decir, no sólo el cumplimiento de los elementos objetivos normativos y descriptivos, sino, además, si es necesario y viable atribuir el hecho a la persona determinada, y luego, imputársele subjetivamente a título de dolo o de culpa, considerando, en todo ello, aquellos factores que si están presentes provocarían la ausencia de tipicidad. Esa acción típica debe ser también contraria al ordenamiento jurídico y para ello debe

analizarse la presencia de alguna causa excluyente de antijuridicidad o causas de justificación que conviertan la acción típica en permitida jurídicamente.

Configurado el injusto penal, es necesario realizar el reproche, para lo cual hay que acudir a la verificación de los criterios que permitan realizar ese reproche de culpabilidad, como lo son la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de un comportamiento distinto.

Hace un poco más de treinta años, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), mediante el aporte de los profesores Henry Issa El Koury Jacob (q.e.p.d.) y Alfredo Chirino Sánchez, se dieron a la tarea de elaborar un texto para apoyo a los jueces y las juezas de varios países de Latinoamérica, titulado "*Técnicas de resolución de conflictos jurídicos en materia penal*". En aquel momento, sus autores fueron enfáticos en señalar que no se trataba de un manual de derecho penal, sino del desarrollo de los principales temas de la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en lo que denominaron "un contexto discernible para la persona juzgadora y, sobre todo, como algo que está a su servicio y no como "enemigo latente" que, en cualquier momento, podría producir soluciones jurídicas apartadas de la ley".

Guardando las más que evidentes distancias, compartimos plenamente aquella misión, y ahora la Escuela Judicial pretende mantenerla vigente mediante constantes capacitaciones, como, en este caso, un curso auto-formativo y la elaboración de un documento sobre la teoría del delito como herramienta de metodología analítica para la solución de los casos penales sometidos a decisión de la persona juzgadora costarricense, descomponiendo la estructura sistemática del delito en sus categorías para facilitar su aplicación. Se trata de un Curso de nivel básico, que rescata aquellos aspectos que deben recordarse siempre acerca de la temática indicada.

Por ello, el proceso auto-formativo se desarrollará mediante cinco sesiones virtuales, durante las cuales, la persona juzgadora participante deberá realizar una lectura guiada a través de los diversos temas, en que aborda los contenidos y la forma de aplicarlos al caso en la praxis judicial, y deberá cumplir con una evaluación de carácter primordialmente aplicativa que evalúe el proceso de aprendizaje.

Este curso es una muestra de la importancia de brindar, de manera constante, espacios formativos para refrescar conocimientos, adquirir conocimientos y habilidades que favorezcan la aplicación técnica y adecuada de la Constitución y de la ley a los asuntos penales sometidos a decisión jurisdiccional.

OBJETIVOS DE APRENDIZAJE

1. Analizar los aspectos elementales de la dogmática penal, la teoría del delito y los principios rectores del derecho penal en un Estado democrático de derecho, mediante su estudio para su aplicación en la resolución de casos penales.
2. Reconocer los aspectos sustantivos elementales de la acción penal, mediante el análisis de las explicaciones y los aportes de la doctrina especializada, para su aplicación en la resolución de casos penales.
3. Analizar los aspectos sustantivos elementales de la tipicidad penal, a través del análisis de los aportes de doctrina especializada, la normativa penal y la jurisprudencia, para su aplicación en la resolución de casos penales.
4. Determinar los aspectos sustantivos elementales de la antijuridicidad penal, por medio del análisis de los aportes, de doctrina especializada, la normativa penal y la jurisprudencia, para su aplicación en la resolución de casos penales.
5. Reconocer los aspectos sustantivos elementales de la culpabilidad penal, mediante el análisis de los aportes de la doctrina especializada, la normativa penal y la jurisprudencia para su aplicación en la resolución de casos penales.

TEMA I. FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO

La teoría del delito como metodología analítica para la resolución de casos penales y los principios constitucionales y penales que rigen su aplicación

Pero la dogmática es una ciencia neutra.
Lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias.
De ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso
si el penalista está dispuesto, por así decir, a todo lo que le echen.
Gimbernart

1.1. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de este tema, se entrelazan tres elementos fundamentales, el primero de ellos es un abordaje de la denominada dogmática penal; el segundo, el de la teoría del delito y su función y, finalmente, los principios constitucionales que son orientadores, integradores y limitadores de los contenidos de la teoría del delito.

Tal y como lo comprendemos, esta es la vía que corresponde establecer para avanzar de manera significativa en el entendimiento de una teoría del delito que, además de herramienta para la resolución de casos penales, sea respetuosa de los principios rectores de un Estado social y democrático de derecho.

1.2. LA DOGMÁTICA PENAL Y LA TEORÍA DEL DELITO

La finalidad clara de la dogmática penal es aplicar de manera sistematizada el derecho, mediante la creación de un sistema orientador de interpretación y aplicación coherente y uniforme del derecho, estableciendo los criterios sobre los cuales debe sustentarse esa aplicación.

La dogmática crea conceptos, principios y reglas que, al ser aplicados, permiten solucionar problemas jurídicos de manera uniforme. El área de la dogmática que se encarga de esta función sobre el derecho penal, es la dogmática penal, la cual desarrolla los elementos necesarios y adecuados, mediante principios y elementos conceptuales a los que debe acudir para la comprensión del fenómeno y la solución de los casos.

Roxin considera que la dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal. Así, se trata de un medio para garantizar una aplicación del derecho consecuente con los principios rectores del sistema, para lograr consecuencias jurídicas seguras y uniformes, por lo que, en definitiva, permite una aplicación racional del derecho penal y una barrera frente a la arbitrariedad.

RECUERDE

La finalidad de la dogmática penal es aplicar de manera sistematizada el derecho mediante un sistema orientador de interpretación y aplicación coherente y uniforme del derecho.

Por lo anterior, se sostiene que la dogmática cumple con dos funciones claramente establecidas, las cuales han sido expuestas de la siguiente manera:

> *1. Función sistematizadora: (Maiwald) la dogmática es una actividad de explicación, creación y sistematización conceptual ordenada a la aplicación del Derecho que se esfuerza por hacer más nítida, compresible y manejable la regulación del derecho positivo. Esta actividad tiende a estabilizar el sistema en el sentido de que el ordenamiento jurídico se torne más comprensible y con ello coadyuve a un mayor consenso entre los componentes de la comunidad científica en relación a los principios y categorías básicas que la integran.*
>
> *2. Función crítica: la dogmática es una actividad que trata de analizar el ámbito de la realidad al que ha de vincularse el Derecho y que pretende, en definitiva, poner en concordancia el conjunto de categorías conceptuales del Derecho penal con esa materia que se presenta dada o incluso, crear el mentado conjunto de categorías con tal finalidad.* (Borja, Tendencias contemporáneas de la teoría jurídica del delito, 2000).

La dogmática jurídica y, en especial, la dogmática jurídico-penal, no se ha limitado, sino que ha ido mucho más allá de lo que, desde un concepto positivista de ciencia, le correspondería a la teoría del derecho, que es describir normas y otras disposiciones expresamente previstas en un sistema jurídico y las que se deduzcan lógicamente de ellas.

RECUERDE

Las dos funciones de la dogmática son:

1. **Sistematizadora**: crea, explica y sistematiza la aplicación del derecho.
2. **Crítica**: analiza la realidad que debe vincularse al derecho.

La teoría del delito presupone elementos no expresados en los textos legales ni deducibles lógicamente de estos. Las normas primarias, como las de la dogmática jurídico-penal, supone que son infringidas por el delito no están formuladas ni están implicadas lógicamente en los textos que contienen normas que asignan penas a las conductas delictivas.

En este sentido, MIR PUIG indica, que la vía que ha seguido la dogmática jurídico-penal permite profundizar el sentido material del derecho positivo y asumir la función de orientar al legislador en el perfeccionamiento del derecho y al juez en su aplicación[1].

La sola contemplación de los textos legales en su sentido literal no permite captar todo el sentido normativo del derecho vigente. La teoría del delito contribuye además a aprehender el significado pleno del derecho positivo y descubrir las valoraciones y principios que existen tras las normas jurídicas. Unos principios están en la Constitución Política, pero no todos se extraen de ahí.

El papel que se les atribuya por ejemplo a los valores protegidos y a las normas de conducta en la teoría del delito condiciona que esta adopte una orientación más garantista o más autoritaria.

Podemos señalar entonces que la teoría del delito tiene un carácter eminentemente metodológico e instrumental, así como una aplicación práctica, pues permite relacionar la ley con el caso concreto, más específicamente aplicar la ley penal al caso concreto.

En cuanto a la función de la teoría del delito, podemos referir lo siguiente:

> *Pues bien, las distintas teorías del delito existentes - ¡debe recordarse siempre que no hay una sola! -, se debaten fundamentalmente acerca del contenido de significado que se asigna a esos conceptos centrales y de si estos bastan, o se requieren más componentes, para el concepto de delito. […]*
>
> ***Pero ¿para qué sirve en la realidad?***
>
> *Desde una perspectiva dinámica del Derecho (Gunther Teubner), tendremos que indicar que la aplicación real de esos conceptos que componen la teoría del delito, siempre está en constante modificación y cambio, dependiendo de la interacción que se suscita entre diversos factores o fenómenos sociales. De este modo:*
>
> ***A.-** La eficacia real de la teoría del delito depende de la manera en que el legislador recepte y desarrolle aquellos conceptos en los cuerpos legales; pero no solo eso: depende también de la manera en que los legisladores, como cuerpo político, pretendan influir, e influyan, en las decisiones del cuerpo de la judicatura, de los jueces y juezas.*
>
> ***B.-** La eficacia real de esos componentes, aquello para lo que servirá efectivamente en casos concretos, también depende de la influencia que ejerza, de la receptación que tenga una u otra posición de la doctrina penal, sobre los sujetos encargados de tomar decisiones en el proceso penal. Son estas personas quienes finalmente tienen la potestad de decir, de interpretar el contenido de significado y alcance de los componentes de la teoría del delito de una manera autorizada.*

1 Mir Puig (2005), p.65.

> ***C.-*** *Incide también la visión y la presión que los ciudadanos de a pie puedan ejercer sobre el intérprete del derecho, sobre el juez o la jueza, acerca de la aplicación o desaplicación de tales conceptos y categorías de análisis de la teoría del delito, dentro de un proceso penal en curso.*
>
> ***D.-*** *Junto a aquello, también factores externos, como el juego de la política, las influencias de la religión, las presiones de la moral practicada en una sociedad, la incidencia de los medios de comunicación, afectan el grado de aplicación real que tiene la teoría del delito en la vida práctica de los Tribunales y otras entidades del sistema penal.*
>
> ***E.-*** *Finalmente, y para lo que más importa, la eficacia real, la aplicación efectiva de una u otra teoría del delito, de uno u otro significado para sus componente, depende de quienes integran la judicatura: seres humanos como otros, con distintos niveles de formación jurídica, gobernados por una visión de mundo y con ello, regidos también por prejuicios, estereotipos, valores, posiciones políticas y religiosas; a quienes les corresponde, en última medida, decidir* ***qué actitud tomar frente a la aplicación o desaplicación de la teoría del delito en la resolución de un caso específico***
>
> *Quiero destacar entonces que la aplicación o no, el significado que se asigne o no a la teoría del delito y sus componentes, depende del Poder de definición que tienen los jueces y juezas (Bourdieu); es decir, del Poder para decirnos cuál es el alcance y significado que tienen esos conceptos en la vida real del proceso o de otras prácticas del sistema penal. […]*
>
> *La respuesta no puede ser otra: la teoría del delito* ***sirve para aquello para lo que los y las fiscales, los jueces y las juezas, quieran que sirva en la realidad****. Y esto, a muy grandes rasgos, significa que son ellos quienes deciden si no utilizarla del todo, si emplearla para limitar de cierta manera racional el poder punitivo o para habilitarlo y desatarlo de límites, incluso mediante el uso fraudulento de dicha teoría, lejos de los principios de una constitución liberal.*
>
> ***La teoría del delito sirve para lo que realmente se le utilice en las prácticas del sistema penal, independientemente de lo que estipule, o independientemente de lo que se añore****.* (Chan Mora, 2021).

Efectivamente, la teoría del delito será lo que las personas operadoras del sistema definan desde la realidad de la aplicación de esta a los casos concretos. Las personas juzgadoras pueden recitar tratados enteros de doctrina penal expresando lo que consideran que los y las tratadistas indican acerca de la teoría del delito. Pero, finalmente, estará en sus manos la definición real de lo que consideran la teoría del delito al aplicarla al caso concreto, y esa será su definición y su significado.

RECUERDE

La teoría del delito tiene un carácter metodológico e instrumental para una aplicación práctica, porque permite relacionar las disposiciones de la Constitución y la ley a un caso concreto.

Si bien pueden existir muchas teorías del delito, tanto como herramientas o instrumentos teórico–prácticos para la resolución de los casos penales de forma sistematizada, lo cierto es que, en el ejercicio de aplicación por parte del sistema de justicia penal del Estado costarricense, no pueden ser cualesquiera teorías del delito. Deben ser aquellas que, al ser implementadas y utilizadas, permitan aplicar las disposiciones que se encuentran en el vértice del ordenamiento jurídico, el cual es la Constitución Política y los derechos humanos.

De esta forma, el uso de una teoría del delito no puede estar alejada de criterios fundamentales como la supremacía de la Constitución Política y de los tratados internacionales protectores de derechos humanos, del imperio de la ley, del respeto a la dignidad de la persona, a sancionar por el hecho realizado y no por la forma de ser de una persona, bajo criterios de necesidad, idoneidad y prohibición de exceso, y solo en aquellos casos en que se esté ante una afectación relevante para los bienes jurídicos fundamentales.

> *La Teoría del delito es una herramienta conceptual que sirve para enfocar los problemas prácticos que se presentan en la solución de los conflictos sociales. […] Sólo mediante la utilización de la Teoría del Delito el juez puede tener "propuestas de solución" que lo lleven a una respuesta posible, aunque el mero uso de "cualquier" Teoría del Delito no asegura la producción de una misma respuesta para el mismo problema. El problema de escoger cuál es la Teoría del Delito pertinente para un determinado caso es ya, de por sí, una parte importante de la labor del juez.*
>
> *La escogencia de una determinada Teoría del Delito puede producir, como ya lo hemos dicho, un considerable ahorro en tiempo al juez, como también al Estado. Esto es posible por cuanto, dependiendo de la naturaleza del problema, el juez puede ir descartando aquellos aspectos que no es necesario analizar. Sin embargo, requiere del seguimiento fiel de los planteos de esa teoría a fin de o producir "saltos entre sistemas" que con frecuencia resultan fatales".*
>
> *Además, es importante que el juez tenga claro que la teoría seleccionada sea coherente con el sistema constitucional en el que se desenvuelve y comparta principios universalmente aceptados tales como el principio de legalidad criminal, el de culpabilidad.* (Chirino Sánchez & El Khoury Jacob, Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal, 1991).

Por lo anterior, resulta esencial reconocer los elementos fundamentales que conforman la teoría del delito (o teorías del delito) a partir, tal y como se indicó, de los principios con los cuales esa labor debe estar acorde, es decir, a la Constitución como limitadora de toda teoría del delito.

1.3. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Ahora bien, el derecho penal y, propiamente, la teoría del delito no funcionan ni aparecen como un aislante del entorno jurídico. Si bien es una metodología analítica, debe estar necesariamente anclada a los principios que deriven de la Constitución y de la propia ley. En este sentido, existen elementos constitucionales que son criterios reguladores para la construcción teórica del delito y, con ello, del propio derecho penal, pero también para analizarlo, interpretarlo y aplicarlo.

Quizá una de las exposiciones más claras acerca de la función del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho que ha resultado de muy amplia utilización en el mundo académico y judicial es la elaborada por Mir Puig, quien la ha presentado de la siguiente forma:

> ***Función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho***
>
> *La combinación de elementos físicos y normativos que caracteriza toda realidad social debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico, empezando por el de la función del Derecho. Si todo hecho institucional se construye por la asignación de una función, el sentido del Derecho dependerá en primer lugar de la función que le atribuyamos. Aquí partimos de que el Derecho es una construcción humana caracterizada por la función de regular la vida de los seres humanos.*
>
> *También el Derecho penal tiene tal función. Hay diferentes formas de concretar esta función, que en última instancia dependen de la orientación política del Estado. En un Estado social y democrático de Derecho, corresponde al Derecho penal una función de prevención limitada de delitos, entendidos éstos como hechos dañosos para intereses directos o indirectos de los ciudadanos.*
>
> *Basar la teoría jurídica en el reconocimiento de que el Derecho ha de servir al ciudadano me parece obligado para una concepción democrática del Derecho. Es evidente que ello supone renunciar a una teoría jurídico-penal válida para cualquier contexto político. No ha habido nunca ningún sistema jurídico-penal que no haya estado al servicio de algún sistema político. […]*
>
> *En Derecho penal los bienes jurídico-penales son los puntos de referencia de estas exigencias del principio constitucional de proporcionalidad. La necesidad y la idoneidad de la intervención penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de tal protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos. Y la comparación de costes y beneficios que requiere una proporcionalidad*

en sentido estricto debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito. Por esta vía constitucional encuentra legitimación la función de prevención del Derecho penal, en la medida en que es la forma de proteger intereses fundamentales de los seres humanos, y al mismo tiempo se incluye el único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito -con la ventaja, además, de que esta proporcionalidad puede extenderse también a las medidas de seguridad-.

Se encuentra así la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como de proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado. […]

Conclusiones finales

Resumiré algunas conclusiones:

1) Toda realidad, incluida la realidad social, tiene algún componente natural. Los hechos físicos (o brutos) son el género común a todos los hechos del mundo, los hechos sociales son una especie de hechos físicos.

Una clase de hechos sociales son los hechos institucionales, definidos por lo normativo. Los hechos institucionales se construyen por los seres humanos, organismos biológicos inteligentes que forman parte de la realidad natural, asignando colectivamente y normativamente funciones a los hechos brutos para que incidan en la realidad natural y social. Lo natural y lo normativo interactúan recíprocamente.

2) El Derecho es una construcción social cuya función asignada es la de regular la vida de los seres humanos. Desde una perspectiva democrática la función del Derecho penal ha de ser proteger intereses reales de los ciudadanos y no sólo normas jurídicas. Los bienes jurídico-penales han de ser entendidos como concreción de aquellos intereses, ya sean individuales, como los derechos humanos básicos, ya sean colectivos o mediados por instituciones. En términos sistémicos, ello supone poner el sistema normativo del Derecho penal al servicio de algo distinto a sí mismo, al servicio de los sistemas pisco-físicos en que consisten los seres humanos y de las instituciones que respondan a sus necesidades.

3) El delito tampoco es sólo una construcción jurídico-normativa, sino un hecho del mundo empírico físico y social al que el Derecho asigna un significado valorativo específico. Hay en el delito una mezcla de componentes fácticas (brutas e institucionales) y de valoraciones jurídicas normativas. Esta combinación de lo fáctico y lo normativo se da en todos los elementos del delito: en el tipo objetivo y en el subjetivo, en la ausencia de causas de justificación y en los presupuestos de la imputación personal. Dos son los presupuestos básicos que importan al respecto: Un hecho efectivamente dañoso

y/o peligroso para bienes jurídico-penales no necesario para salvaguardar otro u otros bienes jurídicos (exigido por el principio de lesividad), y las condiciones situacionales y mentales que permiten la imputación de dicho hecho a una persona (exigidas por el principio de culpabilidad).

4) En la construcción teórica del Derecho penal no importa sólo lo normativo jurídico-positivo, sino también valoraciones culturales metajurídicas, y no sólo la perspectiva normativa, sino también la fáctica. Aunque -como señalaron los neokantianos- toda teoría del Derecho penal está referida a valores y supone también tomas de posición normativas, debe encontrar una base objetiva en la realidad empírica y social que, por una parte, facilite la discusión intersubjetiva de su valoración y, por otra parte, abra las puertas a una adecuada incidencia del Derecho penal en la realidad. Nos aproximaremos así mejor a los dos viejos ideales de von Liszt: dotar de objetividad científica a la dogmática jurídico-penal y poner el Derecho penal al servicio de la vida -sabiendo ahora, sin embargo, que la objetividad de la ciencia jurídica es sólo relativa y que la vida que importa al Derecho es en parte dada al hombre y en parte construida (colectivamente) por él-.

(Mir Puig, Límites del Normativismo en Derecho penal, 2005).

Ahora bien, en primer término y con la finalidad de establecer en nuestro medio los principios que rigen la aplicación del derecho penal, es importante establecer las siguientes consideraciones.

No es novedosa la frase "*el derecho penal es derecho constitucional aplicado*", pues evidentemente, el derecho penal desarrolla una serie de principios establecidos en las Constituciones Políticas de los Estados modernos.

Así, por ejemplo, en su resolución 2008-13852, la Sala Constitucional estableció de importancia lo siguiente:

***III.- La función del Derecho Penal en el Estado Democrático de Derecho**. Una de las tareas primarias del Juez constitucional consiste en recordar el compromiso que implica para un país postular el principio democrático como eje del desarrollo de toda actividad pública, dentro de la cual, desde luego, se incluye la materia punitiva. No se trata de una de tantas características abstractas de un régimen político determinado, sino de un verdadero pilar del Estado de Derecho. Desde que queremos que el Derecho sea el cauce a través del cual fluya la autoridad a todas las partes de una colectividad, debemos ser consecuentes y respetar las limitaciones que derivan del principio democrático, que podrían acusarse de obstáculos cuando se persigue imponer la propia voluntad a los otros, pero que, al final de cuentas, resultan ser la tabla de salvación de quienes se encuentran, bajo circunstancias específicas, en una posición de desventaja. Esto último, sin olvidar que gozar de privilegios o sufrir desamparo no es más que una cuestión meramente circunstancial, pudiendo una misma persona adquirir las dos perspectivas en lapsos muy breves y de donde debería nacer un*

genuino interés personal en preservar incólumes las garantías propias de la democracia.Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional.De este modo, es labor del juez constitucional, a partir de los principios torales de la materia penal, controlar que la actividad del legislador, en principio -pero limitadamente- discrecional, se mantenga dentro de esos cánones. Es decir, hay discrecionalidad legislativa para construir tipos penales de acuerdo con determinadas políticas criminales, pero excede los márgenes de esa discrecionalidad crear normas de sanción penal que castiguen conductas inocuas para la vida en común […] ***V.- Sobre el principio de legalidad criminal.*** *Además, en razón de las características de la norma que se presenta en consulta, resulta necesario vincular el principio de lesividad con el de legalidad. Dispone el artículo 39 constitucional que "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior", de suerte que es presupuesto inexcusable para la puesta en marcha del aparato represivo la previsión anterior, en norma de rango legal, de la conducta que se pretende sancionar. La exigencia de ley previa no es simplemente formal, sino también sustantiva, pues no es cualquier disposición legal la que se ajusta al mandato del 39 constitucional. En este último aspecto es que importa destacar el principio de tipicidad como derivado del principio de legalidad. En pronunciamientos anteriores de la Sala se ha insistido en el rango constitucional de ese postulado: "Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica, contraria a derecho, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que deben abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, "será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres", ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el*

destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido (...) La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. Ya en ***voto 1876-90*** *de las dieciséis horas de hoy, de esta Sala, se indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria compresión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal" (****sentencia #1877-90 de las 16:02 horas del 19 de diciembre de 1990****. Vid. en similar sentido los pronunciamientos* ***#6660-93 de las 9:33 horas del 17 de diciembre de 1993 y #6962-94 de las 14:48 horas del 24 de noviembre de 1994****) Además, en relación con las características de los tipos penales se indicó en la decisión* ***#2950-94 de las 8:57 horas del 17 de junio de 1994*** *que: "[…]la tipicidad exige que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos que tienen una estructura básica conformada con sujeto activo y verbo activo. Se ha indicado también, que la norma puede hacer alusión a conceptos muy amplios o con una gran capacidad de absorción lo que puede presentar problemas de comprensión de la norma pero no roces con las exigencias de la tipicidad como garantía. Debe tenerse en cuenta que este Tribunal se pronunció además, sobre la constitucionalidad de las normas que requieren de otra norma para su complemento y que la doctrina denomina "norma penal en blanco" (ver* ***sentencia número 1876-90*** *de las dieciséis horas del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa). Lo que no ha admitido la Sala es la utilización de los denominados "tipos penales abiertos" que la doctrina más autoriza del derecho penal define como aquellos en los que la materia de prohibición no se encuentra establecida por el legislador y la misma es dejada a la determinación judicial. Estos tipos -ha dicho la Sala- en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad de los delitos (****ver fallo número 0490-94*** *de las dieciséis horas quince minutos del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cuatro)". Cuando una norma penal se redacta en términos ambiguos, es el juez y no el legislador quien al final de cuentas define la conducta penalmente reprimida. La traslación de esa competencia presenta varios y serios inconvenientes, bajo la óptica del Derecho de la Constitución. En primer término, si es el juez quien dice cuáles conductas están prohibidas y seguidas por una sanción, de ello se tendrá noticia con la emisión del acto jurisdiccional prototípico: la sentencia. Es decir, temporalmente habría una anteposición de la conducta a su categorización como penalmente sancionable con evidente contravención del principio de legalidad criminal y su postulado de lex previa. Asimismo, no tendrían los miembros de la comunidad la seguridad de cuáles son*

los comportamientos que les pueden acarrear responsabilidad penal, en detrimento del enunciado de lex certa. Por último, es característico de los regímenes democráticos el respeto escrupuloso del principio de reserva de ley en varias materias, entre las cuales destaca la penal, entendiendo que el órgano parlamentario, como destinatario inmediato de la potestad legislativa propia del pueblo, es el único legitimado para decretar las intromisiones más severas del poder público en la esfera individual. Es por ello que las penas, el régimen de los derechos fundamentales, los impuestos, entre otros ámbitos materiales, se confían al legislador, quien, por demás, no puede renunciar al mandato popular que se le ha conferido.

De la anterior resolución, se obtienen aspectos importantes:

- La teoría del delito en un Estado como el nuestro debe estar sustentada en los principios del Estado de derecho, tendiendo a la seguridad jurídica, dedicada siempre a la protección de bienes jurídicos.
- Al momento de analizar el hecho realizado frente al supuesto de hecho descrito en el tipo penal, debe complementarse su análisis con el de la antinormatividad de la conducta. Esto quiere decir, que el bien jurídico y la norma son elementos integrantes de la tipicidad penal.
- La Asamblea Legislativa tiene como competencia constitucional la creación de normas penales; pero le corresponde a la Sala Constitucional velar por el cumplimiento de los principios constitucionales.

En segundo lugar, es importante comprender qué es un principio. Los principios se consideran normas básicas del ordenamiento jurídico que están inspirados en “valores” y que se concretan en determinadas reglas jurídicas establecidas o materializadas en disposiciones legales. Los principios legitiman, es decir, justifican las reglas, las normas de su aplicación que, muchas veces, son garantías. Por eso, la violación de un principio constitucional conlleva su inconstitucionalidad.

En tercer lugar, no puede obviarse que existe un enfoque, ya tradicional, acerca de los componentes que determinan la calificación de un modelo de derecho penal como garantista. Cuando hablamos de garantismo, hacemos alusión a elementos básicos que conforman un derecho penal conforme con un Estado democrático de derecho.

Los Estados democráticos deben ser, por definición, Estado de derecho, pero también esa condición de democracia formal y material implica el reconocimiento de una serie de límites al ejercicio del derecho penal por parte del Estado y, en ese sentido, garantizan los derechos subjetivos que, en aplicación de aquel, pueden verse afectados. De esta manera, un Estado democrático de derecho es un Estado que se debe caracterizar por el respeto de las garantías como límites al poder estatal.

La palabra “garantismo” puede hacer referencia a distintas áreas del derecho. Sin embargo, se trata en definitiva de garantizar los derechos subjetivos de la ciudadanía frente al Estado.

Es importante aquí considerar lo señalado por Ferrajoli respecto de los axiomas del garantismo penal:

2. Diez axiomas del garantismo penal: el sistema garantista SG. Llamo garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal SG, que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfactible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas:

1. Nulla poena sine crimine.

2. Nullum crimen sine lege.

3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate.

4. Nulla necessitas sine iniuria.

5. Nulla iniuria sine actione.

6. Nulla actio sine culpa.

7. Nulla culpa sine iudicio.

8. Nullum indicium sine accusatione.

9. Nulla accusatio sine probatione.

10. Nulla probatio sine defensione.

Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente:

*1. Principio de **retributividad** o de la sucesividad de la pena respecto del delito;*

*2. Principio de **legalidad**, en sentido lato o en sentido estricto;*

*3. Principio de **necesidad** o de economía del derecho penal;*

*4. Principio de **lesividad** o de la ofensividad del acto;*

*5. Principio de **materialidad** o de la exterioridad de la acción;*

*6. Principio de **culpabilidad** o de la responsabilidad personal;*

*7. Principio de **jurisdiccionalidad**, también en sentido lato o en sentido estricto;*

*8. Principio **acusatorio** o de la separación entre juez y acusación;*

*9. Principio de la **carga de la prueba** o de verificación;*

*10. Principio del **contradictorio**, o de la defensa, o de refutación.*

*Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen el modelo **garantista** de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios*

> *políticos, morales y naturales de limitación del poder penal <<absoluto>>. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos integra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno* ***estado de derecho [...]****". Por cuanto "Mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (nulla poena, nullum crimen sine lege), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione)". Mientras el principio convencionalista de mera legalidad es una norma dirigida a los jueces, a los que prescribe que consideren delito cualquier fenómeno libremente calificado como tal por la ley, el principio de estricta legalidad es una norma meta-legal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la* ***decidibilidad de la verdad*** *de su enunciación".* (Ferrajoli, 1995).

A continuación, veamos lo que consideramos principios esenciales en un Estado democrático de derecho.

1.3.1. Principio de dignidad

El principio de dignidad humana es el sustento de los derechos humanos, pues parte del reconocimiento de una serie de derechos inherentes a la condición de persona. Así, tratándose del ejercicio de un poder tan fuerte otorgado al Estado como es el de imponer restricciones de derechos esenciales a quienes resulten autores de un delito, el respeto por la condición misma de ser humano resulta fundamental.

De esta forma, el ejercicio del poder penal en contra de quien actuó ilícitamente debe considerar el respeto por todos aquellos derechos que le son inherentes, así como considerarlo plenamente en su condición de persona, sin que sea viable convertirlo en un objeto o instrumento de ofensas, humillaciones, tratos crueles, ni receptor de comportamientos degradantes, sino como un ente poseedor de derechos y obligaciones, cuya esencia debe ser plenamente respetada.

En su resolución 16069-2020 del 26 de agosto de 2020, la Sala Constitucional señaló puntualmente lo siguiente:

> *V.- RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA. De previo al análisis de este asunto, es pertinente señalar que nuestra Constitución Política en su artículo 33 reconoce y proclama el valor constitucional de la dignidad humana, que constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales y humanos. El ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son reconocidos en protección de su dignidad. En definitiva, uno de los valores y principios fundamentales del Derecho de la Constitución lo constituye, precisamente, la dignidad, sobre el cual se erige el edificio*

entero de la parte dogmática de la Constitución, esto es, de los derechos fundamentales de las personas. Es a partir del reconocimiento de la dignidad intrínseca al ser humano que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones le otorgan una serie de libertades y derechos indiscutibles y universalmente aceptados. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas al adoptar la Declaración Universal de Derechos Humanos en su resolución No. 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, consideró en el Preámbulo que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de las comunidades. En esa inteligencia, se acordó en el artículo 1o que "Todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos [...]". Asimismo, el artículo 2° reconoce que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en dicha Declaración sin distinción alguna. Idénticas consideraciones realizó la Asamblea General de las Naciones Unidas al dictar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados en la resolución No. 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por Ley No. 4229 del 11 de diciembre de 1968, en los que se decretó que el reconocimiento de los derechos allí dispuestos derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Por su parte, los Estados Americanos adoptaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es Ley de la República No. 4534 de 23 de febrero de 1970 y, en el preámbulo, reconocieron que los derechos esenciales del hombre no surgen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. El artículo 1o se dispone que los Estados Partes en la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sin discriminación. Asimismo, dicha Convención en su artículo 11, párrafo 1o , bajo el epígrafe de "Protección de la Honra y de la Dignidad" dispone que " 1. Toda persona tiene derecho al [...] reconocimiento de su dignidad". Tales mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la propia Norma Fundamental imponen el respeto y reconocimiento de la dignidad intrínseca de toda persona, sin discriminación alguna (voto No. 2009-004555, de las 08:23 horas del 20 de marzo de 2009).

RECUERDE

El principio de dignidad implica el reconocimiento de la persona como depositaria de derechos elementales que le son reconocidos por su sola existencia. La dignidad de la persona es la base de todos los derechos humanos.

1.3.2. Principio de igualdad

El principio de igualdad se sustenta en la igualdad de trato para las personas, considerando que, ante situaciones distintas, el trato debe ser distinto, pero debe ser igual, cuando se esté ante iguales condiciones. Por ello, no es una igualdad simple, sino debe ser tratado en condición de igualdad a otras personas que se ubican en la misma condición o circunstancia. De esta forma, el principio de igualdad manda a apreciar y considerar las diferencias que resulten relevantes frente a la aplicación de disposiciones.

En cuanto a este principio, existe una inmensa cantidad de resoluciones de nuestro tribunal constitucional. En la resolución 3288-2021, la Sala Constitucional indicó lo siguiente:

> ***III.- Sobre el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación.*** *La igualdad ante la ley y la no discriminación en el disfrute de los derechos humanos son principios estructurales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como una consecuencia obligada de la afirmación de la dignidad de la persona humana. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece como postulado primero que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Asimismo, destaca en su artículo 2.1: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece la igualdad ante la ley, y prescribe que la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva "contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o de cualquier otra condición social" (artículo 26). La igualdad es entonces un derecho fundamental, protegido por sí mismo como exigencia frente a la ley y en la aplicación de esta, así como un principio de interpretación y de aplicación de todos los demás derechos fundamentales, salvo que ellos mismos veden expresa o implícitamente ese carácter. La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, dispone en su artículo 24, que: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley". Esta norma hace referencia al concepto de discriminación, procurando que exista igualdad real y no solamente formal o jurídica entre todos los seres humanos. Disposición establecida en el artículo 33 de nuestra Constitución Política y que implica dar un trato entre iguales y uno diferenciado entre desiguales. La Sala ha sido conteste en manifestar, que se resume en el derecho a ser tratado igual que los demás en todas y cada una de las relaciones jurídicas que se constituyan. Asimismo, se ha definido que la igualdad es, al mismo tiempo, una obligación constitucional que consiste en tratar de igual forma a los que se encuentren en iguales condiciones de hecho, erigiéndose como tal en un límite a la actuación del poder público. Sin embargo, también se ha establecido que el*

principio de igualdad no tiene un carácter absoluto, pues no concede, propiamente, un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino, más bien, a exigir que la ley no haga diferencias entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas. En ese sentido, no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, o bien, cuando la situación que se denuncia es ilegal o irregular, pues el respeto a la igualdad no implica una equiparación de condiciones contrarias al ordenamiento. De conformidad con estas consideraciones, para que la jurisdicción constitucional determine si ha existido o no un quebranto al derecho a la igualdad, debe establecerse un parámetro de comparación que permita dilucidar si ha existido o no un trato discriminatorio (ver Sentencia N° 2010-1025).

Debe considerarse que el principio de igualdad trae consigo el de no discriminación, pues la igualdad implica una prohibición de trato discriminatorio y, a *contrario sensu*, ante la evidencia de una situación discriminatoria, se traduce en una afectación al principio de igualdad

RECUERDE

El principio de igualdad es un derecho fundamental ante la aplicación de la ley y es también un principio para la interpretación y aplicación de los demás derechos fundamentales. La igualdad como principio exige un trato igual ante situaciones iguales y un trato diferente ante situaciones diferentes.

1.3.3. Principio de legalidad

Para introducirnos en el análisis de este principio, es importante considerar lo siguiente:

El principio de legalidad surge como reacción a las prácticas pre ilustradas presididas por la analogía y la costumbre en la aplicación de la ley. Sobre este aspecto, Hassemer, nos recuerda que "en la época del Derecho natural, el legislador penal tenía realmente que preocuparse poco por la justicia de sus leyes; para justificar el derecho positivo bastaba que éste coincidiera con el Derecho natural, el legislador no tenía que fundamentar su derecho, sino deducirlo. La Ilustración debilitó la posición del legislador de un modo importante, al elevar las exigencias de legitimación y cambiar su cualidad.

La crítica del conocimiento demostró que los preceptos del Derecho natural en todo caso no pueden ser trasvasados sin más, desde el cielo (en el que quizá se encuentran) al suelo del derecho positivo sin dañarlos o modificarlos. El cielo queda ahora mudo."

Como resultado de estas ideas, así como del trabajo de Cesare Beccaria, se introduce

> *el principio de legalidad en las primeras constituciones y en los códigos penales: en la Petition of Rihts americana de 1774 (artículo 8), en la declaración de Maryland (artículo 15) en las enmiendas V, VI y VII de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, en los artículos 5,7 y 8 de la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789. El juicio que subyace en estas primeras declaraciones constitucionales y legislativas es el de la protección del ciudadano contra la arbitrariedad. Se establece que solo una ley general y abstracta, dictada con las garantías de objetividad que brinda el procedimiento legislativo, puede darle vida a la ley penal. Será a partir de ese momento que, el derecho penal, debido a la especial intensidad de sus sanciones, pero, sobre todo, debido a la estigmatización directa e indirecta que produce un fallo condenatorio, va a estar presidido por el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege" (acuñado por Johann Anselm von Feuerbach). Por otro lado, será Binding, en 1885, el que le dará al principio de legalidad, su doble fundamento, político y jurídico. La concepción política tiene sus bases en la teoría de la división de poderes de Montesquieu: sólo el poder legislativo puede, en exclusiva, tipificar una conducta como delito. Los jueces deben solo juzgar el caso concreto, ya que si interpretaran desvirtuarían la voluntad del pueblo expresada en la ley penal. Surge así que las prohibiciones de analogía y de la utilización del derecho consuetudinario, responden al principio político de que este campo está reservado para el legislador. No ocurre lo mismo con el principio de retroactividad, pues en todo caso el juez aplica al pasado La ley penal más favorable emitida por el parlamento. Aunque hoy en día se cuestiona la fórmula del doble fundamento político y jurídico del principio de legalidad, los influyentes estudios que le han dado base, obligan a examinar, aun de manera breve su incidencia sobre el control constitucional.* (ARMIJO SANCHO, 2007).

Según el principio de legalidad, solo puede ser delito y se puede aplicar una sanción por haberlo cometido, si existe una ley previa, cierta, estricta y escrita que así lo disponga y sancione. Es un principio que debe ser acatado por el Poder Legislativo al crear los delitos, y por la persona juzgadora al aplicarlo.

Ahora bien, este principio tiene sus inicios ideológicos con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Constitución Francesa de 1791, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y de 1791.

Sin embargo, se le debe a Feuerbach, en 1801, la creación del postulado que hoy conocemos, *nulla pena sine lege, nulla poena sine criminine, nullum crimen sine poena legali*, como una garantía de la ciudadanía frente al poder estatal. Para este autor, creador de la teoría de la "coacción psicológica de la pena", solo estableciendo de forma legal y previa la sanción de un hecho, era posible prevenir la comisión de delitos, pues, mediante la amenaza de la sanción, la persona debía inhibirse de cometer delitos.

Lo anterior deja claro que, si para la aplicación de los delitos, se requería una creación legislativa previa, entonces se sustenta también en el principio político de división de poderes, mediante el

cual, para aplicar el derecho penal a las personas, es necesario que uno de los poderes produzca en su seno, como representación popular, la conducta prohibida y, posteriormente, será otro poder quien se encargue de su juzgamiento y sanción.

Por lo anterior, el principio de reserva de ley está estrechamente ligado con el de legalidad, pues únicamente mediante el procedimiento establecido ordinariamente para la creación de una ley, es posible la creación de delitos y la sanción de estos.

Evidentemente, como la ley debe ser previa, no podía otorgársele función retroactiva, de manera que la prohibición de retroactividad es parte esencial de este delito y, para que cumpla con efectividad la amenaza de la sanción penal sobre la ciudadanía y que en su psiquis se inhiba de la comisión de delitos, la ley resulta ser lo suficientemente clara y precisa en su descripción, de forma tal que las personas conozcan claramente en qué consiste la conducta que está claramente prohibida. Este es el denominado principio de taxatividad pena que es vinculado estrechamente al de tipicidad.

De la misma forma, esa certeza que debe existir en el conocimiento previo de aquellos comportamientos que están prohibidos hace que no resulte aplicable la analogía, pues ello crearía un estado de incerteza o de inseguridad frente al postulado legal de la conducta prohibida.

Más adelante, se estableció que la única analogía que puede ser aplicada es aquella que resulte en beneficio de la persona, cuando frente a situaciones indeterminadas legalmente, la aplicación de un criterio analógico hace que se beneficie a la persona, mas nunca que la perjudique.

Es importante señalar que, en su resolución 5977-2006 del 3 de mayo de 2006, la Sala Constitucional enfatizó lo siguiente:

> ***VII.- El diseño de la política criminal es competencia del legislador****. Es la propia Constitución Política en su artículo 39 la que le asigna al legislador la competencia exclusiva para dictar la política criminal, es decir de determinar que conductas se penalizan y con qué quantum de pena, cuando señala que la creación de los delitos y las penas, está reservado a la ley, de modo que esta Sala lo que puede controlar, es únicamente que ésta se dicte en armonía con el marco constitucional. Si la política criminal es particularmente buena o mala, es un tema que escapa -como se dijo-, de las competencias constitucionalmente asignadas a este Tribunal. […]* ***“ II.- DE LA RESERVA LEGAL EN LA DEFINICIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL.*** *Efectivamente, como lo argumenta el Fiscal General de la República, la determinación de los montos de las penas privativas de libertad constituye un asunto de política criminal, (lo subrayado no es del original) que por la propia definición del sistema político y de organización del Estado costarricense (artículos 1, 2, 9 y 121 de la Constitución Política) corresponde en exclusiva definir a los legisladores (el subrayado no es del original). Es en virtud del principio de legalidad en materia penal, definido en los artículos 28 y 39 constitucionales y 11 de la Ley General de Administración Pública, que se reserva a la ley la definición del Derecho Penal, que constituye el marco normativo y procedimental del poder punitivo del Estado, de manera que tratándose de la determinación de los delitos, cuasidelitos*

*y faltas, así como de las sanciones o penas, la ley es la única fuente creadora. El principio de legalidad es básico en el derecho penal material y constituye la línea rectora principal del derecho procesal penal; define el límite de la libertad individual, pero también el de la intervención estatal en tanto le corresponde desarrollar el poder punitivo, tal y como lo ha considerado con anterioridad este Tribunal Constitucional: "A este respecto, debe decirse que el artículo 39 de la Constitución Política consagra entre otros, el principio de legalidad, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad, que es presupuesto esencial para tener como legítima la actividad represiva del Estado y a su vez determina que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal. El objeto de este principio es proporcionar seguridad a los individuos en el sentido de que sólo podrán ser requeridos y eventualmente condenados por conductas que están debidamente tipificadas en el ordenamiento jurídico. La garantía del debido proceso en torno a este principio, se manifiesta claramente en la aplicación del principio de "nullum crimen, nulla poena sine previa lege" (artículo 39 Constitucional), el cual también obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que en materia penal especialmente, excluye no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley (sustancial o procesal); todo lo anterior en función de las garantías debidas al reo, sea en la medida en que no lo favorezcan" (Sentencia número 3903-94, de las quince horas cincuenta y un minutos del tres de agosto de mil novecientos noventa y cuatro). De este principio es que nace otro de gran importancia en el derecho penal, sea el de reserva legal en la definición de los tipos penales, es decir, que únicamente mediante ley formal aprobada por los procedimientos ordinarios es que pueden definirse y establecerse tanto las conductas delictivas como la sanción correspondiente. Con anterioridad, la Sala estableció los alcances del principio de reserva de ley, como sigue: "[...] a) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del poder legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y el régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente, su "contenido esencial"; y, c) En tercero, que ni aún en los Reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer [...]" (**Sentencia número 3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos**). En virtud de lo anterior, es que la definición de los tipos penales le corresponde al cuerpo legislativo, en*

tanto constituye una garantía frente al Poder Ejecutivo. De esta suerte, la determinación de las conductas que se sancionan -por estimarse delictivas- y las consecuencias jurídicas a las mismas (sanciones) depende de la orientación del legislador, como respuesta o medida de solución (teoría preventiva) ante la criminalidad de la sociedad, en atención a los bienes jurídicos que pueden verse afectados por las conductas consideradas lesivas a estos. Es así como la conducta humana sólo puede ser considerada un injusto punible si lesiona un bien jurídico, y haya sido determinada legalmente antes de que el hecho se haya cometido." (lo subrayado no es del original)."[…] El contralor de constitucionalidad se ha limitado dentro de las competencias asignadas, a controlar -como se dijo-, la razonabilidad y proporcionalidad de la política criminal, expresada por medio de la penalización de conductas específicas, para lo cual debe tomar en cuenta, al menos, los siguientes aspectos: -La relevancia del bien jurídico tutelado, -El respeto al principio de legalidad y tipicidad penal, -La razonabilidad y proporcionalidad de la pena con respecto al bien jurídico tutelado, -El respeto a los derechos fundamentales, […].

Debe brindarse especial relevancia a la parte final de la resolución, pues define claramente cuáles son los aspectos mínimos que se debe controlar de la política criminal, bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad:

- La relevancia del bien jurídico tutelado.
- El respeto a los principios de legalidad y tipicidad penal.
- La razonabilidad y la proporcionalidad de la pena con respecto al bien jurídico tutelado.
- El respeto a los derechos fundamentales.

RECUERDE

El principio de legalidad es básico en materia penal y define el límite de la libertad individual y el de la intervención estatal. Es una garantía para la ciudadanía en tanto exige la previa existencia de ley para sancionar un hecho, la prohibición de analogía, de retroactividad de la ley y de reserva legal.

1.3.4. Principio de tipicidad

La selección que realiza el Estado de conductas lesivas contra ciertas áreas fundamentales de la vida en sociedad debe reflejarse en una descripción legal que debe resultar clara y precisa, de manera que pueda resultar entendible y aprehensible para las personas.

El tipo penal es la descripción que, en la ley, se realiza de aquella conducta que, por acción, un hacer o por omisión, un dejar de hacer, posibilitaría la imposición de una sanción penal.

El principio de tipicidad es una derivación de la exigencia del principio de legalidad de ser una *lex certa*.

En su resolución 12662-2020 del 7 de julio de 2020, la Sala Constitucional indicó de interés lo siguiente:

> ***V.- Sobre los principios de tipicidad y legalidad penal.*** *La jurisprudencia de la Sala es amplia y reiterada en señalar el contenido del principio de tipicidad, y con él, del así llamado principio de legalidad penal, los cuales son una manifestación y derivación del principio de seguridad jurídica, en la medida que para el adecuado ejercicio de la actividad punitiva del Estado en resguardo de bienes jurídicos concretos, las conductas perseguibles deben estar claramente señaladas bajo enunciados precisos que eviten todo margen de interpretación subjetiva. Se trata de que la norma penal establezca de manera clara la conducta que se estima contraria al ordenamiento, y defina, también de manera clara y precisa, la consecuencia por la realización de esa conducta. La tipicidad así entendida, evita que existan los denominados «tipos penales abiertos», que son aquellos donde lejos de encontrar una precisa definición de la conducta, la misma queda liberada al arbitrio del intérprete y, más aún, de la sociedad; se trata de conceptos indeterminados y poco determinables, por lo que ante su existencia, se vulnera ciertamente el llamado principio de tipicidad, y consiguientemente la seguridad jurídica. De ahí que se exija del legislador, una definición pulcra, certera y concreta del «tipo penal», tanto para que la sociedad en general conozca e identifique la conducta regulada, como para que la persona juzgadora conozca los parámetros de su actuación en el ejercicio de la actividad penal. Bajo estas consideraciones, en sentencia número 2008-16098, señaló la Sala que: "Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica, contraria a derecho, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que deben abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, "será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres", ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido (...) La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. Ya en voto 1876-90 de las dieciséis horas de hoy, de esta Sala, se indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad.* La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una

norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria compresión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal" *(sentencia #1877-90 de las 16:02 horas del 19 de diciembre de 1990. Vid. en similar sentido los pronunciamientos #6660-93 de las 9:33 horas del 17 de diciembre de 1993 y #6962-94 de las 14:48 horas del 24 de noviembre de 1994) Además, en relación con las características de los tipos penales se indicó en la decisión #2950-94 de las 8:57 horas del 17 de junio de 1994 que: "[...] la tipicidad exige que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos que tienen una estructura básica conformada con sujeto activo y verbo activo. Se ha indicado también, que la norma puede hacer alusión a conceptos muy amplios o con una gran capacidad de absorción lo que puede presentar problemas de comprensión de la norma pero no roces con las exigencias de la tipicidad como garantía. Cuando una norma penal se redacta en términos ambiguos, es el juez y no el legislador quien al final de cuentas define la conducta penalmente reprimida. La traslación de esa competencia presenta varios y serios inconvenientes, bajo la óptica del Derecho de la Constitución. En primer término, si es el juez quien dice cuáles conductas están prohibidas y seguidas por una sanción, de ello se tendrá noticia con la emisión del acto jurisdiccional prototípico: la sentencia. Es decir, temporalmente habría una anteposición de la conducta a su categorización como penalmente sancionable con evidente contravención del principio de legalidad criminal y su postulado de lex previa. Asimismo, no tendrían los miembros de la comunidad la seguridad de cuáles son los comportamientos que les pueden acarrear responsabilidad penal, en detrimento del enunciado de lex certa. Por último, es característico de los regímenes democráticos el respeto escrupuloso del principio de reserva de ley en varias materias, entre las cuales destaca la penal, entendiendo que el órgano parlamentario, como destinatario inmediato de la potestad legislativa propia del pueblo, es el único legitimado para decretar las intromisiones más severas del poder público en la esfera individual. Es por ello que las penas, el régimen de los derechos fundamentales, los impuestos, entre otros ámbitos materiales, se confían al legislador, quien, por demás, no puede renunciar al mandato popular que se le ha conferido." -énfasis agregado- […] El principio de tipicidad penal, según lo señalado en el anterior considerando, evita aquellos ámbitos o márgenes ambiguos o ambivalentes de conductas poco claras e imprecisas. Esa tipicidad penal se logra, preferentemente, desde la propia configuración canónica de la norma, es decir, desde su redacción, en la cual se señala la conducta concreta que se define como ilícita, y también de manera concreta se define la consecuencia por la comisión de aquella conducta. Esa definición se obtiene partiendo de la utilización de conceptos o vocablos relativamente unívocos, que dan seguridad a la sociedad y al llamado «operador del derecho»* sobre la conducta y la consecuencia. No obstante, en ese proceso de búsqueda y utilización de la univocidad, debe tenerse presente que existen conceptos que desde el punto de vista canónico -normativo- pudiera entenderse como relativamente limitados en cuanto a su concreción, lo cierto es que su significado y contenido goza de una aceptación y

comprensión social innegable, por lo que sin mayor dificultad se logra su entendimiento por parte de la población meta -sociedad y «*operadores jurídicos*»- *y de ahí que se tenga esa noción clara de las conductas que se quiere calificar como ilícitas y lo que se quiere evitar*.

Sobre el particular, resulta ilustrativa y plenamente aplicable al caso, la reciente definición contenida en la sentencia 2020-10160, al señalar que: "[E]l estudio del uso de preceptos legales genéricos dentro de la estructura del tipo penal, su conformidad constitucional obedece, a que, dichas normas, que describen acciones que implican amplios escenarios de cobertura, de cierta forma, son claramente reconocidos y de compresión sencilla para el administrado; es decir, son normas que la sociedad reconoce, comprende y legitima, mediante la labor legislativa (principio de representación). Ante dichas normas, *la labor del juez se limita, a realizar el ejercicio de tipicidad del hecho acusado, partiendo del "encuadre" de la acción dentro del precepto genérico, cuando la conducta es ampliamente, y claramente reconocida por la sociedad, como una de las acepciones o especies del concepto genérico. En cambio, en el caso, de que se pretenda producir una norma que contemple un concepto normativo con un desproporcionado espectro de ambigüedad, y de nulo conocimiento y reconocimiento social, el legislador deberá de describir de forma total y por más compleja que esta sea, los supuestos de hecho que su concepto normativo pretende abarcar, porque es la única forma, en primera instancia, de no ceder su competencia al juzgador, acto éste, prohibido en el artículo 9 constitucional. La anterior garantía pretende evitar, que el administrado sea puesto en una condición de desventaja, que le hará vulnerable a ser perseguido por el despliegue de acciones que, en principio, nunca le fueron claramente advertidas como merecedoras de reproche penal, por parte del Estado, ya sea, porque no formaban parte de las conductas que el legislador pretendía prohibir o tutelar, o, porque no se relacionan con los bienes jurídicos a tutelar. Si el legislador falla en su obligación constitucional u omite la correcta construcción de los preceptos sancionatorios, de la forma en la que se indicó en el anterior párrafo, no puede el operador del derecho, por prohibición constitucional (artículo 9), solventar las falencias legislativas o variar de contenido la norma, ya que tal acción implicaría que no exista conexidad alguna, entre la resolución jurisdiccional y el espíritu del legislador." -el destacado no es del original- De tal manera, pueden existir preceptos que aún pudiendo ser genéricos, distan de configurar un tipo penal abierto o en blanco, por dos razones concretas. La primera, porque se trata de conceptos cuyo contenido resulta socialmente conocido y aceptado, pues es la experiencia la que señala ese contenido. La segunda, porque es en la aplicación jurisdiccional donde queda plenamente precisado el concepto, a partir de la determinación y valoración que del material probatorio realice la persona juzgadora.*

Con base en la anterior resolución, podemos entender en cuanto al principio de tipicidad lo siguiente:

- El principio de tipicidad exige que las normas penales establezcan de manera clara y precisa las conductas perseguibles y la consecuencia por la realización de esas conductas.
- La precisión y claridad tienen que ver con la formulación de los tipos penales. Al momento

de su formulación, debe evitarse la incorporación de términos muy amplios, ambiguos o generales, porque de ser así, al momento de realizar el ejercicio de subsunción de una conducta a la norma penal, el juez o la jueza termina definiendo cuáles son las conductas prohibidas.

RECUERDE

Tipo: es la descripción que la ley realiza de la conducta que, consistente en un hacer o no hacer (acción u omisión), conlleva una sanción penal.

Principio de tipicidad: derivación del principio de legalidad que exige al legislador la formulación de tipos penales de forma clara y precisa.

Tipicidad: cualidad de una conducta de cumplir objetiva y subjetivamente con lo establecido en un tipo penal.

1.3.5. Principio de irretroactividad de la ley penal

La ley penal no puede ser aplicada con efecto retroactivo sobre conductas que fueron realizadas de previo a la vigencia legal de la ley que las prohíba y, de la misma forma, no puede aplicarse la ley penal que deja de existir a conductas realizadas posteriormente a su derogatoria o extinción, lo que se conoce como prohibición de ultractividad de la ley penal.

Sin embargo, el principio de aplicación de la ley más favorable marca la excepción.

*Al respecto, **el artículo 9** in fine de la CADH y el **15.1** del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos disponen el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, en virtud del cual, si con posterioridad a la comisión del delito se promulga una ley que dispone una pena más leve, el imputado se beneficiará de ello. Concretamente, dichos ordinales convencionales refieren: "**Artículo 9.** Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello." (énfasis agregado) "**Artículo 15.1**. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello." (énfasis agregado) Bajo estas premisas, el tribunal consultante estima que el transitorio cuestionado deja sin efecto el principio de rango superior de la retroactividad de la ley penal más beneficiosa -establecido en los artículos recién citados- y, concomitantemente, contraviene el ordinal 29 de la CADH y el numeral 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (…)*

*IV.- Sobre el principio de retroactividad de la ley penal más favorable. En reiteradas oportunidades, esta Sala Constitucional se ha referido al principio de retroactividad de la ley penal más favorable y su fundamento normativo, tanto internacional como nacional. En este sentido, en la sentencia número 1999-4397 de las 16:06 horas del 8 de junio de 1999 se dispuso: "**II.- DEL PRINCIPIO LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL MÁS FAVORABLE**.- En cuanto al principio de la aplicación de la norma más favorable, es importante reiterar que es un elemento integrante del debido proceso, y que por lo tanto tiene rango constitucional, como lo ha señalado en forma reiterada este Tribunal Constitucional (entre otras, ver sentencia número 0821-98, de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho). Sin embargo, debe hacerse la aclaración de que este principio es de aplicación exclusiva a la ley sustantiva, y referido al imputado únicamente, según se regula en los tratados internacionales de derechos humanos, concretamente en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante ley número 4229, de once de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho), que dispone: "[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello", y en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobado mediante ley número 4534, de veintitrés de febrero de mil novecientos setenta): "[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella." Este principio es regulado también en la legislación nacional, según los lineamientos que establecen las transcritas normas internacionales, precisamente en el artículo 12 del Código Penal, el cual dice: "Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue." Debe agregarse que el principio de la norma penal más favorable se aplica únicamente cuando hay un conflicto de normas sustantivas, debiendo el juez -necesariamente- optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que se despenaliza la conducta: "Con relación a la vigencia temporal de la ley penal, debe decirse que en general, los hechos punibles se han de juzgar de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión. Ello constituye una consecuencia directa de la aplicación del principio de irretroactividad, que se encuentra establecido en el **artículo 34 de la Constitución Política** que obedece a su vez a los principios de legalidad y seguridad jurídica. No obstante, existe una excepción a ese principio, que es la retroactividad de la ley penal más favorable, la cual se desprende tanto del artículo 34 señalado, como del texto del numeral **12 del Código Penal** que indica: «Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta más favorable al reo, se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el Tribunal competente modificar la sentencia, de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley.» El fundamento lógico racional de esa aplicación retroactiva, radica en la no necesidad de pena. Se estima que el ordenamiento jurídico, que ha cambiado la valoración de la conducta, ya sea, valorándolo positivamente o valorándolo menos negativamente, ya no le interesa la aplicación de las consecuencias*

jurídicas que se preveían en los supuestos anteriores. El principio general de libertad, de intervención mínima y en general, la función preventiva del Derecho Penal obliga a considerar la no aplicación de una norma penal menos favorable en un momento posterior al de su vigencia. Tanto la irretroactividad de la norma penal menos favorable cuanto la retroactividad de la más favorable, obedecen al deseo de otorgar mayores espacios de libertad a los ciudadanos. En definitiva, considera esta Sala que la aplicación de la ley penal más favorable sí forma parte del debido proceso, por lo que ante un conflicto de normas, el juez debe necesariamente optar por la norma que prevea la sanción menos grave o si es del caso, por la que despenaliza la conducta. El Tribunal consultante deberá establecer si en el caso que se analiza se infringió o no el principio de aplicación de la ley penal más favorable" (sentencia número 0821-98, de las dieciséis horas cincuenta y un minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho).- En virtud de lo dicho, necesariamente debe concluirse que este principio constitucional (norma penal más favorable), no puede aplicarse en forma retroactiva en relación a las normas procesales.

Los principios de irretroactividad de la ley penal y de aplicación de la ley más favorable se encuentran relacionados de manera directa, pues uno es consecuencia del otro. La irretroactividad de la ley penal es regla, pero tiene una excepción: la norma puede tener efectos retroactivos siempre que resulte más beneficiosa para la persona imputada o sentenciada y sea de carácter sustantivo.

En la resolución anteriormente transcrita, la Sala Constitucional expuso de forma clara que la justificación del principio de aplicación de la norma penal más favorable, en aplicación de los artículos ahí señalados, tiene que ver con el criterio de la no necesidad de pena. Recuérdese que se trata únicamente de normas sustantivas. Sostiene que, si el ordenamiento jurídico ha variado, la valoración de la conducta y, con ello, de sus consecuencias, sucede porque ya no le interesa la aplicación de las consecuencias jurídicas que estaban previstas.

En estricta aplicación de los principios de libertad, mínima intervención y de la función preventiva del derecho penal, la norma y las consecuencias por las que el Estado ya no muestra interés no resultan válidamente aplicables frente a otra que, posteriormente, fue emitida por el mismo Estado y que resulta más beneficiosa.

RECUERDE

El principio de aplicación de la norma penal más favorable es de aplicación exclusiva para casos de normas sustantivas y en beneficio de la persona imputada o sentenciada y no para las normas de carácter procesal.

1.3.6. Prohibición de analogía

Este principio establece la prohibición de aplicar delitos o de imponer sanciones mediante el uso de la analogía. No es posible aplicar una disposición legal de carácter penal a una situación no contemplada por la norma penal mediante situaciones semejantes, pero distintas, pues evidentemente implica una afectación a la certeza y a la seguridad jurídica.

Este principio también contiene la excepción de que la analogía es válida en tanto sea favorable para la persona imputada o sentenciada.

Aquí es importante comprender lo siguiente:

> *Por supuesto que, para precisar los alcances del principio examinado, es indispensable aclarar tres conceptos distintos: la interpretación analógica, la interpretación extensiva y la analogía, cuya distinción no es tarea sencilla. La primera, es un recurso empleado por la ley para ijar el alcance de las normas desde el ángulo sistemático, en virtud del cual cuando se presentare un texto legal del significado dudoso se le otorga el mismo alcance atribuido a otra ley, pero cuyo contenido ha sido interpretado y esclarecido sobre todo si versan sobre idéntica material. […] La interpretación extensiva, en cambio, supone la existencia de una laguna aparente en la ley, pues el asunto en examen cabe dentro de la hipótesis abstracta prevista por el legislador, aunque el texto legal le da un significado más amplio del que en apariencia encierra. Por su parte, la analogía supone la existencia de una laguna real. Así, las cosas, en el derecho penal no están permitidas la analogía ni la interpretación extensiva, pero sí es lícita la llamada "interpretación analógica" que constituye un mecanismo de frecuente utilización.* (Velásquez, Derecho Penal, Parte General, 2009).

Es importante recordar que la interpretación como operación intelectual busca dar sentido a una expresión utilizada en una norma legal a efectos de establecer la posibilidad de ser aplicada a un supuesto en específico.

En el texto anterior, el autor realiza una diferencia que le puede dar claridad al tema.

- Interpretación analógica: Recurso empleado por ley para fijar el alcance de las normas, en el tanto de existir una duda sobre el significado o alcance de un término, se acude a otra ley que sí define el término o que lo ha interpretado.
- Interpretación extensiva: Es cuando una ley le otorga un carácter más amplio a un término que aquel que encerraba en apariencia.
- Analogía: Es la existencia de una laguna en la ley.

Podríamos entenderlo de forma distinta, considerando que la interpretación analógica es una forma de interpretación legal, mientras que la analogía es una forma de aplicación de la ley.

Lo importante aquí es señalar que existe una prohibición clara para la persona juzgadora de que, mediante analogía al hecho que se juzga, sea subsumido por un tipo penal que no lo describe, pero

que se asemeja. Es decir, no resulta viable que se aplique un tipo penal a un supuesto distinto al que está previsto en ese tipo penal.

RECUERDE

La aplicación de la ley penal mediante analogía es procedente en casos en los que se beneficie a la persona imputada o sentenciada.

1.3.7. Principio de razonabilidad

Parece que, en nuestro medio, los principios de razonabilidad y proporcionalidad se confunden. Sin embargo, este principio de razonabilidad es entendido como el parámetro o instrumento que se utiliza para mediar la constitucionalidad de actos o normas. Por lo tanto, es un mecanismo para la interpretación de conformidad constitucional.

En su resolución 4046-2001, la Sala Constitucional señaló respecto a este principio puntualmente lo siguiente:

> *VII.- Sobre el principio de razonabilidad. Todas las normas y los precedentes jurisprudenciales citados apuntan a la necesidad de que las distinciones que la Ley establezca en materia de derechos entre nacionales y extranjeros, para que no sean inválidas, deben ser necesariamente razonables. Sobre este tema la Sala hizo un amplio desarrollo del mismo en la sentencia número 8858-98, de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, en la cual indicó que: "[...] Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad – o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados [...]".*

La Sala Constitucional entiende aquí el principio de razonabilidad como el de proporcionalidad. No obstante, en otras oportunidades, lo ha diferenciado, estableciendo así una relación entre ambos sin considerarlos sinónimos.

Por otra parte, en su voto 6508-2011 del 27 de mayo de 2011, la misma Sala Constitucional lo ha denominado también de forma estricta como principio de razonabilidad, señalando al respecto en una cita extensa, pero necesaria, lo siguiente:

> *En sintonía con la doctrina más autorizada del Derecho Constitucional y con la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, la Sala Constitucional ha receptado, en su jurisprudencia, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, ha precisado el contenido necesario de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En reiteradas sentencias ha señalado, sobre el primero, que la ley no puede ni debe ser irracional, ya que el medio que se seleccione debe tener una relación real y sustancial con el objeto que se persigue. Desde esta perspectiva, la racionalidad técnica significa una proporcionalidad entre medios y fines; la racionalidad jurídica implica una adecuación a la Constitución en general y, en especial, a los derechos y libertades reconocidos y garantizados en ella y en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos debidamente vigentes en nuestro país y; por último, la razonabilidad sobre los efectos personales supone que no pueden imponerse a esos derechos otras limitaciones o cargas que razonablemente se deriven de su naturaleza, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la sociedad. En el voto n.° 5236-99 estableció los siguientes componentes de la razonabilidad: "[…] este Tribunal estima prudente hacer referencia a lo que se considera es la 'razonabilidad de la ley como parámetro de constitucionalidad'. Conviene recordar, en primer término, que la 'razonabilidad de la ley' nació como parte del 'debido proceso sustantivo' (substantive due process of law), garantía creada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal. En la concepción inicial 'debido proceso' se dirigió al enjuiciamiento procesal del acto legislativo y su efecto sobre los derechos sustantivos. Al finalizar el siglo XIX, sin embargo, superó aquella concepción procesal que le había dado origen y se elevó a un recurso axiológico que limita el accionar del órgano legislativo. A partir de entonces podemos hablar del debido proceso como una garantía genérica de la libertad, es decir, como una garantía sustantiva. La superación del 'debido proceso' como garantía procesal obedece, básicamente, a que también la ley que se ha ajustado al procedimiento establecido y es válida y eficaz, puede lesionar el Derecho de la Constitución. Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada 'razonabilidad técnica' dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de 'razonabilidad técnica' hay que analizar la 'razonabilidad jurídica'. Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado*

antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin : en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable (en similar sentido pueden consultarse las sentencias números 1738-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos y 08858-98 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho). La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la 'razonabilidad ' al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ideas que desarrolla afirmando que '[...] La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea 'exigible' al individuo […]"(sentencia de esta Sala número 3933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho). En el sentido del criterio anteriormente expuesto, esta Sala ha venido aplicando la institución en su jurisprudencia. Veamos, ahora, el análisis del caso concreto. Sobre la prueba de 'razonabilidad': Para emprender un examen de razonabilidad de una norma, el Tribunal Constitucional requiere que la parte aporte prueba o al menos elementos de juicio en los que sustente su argumentación e igual carga procesal le corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptables los alegatos de inconstitucionalidad. Lo anterior, debido a que no es posible hacer un análisis de 'razonabilidad' sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada".

Entonces, en este fallo, debe rescatarse una diferenciación y, a su vez, una relación entre los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, de la siguiente forma:

- Racionalidad técnica: proporcionalidad entre medios y fines.
- Racionalidad jurídica: adecuación a la Constitución Política en general y a los derechos y libertadas reconocidos.

- Razonabilidad: no pueden imponerse a estos derechos otras limitaciones o cargas que razonablemente se deriven de su naturaleza, no mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la sociedad.

Para apreciar claramente la diferencia entre ambos, a partir del desarrollo de los contenidos del principio de proporcionalidad, sobre el cual se presentan los siguientes aspectos.

1.3.8. Principio de proporcionalidad

Tal y como se vio y como el mismo Velásquez lo refiere, a este principio se le ha llamado de muy diversas formas, lo que, sin duda alguna, llama a confusión. Así se ha entendido este como principio de racionalidad, principio de razonabilidad, principio de proporcionalidad de medios, principio de proporcionalidad de sacrificio, principio de proporcionalidad de la injerencia o, simplemente, principio de proporcionalidad[2].

Si bien es cierto, muchas veces encontramos los principios limitadores del derecho penal como principios regulados constitucionalmente; es decir, como derechos fundamentales, lo cierto es que hay otro grupo de principios relacionados directamente con la limitación de la creación y la aplicación del *ius puniendi* que no están descritos expresamente, sino que deben ser derivados de la interpretación de variadas normas constitucionales.

Pese a lo anterior, no cabe duda de que las garantías constitucionales en el derecho penal buscan limitar y controlar el uso de esa herramienta legal, la más fuerte y violenta con que cuenta un Estado para controlar y actuar sobre las conductas de las personas, llevando ese ejercicio a un uso razonable y también “proporcionado”.

Así, en este sentido, se ha indicado:

> *Nos encontramos ante un principio que opera tanto en el momento de creación del Derecho por los legisladores como en el de su aplicación por los Jueces o Tribunales e incluso en el momento de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria. En este sentido se afirma que la prohibición de exceso puede tener relevancia de tres formas distintas en orden a la penalización: en primer lugar, una determinada figura delictiva, como tal, o su extensión, puede infringir la prohibición de exceso; en segundo lugar, el marco penal abstracto no está en armonía con la materia de injusto delimitada en el tipo legal, y, por último, la prohibición de exceso puede infringirse a través de la sentencia que dictan los Jueces o Tribunales. En el ámbito del Derecho penal se destaca la funcionalidad de este principio en la tipicidad, antijuricidad y en el establecimiento del enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica. En primer lugar, la prohibición de exceso actuaría como límite a la criminalización de conductas que el legislador lleva a cabo a través de la creación de tipos penales […]. En segundo lugar, una vez afirmada la tipicidad de un comportamiento, en el ámbito de la antijuricidad hay que comprobar la ausencia de causas de justificación, campo en el que juega un*

2 Velásquez (2009), p. 74.

> *papel fundamental los principios de necesidad y proporcionalidad como criterios de ponderación de intereses, sin que quepa olvidar el principio de idoneidad. El principio de necesidad interviene en todas las causas de justificación pudiéndose observar en especial en la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un cargo público, y significa que la justificación de una determinada acción en sí misma antijurídica implica que es apta para proteger y además que, en el caso de que existan varias posibilidades de salvación, ha de ser el medio menos lesivo. […] Por lo que respecta al principio de proporcionalidad en sentido estricto, es en el estado de necesidad justificante donde este principio, entendido como principio de ponderación de intereses en conflicto ha desarrollado un papel fundamental. No obstante, también rige en otras causas de justificación, como en los supuestos de cumplimiento de un deber derivado de un cargo público. […] En último lugar, hay que acudir al principio de proporcionalidad en sentido amplio para entender el enlace material entre el delito y la consecuencia jurídica. Al poseer rango constitucional, en el Derecho penal no puede exigirse su respeto exclusivamente en el ámbito de las penas, sanción tradicional en Derecho penal […], sino también en el ámbito del resto de las consecuencias jurídico-penales que se pueden derivar de la comisión de un delito: las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias.* (Aguado, 2012).

El principio de proporcionalidad en sentido amplio se subdivide en tres subprincipios ampliamente conocidos: subprincipio de idoneidad, subprincipio de necesidad y subprincipio de prohibición de exceso (que se conoce como proporcionalidad en sentido estricto).

1.3.8.1. Subprincipio de idoneidad

También es denominado como principio de eficacia. Para este principio, el derecho penal únicamente debe intervenir cuando resulte idóneo (eficaz) para prevenir el delito, de manera tal que no debe utilizarse en aquellos casos en que su ineficacia se demuestre.

El fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, para ello acude a las sanciones penales, tanto para que actúen preventivamente ante la sociedad (prevención general) como en la persona (prevención especial). Se considera que, si la sanción o pena no resulta apta para la protección de bienes jurídicos, no se evita de esta forma el desarrollo de conductas que lo lesionen o pongan en peligro. Por ello, el derecho penal no puede hacer uso de sanciones o penas que resulten contrarias a estas finalidades o que sean innecesarias o ineficaces para alcanzarlas; es decir, por no ser útiles para el cumplimiento de la prevención. La ineficacia de la sanción penal puede provenir de una escaza aplicación, como de un exceso en la aplicación de esta.

1.3.8.2. Subprincipio de necesidad

El principio de necesidad implica que la medida penal debe ser utilizada únicamente frente a aquellos supuestos en que resulte necesaria, cuando otros medios han fracasado en alcanzar la finalidad propuesta, y el derecho penal se asoma como el único medio que puede hacer cumplir esa necesidad de regulación.

1.3.8.3. Subprincipio de prohibición de exceso (proporcionalidad en sentido estricto)

Junto a la idoneidad y necesidad, otro requisito indispensable para sancionar un comportamiento determinado es que debe existir una adecuada relación entre el hecho que se sanciona y la medida con que ello se hace; es decir, una relación entre delito y sanción, convirtiendo a la sanción penal en un producto que debe cumplir con tres requisitos: debe ser idónea, necesaria y no excesiva (o proporcionada). La gravedad de la sanción debe corresponder proporcionalmente a la gravedad del hecho que no implica otra cosa más que la relación proporcional que debe existir entre la pena a imponer con miras en el injusto penal cometido, más el reproche de culpabilidad por la realización de ese injusto penal.

Se habla de una concepción abstracta del principio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual es dirigido al legislador al momento de crear disposiciones penales y conminar ese comportamiento con una sanción. Es proporcionalidad entre delito y pena.

Por su parte, la concepción concreta del principio de proporcionalidad en sentido estricto es la que va dirigida a la persona juzgadora para que, al momento de imposición de la sanción penal, la haga tomando como referencia el injusto penal cometido y el reproche de culpabilidad en el caso concreto. Esto no implica otra cosa más que controlar el ejercicio judicial de entre varias sanciones viables o entre los límites inferior y máximo de una sanción específica, aquella que resulte proporcional a los presupuestos que deben analizarse de manera obligatoria.

RECUERDE

Idoneidad: el Estado solo debe intervenir mediante el derecho penal cuando resulte idóneo y eficaz para lograr los fines de este.

Necesidad: la medida penal debe utilizarse únicamente frente a aquellos supuestos en que resulte necesario y no exista otra medida para cumplir con lo propuesto.

Prohibición de exceso: la sanción debe corresponder con el hecho.

En su voto 2007-18486 del 19 de diciembre de 2007 , al conceptualizar los principios de razonabilidad, proporcionalidad y tipicidad en materia penal indicó lo siguiente:

> ***III.- Sobre los principios de razonabilidad, proporcionalidad y tipicidad en materia penal.*** *Esta Sala ha reconocido en anteriores oportunidades que el principio de razonabilidad surge del llamado "debido proceso substantivo", que significa que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca, de modo que cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad, lo cual sin duda también resulta de plena aplicación en materia penal. Así, ha reconocido la Sala* ***que un acto limitativo de derechos es razonable*** *cuando cumple con una* ***triple***

***condición**: debe ser necesario, idóneo y proporcional**. La necesidad de una medida** hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. **La idoneidad**, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción que será adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, **la proporcionalidad** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados. Aunado a lo indicado, y haciendo referencia específica a la materia penal, el artículo 39 de la Constitución Política consagra entre otros, el principio de legalidad, que en materia penal significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía se relaciona directamente con la tipicidad, que son presupuestos esenciales para tener como legítima la actividad represiva del Estado, requiriendo que las conductas penalmente relevantes sean individualizadas como prohibidas por una norma o tipo penal. De lo anterior, se deduce que en cuanto a delitos y penas se refiere, en nuestro marco constitucional existe reserva de ley, por lo que en esta materia sólo está permitida la actuación de los poderes del Estado a través de leyes formales. Ahora bien, también en la definición de las conductas punibles, en abstracto, el legislador debe realizar una valoración de proporcionalidad entre el hecho y los montos mínimos y máximos de las penas, de manera que la gravedad de los hechos debe reflejarse en la magnitud de la sanción que se prevé. Por supuesto, la individualización de la pena que se produce ya en sede jurisdiccional y no legislativa, atiende a una serie de factores tanto subjetivos como objetivos que deben estimarse, que son de resorte exclusivo del juez quien entre un mínimo y un máximo de sanción otorgado por la ley, debe imponer la sanción que mejor se ajuste a las circunstancias particulares del hecho. Es por lo anterior que cualquier tipificación de una conducta, así como la pena que se pretenda imponer debe responder no sólo a la existencia de una norma legal, sino también a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad según el bien jurídico que se pretende tutelar.*

1.3.9. Principio de protección exclusiva de bienes jurídicos

Los bienes jurídicos deben resultar de la consideración de las personas legisladoras, de legitimar aquellos ámbitos realmente importantes para el desarrollo de las personas en sociedad. Como

bienes jurídicos, se tutelan penalmente aquellos cuya lesión o puesta en peligro afecten esos ámbitos esenciales de convivencia. De esta forma, el derecho penal únicamente debe intervenir para la protección exclusiva de bienes jurídicos, mediante la prohibición y sanción de aquellas conductas que lo lesionen o pongan en peligro *(nullum crimen sine injuria* que se traduce en el principio de ofensividad*)*.

La protección mediante el derecho penal de infracciones morales o éticas resulta improcedente ante la aplicación de este principio, como también resultarían inviables aquellas no lesivas ni peligrosas para la protección de los bienes jurídicos.

Conforme a lo anterior, bien jurídico no es lo mismo que bien jurídico penalmente tutelado, el cual, bajo criterios de importancia, relevancia y razonabilidad, resulta esencial, y su lesión o peligro afecta de manera importante esa esencialidad.

RECUERDE

Bien jurídico penalmente tutelado es aquel bien jurídico que, en razón de la importancia, relevancia y razonabilidad, resulta esencial, y su lesión afecta de manera importante esa esencialidad.

Es importante hacer ver que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos vincula no solo a las personas legisladoras en el momento de producción de leyes penales, sino también lo hace ante las juezas y los jueces, quienes deben interpretar y aplicar esa ley.

Cuando el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos actúa frente a quienes legislan como mandato político-criminal de que únicamente pueden crear leyes penales destinadas a proteger los bienes jurídico-penales ante lesiones o peligros, se considera entonces que este principio funciona como garantía de la ciudadanía frente al Poder Legislativo estatal limitándolo en los procesos de creación de las leyes penales.

Por otra parte, cuando el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos actúa frente a los jueces y las juezas por su labor al interpretar, aplicar la ley y sancionar, impone que el comportamiento que se está juzgando debe efectivamente haber lesionado o puesto en peligro un bien jurídico. Por tanto, es una labor de comprobación al momento de subsumir la conducta de la persona imputada ante la descripción legal, por lo que se considera que, en el caso de conductas que no resulten subsumibles en el tipo penal por no consistir en una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, resultará atípica (*función de interpretación del bien jurídico o función dogmática)*. Este principio de protección exclusiva de bienes jurídicos debe analizarse junto al de lesividad.

1.3.10. Principio de lesividad

Las penas únicamente pueden aplicarse a aquellos comportamientos que afecten bienes jurídicos, ya sea mediante lesión o peligro.

La Sala Constitucional ha emitido criterios claros y precisos respecto a este principio, como en su resolución 218-2006 del 18 de enero de 2006:

III.- Sobre el principio de ofensividad o lesividad como límite del poder punitivo del Estado. Importancia del bien jurídico.

El principio de ofensividad o lesividad exige que no haya delito sin puesta en peligro de un bien jurídico ("nullum crimen sine injuria"). La protección de bienes jurídicos se reputa en las sociedades democráticas como la justificación de las prohibiciones penales, constituyéndose esta finalidad en un verdadero límite al poder punitivo estatal. Dicho principio deriva de lo dispuesto en los artículos 1, 20, 28 y 39 de la Constitución Política, los cuales, por su orden establecen:

Artículo 1.-"Costa Rica es una República democrática, libre e independiente."

Artículo 20.-"Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava."

Artículo 28.- "Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas."

Artículo 39.-"A nadie se le 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 […]".

Bajo este marco normativo, es claro que una teoría del delito acorde con la Constitución, sólo puede partir del interés de la protección del bien jurídico; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de la protección de un bien. Para poder configurar una conducta como delito, no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad. Ciertamente, la decisión de cuáles bienes jurídicos han de ser tutelados por el derecho penal, es una decisión de carácter político criminal; no obstante, dentro de un sistema democrático como el que consagra la Constitución, en donde se pretende realizar el ideal de una sociedad libre e igualitaria, las intromisiones en el ámbito de libertad de las personas, han de ser las estrictamente necesarias para hacer efectivas las libertades y derechos de los demás ciudadanos, y sobre todo, han de atender al principio de proporcionalidad. Lo anterior por cuanto, la existencia del derecho penal implica a su vez la existencia de la estructura carcelaria, que apareja la más grave restricción a la libertad humana; libertad, que el Estado paradójicamente, debe garantizar y proteger. El legislador debe seleccionar de entre todas las posibles conductas antijurídicas solamente algunas, aquellas que afectan en forma importante bienes jurídicos de trascendencia para la convivencia social y en las que no exista otro medio de solución más efectivo y menos lesivo de los derechos fundamentales de las personas. Sólo en la protección de

bienes jurídicos esenciales para la convivencia puede encontrar justificación la intervención punitiva del Estado siempre dentro de los límites que los principios de proporcionalidad y razonabilidad imponen. Al respecto, ha señalado este Tribunal: ***"Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección.*** *Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el "para qué" del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición. IV. La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1 constitucional, que reza: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente"; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho. V. El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto.*

*Mediante la **sentencia número 0525 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres**, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: "Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" -Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero". Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional." (**Sentencia 1996-06410 de las quince horas doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis y 1996-07034 de las nueve horas treinta y nueve minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis**). De manera que, atendiendo al principio de lesividad, la afectación (peligro o lesión) de un bien jurídico debe ser condición necesaria –aunque no suficiente- para justificar su prohibición o castigo como delito. […].*

De esta resolución podemos entender lo siguiente:

- El principio de lesividad u ofensividad exige para la existencia de delito, que haya peligro para un bien jurídico. Para configurar una conducta como delito, es necesario que ese comportamiento resulte lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad, denominados, bienes jurídicos.
- Los bienes jurídicos penalmente tutelados, son relaciones concretas y fundamentales para la vida en sociedad.
- El bien jurídico también cumple una función de garantía, ya que se constituye como un límite claro al ejercicio del poder, en el tanto impide la producción de tipos penales sin bien jurídico
- El bien jurídico es el "para qué" del tipo penal, y se convierte así en una herramienta para la interpretación de la norma penal.
- El principio de lesividad deriva de los artículos 1, 20, 28 y 39 de la Constitución Política.

RECUERDE

De conformidad con la Sala Constitucional, el principio de lesividad se deriva de la Constitución Política, al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" -art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero".

1.3.11. Principio de mínima intervención del derecho penal

El derecho penal es una herramienta que, en principio, debe mostrarse como racional para la solución de los conflictos que surgen en una sociedad apegada al imperio de la Constitución y la ley. Por ello, la reacción estatal ante ciertos conflictos que materializa en la imposición de una sanción que limita derechos fundamentales de la persona debe ser la última en ser utilizada, el último mecanismo de reacción social. Este principio resulta ser una derivación del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, en tanto, el derecho penal solo debe actuar frente a los ataques más graves, lesivos y peligrosos que se realicen en contra de los bienes jurídicos más relevantes e importantes en una sociedad determinada.

El derecho penal únicamente debe actuar frente a ataques importantes y graves a los bienes jurídicos más importantes de una sociedad,

En cuanto al principio de intervención mínima, en la resolución 2008-16969, la Sala Constitucional ha establecido lo siguiente:

VII.- Principios de intervención mínima y subsidiariedad del derecho penal. […]

Sobre el particular debe decirse que en nuestro ordenamiento jurídico, es el artículo 28 de la Constitución Política el que establece la pauta que debe seguir el legislador en su labor de creación de los tipos penales. De dicha norma se desprende que pueden limitarse aquellas conductas que pongan en peligro o afecten los derechos de terceros, la moral o el orden público. Si bien es cierto, lo deseable en una sociedad democrática, respetuosa de los derechos fundamentales, es que la utilización del derecho penal sea la mínima e indispensable y que los bienes jurídicos sean protegidos y respetados tanto por personas públicas como privadas; la decisión de qué conductas prohibir y qué sanciones imponer, como se señaló, corresponde al legislador en el ejercicio de su competencia y no a la Sala Constitucional. No es per se irrazonable que se utilice el derecho penal para proteger el honor de las personas, incluyendo el de los

funcionarios públicos o quienes realicen funciones públicas. Las sanciones que contemplan esos tipos penales tampoco resultan desproporcionadas, siendo que en todo caso es el juez el llamado a individualizar la pena en cada caso concreto.

1.3.11.1. Principio de fragmentariedad

En aplicación de este principio, el derecho penal debe proteger los bienes jurídicos de ataques realmente importantes o severos, de forma tal que el derecho penal no debe sancionar penalmente todas las conductas que lesionen bienes jurídicos protegidos, sino las que resulten más severas, graves, lesivas o peligrosas.

Por su importancia, se ha sostenido lo siguiente:

> *El principio de fragmentariedad implica, que el Derecho penal sólo debe sancionar aquellos ataques que resulten más graves o peligrosos. En relación con el desvalor del resultado, ello implica la necesidad de distinguir entre los diversos grados de afectación al bien jurídico penal: lesión, puesta en peligro concreto y peligro abstracto. El legislador deberá tipificar preferentemente aquellos comportamientos que lesionen el bien jurídico-penal, y dentro de éstos solamente aquellos que conlleven un ataque grave del mismo. […] Cuando no sea suficiente para la protección del bien jurídico penal la prohibición de comportamientos lesivos, el legislador deberá prohibir los comportamientos que conlleven la puesta en peligro concreto del bien jurídico penal en cuestión. La técnica de delitos de peligro concreto se debe reservar para la protección de bienes jurídicos penales de especial relevancia, como puede ser la vida, la integridad física, medio ambiente, … Por una parte, la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de fragmentariedad ha sido cuestionada por algunos autores afirmándose que la utilización de la técnica de peligro abstracto, propia de protección de bienes jurídicos colectivos, atenta contra el principio de fragmentariedad. Desde nuestro punto de vista, cuando la importancia del bien jurídico penal así lo como la peligrosidad de la acción y la ineficacia de las restantes técnicas de tutela lo requieran, el legislador podrá acudir a la técnica del peligro abstracto. Este es uno de los supuestos en los que la tensión entre el principio de fragmentariedad y el principio de eficacia se inclinan a favor de este último. Desde nuestro punto de vista, o la prohibición de comportamientos abstractamente peligrosos estaría en contradicción con el principio de fragmentariedad cuando se trate de comportamientos sólo excepcionalmente peligrosos para bienes jurídico penales importantes y cuando el comportamiento amenazado con pena no aparezca suficientemente peligroso.* (Aguado, 2012).

1.3.11.2. Principio de subsidiariedad (derecho penal como *ultima ratio*)

El derecho penal no es el único mecanismo con el que cuenta un Estado para la protección de bienes jurídicos, pues también puede acudir al derecho administrativo sancionador. El derecho

penal únicamente debe ser utilizado en última instancia, cuando no existan medios menos lesivos para proteger los bienes jurídicos, o bien, cuando los otros medios de tutela de bienes jurídicos han fracasado.

Por ello, también resulta ser un llamado que se realiza al Estado para que acuda a otras medidas menos lesivas al derecho penal, con el fin de proteger bienes jurídicos que podrían resultar más eficaces.

En este mismo sentido, cuando el legislador plantea las sanciones penales con las que castigará una determinada conducta que lesiona o coloca en peligro de forma severa bienes jurídicos esenciales, debe acudir a aquellas sanciones que resulten viables sin utilizar necesariamente las sanciones penales, como lo son las reparaciones civiles por daños y perjuicios, multas administrativas, etc.

Respecto a este tema, la Sala Constitucional señaló lo siguiente en su voto 16969-2008:

> *El principio de intervención mínima debe entenderse como un límite impuesto por el Estado al Derecho Penal, ya que la utilización de este derecho sólo es válida en casos de conductas graves o ataques a los bienes jurídicos indispensables para una convivencia pacífica. Se trata de una limitación genérica del ius puniendi, caracterizada por la subsidiariedad y la intervención mínima, que consiste en recurrir al Derecho Penal como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos resulten insuficientes. Igualmente, sólo cuando los otros controles fracasen o no sean suficientes para la protección de los bienes jurídicos importantes, es válida la utilización del Derecho Penal en una sociedad democrática. Sin lugar a dudas, el criterio orientador más importante que justifica la intervención del Estado por medio de leyes penales es el bien jurídico tutelado. La posibilidad de que con determinadas conductas se atente contra o se lesionen ciertos bienes jurídicos, es la única justificación válida en el Estado de Derecho para intervenir penalmente. De ahí que lo primero que deba preguntarse es si el bien jurídico tutelado exige protección por medio de las leyes penales.*

1.3.12. Principio de culpabilidad

Se sustenta en la concepción de la persona como libre, responsable y capaz de motivarse por la ley y, únicamente, ante actuaciones realizadas bajo las consideraciones anteriores, puede ser objeto del reproche que se realiza en razón de su responsabilidad en el hecho.

Hay que realizar una distinción importante. La culpabilidad es un principio rector del derecho penal, pero también es un elemento de la teoría del delito. Por eso hay que diferenciar cuando se hace alusión a la culpabilidad como principio y garantía básica en un Estado democrático, de la culpabilidad como categoría de la teoría del delito.

Bacigalupo considera que este principio se deriva de otros principios constitucionales, como son:

> *[…] el principio del estado de derecho, el principio de dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad, el principio de legalidad, el principio de libertad, y el de proporcionalidad que prohíbe la imposición de penas crueles o inhumanas.* (Bacigalupo, 1999).

El principio de culpabilidad es un límite para el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, en tanto impide la aplicación de una sanción sin una necesaria demostración de la responsabilidad penal de la persona por el hecho cometido, por un hecho propio y no de un tercero y respondiendo siempre por ese hecho cometido y no por su forma de ser.

Es así que el principio de culpabilidad se expresa como no hay pena sin culpabilidad", ya que únicamente puede hacerse responsable penalmente a una persona por aquellos actos que realiza y de ahí que la sanción deba tener connotación personal o individual para que alcance únicamente al autor y no a terceras personas, es decir, que no vaya más allá.

Ahora bien, únicamente con la intención de diferenciar aquí la culpabilidad como principio, de la culpabilidad como elemento estructural del delito, recordemos lo que la Sala Tercera indicó en su voto 2008-2124, respecto de la culpabilidad normativa como elemento de la teoría del delito:

> *De igual manera, solo que más recientemente, esta Sala Tercera, reiteró la posición de utilizar los antecedentes penal como parte del inciso e) del artículo 71 del Código Penal, en la sentencia 2006-01266, de las nueve horas cinco minutos, del quince de diciembre de dos mil seis, al hacer referencia al voto 2000-01550, de las ocho horas con cincuenta y cuatro minutos, del dieciocho de febrero de dos mil, tomado de la jurisprudencia constitucional, cuando interpretó que: "[…] se pueden tomar en cuenta los antecedentes del acusado como parámetros válidos para fijar la pena dentro de los límites de la norma y ello no es violatorio del debido proceso, por cuanto, cuando el juzgador analiza las condenatorias anteriores de un acusado, no trae nuevamente al proceso las causas fenecidas, ni lo vuelve a juzgar por ellas, sino que autorizado por la ley le otorga específicos efectos jurídicos -en relación con la conducta del encausado-[…]", posición que además debe estudiarse desde el voto 2011-00595, de las doce horas veinticuatro minutos, del veinte de mayo del dos mil once, en el que se insistió en la aplicación de la teoría normativa de la culpabilidad en nuestro ordenamiento y dentro de esa perspectiva, la posibilidad de considerar las condiciones personales del sujeto activo como parte de la capacidad de culpabilidad del agente de conducirse de forma libre y voluntaria, cuando se estipuló que: "[…] La culpabilidad no sólo es un elemento más de la teoría del delito, sino que funciona como garantía al ciudadano de una respuesta proporcional al juicio de reproche que corresponda hacer por la acción realizada. Culpabilidad, siguiendo la teoría normativa, que es la que más se ajusta a una visión racionalizadora del derecho penal, significa reprochabilidad, es decir, que la acción que es típica y antijurídica pueda serle atribuida al sujeto como una conducta libre y voluntaria y por ello, pueda serle reprochada mediante la imposición de la pena prevista para el delito de que se trate. Se parte, para emitir el juicio de culpabilidad, del reconocimiento de una base de libertad en el sujeto para decidir, identificable al menos, como señala Carbonell Matéu, con su capacidad para recibir los mensajes normativos y adaptar su conducta a los mismos. "[…] La afirmación de que un sujeto que pudo y debió motivarse por la norma no lo hizo, siendo así que cometió una*

*conducta delictiva, equivale a decir que el sujeto pudo y debió llevar a cabo una conducta distinta de la que efectivamente actuó; es decir que el sujeto era libre de decidir si llevaba a cabo o no esa conducta, la adecuada a la norma. Pues bien, la denominada concepción normativa de la culpabilidad hace descansar en esa libertad del sujeto para decidir actuar de un modo u otro; siendo así que actuó en contra del Derecho puede resumirse la pretensión de la concepción normativa de la culpabilidad en que el sujeto pudo y debió actuar conforme a Derecho. No parece adecuado a un Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho castigar a quien no se motivó aunque no pudiera haberlo hecho; esto es, a quien no tuvo la capacidad de optar entre llevar a cabo la conducta adecuada a la norma, motivándose por ella, o a la contraria, no motivándose. En cualquier caso estamos frente a un sujeto que pudo y debió actuar de manera distinta. Que pudo, esto es que tuvo la posibilidad física. Y que debió, esto es que el ordenamiento le exigía haber llevado a cabo esa otra conducta. Las expresiones 'pudo' y 'debió' nos conducen a la existencia de la infracción a un deber, del deber de obligación al que nos hemos referido con anterioridad […]" (**CARBONELL MATEU**, Juan Carlos. Derecho penal: concepto y principios constitucionales., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996 p. 212). Surgen varios presupuestos que hacen de la culpabilidad una exigencia ineludible en un sistema respetuoso de los derechos fundamentales: **i)** se es culpable si se tiene la capacidad de comprender –en general- el carácter ilícito o no de las conductas; **ii)** se es culpable además si teniendo esa capacidad, se puede obrar conforme a ese conocimiento, escogiendo libremente el comportamiento que se adecue o que no lesione la norma; **iii)** si se escoge libremente la conducta transgresora, la sanción que el tipo penal establece, deberá ser individualizada como reproche en el caso concreto, considerando las especiales condiciones de la persona a sancionar y delimitando la pena según el reproche que se le pueda hacer. En esta operación cobran relevancia los fines de la sanción definidos por el legislador, que deben ser considerados para el desarrollo de la individualización de la pena que también es una garantía que parte, indeclinablemente, del respeto al principio de legalidad, de modo tal, que al fijarla no puede obviarse aquélla que el legislador ha definido para la conducta de que se trate, porque en el estado actual de nuestro sistema el juez no puede desvincularse del dato legislativo, ni puede seleccionar o variar la sanción según su mejor criterio, de manera que la dimensión del juicio de reproche, anticipado por el legislador en los extremos mínimo y máximo de la pena establecida, debe realizarse dentro de esos márgenes y ateniéndose a los lineamientos del numeral 71 del Código Penal. La culpabilidad normativa, obliga al juzgador a apreciar las circunstancias que rodean al agente al momento del hecho, para establecer si el ordenamiento jurídico podía -bajo las circunstancias concretas- requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho, y así cuanto más exigible más reprochable y por el contrario cuanto menos exigible menos reprochable. La culpabilidad no es sino el reproche por actuar con conciencia clara de la ilicitud del hecho que se realiza, junto al incumplimiento con el derecho y con la sociedad -sin riesgo físico y sin presión psíquica insuperables- en circunstancias idóneas para actuar correctamente. Se trata de una opción*

realizada consciente, donde el sujeto se inclina por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho. Ahora bien, así como se dijo que a más exigibilidad mayor severidad del reproche, así cuanta mayor reprochabilidad mayor pena. La individualización de la pena adecuar la sanción al nivel de reproche que corresponda hacer al individuo responsable- implica realizar un esfuerzo de concreción y de análisis de las características de esa persona, que ayudan a imponer la pena justa y proporcionada a su culpabilidad. […] (Ver en igual sentido, votos 0314-2010, de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del treinta de abril de dos mil diez de la Sala Tercera y 2007-550 de la Sala Constitucional, entre muchos otros en similar sentido).

1.3.12.1. Principio de derecho penal de acto

Como derivado de los principios de dignidad humana, igualdad y culpabilidad, el derecho penal establece la acción humana como elemento central para su aplicación; es decir, solo será aplicable frente a comportamientos materializados en una acción, entendiendo claro está que, dentro de un concepto amplio de acción, se contienen aquellas conductas omisivas, pero que evidentemente obedecen también a una conducta o comportamiento.

De esta forma, lo que debe ser valorado por el derecho penal no es la persona autora en sí misma, sino sus acciones. El derecho penal reacciona ante los actos de quienes los realizan. Se castigan las acciones mediante las cuales se hace o se deja de hacer algo, no las formas de ser de la persona. Por ello, un derecho penal que pretenda desvalorar una persona por lo que es se convierte en un derecho penal ajeno al respeto por la dignidad humana. Esto sería un derecho penal de autor.

El derecho penal de autor sustituye el principio de acción como criterio selectivo de conductas que van a ser tipificadas, por el criterio de peligrosidad que selecciona formas de ser.

1.3.12.2. Principio de responsabilidad subjetiva

De conformidad con este principio, la persona será responsable únicamente de sus actos, no de aquellos que provengan de terceras personas, pues se trata de un criterio de responsabilidad subjetiva, mediante el cual se es responsable de las acciones que, con dolo o culpa, se realizan excluyendo así cualquier forma de responsabilidad objetiva.

Este principio ha sido utilizado por la Sala Constitucional para rechazar la posibilidad de admitir la responsabilidad objetiva en la aplicación del derecho penal, tal y como lo hizo en la resolución 500-1990, en la que señaló:

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 invigilando

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.*

RECUERDE

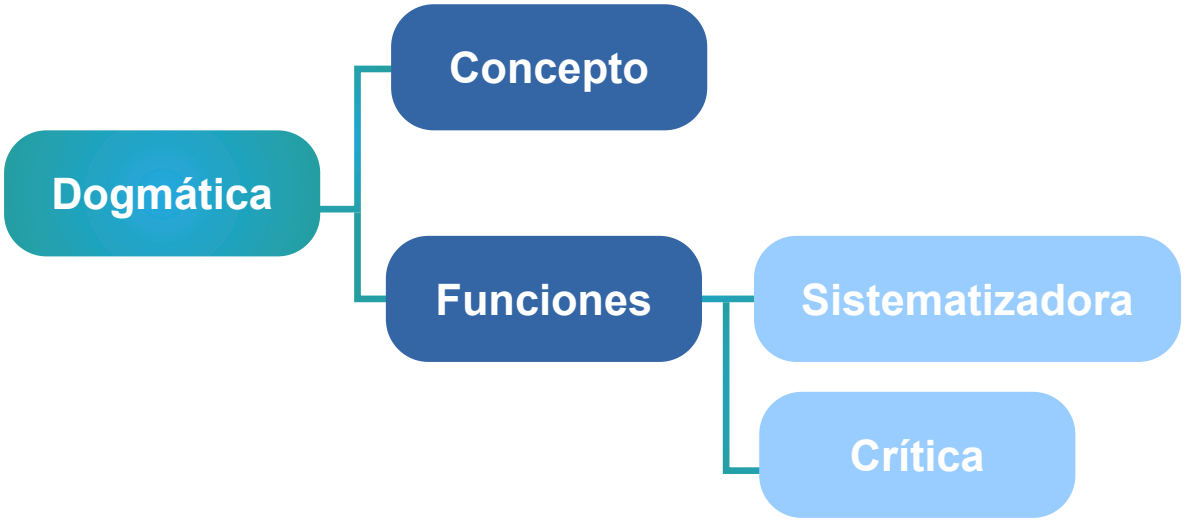
El principio de culpabilidad es un límite para el derecho penal en tanto únicamente se puede hacer responsable penalmente a una persona por hechos que ella ha realizado con dolo o culpa, sin que resulte válido trasladar responsabilidad penal por actos cometidos por terceras personas, ni por aspectos distintos a la comisión del hecho por ella realizado.

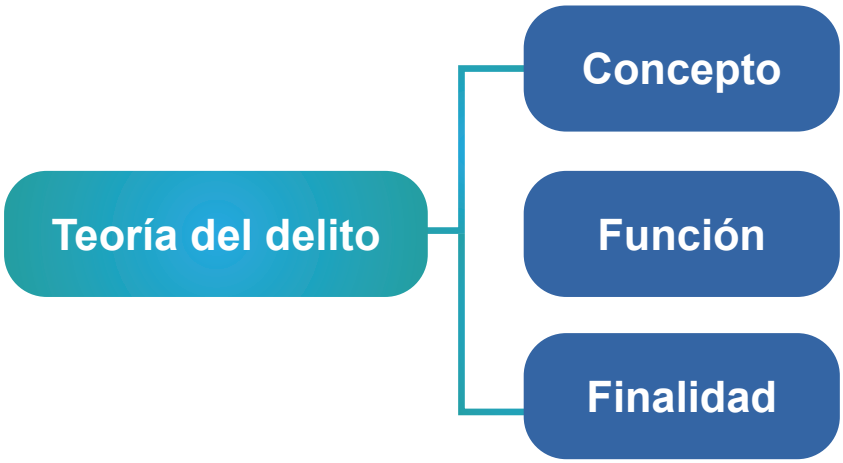
Tal y como ha podido analizarse a partir de las sentencias constitucionales transcritas, los principios que hemos desarrollado derivan no solo de la Constitución Política, sino también de instrumentos internacionales protectores de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución Política, y se encuentran materializados en diversos artículos del Código Pena, lo que puede ser apreciado de mejor forma en la siguiente tabla:

PRINCIPIO	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA	CÓDIGO PENAL
Principio de dignidad	Preámbulo y Art. 1	Preámbulo y Art. 1	Art. 11.1	Arts. 1, 33	
Principio de igualdad	Art. 26	Art. 1, 2.1.	Art. 24	Art. 33	
Principio de legalidad		Art. 15.1	Art. 9	Art.s 28, 39	Arts. 1, 18, 30
Principio reserva de ley				Arts. 1, 2, 9, 28, 39, 121	
Principio de irretroactividad de la ley penal		Art. 5.1	Arts. 6.3, 9, 15.1, 29	Art. 34	Art. 12
Principio de prohibición de analogía		Art. 15	Art. 9.1		Art. 2
Principio de tipicidad			Arts. 9, 15	Art. 9, 39	

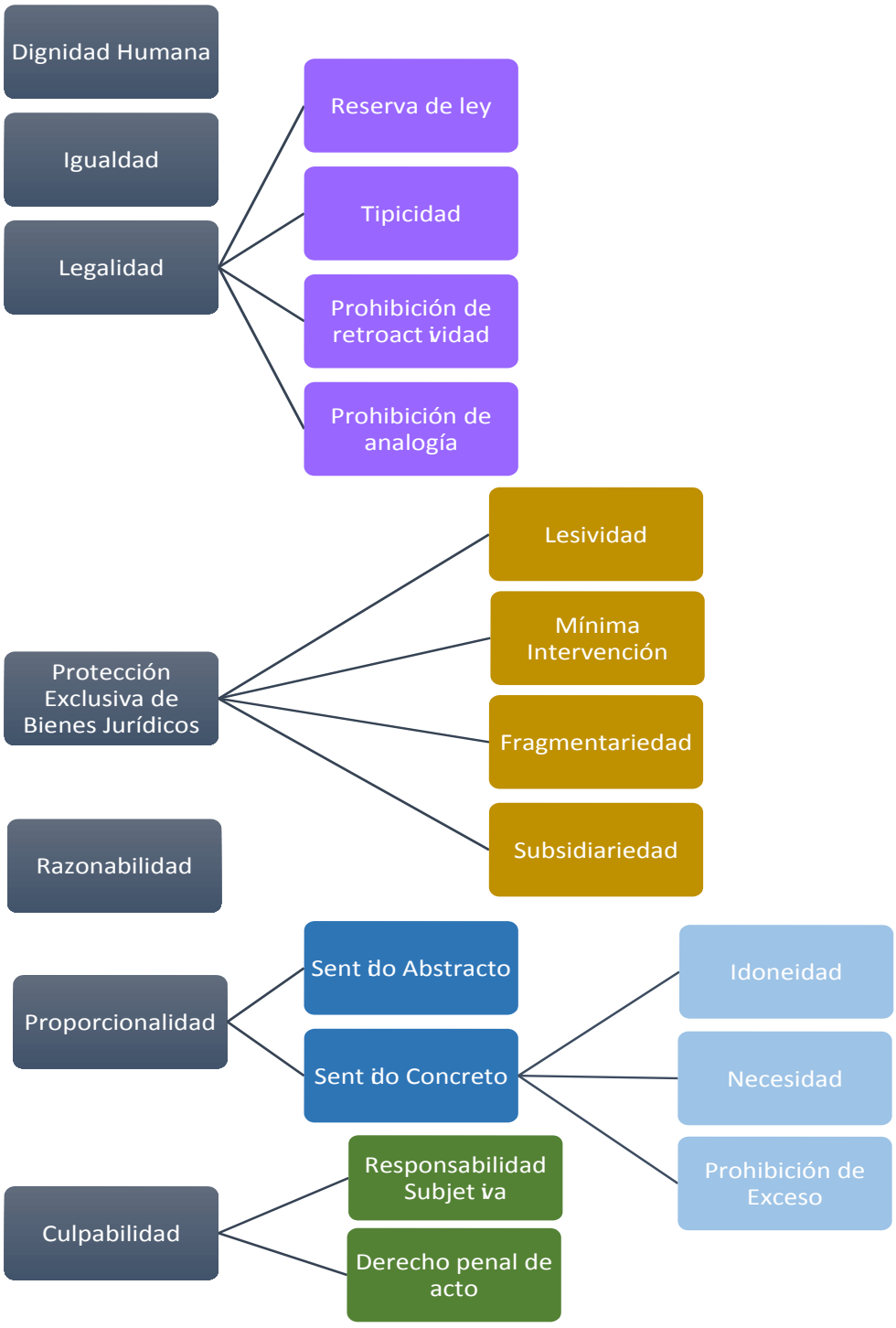
Principio de razonabilidad	Art. 5	Art. 7	Art. 5.2.		
Principio de proporcionalidad				Arts. 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42	
Principio de idoneidad				Arts. 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42	
Principio de necesidad				Arts. 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42	
Principio de prohibición de exceso				Arts. 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42	Arts. 51, 71
Principio de protección exclusiva de bienes jurídicos				Arts. 1, 28.	
Principio de lesividad				Arts. 1, 20, 28, 39	
Principio de mínima intervención				Arts. 1, 20, 28, 39	
Principio de fragmentariedad				Arts. 1, 20, 28, 39	
Principio de subsidiariedad				Arts. 1, 20, 28, 39	
Principio de culpabilidad				Art. 39	Art. 30
Principio de derecho penal de acto	Art. 11.2	Art. 15.1	Art. 9	Arts. 1, 28, 39	Arts. 51, 71

1.4. ESQUEMAS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL TEMA





Principios


Dignidad Humana
Igualdad
Legalidad
Reserva de ley
Tipicidad
Prohibición de retroactividad
Prohibición de analogía
Protección Exclusiva de Bienes Jurídicos
Lesividad
Mínima Intervención
Fragmentariedad
Subsidiariedad
Razonabilidad
Proporcionalidad
Sentido Abstracto
Sentido Concreto
Idoneidad
Necesidad
Prohibición de Exceso
Culpabilidad
Responsabilidad Subjetiva
Derecho penal de acto

1.5. BIBLIOGRAFÍA

Aguado, T. (2012). *Principio Constitucional de Proporcionalidad.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Arguedas Rodríguez, G. (2021). Criterios delimitadores del ejerdcicio de la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial. *Revisata de la SAla COnstitucional*(3).

ARMIJO SANCHO, G. (2007). Del control político al control constitucional: el princpio de legalidad penal. En J. (. Llobet Rodríguez, *Justicia Penal y Derechos Humanos. Homenaje a Francisco Castillo González* (págs. 37-58). San José: Jurídica Continental.

BACIGALUPO, E. (1985). *Lineamientos de la Teoría del Delito.* San José : Juricentro.

Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales del Derecho Penal.* Buenos Aires: Hammurabi.

Borja, E. (2000). *Tendencias contemporáneas de la teoría jurídica del delito.* San José : Arete.

Borja, E. (2000). *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica.* San José : Arete.

Cadenas, H. (2016). La función del funcionalismo: una exploración conceptual. *Sociologías , 18*(41), 196-214. doi:https://doi.org/10.1590/15174522-018004107

Cancio Meliá, M. (2005). Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva. En M. Bolaños GOnzález, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 72-87). Merida: Universidad de los Andes.

Castillo González, F. (2008). *Las teorías de la acción.* San José: Juríica Continental.

Castillo, F. (1998). *El Consentimiento del Derechohabiente en materia penal.* San José: Juricentro.

Castillo, F. (2001). *El Error de Prohibición.* San José: Juritexto.

Castillo, F. (2004). *La Legítima Defensa.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (2010). *Derecho Penal Parte General. Tomo II.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (s.f.). Derecho Penal Parte General.

Chan Mora, G. (2021). ¿Para qué sirve la teoría del delito? *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica número 1 (32) (13) Año 1. RDCP-UCR. 2021*, 48-70.

Chan, G. (2012). *La culpabilidad penal.* San José: Investigaciones Juríicas.

Chirino Sánchez , A., & Salas Porras, R. (2004). *La Legítima Defensa.* San José: Investigaciones Jurídicas.

Chirino Sánchez, A., & El Khoury Jacob, H. I. (1991). *Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal.* San José: ILANUD.

Cuesta Aguado, P. (2006). *Tipicidad e Imputación Objetiva* (Primera Edición ed.). Garibaldi, Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

González Lillo, D. (2022). Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente. En V. Gómez Martín , C. Bolea Bardón, J. Gallego Soler, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo.* Madrid: BOE.

Harbotle, F. (2012). *Imputabilidad disminuida. Hacia una redefinición de la imputabilidad e inimputabilidad. .* San José: Juritexto.

Jakobs, G. (1996). *Fundamentos del Derecho Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en un Derecho penal funcional.* (M. Cancio Meliá, & B. Feijóo Sánchez, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial POns.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Segunda, corregida ed.). (J. Cuello Contreras, & J. Serrano González de Muirillo, Trads.) Madrid, España: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997). *La Imputación Objetiva en Derecho Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Jakobs, G. (2004). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de las normas?* (Primera Reimpresión ed.). (M. Cancio Meliá, Trad.) Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Luzón Peña, D.-M. (2013). Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa

de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. *InDret*. Obtenido de www.indret.com

Martínez-Buján Pérez, C. (25 de noviembre de 1999). https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/LA%20CONCEPCION%20SIGNIFICATIVA%20MARTIN. *RECPC*. Recuperado el 23 de 08 de 2022, de https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/LA%20CONCEPCION%20SIGNIFICATIVA%20MARTIN

Martínez-Buján Pérez, C. (2022). El principio de culpabilidad y su fundamento. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J. Gallego Soler, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (págs. 713-724). Madrid: BOE.

Maurach, R. (1994). *Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: Astrea.

Mir Puig, S. (2005). Límites del normativismo en Derecho Penal. En M. (. Bolaños González, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 27-70). Merida: Universidad de los Andes.

Mir Puig, S. (2005). Límites del Normativismo en Derecho penal. En M. (. Bolaños González, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 27-70). Mérida: Universiad de los Andes.

Montano, P. J. (2017). La objeción de conciencia como causa de justificación. *Revista de Derecho, (I-2017)*(15), 113-142.

Muñoz Conde, F. (2013). *Teoría General del Delito* (Tercera ed.). Bogotá: Temis.

MUÑOZ CONDE, F. (2013). *Teoría General del Delito.* Bogotá: Temis.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2000). *Derecho Penal Parte General* (Cuarta Edición, revisada y puesta al día ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanc.

Radbruch, G. (2005). El delincuente por convicción. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología, 07 - r4 - .*

Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal.* Buenos Aires: Ah Hoc.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito.* Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito.* Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. FUndamentos de la Estructura de la Teoría del Delito* (Primera Edición ed.). (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Rusconi, M. (2008). *El Funcionamiento de las causas de justificación. Sobre lo objetivo y subjetivo de las normas permisivas. .* Buenos Aires: Ad-Hoc.

Salas, M. (2010). LA acción en el derecho penal: crítica de un dogma y sus vicios argumentativos. En J. Llobet Rodríguez, D. Durán Chavarría, & (Compiladores), *Política Criminal en el Estado Social de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes* (págs. 339-354). San José: Jurídica Continental.

Schünemann, B. (2018). La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo general del Derecho Penal. En D. M. Luzon-Peña, *LIbro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa* (págs. 31-47). Lima: Fundación Internacional de Ciencias Penales.

Silva Sánchez, J. M. (2022). ¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en el Derecho penal. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J.-I. Gallego Sole, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirantu Corcoy Bidasolo* (págs. 921-932). Madrid: BOE.

Tavares, J. (1983). *Teorías del delito.* Buenos Aires: Hammurabi.

UNAM, I. (2013). Origen Histórico de la Imputación Objetiva. *Instituto e Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

Urruela, A. (2004). *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica.* Granada: Comares.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General.* Bogotá: Comlibros.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General.* Bogotá: COMLIBROS.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (Cuarta ed.). Bogotá: Comlibros.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General.* Bogotá: COLIBROS.

Vives Antón, T. (2011). *Fundamentos del Sistema Penal. Acción significativa y Derechos constitucionales.* Valencia: Tirant lo Blanch.

1.6. EJERCICIOS FORMATIVOS

Cuando haya concluido la lectura del tema introductorio, le invitamos a responder las siguientes preguntas, desarrollando sus consideraciones.

1. Explique la definición de dogmática y ¿cuál es su función?

2. Explique la finalidad de la teoría del delito

3. ¿Considera usted que la teoría del delito constituye un límite al ejercicio del ius puniendi estatal?

4. Explique las razones que se indican en la doctrina para sostener que, mediante la aplicación de la teoría del delito, es posible incidir en la vocación garantista o autoritarista de un Estado.

5. Defina los principios de mínima intervención, fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal.

Estos ejercicios son formativos para su repaso y análisis personal. Por lo tanto, no tienen porcentaje de evaluación, ni deberá remitirlos a la persona facilitadora. Sin embargo, su análisis y respuesta le permitirán un mayor estudio y comprensión del tema abordado.

TEMA 2

LA ACCIÓN

A cada época de la ciencia del Derecho penal se le pueden atribuir determinados temas de la parte general que son especialmente reveladores para las ideas básicas de la época correspondiente y que, por eso,

están en el ojo del huracán del debate durante algunas décadas,

hasta que surge una nueva época con nuevos "temas favoritos".

(Schünemann, 2018)

2.1 INTRODUCCIÓN

En este tema, se estudiarán algunas de las principales teorías de la acción penal que más influencia han tenido en el desarrollo de la historia del derecho penal, advirtiendo y mostrando el efecto que la aplicación de una u otra tiene en la estructura teórico- jurídica del delito.

Con ocasión de las actividades de formación en materia de teoría del delito desarrolladas por la Escuela Judicial, el juez William Serrano Babej expuso de relevancia sobre este tema lo siguiente:

La teoría del delito como herramienta para establecer de manera técnica-jurídica, cuando estamos en presencia o no de un hecho delictivo, se divide clásicamente en cuatro estratos claramente diferenciados y establecidos en un estricto orden: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La conducta o acción corresponde al primer filtro que se debe analizar como el elemento genérico de la teoría del delito. Lo anterior, tiene una gran trascendencia, pues establece las bases de un derecho penal de acto y no de autor - autora, acorde a nuestro sistema constitucional.

El objetivo del presente trabajo es definir la acción en el derecho penal con énfasis en los aspectos positivos y negativos de la conducta humana. Se analizarán las diversas teorías que lo sustentan, tanto en su estructura interna como externa y se discutirá la acción de las personas jurídica como un fenómeno normativo relativamente novedoso en nuestro sistema penal.

En la práctica judicial resulta fundamental tener un amplio dominio en el tema de la acción para evitar consecuencias procesales a fenómenos que no son una conducta humana. Lo anterior con especial énfasis en la aplicación de medidas cautelares, para resistirse a interpretar condiciones del ser y no del hacer.

La acción por omisión, tanto propia como impropia en los delitos ordenativos adquieren gran relevancia en la construcción de los nuevos tipos penales, los cuales deambulan en las fronteras de la inconstitucionalidad, razón suficiente para adentrarnos en dicho tema con detalle.

Por último, se buscará diferenciar con claridad los términos de: fuerza física irresistible o fuerza mayor, vis absoluta, vis compulsiva, estado de inconsciencia, acto reflejo y caso fortuito. En aras

de logar dicho objetivo, se utilizarán diversas hipótesis fácticas que permiten la discusión y análisis crítico en la resolución fundamentada de casos.

Si bien es cierto, la doctrina no aborda de manera unificada la importancia del tema de la acción, en la práctica forense se hace indispensable para la adecuada solución jurídica de casos acorde a nuestro sistema constitucional.

El manejo conceptual de los diversos términos que engloban la acción son determinantes para comprender a cabalidad este estrato de la teoría del delito, pero sobre todo para la aplicación pragmática de la misma en casos de la vida real.

Es importante también indicar que estas teorías de la acción obedecen a la influencia de movimientos políticos y filosóficos que permiten interpretar y aplicarlos en diversos componentes teórico-jurídicos.

La acción como concepto jurídico penal es el vértice sobre el cual se sostiene el andamiaje estructural del delito. Es precisamente la acción relevante desde el sistema penal, a la que se le valoran la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

El desarrollo de la "acción penal" ha sido el motor que ha impulsado el surgimiento de diversas teorías jurídicas del delito, como lo han sido el causalismo y el finalismo, cuyo enfrentamiento durante la segunda mitad del siglo XX deparó una gran cantidad de tesis y posiciones doctrinarias en favor de una u otra doctrina; pero que, en el fondo, se trataba de una discusión acerca del concepto y de la valoración de la acción penal.

Hoy en día, son muchas las teorías acerca de la acción penal. Parece que la cúspide del desarrollo doctrinario de los penalistas modernos lleva consigo la formulación de una nueva teoría de la acción penal, o bien, una reformulación de aquella.

Es importante entender que el concepto de acción que se utilice moldea la estructura teórica del delito, sus institutos y componentes. Por eso, al considerar una teoría de la acción, estamos acudiendo a una concepción de delito en la que podrían encontrarse estadios distintos para su conformación, o bien, conceptos distintos de los componentes de esos estadios.

2.2. FUNCIONES DE LA ACCIÓN

La acción penal cumple con importantes funciones dentro de la teoría del delito. Se considera que es el concepto jurídico a partir del cual se estructura el resto de la teoría jurídica del delito.

En el ámbito de la doctrina nacional (Salas, 2010) e internacional, se ha indicado que las funciones de la acción penal son las siguientes:

> ***1. Función clasificatoria**: si el delito es básicamente, acción, a la que se sobreañaden tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, parece claro que la acción ha de ser el género común del que quepa desgajar las diversas especies delictivas: activa y omisiva, dolosa y culposa.*

2. Función de coordinación: *si la acción es el sustantivo del que se predican como adjetivos (típica, antijurídica, culpable y punible) los restantes caracteres del delito, es evidente que ha de constituir un lazo de unión entre ello y que no puede, sin generar una burda tautología, anticipar su contenido: de una acción concebida.*

3. Función definitoria: *si la acción es la sustancia que, para convertirse en delito, ha de hallarse caracterizada por los atributos constituidos, básicamente, por la antijuricidad y la culpabilidad, ha de proporcionar el sustrato material de una y otra; esto es, ha de contener los elementos sobre los que pueda articularse el juicio de desvalor y el juicio de reproche.*

4. Función negativa: *si el delito es, en primer término, acción, de ello se sigue una consecuencia inmediata: todo lo que no sea acción no será, por consiguiente, delito. De ahí se deriva que el concepto de acción ha de desempeñar en la práctica, una función negativa, permitiendo dejar de lado, aquellos acontecimientos que, por no ser acciones, no interesan al derecho penal.* (Vives Antón, 2011).

Podemos establecer entonces que el derecho penal pretende la regulación de las conductas de las personas en sociedad, de ahí que el fundamento sea la conducta desvalorada, la que además se sanciona penalmente. Por eso la estructura del delito da inicio con el examen de la acción,

2.2. TEORÍAS DE LA ACCIÓN Y SUS EFECTOS EN LAS ESTRUCTURAS DEL DELITO

2.3.1. Teoría causalista de la acción penal

También fue llamada “teoría natural de la acción” y es producto de la etapa en que se impuso el naturalismo y, con él, el positivismo naturalista.

La acción que debe interesar al derecho penal es aquella que implica un movimiento corporal que confirma la voluntad; es decir, una voluntad objetivizada o realizada.

Una acción penal será entonces un comportamiento humano que, siendo dirigido voluntariamente, provoca un resultado.

La doctrina referente a la teoría de la acción causalista atribuye que von Liszt es su principal exponente, aunque también Beling, Radbruch y otros.

En el caso de von Liszt, este consideraba las acciones como *“un cambio perceptible por los sentidos, producidos por el efecto de un hombre sobre otro o sobre una cosa, que es posible por un impulso de la voluntad que produce a su vez un movimiento el cuerpo”*[3].

Como resulta fácil de apreciar, el concepto de acción penal obedece a un movimiento naturalista, en tanto solo puede tener relevancia penal aquello que pueda ser perceptible por los sentidos, y que produzca una modificación de la realidad existente. Es causal porque la acción es la que provoca esa modificación de la realidad mediante una acción o movimiento humano dirigido de

3 Así citado por Castillo (2008), p. 17.

forma voluntaria. Además, se trata de una teoría influenciada por una época en la que todo debía tener una explicación según las reglas de la naturaleza. Así, el principio de relación natural entre acción –reacción-modificación mediante la ley de la causalidad física, es trasladado a la teoría de la acción causalista.

Bajo la teoría natural o causal de la acción penal, el delito se estructura a partir de componentes que se dividen en dos grupos de elementos, uno objetivo y otro subjetivo.

El elemento objetivo es de carácter externo y contiene el movimiento corporal voluntario que causa la realización del hecho típico y antijurídico.

El elemento subjetivo es de carácter interno y contiene como presupuesto de la culpabilidad, la capacidad y como formas de esa culpabilidad, el dolo y la culpa.

Los elementos subjetivos son considerados procesos espirituales y, por ello, se dice que la culpabilidad se sustenta en una visión de carácter psicológica.

Expresado de otra forma, el injusto era la causación objetiva de un resultado lesivo y la culpabilidad era la causación subjetiva de esa lesión o daño.

Bajo la tesis causalista, la estructura del delito se mostraría así:

Conforme con lo anterior, desde la concepción causalista, el delito se compone de un elemento objetivo donde se encuentran la tipicidad, la antijuridicidad y un elemento subjetivo compuesto por la culpabilidad.

En cuanto a la acción, se trata de un movimiento corporal voluntario que necesariamente debe causar un resultado o cambio en el mundo exterior. Por ello, entre acción y resultado, debe existir

un nexo de causación que es la causalidad y se determina de conformidad con la teoría de la equivalencia de las condiciones, aunque posteriormente se desarrollaron teorías restrictivas de esta última.

De esta forma, básicamente bajo los postulados de von Liszt y de la teoría causalista:

La acción se concebía como la exteriorización de la voluntad que guiaba la conducta humana, mediante un movimiento perceptible por los sentidos. , que causaba un resultado que era un cambio del mundo exterior.

La tipicidad era la descripción de la conducta en la ley, compuesta por acción, resultado y causalidad basada en la teoría de la equivalencia de las condiciones. Se trataba de una tipicidad objetiva y descriptiva únicamente, sin que fuera viable valoración alguna ni presencia de elementos de la subjetividad del autor del hecho.

La antijuridicidad era la contrariedad de la acción con el derecho o el ordenamiento jurídico[4], por lo tanto era una antijuricidad objetiva y valorativa, pues se analizaba si la acción realizada era prohibida o no por el derecho.

La culpabilidad se entendía como la exigencia de una conexión psicológica entre el sujeto y el hecho cometido. Era el componente subjetivo. Se componía de la capacidad de ser responsable de la acción antijurídica y de las formas de culpabilidad que eran el dolo y la culpa. El dolo está compuesto por el conocimiento de los hechos y por el conocimiento de la antijuridicidad, por ello denominado *dolus malus*. Era una especie de causalidad psíquica. Evidentemente a nivel de la culpabilidad operaban causas de exclusión de la culpabilidad, como las que se producían mediante el ejercicio de fuerza *vis compulsiva*, como coacción o amenaza, o bien, la obediencia.

2.3.2. Teoría neoclásica, neokantiana o neocausalista de la acción

Fue un movimiento penal que, partiendo de la teoría causalista de la acción penal, reformuló sus elementos y generó aportes muy importantes.

Los principales exponentes neokantianos son Stamler, Mezger, Rickert, Lasck y Radbruch.

4 Sostiene Borja que en la cuarta edición del tratado de von Liszt (Berlin y Leipzig 1988) refiere directamente que, en cuanto a la antijuridicidad, todo delito comprende un ataque a intereses protegidos jurídicamente, y dicho ataque consiste en la lesión de un bien jurídico.

Para estos autores, no existe una única forma de conocimiento y explicación de la realidad, por lo que las ciencias naturales no agotan las diversas formas en que se presenta el objeto del conocimiento humano. Introducen una categoría nueva, la de valor y, con ello, consideran que la realidad social encuentra, desde los valores, una nueva dimensión que las ciencias experimentales no pueden proporcionar. Se introduce así el análisis axiológico de la realidad. Con ello, en la teoría del delito, se introducen cambios a partir del alejamiento del carácter fáctico o naturalístico de algunas categorías y la introducción del carácter normativo en otras[5] .

Dentro de los principales aportes neocausalistas, podemos enlistar los siguientes:

- Introducen el concepto de omisión dentro del comportamiento, con lo que la acción penal será aquel comportamiento activo u omisivo que produzca cambios en el mundo exterior.
- La tipicidad deja de ser objetiva y descriptiva del comportamiento y se contempla normativamente, porque se integran la tipicidad y la antijuridicidad, por tratarse su unión de la infracción a la norma objetiva de valoración y, por ello, la tipicidad y la antijuridicidad conforman el juicio de desvalor objetivo de la conducta prohibida mediante el tipo de injusto.
- En cuanto a la antijuridicidad, deja de ser entendida desde un punto de vista estrictamente formal, como la contradicción entre la acción típica y el ordenamiento jurídico, y se introduce un componente material como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.
- Tratándose el injusto penal de la acción típica y antijurídica, se introducen los elementos subjetivos del injusto penal, los cuales son aquellos componentes anímicos de la persona autora dispuestos por la ley, como los *animus*, porque solo mediante el análisis de estos elementos subjetivos, era posible determinar la antijuridicidad de la conducta desplegada.
- A nivel de la culpabilidad, la consideran como un reproche al comportamiento desplegado por quien actuó, con lo que pasan de una culpabilidad psicológica a una de carácter normativo, dando origen a la concepción normativa de la culpabilidad, mediante un juicio de reproche dirigido a la persona autora en razón del hecho antijurídico cometido, a pesar de que pudo haber actuado de conformidad con el derecho.
- Este juicio de reproche se estructura a partir de tres elementos:

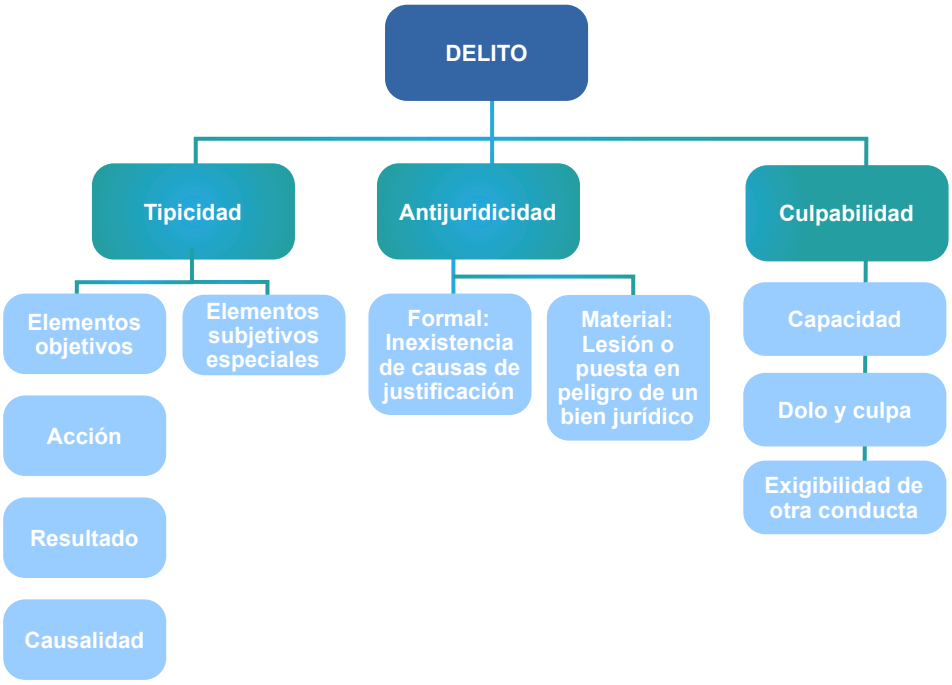
  Primero: La capacidad de culpabilidad en tanto debe contar con las condiciones que le permitan comprender el significado de su acción.

  Segundo: Es la atribución culpable de la acción, ya fuera a título de dolo o de culpa. El dolo se componía del conocimiento y voluntad de realizar el hecho punible más la comprensión de la antijuridicidad del hecho.

  Tercero: Es la exigibilidad de la conducta, ya que se le podía exigir a la persona autora comportarse de manera distinta y conforme a la norma.

5 Borja (2000), p. 60.

Estos aportes permiten apreciar que la estructura del delito tendría la siguiente forma:



Las principales críticas que se hicieron a esta estructuración delictiva de los neoclásicos o neokantianos fueron que el juicio de valor se realizaría sobre la acción dolosa y, precisamente, el dolo forma parte de ese juicio de valoración, por lo que el objeto de valoración y el juicio de valoración estarían compartiendo un mismo elemento (el dolo), lo que resulta improcedente.

Se le realizaron muchas otras críticas a la teoría causal de la acción sobre todo en su viabilidad, explicación suficiente y coherente en delitos de mera actividad o sin resultado, los delitos de omisión y casos de tentativa.

En cuanto a delitos que no requerían de resultado como la injuria, no era aceptable entender que se trataba de un comportamiento voluntario que modificaba la realidad del mundo exterior, ya que no era posible comprender una injuria o difamación al margen de la valoración social y jurídica del contenido de la expresión, aun cuando se había tratado de justificar a partir de la emisión de sonidos mediante el movimiento de las cuerdas vocales que provocaban una alteración en el ánimo de quien recibía esas ondas.

No era posible entender la tentativa alejada de la finalidad con la que se pretendía realizar el acto, pues aquella persona que tomó un objeto y pretendió lanzarlo en contra de la víctima y, al prepararse a lanzarlo, fue detenida por otra tercera persona, lo que evitó que cumpliera su cometido. ¿Pero cuál era ese cometido? ¿Era acaso asustar, amenazar, lesionar levemente, lesionar gravemente o dar muerte?

Solo conociendo la intención o la direccionalidad de la voluntad hacia la obtención de un objetivo específico, podría calificarse jurídicamente esa acción, de lo contrario, se trataría, desde una concepción causalista, una acción tentada de cualquier delito de lesión o muerte, pues evidentemente era un comportamiento voluntario que iba a causar una modificación en el mundo real (de la integridad física o vida de la víctima) sin que se requiriera saber cuál.

Por su parte, en cuanto a los delitos de omisión, evidentemente riñe con un concepto amplio de acción entendida como movimiento corporal voluntario dirigido a causar una modificación en el mundo existente, pues no hay movimiento voluntario, sino todo lo contrario.

2.3.3. Teoría finalista de la acción penal

La teoría finalista de la acción penal considera que la acción humana es el ejercicio de actividades conforme a un fin, es una acción humana. Por ello es una acción final, pues se trata de una voluntad direccionada, dirigida a la realización de un acontecimiento causal, a un resultado, en ese sentido, una acción dirigida a una finalidad.

Para esta teoría, en palabras de su formulador, Welzel, la acción final opera en dos niveles distintos:

- Intelectual en el que la persona toma la decisión de realizar un comportamiento que depara un resultado deseado, escoge los medios para lograrlo y considera las consecuencias de su acto, y otro de carácter real.

- Real, en el que se ubica la anticipación intelectual de la realización de la acción en el mundo real.

En ese tanto, el finalismo de Welzel considera la acción como un concepto con dos características esenciales: es prejurídica y ontológica, y, por ello, vincula al legislador a la hora de configurar los restantes elementos.

El profesor Castillo expone al respecto lo siguiente:

> *Precisamente, la acción final es el concepto fundamental de la teoría de la acción de Welzel, a partir del cual deduce el sistema del delito y lo desarrolla. Welzel define la acción como el ejercicio de una actividad finalista y lo "final" no es simplemente el acontecimiento causal. La finalidad, o la realización conforme a fines de la acción, proviene de que cada ser humano, a raíz de su conocimiento causal, puede prever en diferente amplitud las consecuencias posibles de su comportamiento, puede fijar determinados fines y ponerse activamente, de manera planificada, en actividad para alcanzarlos. En consecuencia, la*

> *actividad final es una actuación dirigida conscientemente a alcanzar fines, y finalmente, sobredeterminarlos. Por el contrario, el simple acontecimiento causal no es dirigido a fines, sino el resultado causal de factores causales. Es precisamente la capacidad del ser humano de anticipar las consecuencias de su comportamiento conforme a fines, lo que constituye para Welzel la esencia del concepto de acción.* (Castillo González, 2008).

Sin embargo, el finalismo admite la existencia de cierto tipo de comportamientos penales que no pueden ser valorados a partir de una relación final, sino que se rigen por simples relaciones de causalidad, como el caso de los delitos culposos donde sostienen que la finalidad siempre está presente, pero es dirigida hacia un resultado diferente del que se encontraba previsto por el tipo penal.

De conformidad con lo anterior, bajo la consideración de Welzel, el tipo penal tiene elementos subjetivos, por cuanto:

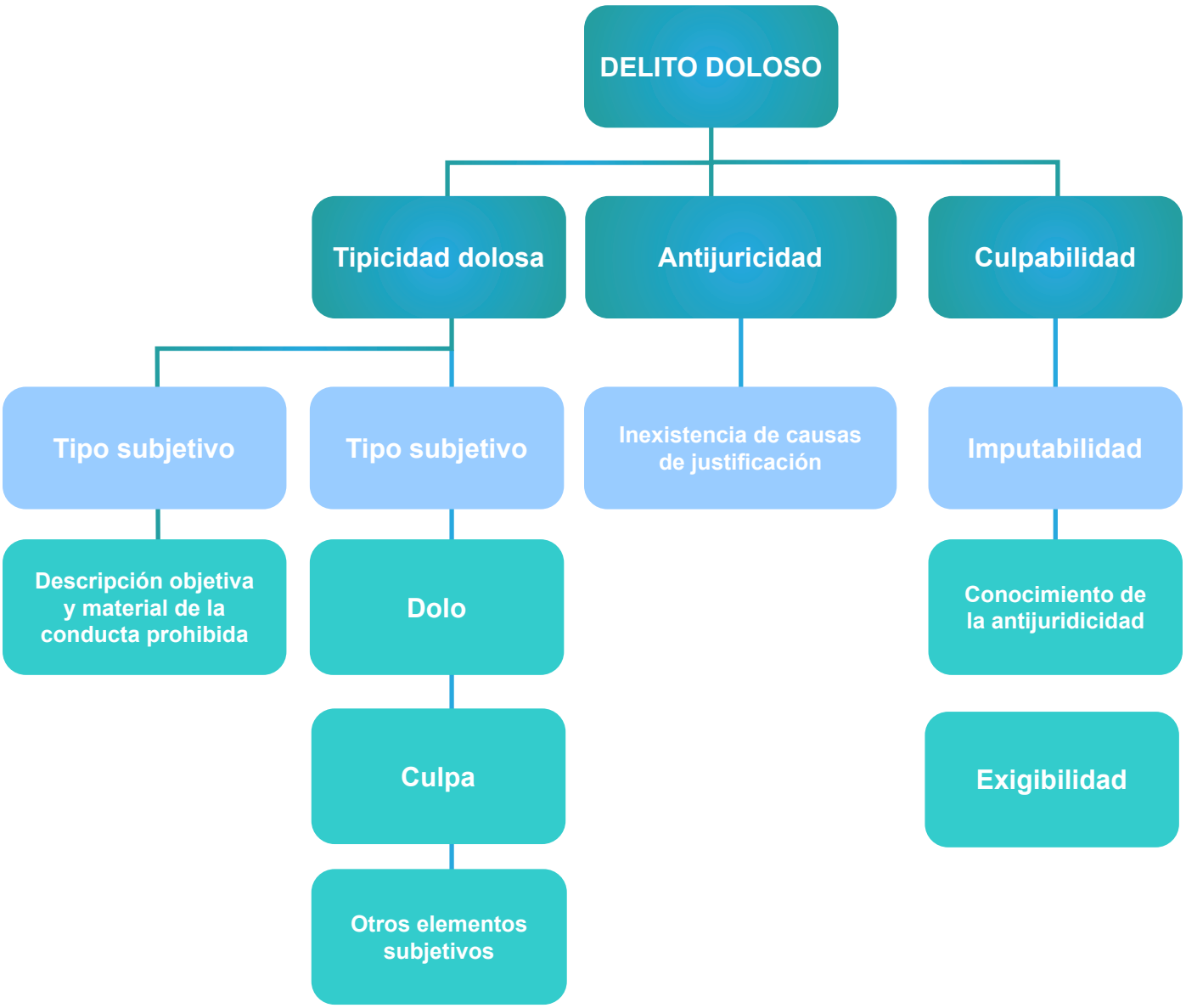
> *La anticipación mental de la realización de las consecuencias de la acción y con ello del dolo, es un elemento esencial de la finalidad. La anticipación comprende los siguientes tres elementos: 1. La finalidad, que quiere realizar el autor. 2. Los medios, que tiene que poner en práctica para alcanzar el fin. 3. Las consecuencias secundarias que están unidas a la puesta en ejecución de los medios*[6] *.*

Dentro del sistema de Welzel, la culpabilidad surge cuando la persona no se definió, pudiendo hacerlo, conforme a los valores, sino que decidió dejarlos de lado y, con ello, actuó conforme a sus impulsos, los cuales eran la forma en que expresó su negación a los valores. En ese tanto, el derecho tendrá como finalidad velar porque las decisiones de las personas en una sociedad sean determinadas para actuar de conformidad con los valores y no en contra de estos.

Para el finalismo, el dolo y la culpa forman parte del injusto y se ubican en el tipo, por cuanto la acción penal constituye una unidad de sentido, por lo que el tipo penal contiene las acciones prohibidas y, por ello, debe contener necesariamente el dolo y la culpa, sin que resulte viable que se ubiquen en otra estructura distinta.

La estructura del delito derivada de la tesis finalista podría representarse de la siguiente forma:

6 Citado por Castillo (2008), p. 35.



Podemos establecer los cambios que surgen a partir de la concepción final de la acción penal en la teoría del delito de la siguiente forma:

a. La finalidad de la acción típica es equiparada al dolo, por lo que el dolo pertenece al tipo junto con el resto de elementos subjetivos del injusto. Si el tipo es la materia de prohibición de las disposiciones penales, esto es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, deberá contener todos los elementos que integran dicha conducta prohibida y la finalidad, concebida como dolo, es uno de ellos. De ahí que la tipicidad sea concebida tanto objetiva como subjetivamente.

b. En el ámbito del injusto, la realización jurídica del tipo, en consecuencia, refleja siempre una conducta que contradice este orden valioso. La antijuricidad se contempla como un juicio objetivo de desvalor, en el sentido de que viene determinado por criterios generales. Pero como dicho juicio tiene como objeto una conducta humana y esta viene configurada por tanto por componentes externos como internos, estos últimos, los

elementos anímicos del sujeto, van a tener gran importancia en la fundamentación del juicio de desvalor.

El dolo también se incluye en el injusto, pero éste, además, ya no aparece desligado de la persona del autor, pues la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban al respecto, todo esto determina de modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido a un autor, es injusto "personal."

c. En el ámbito de la justificación, para que las diferentes causas de justificación extingan la antijuricidad, es preciso que, además de las características objetivas, se den ciertos elementos subjetivos, a saber: el reconocimiento de aquellas por parte del autor y de las tendencias correspondientes de la acción, distintas según la causa de justificación de que se trate (voluntad de defensa, voluntad de salvación de un bien, etc.)

d. El dolo no solo cambia de lugar, sino que también de contenido. Frente al concepto mantenido por la doctrina clásica y neoclásica, como dolus malus, es decir, como conocimiento y voluntad de realización del hecho punible y consciencia de la significación antijurídica que comporta ese hecho, la teoría finalista admite un concepto restringido de dolo, referido tan solo al primer componente (dolo natural). La conciencia de la antijuricidad, en consecuencia, pasaría a formar parte del ámbito de culpabilidad y no del tipo como es el caso de aquel.

De igual forma, la falsa apreciación de la significación antijurídica de un hecho ya no constituye na causa de exclusión del dolo, en la medida en que la consciencia de la antijuricidad ya no es componente de aquel, sino de la culpabilidad. Cobra entonces sentido la distinción entre error de tipo y error de prohibición y surgen dentro de esta segunda clase, las teorías del dolo y de la culpabilidad, adscribiéndose el finalismo a la segunda tesis. El error sobre los elementos del tipo, sin embargo, en tanto elimina el conocimiento de los componentes descritos legalmente, elimina el dolo y con éste, la tipicidad.

e. El enjuiciamiento y valoración de los distintos elementos del hecho concluye el juicio de antijuricidad. Las presentaciones sistemáticas del finalismo alcanzaron también el juicio de culpabilidad que toma en consideración las circunstancias propias de la acción en relación a la realización del comportamiento prohibido. Si el dolo se había trasladado de la culpabilidad a la acción, desaparecería del ámbito de aquella el componente psicológico que hasta entonces le había prestado cierto soporte material. La culpabilidad vendría así determinada de esta forma con base en componentes casi exclusivamente normativos. La culpabilidad queda reducida a un juicio de reproche que se le formula al autor en la medida en que, pudiendo obrar el sujeto en la situación concreta de conformidad con

los preceptos de la norma jurídica, optó por dirigir su comportamiento en contra del Derecho. En razón a esta consideración general, los componentes que configuran el contenido de la culpabilidad se determinan en atención a su aptitud como objeto del reproche que se dirige al autor por el hecho cometido. La estructura de ese juicio de reproche se desarrolla a través de tres momentos fundamentales: imputabilidad, es decir, comprobación existencial de la capacidad del sujeto de comprender el injusto realizado y de dirigir su conducta de acuerdo con esa comprensión; posibilidad de comprensión de lo injusto, esto es, determinación de las condiciones del sujeto imputable en orden al reconocimiento de la significación antijurídica del hecho cometido o de la posibilidad de haber llegado a esa comprensión; y finalmente, exigibilidad en virtud de la cual el juicio de reproche requiere que en la situación concreta al autor imputable con conocimiento de lo injusto e su hecho se le pudiese exigir, en razón del conjunto de circunstancias concurrentes en dicha situación dada, un comportamiento distinto al que llevó a cabo.

f. La sistemática finalista da un tratamiento distinto, frente a la sistemática clásica o neokantiana, a los delitos imprudentes, uno de los puntos más resbaladizos de su doctrina en la medida en que obligaba a presentar un sistema escindido. La escisión del sistema se presenta también cuando se observa, asimismo, la estructura del delito omisivo.

g. Por último, mientras que desde la concepción clásica y neoclásica del delito se sostiene que autor es quien causa el resultado típico, en el marco de la teoría finalista el autor vendrá definido atendiendo al sujeto que realiza la acción típica. La participación, en consecuencia, solo podrá tener lugar en un acto principal intencional pues de no existir la intención, no se puede hablar de tipo de injusto. La complicidad e inducción de igual forma y con idéntico fundamento, deben ser también dolosas. El concepto de autoría frente al de participación vendría definido por el dominio final del acto. (Borja, Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica, 2000).

Podríamos representarlo también así:

La modificación de la relación entre acción y resultado constituye otro de los grandes aportes del finalismo, mediante lo que se denominó "teoría del injusto personal", según la cual, la antijuridicidad de la acción no se trata únicamente de un desvalor de resultado, sino que debe incluirse además en la antijuridicidad, la causa de ese resultado que es jurídicamente desvalorado, es decir, debe incluirse también la existencia de una acción disvaliosa: un desvalor de la acción junto con el desvalor de resultado.

El profesor Castillo explica lo siguiente:

> *En la teoría del injusto personal, lo injusto no se agota en la causación de un resultado desvalorado como lo predicaba el causalismo. Al lado de la producción de un resultado desvalorado se requiere considerar también en el juicio de desvalor el modo y la forma de causación del resultado prohibido (la realización jurídicamente prohibida de la voluntad criminal) que es lo que se denomina desvalor de la acción. De acuerdo con la concepción personal de lo injusto, la culpa y el dolo no se relacionan prima facie con la culpabilidad. La violación objetiva del deber de cuidado y el dolo pertenecen a lo injusto. […] Para el finalismo, el desvalor de la acción es un componente personal de lo injusto que deriva de la acción misma. Para los finalistas la voluntad de realización contradice el derecho, en tanto que la acción lesiona la noma prohibitiva dirigida a proteger un bien jurídico y la obligación que deriva de ella y en tanto que ella es dirigía a la producción del resultado. Con ello, la norma y la contradicción al deber son elementos esenciales del hecho punible, porque la voluntad de realización, dolosa o culposa, implica el rechazo del derecho. Esto significa que el dolo y el deber objetivo de cuidado en la culpa, constituyen los presupuestos para la antijuricidad. Un comportamiento que no sea doloso ni objetivamente contrario al deber (culposo), a falta de violación de una norma, no constituye un injusto penal, aunque haya causado un resultado.* (Castillo González, 2008).

Por lo anterior, puede establecerse que el desvalor de la acción está compuesto por:

- elementos objetivos que definen un tipo especial de autoría,
- elementos subjetivos del injusto que particularizan la voluntad del autor (finalidades, *animus*),
- dolo o culpa.
- Así, el injusto penal, es decir, la acción típica antijurídica, se sustenta en un desvalor de acción (acción disvaliosa) como en un desvalor de resultado (resultado disvalioso).
- El desvalor del resultado no pertenece a la tipicidad, sino más bien a la antijuridicidad, pues si bien en todos los delitos hay un resultado (efectiva lesión o puesta en peligro), el injusto no se sostiene únicamente en ese resultado lesivo o de provocación de peligro (causalismo) como tampoco de forma exclusiva en la acción que lo provocó (finalismo), sino que ambos están presentes e interrelacionados, por cuanto el desvalor de resultado hace necesaria referencia a una acción disvaliosa y un desvalor de acción tiene relación con el resultado disvalioso que produzca.

- Para una vertiente denominada postfinalismo[7], el resultado no es importante para la determinación del injusto, sino que ese resultado es una simple manifestación o exteriorización del injusto ya cometido, y su utilidad está delimitada a un tema de pena. De esta forma, estos finalistas modernos sostienen que el injusto se compone únicamente de un desvalor de la acción, y esto es suficiente para fundamentar el injusto.

Tal y como hemos visto, para los finalistas, la ubicación del dolo y de la culpa es en el tipo penal, pues forman parte de la acción ilícita y, con ello, del injusto penal, es decir, de la acción desvalorada. Sin embargo, hay posiciones doctrinarias fuertes que sostienen la "tesis de la doble posición del dolo": el dolo se ubica tanto en la tipicidad como en la culpabilidad[8], ya que, si bien el dolo es el elemento fundamental del desvalor de la acción penal, también pertenece a la culpabilidad al considerarse el resultado de construcción de la voluntad del autor y, precisamente, es en la culpabilidad en la que se reflejan la clase y la gravedad del injusto cometido, y el reproche de culpabilidad debe tomar en consideración el dolo o la culpa en la lesión o puesta en peligro causada al bien jurídico.

Otro de los aportes finalistas fue la "teoría de la adecuación social de la conducta", según la cual, los tipos penales solo consideran como acciones u omisiones penalmente relevantes aquellas que contradicen el orden social, por lo que no serán acciones u omisiones típicamente consideradas aquellas que se encuentren dentro de lo que se determine como "adecuado" socialmente. Así, aun cuando se considere una acción u omisión típica, además, no debe considerarse dentro de lo que los valores sociales determinan como adecuado.

Se critica que la teoría final de la acción no responde adecuadamente para los casos de delitos de omisión, porque la finalidad requiere una voluntad de causación o de realización, por lo que la persona autora del hecho debe dirigir el proceso causal. Pero quien omite actuar es causal del resultado.

---

7 Al respecto, Zielinski, Diethard. (1990). Disvalor de acción y disvalor de resultado en el ilícito penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. Sancinetti, Marcelo. (1997). Ilícito personal y participación. Buenos Aires: AD-HOC. Del mismo autor, (1991). Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Hammurabi. Una explicación clara sobre el tema puede verse en Hirsch, H. J. Los conceptos desvalor de acción y desvalor de resultado o desvalor sobre el estado de cosas. En Díez Ripollés et al. (ed.). (2002). La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Madrid: Tecnos, pp. 773-779.

8 En su libro, Las teorías de la acción penal. (2008), El Prof. Castillo se mostró contrario a la tesis de la doble posición del dolo, p. 43. Sin embargo, posteriormente, varió de posición, al señalar lo siguiente: "La doctrina dominante tiene una doble función: definir lo injusto y ser elemento de la culpabilidad. El dolo es parte de la culpabilidad porque las formas de culpabilidad son portadoras del carácter contrario a derecho del hecho punible y el dolo expresa el "carácter" contrario a derecho del autor. El dolo de culpabilidad (carácter contrario a derecho del hecho realizado) deriva, por regla general, de manera inmediata del dolo que define lo injusto. (injusto per-sonal), sin que sea necesaria una determinación adicional del dolo de la culpabilidad. Contrariamente a lo dicho por nosotros en otro lugar, consideramos correcta la posición de la doctrina dominante". Castillo, Francisco. (2009). Derecho penal. Parte general. Tomo I. San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 523.

2.3.4. Teorías funcionalistas

El funcionalismo como corriente doctrinaria puede ubicarse en la segunda mitad del siglo XX, y se compromete con el estudio, comprensión y explicación de las estructuras sociales, propiamente con su funcionamiento dentro de la sociedad. Fue a partir de los años 1960 a 1970 que tomo auge su desarrollo.

En el derecho penal, el funcionalismo se dio a la tarea de generar cambios en los institutos, conceptos y explicaciones de las diversas estructuras dogmáticas a partir de los fines de la pena, principalmente del fin preventivo general y preventivo especial

2.3.4.1 Concepto personal de la acción penal. Funcionalismo teleológico o racional (ROXIN)

Esta teoría fue desarrollada por Roxin, aunque algunas personas autoras consideran que se trata del desarrollo de la teoría expuesta primeramente por Arthur Kaufmann, para quien la acción humana es la configuración de la realidad imputable a quien actuó de manera responsable y con sentido, mediante efectos causales dominados por la voluntad.

Por su parte, Roxin sostiene que no es posible establecer un criterio material de acción, por lo que debe considerarse el concepto de acción a partir de una consideración normativa. Para Roxín, la acción no se define, sino que se describe, porque es una expresión de la personalidad. Considera así que la acción es una expresión de la personalidad, la cual puede ser atribuida a una persona como centro psíquico y espiritual de actividad. En este sentido, se excluye la acción en aquellos casos en que se produce un resultado a partir de una acción que carece de control, de dominabilidad por medio de la voluntad o consciencia y, por tanto, un hecho es dominable es imputable y constituye una expresión de la personalidad. Según este autor, para la acción, el elemento que sustenta el contenido del comportamiento activo u omisivo, es la finalidad.

De acuerdo con Roxin, acción es todo lo que, como centro anímico-espiritual, puede ser atribuido a una persona. Acción es exteriorización de la personalidad. De este modo, los comportamientos que, por no ser dominados o dominables por la conciencia y la voluntad, no pueden entenderse como manifestaciones de la personalidad, ni los actos que tienen lugar en el fuero interno son acciones. Roxin expone así su concepto de acción:

> ***El concepto personal de acción como elemento básico***
>
> *En primer lugar, el concepto de acción como manifestación de la personalidad es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva, y, aparte de ello, todo lo que en el campo prejurídico tiene sentido calificar como "acciones". […] El concepto de acción aquí sostenido también es comprensivo en el sentido de que abarca, no un elemento parcial cualquiera del suceso, sino este mismo suceso en su totalidad. En el enjuiciamiento del suceso como manifestación de su personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas, y de otro tipo, y sólo el conjunto de todas ellas agota su contenido significativo. […]*

El concepto personal de acción como elemento de enlace o unión.

El concepto de "manifestación de personalidad" también es idóneo como elemento sistemático de enlace o unión. […] enlaza con la forma prejurídica de entender la acción sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de un modo naturalista (como movimiento muscular) o normativista (como la no evitación evitable) y que simultáneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración jurídica. […] Describir un delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exactamente a la situación real. […]

***El concepto personal de acción como elemento límite**.*

Por último, el concepto de "manifestación de la personalidad" describe también el criterio decisivo para la delimitación entre acción y falta de acción. […]

La esencia del concepto personal de acción.

Por tanto, el concepto personal de acción aquí desarrollado –a diferencia del concepto natural y del final, pero concordando con el social y el negativo- es un concepto normativo. Es normativo porque el criterio de manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. […] El concepto aquí defendido se diferencia de todos los demás conceptos de acción en que por una parte es cierto que proporciona un supraconcepto válido para todas las manifestaciones de la conducta delictiva, pero por otra parte renuncia a buscar lo que conceptualmente tienen en común en la unidad del sustrato material (voluntariedad, corporeidad, finalidad, no evitación). Las formas de aparición de la manifestación de la personalidad son muy diversas y sólo encuentran su elemento común en que pueden imputar a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su personalidad. (Roxin, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, 1997).

Al incluir la referencia a la dominabilidad de la conciencia y voluntad sobre los comportamientos, se evidencia que pretende superar con ello los problemas que para el causalismo y el finalismo generaban los casos de imprudencia y omisión.

Por lo expuesto, resulta que, para Roxin, la acción es un concepto normativo, se trata de un comportamiento humano que opera en el mundo exterior y que es dominado por la voluntad. Desde el punto de vista penal, no son acciones todos aquellos eventos que no son dominables por la voluntad de quien actúa.

Debe considerarse que el concepto que utiliza Roxin para describir la acción penal es el de "comportamiento" y, con ello, sostiene que el elemento de conexión entre quien actúa y la acción es la conciencia y no la voluntad.

Hay que entender que, con Roxín, se conjuga la dogmática de la teoría del delito con la política criminal.

Para Roxin, las normas penales tienen una función de prevención general que busca impedir la lesión de bienes jurídicos. Sin embargo, Roxín otorga una doble condición a la norma penal:

- Es una norma de determinación, porque se dirige a la voluntad humana con la finalidad de señalar a las personas lo que deben hacer o no hacer para evitar la lesión de bienes jurídicos. De esta forma, las lesiones a bienes jurídicos que no pueden ser evitadas por la norma (de determinación) no pueden ser sancionadas penalmente.

- Es una norma de valoración que está instruida por aspectos de política criminal y, por ello, la realización de un comportamiento que esté prohibido debe producir un resultado también contrario al ordenamiento jurídico.

Véase entonces que, para considerar los componentes necesarios de un comportamiento típico, es necesaria la presencia de un desvalor de la acción y un desvalor de resultado. Es por ello que Roxín establece una conexión entre el poder de la persona - mediante su comportamiento- de poner en riesgo un bien jurídico y la creación de un riesgo relevante, por lo que, en los delitos de resultado, el nexo causal es sustituido por criterios normativos. Esta es la esencia de lo que se denomina “imputación objetiva del resultado”.

Bajo las consideraciones de Roxin, la imputación objetiva es una teoría dentro del tipo objetivo que comprende las conductas que podrían ser evitadas, si se hubiera observado la norma de conducta, siendo necesario además que el riesgo creado con la conducta debió realizarse o cumplirse en el resultado y, en ese sentido, si el riesgo desaprobado jurídicamente no se realizó en el resultado, queda excluida la imputación.

En los delitos de mera actividad, la imputación del resultado al tipo objetivo se agota con la subsunción de los elementos del tipo respectivo, por lo que es un asunto que atañe a la parte especial del derecho penal.

En los delitos de resultado, se debe decidir si se le imputa ese resultado a la persona autora como “su obra”, examen que se encuentra limitado por el concepto de riesgo no permitido o riesgo jurídicamente desvalorado, por medio del cual se limita la causalidad entre la acción de quien actuó y el resultado, esto en el tipo objetivo.

El riesgo que produce quien actúa debe ser “no permitido” o “desaprobado jurídicamente”, y se trata de un criterio normativo y es el elemento que permite imputar el resultado a la persona autora.

En el caso de los delitos culposos de acción, no se enfatiza en la omisión del debido cuidado requerido, sino en haber creado un peligro no cubierto por el riesgo permitido, no por la finalidad de protección de la norma que se realizó en el resultado.

Para Roxin, una vez que se establecen los criterios de imputación, se dispone la relación entre la acción y el tipo penal.

El tipo es concebido como determinación técnica de una ley penal bajo las exigencias del *nullum crimen sine lege*. La antijuridicidad es contemplada como el ámbito donde se proporcionan las soluciones sociales a los conflictos, y la culpabilidad es asociada a la necesidad de pena en atención a las distintas aspiraciones preventivas, cuyas aportaciones más notables se deben destacar.

Según Roxin, una conducta que no es desaprobada no puede encarnarse en ningún delito o de injusto, por lo que una conducta que no sea desaprobada tampoco es típica. Por tanto, la "inadecuación social" es una característica del tipo en su totalidad, como tipo delictivo[9]. Los casos de adecuación social para Roxin son el del riesgo permitido y la exclusión de acciones insignificantes o socialmente toleradas.

En cuanto a la culpabilidad, para Roxín se trata de una categoría valorativa y normativa. No es psicológica ni descriptiva. En este estadio de la culpabilidad, debe diferenciarse entre objeto de la valoración, la valoración (que es el reproche) y el objeto del predicado valorativo (el hecho culpable).

Para Roxin lo que se valora en la culpabilidad requiere de dos pasos:

Primer paso: surge de la prevención general, y la culpabilidad tiene como fundamento la posibilidad de evitar el resultado con base en la idea de prevención. La finalidad de la pena no es la retribución ni el efecto sobre el autor, sino la influencia en la comunidad para ilustrar a las personas sobre las sanciones penales y sobre la ejecución de ella y así apartarlas de la violación de prohibiciones legales o del no acatamiento de los mandatos legales.

Segundo paso: es establecer si desde el punto de vista penal es necesaria una sanción contra la persona autora en particular. Conforme a la prevención general, la sanción procede ahí donde hay una desviación del comportamiento descrito en la norma que genera consecuencias perjudiciales para la sociedad.

Por lo anterior, el reproche de culpabilidad se analiza desde la necesidad real de prevención, por lo que incluye la responsabilidad que es la culpabilidad más la necesidad preventiva de la pena.

A partir de su concepto de acción penal, el sistema de Roxin ofrece muchas variantes, no estructurales, pues todas las estructuras delictivas se mantienen, sino conceptuales. Quizá dos de los principales aportes son los siguientes:

> *La primera se refleja en el redescubrimiento y dotación funcional de la teoría de la imputación objetiva en el marco de la tipicidad. En efecto, mientras que, para las doctrinas clásica, neoclásica y final, los problemas de relación en los delitos de resultado entre éste y la acción se reducían, en la mayoría de los casos, a una cuestión de relación de causalidad; la nueva tendencia utiliza como criterio decisivo de imputación del resultado en el tipo objetivo la regla en virtud e la cual se examina la creación, a través de la acción, de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma. Se cree superado de esta norma el recurso a categorías científico naturales o lógicas de la causalidad en favor de una mejor explicación pura desde el punto de vista técnico orientada por criterios exclusivos de valoración jurídica.*

9 Castillo (2008), p. 93.

La segunda gran innovación sistemática de la doctrina racional final consiste en la extensión de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad. A través de la misma, se trata de responder a la pregunta de si el autor individual merece la pena en razón al injusto cometido por él mismo. El principal presupuesto de la responsabilidad, es, claro está, la culpabilidad del autor. Pero éste no es el único, tiene que coincidir al mismo tiempo una necesidad preventiva de penalización. Es decir, en virtud de esta categoría, la culpabilidad se presenta como condición indispensable en la imposición de toda pena en la medida en que ésa pueda ser explicada y justificada con arreglo a necesidades de carácter preventivo, de tal forma que una y otra se limitan mutuamente; y juntas conforman la responsabilidad personal y jurídica del autor.

Es decir, presupuesto fundamental de la responsabilidad es la culpabilidad y ésta es afirmada cuando el autor en el hecho, conforme a su constitución espiritual y anímica, estaba en disposición de recibir la llamada de la norma, o lo que es lo mismo, se encontraba en condiciones normales para ser motivado por el precepto penal. (Borja, Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica, 2000).

2.3.4.2 Teoría funcionalista sistémica de la acción penal. Funcionalismo radical (JAKOBS)

La teoría funcionalista del derecho penal desarrollada por Jakobs impone una normativización de todas las estructuras delictivas y es conocida su teoría como “funcionalismo sistemático” o “funcionalismo radical”.

Jakobs toma como base para su desarrollo dogmático la teoría de los sistemas sociales de Luhmann y, a partir de esta concepción, define todas las categorías del delito sustentadas en la función o contribución que rinden en el mantenimiento del orden social.

En este contexto el autor rechaza, tanto el método del naturalismo científico de la teoría clásica del delito como el modelo ontológico de la doctrina final de la acción, para inclinarse en favor de un concepto social de acción sui generis. La acción, por tanto, es expresión de un sentido. Esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dirigida a evitar las consecuencias.

Esta definición de acción tiene, a su vez, como el resto de categorías del delito, un marcado acento social, de tal forma que su contenido viene determinado en atención a su aptitud para ser susceptible de interpretación en un contexto social determinado. Los problemas de imputación objetiva, por tanto, no se consideran dentro de la temática de la adecuación a tipo, sino como una cuestión de la propia acción. De esta forma, el comportamiento relevante desde el punto de vista jurídico-penal viene considerado en atención al hecho de ser la razón originaria de un resultado.

> *La concepción radicalmente funcionalista del autor se muestra ya cuando define el resultado como lesión a la vigencia de la norma, esto es, entendiendo la norma como criterio rector de ordenación social, como menoscabo de una determinada función social. En otras palabras, el autor es coherente con la concepción funcionalista de toda su posición en la medida en que el injusto de un delito consiste en la frustración de un rol determinado para el sujeto en una comunidad dada y, en este sentido, la norma, en tanto que supone la definición de los papeles que cada ciudadano juega en la sociedad, representa el mecanismo supremo de la organización de la señalada comunidad. La lesión a su vigencia, en consecuencia, es la lesión a la función y se constituye así en el primer motivo de incriminación. De todo esto se deduce por qué el autor llega a definir la acción en base a este resultado y caracteriza a la misma como causación de la lesión de la vigencia de la norma.* (Borja, Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica, 2000).

Hay que entender que, para Jakobs, su teoría de la acción penal es sobre la que asienta la construcción teórico-jurídica del delito, parte de un concepto normativo que involucra toda su visión de sistema. Por ello, sociedad, norma y persona adquieren connotaciones importantes. El funcionalismo jurídico penal es concebido por Jakobs como la teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. El derecho penal forma parte el sistema jurídico, y este sistema jurídico es parte del sistema social. Por lo tanto, el derecho penal tiene su función dentro del sistema social.

El derecho no tiene como función la protección de bienes jurídicos, sino la protección de la identidad de la sociedad, y la identidad de la sociedad se asienta en las normas. El derecho penal debe proteger la identidad social, es decir, las normas. Ante este criterio, Jakobs considera que el delito es una defectuosa comunicación, de ahí que lo que se le imputa a la persona autora como responsabilidad suya es ese defecto.

Para su funcionamiento adecuado, la sociedad establece los procesos de comunicación mediante las normas, las cuales son el mecanismo para mantener su identidad. La sociedad se constituye a través de normas que Jakobs denomina reglas de configuración, por lo que, si estas normas son la constitución misma de la sociedad, hay que protegerlas en primer lugar para mantener el sistema. Por ello, mostrarse infiel al cumplimiento de las normas es ni más ni menos que una infidelidad a la sociedad y, por lo tanto, lo que la pena busca es el mantenimiento de esa identidad, mostrar que la identidad se mantiene a pesar de ese incumplimiento. Si quien actúa en contra de las normas pretende afirmar la no vigencia de esas normas, y la pena viene a estabilizar el sistema, mediante la confirmación de la vigencia de la norma, es decir, afirmando que esa no vigencia normativa llevada a cabo por la persona autora es irrelevante, porque mediante la pena, se estabilizó el sistema.

Lo anterior nos permite apreciar que, en el sistema de Jakobs, la sociedad tiene una connotación distinta, así como la función de las normas y del sistema jurídico dentro de la concepción y del funcionamiento del sistema social.

Ahora bien, en cuanto al término “persona”, en el sistema de Jakobs, no se identifica con “sujeto”. Así o expone el autor:

> *El Derecho penal reacciona frente a una perturbación social; ésta no puede (precisamente , al ser una perturbación social), disolverse de modo adecuado en los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas […] Por el contrario, hay que partir de los correspondientes conceptos sociales: de los conceptos de sujeto medido por lo social, es decir, de la persona, del ámbito de cometidos adscrito, es decir, de la competencia y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada.* (Jakobs, *Sociedad, norma y persona en un derecho penal funcional*. 1996).

Para Jakobs, persona es la que representa un papel social, cumple un rol social o como lo indica en términos sencillos, *“Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible”.* (Jakobs, *Sociedad, norma y persona en un derecho penal funcional.* 1996).

Las personas participan de la sociedad mediante el ejercicio de papeles, de roles, de expectativas que se ciñen sobre ellos en función de esas competencias que desempeñan en el sistema social. Desde esta perspectiva, quien llevó a cabo el hecho, quien actuó, desarrolló un comportamiento en el que no interesan sus subjetividades, intenciones o preferencias, sino desde un punto referencial que resulta relevante para el sistema, desde su rol, desde su competencia, es decir, como persona.

Dicho lo anterior, Jakobs desarrolla su sistema de derecho penal a partir de su concepción funcionalista sistémica de acción. En un análisis del concepto de acción en el desarrollo de la teoría del delito de Jakobs, Vives Antón sostiene lo siguiente:

> *La primera concepción de Jakobs, formulada en su trabajo de 1974, es que, la acción es evitable producción de un resultado y la omisión evitable es no impedimento del mismo. […] Así pues, el concepto general común (háblese de acción, o como prefiere Jakobs, de comportamiento) se define como “evitabilidad de una diferencia de resultado.” […]*
>
> *En sus trabajos posteriores, trata Jakobs de colmar las deficiencias de su primer concepto de acción. Y lo hace mediante un proceso que discurre en tres fases separables, pese a que en su obra aparecen indisolublemente unidas. A) La acción como expresión de sentido.“El concepto de acción”, afirma, “no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad. No es la naturaleza la que enseña lo que es una acción, como pretendía la escuela de v. Liszt con su separación de lo físico y lo psicológico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología, como comúnmente se pretende que Welzel intentó demostrar al tomar como punto de partida la finalidad del actuar humano, son que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social. La realidad social –el entramado total de las acciones. Determina el sentido de cada una de ellas y, por lo tanto, la clase de acción que se trate y, por consiguiente, también*

si se tratas o no de una acción. "El concepto de causación individualmente evitable de un resultado abarca algunas determinantes individuales de la concepción humana del mundo a diferencia del mecanicismo del concepto causal de acción. Pero una "toma de postura" o "expresión de sentido" sólo puede entenderse como "proceso comunicativo en el que no sólo es relevante el horizonte de quien se expresa, sino también el del receptor. El "esquema de interpretación comunicativamente relevante" que determina el sentido que se expresa en la acción y hace de ella la acción que es, ni deriva, sin más, de la causalidad, ni depende exclusivamente de la capacidad psicológica de anticipar resultados posibles, sino de la constitución de la sociedad." […] B) La acción como imputación objetiva. "La imputación objetiva o inadecuación social no se suma al concepto de acción como fundamento complementario de la responsabilidad son que, precisamente, acción solo es la causación imputable". Imputación no significa aquí la atribución de la realización de un sentido cualquiera, sino la atribución de la realización de un sentido cualquiera, sino la atribución de la responsabilidad de un injusto típico: "El Derecho penal no se plantea la cuestión de su una acción ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante." […] C) La acción como lesión a la vigencia de la norma. El punto de partida es, según hemos visto, la acción como expresión de sentido. En la base de ese sentido que se expresa se hallaba la configuración de la realidad por medio de la acción. Pero, esa configuración de la realidad no se imputa jurídicamente a quien ha actuado por aquello en que consista, sino en tanto representa una ruptura del orden vigente; esto es, en tanto implica "una toma de postura frente a la validez de la norma." Por eso, el concepto de acción puede también definirse como "causación de una lesión en la vigencia de la norma." (Vives Antón, 2011).

Es importante aclarar lo anterior. De acuerdo con Jakobs, acción es únicamente aquello que puede ser objetivamente imputable a la persona. Véase la siguiente exposición:

"1) Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado standard.

2) Entre autor, víctima y tercero, según los roles que desempeñan, ha de determinarse a quién compete, por sí solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quién por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico-penalmente –o si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño de sí misma-. Si todos se comportan conforme al rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia.

3) Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; solo que en el ámbito de los hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita mayor explicación –lo cual es menos habitual en los hechos imprudentes." (Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, 1997).

Pero este extracto no explica de forma clara el concepto de acción para Jakobs. En este tanto, hay que entender que, para este autor, la acción es la misma imputación objetiva, pues esta se halla referida a la acción misma, considerando que el concepto de acción no debe buscarse antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad, por lo que no es la naturaleza la que determina lo que es la acción, haciendo referencia a la concepción causalista de acción, como tampoco la finalidad de quien actúa, sino que debe definirse la acción a partir de la realidad social. En virtud de ello:

> *la acción es la objetivización de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, en el entendido de que la expresión de sentido de que la norma no es la máxima rectora. […] Con ello, el autor expresa que la norma que se opone a su comportamiento para él no es la máxima de comportamiento rectora (esta es la formulación de la acción como expresión de sentido" (Jakobs, Fundamentos del derecho penal, 1996).*

La acción es así vinculada por este autor a toda la imputación, ya que la acción relevante será aquella que esté referida a los presupuestos jurídicos de la imputación. Así lo expresa el propio Jakobs:

> *La existencia de una acción de relevancia jurídica, sigue dependiendo, en esta solución, de los presupuestos jurídicos de la imputación; la acción se convierte en un concepto que es relativo al sistema de imputación relevante en cada caso. […].* (Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997).

En cuanto al tipo penal, para Jakobs, siguiendo su visión a partir del concepto de acción, no hay acción sin tipo, pues se trata de un concepto relativo, porque no hay acciones en sí mismas consideradas, sino acciones determinadas en cada caso mediante los efectos externos evitables del sujeto, los cuales deben ser típicos para que resulten ser relevantes, es decir, analizan la acción como la realización del tipo. En palabras del propio Jakobs:

> *Sin embargo, sería desacertado dejar que el concepto de acción se deshiciera en el de tipo, lo que se propone por gran parte de la doctrina con la fundamentación –en sí acertada- de que penalmente relevante es (como pronto) la realización el tipo. Y es que el concepto de tipo no se verifica en absoluto antes del de acción; así pues, el problema de lo que es una acción no puede resolverse integrándola en el concepto de tipo. […] La acción se caracterizó supra […] como el concepto de lo que ha de definirse como un sujeto que puede comportarse defraudando expectativas, y aquello que puede definirse como mundo configurado por este sujeto. Todos los tipos describen configuraciones del mundo que defraudan expectativas, realizadas por los sujetos; las condiciones de la acción son las condiciones mínimas de los tipos. Los elementos de la acción son, pues, elementos del tipo.* (Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997).

En Jakobs, el concepto de acción penal es normativo y considera que, en el concepto de acción, debe realizarse o encontrarse contenido todas las estructuras penales, sin diferenciar entre teoría de la acción y teoría del delito, por lo que podríamos entender que el concepto de acción penal comprende la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, el instrumento que separa lo que es acción penal de lo que no lo es. Esto implica lo que es delito de lo que no lo es, es la imputación objetiva. Así, los elementos estructurales del delito se establecen a partir de los fines del derecho penal.

En cuanto al injusto penal, se sustenta en lo que denomina "teoría de la evitabilidad individual" y la considera como la producción de un resultado evitable individualmente a partir de criterios objetivos derivados del "ciudadano perfecto". Pero debe considerarse, además, que la evitabilidad se sostiene, a su vez, en un criterio previo de cognoscibilidad individual, el cual es un criterio objetivo que fundamenta el criterio de evitabilidad. De esta forma, el conocimiento de la realización del resultado en el delito doloso y el conocimiento de la cognoscibilidad individual en la culpa son condiciones de evitabilidad de la acción y, por tanto, de lo injusto[10].

En cuanto a la culpabilidad, en el sistema funcionalista de Jakobs, se entiende de la siguiente forma:

> *El autor parte de la idea de que toda penal excesiva o desproporcionada es rechazable por inútil. De otro lado, la pena cumple una función fundamentada en la prevención general, que en su particular terminología significa necesidad de mantenimiento de las expectativas de la fidelidad al ordenamiento jurídico. Esa fidelidad al ordenamiento jurídico se debilita cuando el sujeto se encuentra en perfectas condiciones para prever y dominar la realidad planificada (en el sentido de cumplimiento de su rol personal en favor del desarrollo equilibrado del sistema), siendo posible una actuación conforme a la expectativa que dicho rol inspira en la creencia de los demás; lleva a cabo una actuación contraria a la norma. Así se entiende la afirmación, "la función de la culpabilidad es estabilizar la norma débil" o "el fin que determina directivamente la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden jurídico perturbada por el comportamiento delictivo". Pues en la defraudación de la expectativa que representa la norma por parte del sujeto que lleva a cabo la conducta bajo condiciones normales, es decir, en su comportamiento bajo condiciones volitivas e intelectivas susceptibles de ser interpretadas con sentido en un determinado contexto social, se niega la vigencia de esa norma jurídica y con ello se debilita su afirmación y su aptitud funcional de equilibro en el desarrollo de la comunidad. Porque las reglas de la naturaleza no necesitan afirmar su vigencia, pues ésta no peligra si alguien pretende actuar con las mismas. Pero ello no ocurre en el ordenamiento jurídico, que al no constituir un sistema absoluto necesita resarcirse contra las violaciones de sus preceptos para mantener su firmeza. En los supuestos de exclusión de la culpabilidad, por el contrario, la defraudación de las expectativas que representa la conducta fiel al mandato de los preceptos legales no se produce, puesto*

10 Castillo (2008), p. 137.

> *que nadie espera que el niño, el loco o el que desconoce la significación antijurídica del hecho cometido, cumpliese con esta exigencia de fidelidad al Derecho, o dicho en palabras de Jakobs, la ausencia de sanción en estos supuestos no perturba la función estabilizadora de expectativas en que consiste el Derecho. La culpabilidad por tanto no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada en base a un criterio de delimitación del poder punitivo del Estado en favor del reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino tal solo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general.* (Borja, Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica, 2000).

En su visión del derecho penal, Jakobs niega el principio clásico que sitúa la función del derecho penal en la protección de bienes jurídicos, pues se considera que, desde el punto de vista social, la lesividad es algo más que la violación o afectación de valores ideales o bienes jurídicos.

En este sentido, se ha señalado lo siguiente:

> *Visto de este modo, el Derecho Penal ya no garantiza la existencia de bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, lo demás, de meros bienes que pueden perecer […] Por lo tanto el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de los bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecen en la lente del Derecho, y son por consiguiente, bienes jurídicos. […]*
>
> *Se percibe que en lugar de la afirmación de que el Derecho Penal persigue la protección e bienes jurídicos, también puede formularse –con mayor corrección como se verá- que el Derecho Penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes. […] Por lo tanto, desde el punto de vista del Derecho Penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado; dicho de otro modo, dese el punto de vista del Derecho Penal el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada; y es que cualquier otra cosa sería muy extraña: ¿cómo iba a poder representarse el Derecho en cuanto estructura de la relación entre personas, es decir, el Derecho como espíritu normativo, en un objeto físico?* (Jakobs, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de las normas?,* 2004).

Hasta aquí se han analizado tan solo algunas de las principales teorías sobre la acción penal; hay muchas otras como la Teoría significativa de la acción de Tomás Vives Antón, o la Teoría Psicoanalista de la acción de Enrique Gimbernat Ordeig, Sin embargo, este brevísimo repaso por las principales teorías de la acción penal, tiene como objetivo principal, mostrar las diversas concepciones de la acción penal como elemento central a partir del cual los distintos autores cimientan sus correspondientes teorías del delito. Debe entenderse que si se utiliza una teoría del delito propia o derivada de alguna de las teorías de la acción mencionadas, estaremos ante

una formulación particular de la estructura del delito, ya sea en cuanto a los elementos, o bien, en cuanto a los contenidos o consideraciones especiales de esos elementos. Debe recordarse aquí lo indicado en el capítulo anterior. La teoría del delito que se utilice debe ser concordante, congruente, apegada a los principios propios del derecho penal en un Estado social, democrático y constitucional de derecho. Citar a un autor en una resolución judicial no es impropio de una adecuada fundamentación, pero hacerlo sin entender cuáles son las consideraciones y particularidades de su teoría del delito es peligroso si se desconocen los aspectos fundamentales en los que asientan las consideraciones derivadas de su particular teoría del delito.

2.4 CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN

Bajo las condiciones que otorgan su relevancia penal, la acción posee características que han sido ampliamente desarrolladas por los fallos de los tribunales de justicia de nuestro país, dentro de los cuales, se encuentra el siguiente:

> *Ahora bien, la Teoría del Delito asume que, lo primero que debe acreditar el Estado (porque el principio de inocencia impide que el encartado deba demostrar nada) es que se acredite la existencia de una acción, la cual debe reunir las características de humana (lo que excluye, en el estado actual de la dogmática, a los animales y a las personas jurídicas de ser sujetos activos del Derecho Penal), exterior (pues la fase interna del iter criminis es impune), evitable (desde que no puede sancionarse a nadie por lo inevitable, como en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor) y voluntaria. En este último supuesto se excluyen los supuestos en que la persona es sometida a una fuerza física irresistible (en donde el cuerpo es considerado una simple masa mecánica, como los tradicionales casos de cátedra de la persona que es empujada por otro hacia un ventanal valioso, que lo quiebra; el anciano cuya mano, asida por un boxeador, firma un documento falso; el sujeto que al caer por un balcón lesiona a otra persona, etc.), los actos reflejos y los estados de plena inconsciencia (estados de sonambulismo, epilepsia, desmayo, sueño, hipnosis, etc.) [...]. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto 00826-2015.*

De esta forma, con el deseo de no ser reiterativos, como efectivamente se indicó, las características de la acción son las siguientes:

- Humana: excluyéndose así las que provengan de los animales.
- Exterior: sin que sea posible sancionar pensamientos o creencias.
- Evitable: para responsabilizar a una persona por un hecho, debió existir en la persona la posibilidad de evitar la consecuencia de su acción u omisión. Lo inevitable no resulta sancionable, de ahí que se excluyan los asuntos de caso fortuito o fuerza mayor.
- Voluntaria: la conducta activa u omisiva debe ser producto de la voluntad de la persona. Cuando la persona no es capaz de dirigirse voluntariamente, no hay acción.

Esto es importante para quienes laboran como operadores del sistema de justicia penal, por cuanto al momento de realizar una valoración sobre un determinado comportamiento, lo primero con lo que debe cumplir es con los requerimientos para considerar relevante desde el punto de vista penal esa acción o conducta humana y ello implica entonces que deba ser humana, exteriorizada, evitable y voluntaria, pues de lo contrario carecería de las condiciones necesarias para ser valorada bajo los siguientes requerimientos estructurales del delito. Por lo anterior, es necesario incursionar en los casos de ausencia de acción.

2.5 LA AUSENCIA DE ACCIÓN

Tal y como se logró apreciar con el desarrollo de las diversas teorías acerca de la acción en materia penal, existe un elemento que acompaña el concepto de acción, se trata de la "voluntad" (o de la intencionalidad) de la acción. No se consideran para el derecho penal acciones relevantes o significativas, aquellas que se producen faltando ese componente de voluntad.

Por lo anterior, doctrinariamente, se excluyen como acciones penales aquellas actuaciones llevadas a cabo bajo alguna de las siguientes circunstancias:

2.5.1 Caso fortuito

El caso fortuito es entonces aquella realización accidental de la parte objetiva del tipo, de forma ni dolosa ni culposa, pues cubre aquellos casos en que la conducta resulta a todas luces lícita, adecuada a derecho, pero el hecho lleva a cabo el resultado.

Se trata entonces de un acontecimiento dañoso pero que es involuntario, imprevisible e inevitable.

2.5.2 Fuerza irresistible o fuerza mayor

Se trata del ejercicio sobre la persona de un tipo y fuerza de carácter irresistible, denominado como fuerza *vis absoluta*, la cual es ejercida desde el exterior de la persona.

Evidentemente, la fuerza irresistible impide que la persona pueda actuar (en sentido amplio, esto es, acciones u omisiones) y, por ello, lo que provoca al ser aplicada sobre la persona es una ausencia de acción. La fuerza irresistible es aquella que anula la posibilidad de la persona de actuar, sin opción alguna.

La fuerza mayor es la misma fuerza irresistible, porque anula la voluntad de actuar de la persona sobre la cual recae esta fuerza, lo que impide que dirija sus acciones con voluntad, pues precisamente el efecto de este tipo de fuerza es anular la voluntariedad de las acciones.

La fuerza mayor puede ser proveniente de la naturaleza, de animales o de personas.

Aquí no se encuentra la fuerza denominada *vis compulsiva*, pues esta no excluye la acción, sino

que tiene efectos sobre elementos estructurales del delito como la antijuridicidad o la culpabilidad, como causa que las excluye.

Precisamente, en nuestro Código Penal, el artículo 33 dispone lo siguiente:

No es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor.

Aquí, si bien se plantean estas causas como excluyentes de culpabilidad, evidentemente debe leerse bajo un entendimiento distinto del término "culpable". Lo importante es que no hay hoy en día discusión acerca de que, al no consistir en situaciones dirigidas voluntariamente o de forma consciente por la persona autora, ambos supuestos quedan excluidos del concepto de acción penalmente relevante.

Debido que la *fuerza vis absoluta* puede provenir de una tercera persona como de otra fuente, aquí se encuentran dispuestos los casos de fuerza mayor y fuerza irresistible.

Desde vieja data, la Sala Tercera ha considerado estos como excluyentes de la acción penal, lo que resulta conforme, por cuanto aquí no hay "acción" de la persona, sino condiciones que actúan de manera externa e indominable para ella.

> *Estamos en presencia de un caso fortuito, que excluye la tipicidad de la conducta, pues la presencia del obstáculo en la vía es un evento imprevisible y, por esa razón, inevitables las consecuencias que de él se deriven. Como lo ha señalado esta Sala: "[...] La culpa penal es la falta a un deber objetivo de cuidado que causa directamente un resultado dañoso previsible y evitable. El artículo 33 citado dispone que «No es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor". La fuerza mayor se refiere a un hecho o evento que por su naturaleza, aún cuando fuera previsible y se prevea, es inevitable. El caso fortuito [latín casus, literalmente "caída", y fortuitos, "debido al azar"] se refiere a un hecho que por ser imprevisible (aún utilizando una conducta diligente) deviene inevitable (si pudiera haberse previsto sería evitable: la culpa en la previsión excluye el caso fortuito) [sobre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor véase la Exposición de Motivos del Código Penal en cuanto al artículo 33; BRENES CORDOBA, Alberto: Tratado de las Obligaciones, San José, Ed. Juricentro, 1977, epígrafes 198 a 201; PEREZ VARGAS, Víctor: Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual, San José, 1984, págs. 88 a 90 y 106 a 107; VON THUR, Andreas: Parte General del Derecho Civil, San José, Juricentro, 1977, págs. 115 a 116]. Y si se admite que la culpa es la forma elemental de imputación en los tipos de injusto previstos en los artículos 117 (Homicidio culposo) y 118 (Lesiones culposas) del Código Penal, debe considerarse que el caso fortuito y la fuerza mayor -en tanto coinciden en ser sucesos inevitables- resultan incompatibles con la noción de tipicidad, porque el elemento normativo del tipo objetivo de estos delitos supone que el resultado (causado directamente por la falta al deber objetivo de cuidado) sea previsible y evitable, y este último carácter no se da en las dos hipótesis del artículo 33 comentado; incluso puede afirmarse que ambas hipótesis asumen la forma de una causa de exclusión de la acción (y no de la culpabilidad, como aparentemente lo sugiere*

el texto legal) denominada "fuerza física irresistible" que se refiere a aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica (cfr. BACIGALUPO, Principios de Derecho Penal, Parte General, Madrid, Ediciones Akal, 1990, p. 113, y; ZAFFARONI, Eugenio: Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 1979, pág. 294, 207). Sala Tercera, voto 676-98.

2.5.3 Movimientos reflejos

Los movimientos reflejos suelen ser actividades motoras del cuerpo humano que no son controladas de forma voluntaria, como el caso de epilepsia o movimientos instintivos, y estos se dan incluso si existe una voluntad contraria de la persona para evitarlos.

2.5.4 Estados de inconsciencia

Los actos llevados a cabo por personas en estado de inconsciencia, como sonambulismo, etc., no están dirigidos por su voluntad, por lo que no resultan ser acciones.

Ahora, esta condición e inconsciencia a la que la persona llega de manera no voluntaria, no puede compararse con aquellos casos en los que la persona se coloca de forma voluntaria en esa situación de inconsciencia para llevar a cabo acciones u omisiones, o bien, lo hace de una forma imprudente y provoca afectaciones a bienes jurídicos por lesión o peligro.

Ejemplos de estados de inconsciencia son:

> *Hipnosis: cuando quien hipnotiza al agente domina su voluntad o sin ominarla, hace desaparecer la capacidad de dominio de su propia voluntad por el agente. (…) Si en el caso concreto puede probarse la carencia absoluta de voluntad por parte de quien sufre la hipnosis, sin duda habrá de considerarse causa de exclusión de la acción. […].*
>
> *Sueño: los actos realizados durante el sueño carecen de consciencia y voluntad. La doctrina suele hacer referencia aquí a supuestos delitos cometidos en estado e sonambulismo. […].*
>
> *Embriaguez letárgica: constituye el supuesto más grave de embriaguez, que anula de forma absoluta la capacidad de formación de la voluntad. […].* (Cuesta Aguado, 2006).

Estas causas de exclusión de la acción penal también han sido objeto de análisis por parte de nuestros tribunales, así se ha indicado:

> En ese sentido, desde la doctrina se han esbozado claramente los casos en los cuales se considera que no existe una acción en sentido penal, es decir, aquellos supuestos en que los acontecimientos ocurren *"[…] con la participación física de un ser humano, pero sin la acción de sus fuerzas espirituales o psíquicas."* (Así, Castillo González, Francisco. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. San José, Editorial Jurídica Continental, p. 307). Expuestos de

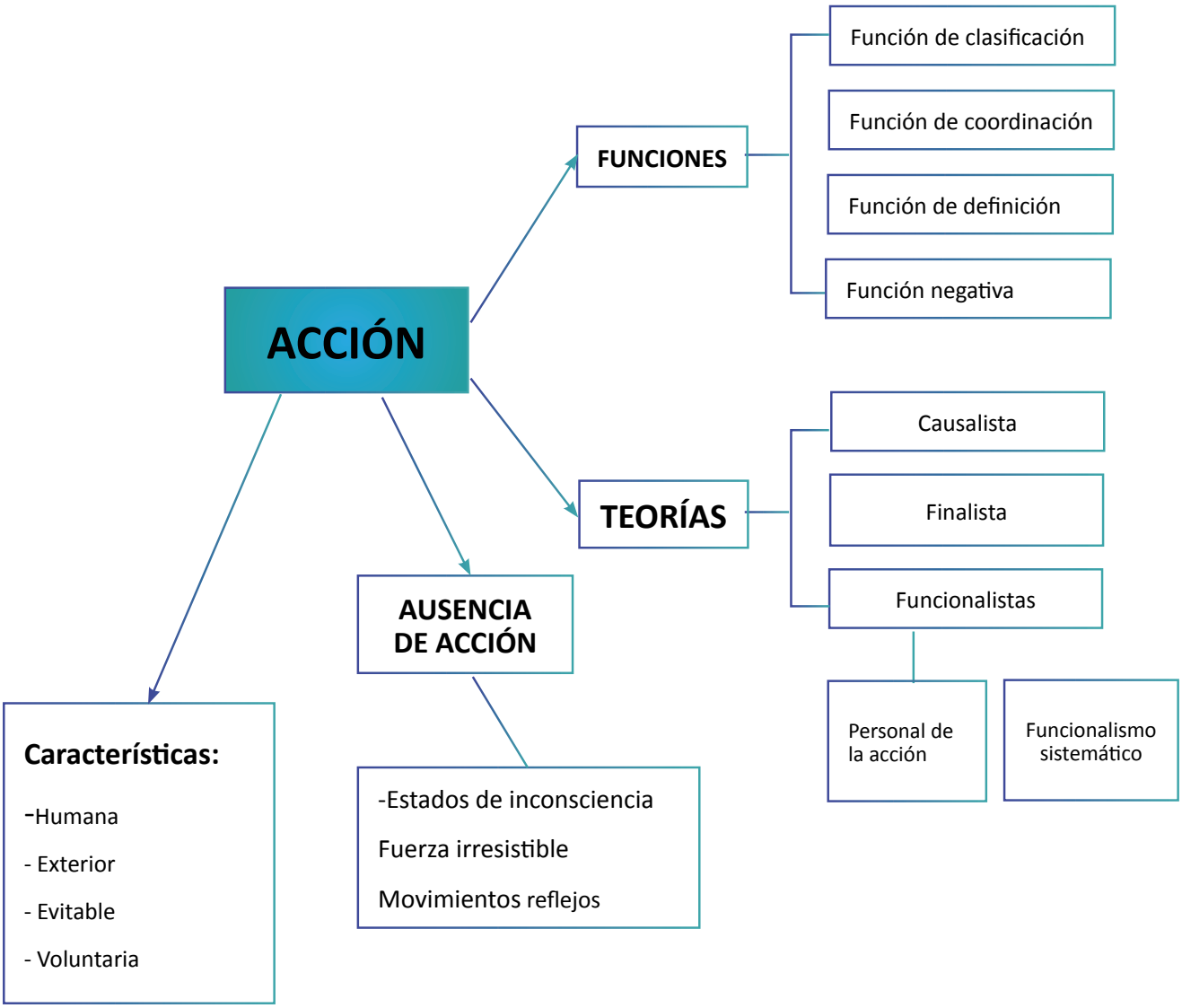
manera breve, los supuestos en que se entiende que no hay acción en sentido penal son los siguientes: ***1.-*** Los actos forzados por Vis absoluta; ***2.-*** Los actos desplegados bajo efectos de la hipnosis; ***3.-*** Los actos ocurridos en estados de sueño, sonambulismo o un ataque de epilepsia; ***4.-*** Los movimientos reflejos; ***5.-***Los meros pensamientos, las actitudes internas, disposiciones de ánimo y todos los afectos internos del sujeto; ***6.-*** Los actos de las personas jurídicas. (Para todo Castillo, op. cit., pp. 308-318). Sala Tercera, voto 444-2021.

Asimismo, con un mayor detalle, se ha sostenido lo siguiente:

> *Nuestra jurisprudencia de Casación ha señalado que: […] La acción humana penalmente relevante, es aquella en la que existe una conducta exterior evitable dirigida a un fin. (Cf. Voto n.º 2005-1135 de las 10:05 hrs. del treinta de septiembre de 2005). Esto significa que toda acción u omisión, para ser considerada como tal, requiere expresar una finalidad por parte del sujeto que la lleva a cabo (la que se exterioriza precisamente a través del movimiento corporal de este) y no ser un simple movimiento ajeno a la determinación volitiva y cognitiva del ser humano (en cuyo caso, este se convertiría en un factor más del mecanismo de causalidad del resultado). Por consiguiente, se descartaría la existencia de una acción en sentido jurídico penal, en los siguientes casos: i).- Ausencia de manifestación externa, pues los pensamientos, intenciones y emociones que permanecen en el interior de la persona, no son conductas con trascendencia penal; ii).- Fuerza física irresistible (fuerza mayor), supuesto contemplado en el artículo 33 de nuestro Código Penal, en donde el cuerpo de la persona obra como una verdadera masa mecánica, precipitado, tanto por un suceso de la naturaleza como por la actividad de otra persona o la propia, por lo que se produce una anulación de la voluntad. iii).- Movimientos realizados en estado de inconsciencia (Por ejemplo el sujeto que, al sufrir las convulsiones propias de una crisis epiléptica, golpea fuertemente a otro, provocándole una fractura de la nariz o bien destruye un objeto de gran valor pecuniario); iv).- Movimientos derivados de convulsiones, movimientos instintivos de defensa, donde las acciones no se dirigen voluntariamente; v).- El caso fortuito, también contemplado en el artículo 33 de nuestro Código Penal que se refiere a un hecho que, por ser imprevisible (aún utilizando una conducta diligente), deviene inevitable (si se hubiera podido prever, sería evitable: la culpa en la previsión excluye el caso fortuito). La ausencia de acción no debe confundirse con aquellos supuestos en que la persona sí realiza conscientemente una acción que encuadra en el supuesto de hecho de un tipo penal, pero bajo circunstancias en las que no se le podría exigir razonablemente una conducta distinta. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela. Voto 632-2018.*

Visto lo anterior, es importante el tema de la acción penal por varias razones. En primer lugar, porque la acción es el primer elemento de la teoría del delito sobre el cual se debe de realizar un análisis valorativo, con la finalidad de determinar que cumple con los presupuestos que se requieren para considerar relevante penalmente esa acción. Debe analizarse que la misma resulte ser humana, exteriorizada, voluntaria y evitable. De faltar alguno de estos aspectos no se considera como una acción relevante desde el punto de vista penal. En segundo lugar, si se está en presencia de circunstancias en las que se realiza la conducta humana tales como la fuerza irresistible, el caso fortuito, los estados de inconsciencia o los movimientos reflejos, estaríamos ante situaciones en las que se considera que hay ausencia de acción, pues bajo dichos supuestos, faltaría alguno de los elementos fundamentales que revisten de relevancia penal a la acción.

2.6. ESQUEMAS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL TEMA



2.7 BIBLIOGRAFÍA

Aguado, T. (2012). *Principio Constitucional de Proporcionalidad.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Arguedas Rodríguez, G. (2021). Criterios delimitadores del ejerdcicio de la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial. *Revisata de la SAla COnstitucional*(3).

ARMIJO SANCHO, G. (2007). Del control político al control constitucional: el princpio de legalidad penal. En J. (. Llobet Rodríguez, *Justicia Penal y Derechos Humanos. Homenaje a Francisco Castillo González* (págs. 37-58). San José: Jurídica Continental.

BACIGALUPO, E. (1985). *Lineamientos de la Teoría del Delito.* San José : Juricentro.

Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales del Derecho Penal.* Buenos Aires: Hammurabi.

Borja, E. (2000). *Tendencias contemporáneas de la teoría jurídica del delito.* San José : Arete.

Borja, E. (2000). *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica.* San José : Arete.

Cadenas, H. (2016). La función del funcionalismo: una exploración conceptual. *Sociologías , 18*(41), 196-214. doi:https://doi.org/10.1590/15174522-018004107

Cancio Meliá, M. (2005). Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva. En M. Bolaños GOnzález, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 72-87). Merida: Universidad de los Andes.

Castillo González, F. (2008). *Las teorías de la acción.* San José: Juríica Continental.

Castillo, F. (1998). *El Consentimiento del Derechohabiente en materia penal.* San José: Juricentro.

Castillo, F. (2001). *El Error de Prohibición.* San José: Juritexto.

Castillo, F. (2004). *La Legítima Defensa.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (2010). *Derecho Penal Parte General. Tomo II.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (s.f.). Derecho Penal Parte General.

Chan Mora, G. (2021). ¿Para qué sirve la teoría del delito? *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica número 1 (32) (13) Año 1. RDCP-UCR. 2021*, 48-70.

Chan, G. (2012). *La culpabilidad penal.* San José: Investigaciones Juríicas.

Chirino Sánchez , A., & Salas Porras, R. (2004). *La Legítima Defensa.* San José: Investigaciones Jurídicas.

Chirino Sánchez, A., & El Khoury Jacob, H. I. (1991). *Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal.* San José: ILANUD.

Cuesta Aguado, P. (2006). *Tipicidad e Imputación Objetiva* (Primera Edición ed.). Garibaldi, Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

González Lillo, D. (2022). Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente. En V. Gómez Martín , C. Bolea Bardón, J. Gallego Soler, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo.* Madrid: BOE.

Harbotle, F. (2012). *Imputabilidad disminuida. Hacia una redefinición de la imputabilidad e inimputabilidad. .* San José: Juritexto.

Jakobs, G. (1996). *Fundamentos del Derecho Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en un Derecho penal funcional.* (M. Cancio Meliá, & B. Feijóo Sánchez, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial POns.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Segunda, corregida ed.). (J. Cuello Contreras, & J. Serrano González de Muirillo, Trads.) Madrid, España: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997). *La Imputación Objetiva en Derecho Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Jakobs, G. (2004). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de las normas?* (Primera Reimpresión ed.). (M. Cancio Meliá, Trad.) Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Luzón Peña, D.-M. (2013). Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. *InDret*. Obtenido de www.indret.com

Martínez-Buján Pérez, C. (25 de noviembre de 1999). https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/LA%20CONCEPCION%20SIGNIFICATIVA%20MARTIN. *RECPC*. Recuperado el 23 de 08 de 2022, de https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/LA%20CONCEPCION%20SIGNIFICATIVA%20MARTIN

Martínez-Buján Pérez, C. (2022). El principio de culpabilidad y su fundamento. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J. Gallego Soler, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (págs. 713-724). Madrid: BOE.

Maurach, R. (1994). *Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: Astrea.

Mir Puig, S. (2005). Límites del normativismo en Derecho Penal. En M. (. Bolaños González, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 27-70). Merida: Universidad de los Andes.

Mir Puig, S. (2005). Límites del Normativismo en Derecho penal. En M. (. Bolaños González, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 27-70). Mérida: Universiad de los Andes.

Montano, P. J. (2017). La objeción de conciencia como causa de justificación. *Revista de Derecho, (I-2017)*(15), 113-142.

Muñoz Conde, F. (2013). *Teoría General del Delito* (Tercera ed.). Bogotá: Temis.

MUÑOZ CONDE, F. (2013). *Teoría General del Delito.* Bogotá: Temis.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2000). *Derecho Penal Parte General* (Cuarta Edición, revisada y puesta al día ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanc.

Radbruch, G. (2005). El delincuente por convicción. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología, 07 - r4 - .*

Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal.* Buenos Aires: Ah Hoc.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito.* Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito.* Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. FUndamentos de la Estructura de la Teoría del Delito* (Primera Edición ed.). (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Rusconi, M. (2008). *El Funcionamiento de las causas de justificación. Sobre lo objetivo y subjetivo de las normas permisivas. .* Buenos Aires: Ad-Hoc.

Salas, M. (2010). LA acción en el derecho penal: crítica de un dogma y sus vicios argumentativos. En J. Llobet Rodríguez, D. Durán Chavarría, & (Compiladores), *Política Criminal en el Estado Social de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes* (págs. 339-354). San José: Jurídica Continental.

Schünemann, B. (2018). La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo general del Derecho Penal. En D. M. Luzon-Peña, *LIbro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa* (págs. 31-47). Lima: Fundación Internacional de Ciencias Penales.

Silva Sánchez, J. M. (2022). ¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en el Derecho penal. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J.-I. Gallego Sole, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirantu Corcoy Bidasolo* (págs. 921-932). Madrid: BOE.

Tavares, J. (1983). *Teorías del delito.* Buenos Aires: Hammurabi.

UNAM, I. (2013). Origen Histórico de la Imputación Objetiva. *Instituto e Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

Urruela, A. (2004). *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica.* Granada: Comares.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General.* Bogotá: Comlibros.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General.* Bogotá: COMLIBROS.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (Cuarta ed.). Bogotá: Comlibros.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General.* Bogotá: COLIBROS.

Vives Antón, T. (2011). *Fundamentos del Sistema Penal. Acción significativa y Derechos constitucionales.* Valencia: Tirant lo Blanch.

2.8 EJERCICIOS FORMATIVOS

1. Describa de manera resumida las definiciones para cada una de las teorías de la acción analizadas en este capítulo:

a. Acción

b. Tipicidad

c. Antijuridicidad

d. Culpabilidad

2. Explique las principales diferencias entre la tesis de la acción de Roxín y la de Jakobs en la conceptualización de la acción.

3. Explique los casos que se consideran como ausencia de acción penalmente relevante y dé un ejemplo de cada uno de ellos.

4. Explique los siguientes términos:

a. Fuerza *vis* absoluta

b. Fuerza *vis* compulsiva

c. Fuerza mayor

d. Caso fortuito

Estos ejercicios son formativos para su repaso y análisis personal. Por lo tanto, no tienen porcentaje de evaluación, ni deberá remitirlos a la persona facilitadora. Sin embargo, su análisis y respuesta le permitirán un mayor estudio y comprensión del tema abordado.

TEMA 3. TIPO Y TIPICIDAD

3.1 INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del proceso formativo de la teoría del delito desarrollado mediante charlas dirigidas a la comunidad judicial por parte de la Escuela Judicial, el juez Alberto García Chaves expuso el tema La *tipicidad*. Su visión acerca de la tipicidad es la siguiente:

Resulta de vital importancia, en el estudio de la teoría del delito, establecer bases sólidas desde su primer estadio (tipicidad); ello con la finalidad de permitir a la persona operadora del Derecho (y específicamente de la teoría recién mencionada) valorar la situación fáctica concreta sometida a su conocimiento de la mejor forma posible, y en respecto de los axiomas fundamentales que rigen en la aplicación del poder punitivo del Estado.

Así, un correcto estudio y comprensión de esta primera fase de la teoría del delito, permitirá que ciertas acciones humanas investigadas en un proceso penal, no avancen a las etapas posteriores de la teoría señalada (por ser atípicas, y no solamente por cuestiones de índole procesal), o que, las que sí sean típicas, cuenten con un estudio detallado y correcto del porqué de ello; situaciones ambas que tendrán como necesaria consecuencia, la mejora en la calidad del sistema penal.

Debe recordarse que el principio de tipicidad penal -recogido en el numeral primero del Código Penal y en el 39 constitucional-, garantiza a las personas que no podrán ser perseguidas penalmente por una acción que no haya sido previamente definida como delito en forma clara y precisa en una ley, y que el tipo hace referencia a la descripción hecha por la ley penal del comportamiento humano socialmente relevante y prohibido (acción u omisión), en su fase subjetiva y objetiva; descripción que debe ser precisa en sus circunstancias.

Por su parte, la tipicidad es la coincidencia de una conducta concreta, real, con el esquema abstracto contenido en el tipo penal y, tipicidad es una característica o cualidad de la conducta que la hace adecuarse, subsumirse al tipo. Derivado de ello, el tipo garantía se vincula con el principio de la legalidad y presupone la comprensión de todos los elementos requeridos para la imposición de pena.

Aunado a ello es trascendental, como un elemento primario en el estudio que se pretende, tener en consideración que, en teoría, por medio de la tipicidad de una conducta, se protegen solamente bienes jurídicos fundamentales -intereses humanos relevantes-, por lo que solamente deberían ser consideradas acciones delictivas aquellas que afecten dichos bienes (lo cual supone la consideración del concepto personal de bien jurídico; los bienes jurídicos individuales y sociales). Luego de ello, ponderar si la acción humana es penalmente relevante y en ella se manifiesta la voluntad y finalidad del sujeto que la hizo por cuanto, en este primer análisis, sería posible considerar la ausencia o falta de acción penalmente relevante -atipicidad de la conducta, por existencia de fuerza irresistible, movimientos reflejos, inconsciencia, entre otros.

Por otra parte, debe estudiarse la tipicidad dolosa, considerando, en cada caso concreto, tanto la fase objetiva -tipo objetivo- como la subjetiva -tipo subjetivo-. Así, en la tipicidad objetiva es indispensable comprender la descripción realizada en el tipo concreto: sujeto activo y sujeto pasivo, acción -además del primer análisis arriba señalado-, el bien jurídico tutelado, situación de hecho -elementos descriptivos y normativos-, resultado -imputación objetiva- y nexo de causalidad. En cuanto a la tipicidad subjetiva, deberá quien aplica el derecho valorar la descripción típica, en cuanto a las exigencias volitivas y cognoscitivas que componen el dolo de cada tipo penal. En el estudio de la tipicidad dolosa no puede obviarse la ponderación sobre la existencia, o no, de causas de atipicidad de la conducta (ausencia de elementos objetivos, falta de acción penalmente relevante, no lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, entre otras), o de errores de tipo (ausencia del elemento subjetivo); ambas situaciones que afectan la tipicidad de una determinada acción.

Por otra parte, en el estudio de la tipicidad penal no debe obviarse o menospreciarse -como pareciera ocurrir en la práctica judicial-, la tipicidad culposa y cómo está compuesta en relación con la tipicidad objetiva culposa y tipicidad subjetiva culposa.

Solamente con el conocimiento adecuado y detallado de cada uno de los aspectos recién mencionados sobre la acción penalmente relevante y la tipicidad de esta, se podrá propiciar la aplicación correcta de la teoría del delito desde su inicio; evitando que se avance en ésta cuando no se cumplan con las exigencias y límites para la aplicación del poder punitivo del Estado -desde lo sustancial, y no solamente desde lo procedimental-.

Definitivamente, un inadecuado estudio de la tipicidad de la conducta investigada en un proceso penal, tendrá repercusiones negativas en las otras fases de la aplicación de la teoría del delito, aspecto que pone de manifiesto la vital importancia de asentar bases sólidas desde la tipicidad.

Tal y como fue expuesto por el juez García Chaves, solo el análisis detallado y adecuado de los elementos que componen los temas de tipicidad dolosa, culposa en sus componentes objetivos y subjetivos, hará posible enfrentar retos que plantea este elemento estructural de la teoría jurídica del delito, como los correspondientes a las causas de atipicidad, dentro de estas especialmente la del error de tipo, así como delimitar ante un caso concreto la culpa consciente del dolo eventual, entre otros.

3.2 ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO Y LA TIPICIDAD

La tipicidad como elemento estructural del delito surgió a comienzos del siglo XX con Beling, quien, junto con los elementos de la antijuridicidad y culpabilidad, estableció otro término al que se denominó *tabestan*, el supuesto de hecho, hecho delictivo concreto o cuerpo del delito[11], el cual no fue un término acuñado por Beling, pero lo desarrolló, considerándolo como la adecuación a una forma abstracta de conducta.

La discusión planteada acerca del contenido del tipo penal, como se pudo apreciar en el desarrollo temático anterior, dependerá, principalmente, de la posición teórica que se sostenga, ya sea

11 Tavarez, Juárez. (1983). Teorías el delito. Buenos Aires: Hammurabi, p. 21.

causalismo, neoclasicismo, finalismo, funcionalismo, etc.

En términos generales y, con aceptación, el tipo penal es la descripción que se realiza de la conducta prohibida en la ley.

Es importante tomar en consideración que, a pesar de lo indicado, el término "tipo", suele utilizarse para hacer referencia a otros aspectos, tales como:

- "Tipo de injusto" que es el conjunto de características de la acción antijurídica.
- "Tipo de culpabilidad" que expresa las características que fundamentan la culpabilidad.
- "Tipo de delito" que indica la conjunción de tipo de injusto más el tipo de culpabilidad.
- "Tipo permisivo" que alude a las causas de justificación.
- "Tipo complejo" que se utiliza para expresar la idea de que el tipo penal contiene elementos normativos, descriptivos, subjetivos, así como el dolo o la culpa.

Por su parte, el juicio de tipicidad se trata de una actividad valorativa de confrontar la conducta realizada con aquella que está descrita en el tipo penal, determinando su coincidencia o cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos requeridos por la ley en la descripción típica.

La tipicidad es la cualidad de una conducta de cumplir objetiva y subjetivamente con lo establecido por un tipo penal. Por ello, tal y como lo refiere Velásquez, la tipicidad es sinónimo de *adecuación típica*[12]. También puede decirse que se trata de la característica del comportamiento, de resultar conforme o ajustada con el tipo penal.

Recuerde

Tipo es la descripción de la conducta prohibida que se realiza en la ley.

Tipicidad es la cualidad de la conducta de cumplir objetiva y subjetivamente con lo descrito en el tipo penal.

3.2.1 Funciones del tipo penal

Al tipo penal se le atribuye tres funciones:

> *1.Función garantizadora: en el tanto el principio de legalidad que establece nullum crimen sine lege, tiene su materialización el tipo penal; se garantiza que será delito únicamente aquello que esté dispuesto en un tipo penal creado mediante ley.*
> *2.Función fundamentadora: el tipo es un indicio de antijuricidad de la acción o conducta.*
> *3.Función sistematizadora: permite ordenar o clasificar sistemáticamente los delitos a partir de sus características.* (Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 2009).

12 Velásquez, Velásquez, Fernando. (2009). Derecho penal. Parte general. Cuarta Edición. Bogotá: Comlibros, p. 555.

A las funciones anteriores podemos agregar otra que es referida por gran parte de la doctrina y es la función de motivación o también denominada de “prevención”. El tipo penal permite que las personas conozcan cuáles son las acciones prohibidas y pueden a partir de ello motivarse para su no realización al conocer las consecuencias dispuestas para su comisión. De esta forma, el tipo cumple con una función preventiva.

Los tipos penales están conformados por un supuesto de hecho que es la descripción de la conducta prohibida, y la consecuencia penal que es la sanción que se debe aplicar por realizar la conducta descrita en el supuesto de hecho.

Los tipos penales al menos deben contar con tres elementos:

- Descripción de la conducta: Acción u omisión (mediante la utilización de uno o más verbos).
- Bien jurídico tutelado: Puede estar expresamente descrito o derivarse de su interpretación.
- Sujeto activo: Puede ser la persona autora del delito.

Resulta imperioso realizar aquí una aclaración respecto a dos términos que aparecen con alguna regularidad en el desarrollo del tema de la tipicidad, los cuales corresponden a los llamados tipos penales abiertos y los tipos penales en blanco. Los primeros (abiertos) no realizan una descripción de la conducta prohibida; pero aportan los elementos necesarios para que la persona juzgadora pueda realizarla. En los tipos penales en blanco, se realiza una remisión a otra norma jurídica para completar el supuesto de hecho.

La Sala Tercera ha expuesto respecto a estas formas de tipos penales lo siguiente:

> *Por ello se conciben los denominados tipos abiertos que no individualizan totalmente la conducta punible, pero dan los elementos descriptivos y normativos para que los tribunales -a través de la hermenéutica- determinen si la conducta bajo su conocimiento tiene identidad con la previsión legal; y los tipos penales en blanco, que al igual que los abiertos no determinan totalmente la acción penal, pero brindan los elementos necesarios para individualizarla, concretamente remitiendo a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Extremar la creación de tipos abiertos al punto de generalizar de tal modo que sea posible encuadrar cualquier conducta en la prohibición penal, sería violatorio del principio de legalidad; pero la enunciación general de la 3-conducta prohibida dando las «pautas o reglas» para que el juez individualice la conducta en cada caso concreto, no atenta contra el principio nullum crimen sine lege. (Sobre el particular v. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «Manual de derecho penal. Parte general.», EDIAR, Buenos Aires, 1978, pp. 374-375.).[...]. Resolución n.° 570-F-93 de las 9:40 horas del 22 de octubre de 1993. Sala Tercera, voto 547-2000.*

A continuación, se desarrolla la conformación típica para los delitos dolosos, culposos, así también para la tipicidad omisiva, considerando los elementos que deben cumplirse en los ámbitos objetivo y subjetivo del tipo penal para el complimiento de la tipicidad.

RECUERDE

Las funciones del tipo penal son:

-garantizadora

- sistematizadora

- preventiva

3.3 ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA TIPICIDAD DOLOSA

3.3.1 Tipicidad objetiva

Existen tres elementos básicos que todo tipo penal en su parte objetiva contiene, los cuales son: la conducta que puede ser activa u omisiva; la persona autora y un bien jurídico que tutela.

3.3.1.1. Conducta

Los tipos penales describen conductas y, en ese sentido, las conductas aparecen descritas en forma de acciones o de omisiones. La tipicidad omisiva se verá más adelante.

En los tipos penales, el comportamiento es referido mediante la utilización de verbos rectores en los que se concreta la prohibición.

El tipo penal puede describir una conducta mediante la utilización de un único verbo rector (matar, sustraer, lesionar, etc.), o bien, puede hacerlo a través de varios verbos que pueden aparecer de forma acumulativa. En tanto, la acción puede cometerse mediante la realización de varias conductas, todas requeridas, o bien, pueden ser conductas alternativas.

3.3.1.1.1 Acción

Los tipos penales describen conductas de las personas, por lo que, tratándose de delitos dolosos, estos pueden estar referidos a un actuar –acción en sentido estricto- o a una omisión, lo que se determina a partir del verbo rector que puede establecerse en términos prohibitivos –prohibición de realizar una conducta- o bien de mandato, en tanto se exige un determinado comportamiento.

3.3.1.1.2 Resultado

Por resultado debe entenderse el efecto, o bien, las consecuencias que se muestran en el mundo, en el ámbito de lo físico (por ej. daños); fisiológico (por ej. muerte, lesiones, afectación de la salud); psicológico (pánico), etc. El resultado debe estar presente, evidentemente, en los delitos de resultado, porque en ellos se exigen precisamente su presencia, así como una vinculación entre este y la acción para establecer la acción como causa del resultado.

Tal y como lo ha sostenido Silva Sánchez:

> *Todo suceso que causa una lesión de un bien suele recibir una valoración social negativa, aun y cuando proceda de fenómenos naturales. Cuando el bien es objeto de protección jurídica, ello conduce a la desvaloración jurídica de las conductas que pueden causarlo. El resultado imputable objetivamente a una conducta jurídicamente desvalorada pasa entonces a recibir también una precisa desvaloración jurídica. […] El tipo, en cuanto descripción de la lesión del bien jurídico, no puede concebirse sin el resultado en el que se concreta la lesividad de la conducta. El resultado es un elemento del hecho típico que se cuenta entre los integrantes del supuesto de hecho de la norma de sanción.* (Silva Sánchez, 2022).

3.3.1.1.3 Nexo causal

La causalidad es la relación existente entre un comportamiento, ya sea activo u omisivo y las consecuencias que provoca; es decir, de manera un poco amplia, se trata de la relación de conexión existente entre la acción y el resultado, de manera que se pueda imputar aquel resultado a la conducta desplegada por la persona autora.

En este sentido, Muñoz Conde sostiene:

> *La relación de causalidad entre acción y resultado es, por tanto, el presupuesto de los delitos de resultado para exigir una responsabilidad por el resultado producido. De acuerdo con este principio, antes de imputar un resultado a una determinada acción es necesario establecer una relación de causalidad entre ambos (principio de causalidad).* (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General, 2000).

De conformidad con lo anterior, es importante recordar cuáles son las teorías que pretenden determinar la relación causal entre la acción y el resultado.

3.3.1.1.3.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones

Algunos atribuyen su formulación a Julius Glaser (1858), mientras que otros a Maximilian von Buri (1885). Se trata de una teoría de la causalidad estrictamente naturalista.

Esta teoría sostiene que todo antecedente necesario para la producción de un resultado debe tenerse como causa de este, sin que sea válido establecer niveles de incidencia entre las distintas causas concurrentes. Todas las condiciones necesarias son equivalentes y, por ello, todas son causas, lo que evidencia un criterio natural para establecer el nexo entre acción y resultado. Con la finalidad de establecer límites a la extensión de las causas, surgieron dos criterios:

1. Para valorar si una conducta es o no causa de un resultado, la fórmula utilizada es la *conditio sine qua non*, mediante la cual se realiza un ejercicio hipotético de supresión mental. Si suprimida la acción el resultado siempre se produciría, no existiría nexo causal, esa acción no sería causa del resultado; por el contrario, si se suprime y el resultado no se produce, será considerada causa de ese resultado.

Lo mismo sucede en el caso de las omisiones, solo que, en estos casos, no se trata de un ejercicio de supresión, sino de inclusión hipotética de una acción omitida y, en ese sentido, un comportamiento omisivo será causa del resultado, si se ha realizado la acción omitida, el resultado no se haya producido, y no será considerado causa, cuando, aun mediante la inclusión hipotética del comportamiento omitido, el resultado siempre se haya producido.

De esta forma, el criterio de *conditio sine qua non* establece que una acción –u omisión- es causa del resultado, cuando ese actuar no puede ser mentalmente suprimido sin que desaparezca el resultado, por lo que la acción es *conditio sine qua non* del resultado.

2. El segundo de los criterios utilizados como límite para la determinación de las causas de un resultado es la de la condición adecuada a las leyes, según Engisch (1931), quien consideró que era necesario establecer si las modificaciones en el mundo exterior relacionadas con la acción resultaban ser consecuencias vinculadas a la acción realizada de conformidad con las leyes de la naturaleza o leyes causales.

RECUERDE

La teoría de la equivalencia de las condiciones: todo antecedente necesario para la producción del resultado es causa de este.

Correctivos de la teoría:

- Fórmula *conditio sine qua non.*
- Condición adecuada a las leyes.

3.3.1.1.3.2. Teoría de la causalidad adecuada (o adecuación)

Esta teoría fue desarrollada por von Kries y luego por von Bar (1871). Según esta teoría, no toda condición es causa de un resultado, sino que, desde el punto de vista penal, únicamente será causa del resultado, aquella que, según la experiencia general, habitualmente produce el resultado.

Explica Muñoz Conde:

> *Una acción será adecuada para producir un resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría probablemente.* (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General, 2000).

En esta teoría, parece ser que se deja de lado el análisis causal para aplicar un criterio de valoración centrado en la experiencia general.

Sin embargo, a esta teoría fueron añadidos posteriormente dos criterios de limitación: la previsibilidad objetiva por Thon (1895) y la diligencia debida por Rümelin (1896).

En cuanto a la **previsibilidad objetiva como criterio limitador de la causalidad**, se ubica

hipotéticamente a una en la misma situación de aquella cuyo actuar se valora y, si el resultado no era posible preverlo, entonces se produciría de manera inevitable y, con ello, se excluiría la actuación como causa.

En cuanto al segundo, la **diligencia debida**, si la acción se realiza con diligencia debida, y el resultado se mantiene, entonces se excluye como causa de aquel.

RECUERDE

La teoría de la causalidad adecuada: será causa del resultado aquella que, por experiencia general o habitualidad, produce el resultado.

Correctivos:

- Previsibilidad objetiva
- Diligencia debida

3.3.1.1.3.3 Teoría de la relevancia o causalidad jurídicamente relevante

Su autor Mezger (1931) sostiene que no totas las causas intervinientes en la producción de un suceso son jurídicamente equivalentes, sino las que son relevantes. Se requiere entonces de un doble nexo, el primero es el nexo de causalidad que determina la causalidad mediante la teoría de la equivalencia, y el segundo es el de la relevancia jurídica que es normativo; es decir, la valoración acerca de si una causa es relevante o no para el derecho penal.

Si consideráramos como ejemplo que una persona conduce su vehículo por las calles de San José con estricto apego a las reglas del debido cuidado y, pese a ello, en un cruce, teniendo el semáforo a su favor para desplazarse, siguiendo así con una velocidad dentro de los límites establecidos al efecto, una persona que va tarde para su trabajo cruza la carretera, pese a no poder hacerlo por estar el semáforo en verde para el paso del tránsito vehicular y, producto de ello, el vehículo la impacta.

Según la teoría de la equivalencia de las condiciones, la conducción del vehículo es causa del resultado lesivo, por lo tanto, hay nexo causal entre acción y resultado.

Para la teoría de la adecuación, la conducción del vehículo no es causa para el resultado lesivo.

Para la teoría de la causa jurídicamente relevante, desde el punto de vista estrictamente causal, hay nexo entre la conducción del vehículo y el resultado, pero no es relevante para el derecho, por ende, no sería típica.

RECUERDE

La teoría de la causalidad jurídicamente relevante: para establecer la causa de un resultado, se requiere un doble nexo: un nexo de causalidad mediante la teoría de la equivalencia y un nexo jurídico mediante la valoración de la relevancia para el derecho penal.

3.3.1.1.3.4 Teoría de la imputación objetiva del resultado

Con la llegada de la imputación objetiva al derecho penal y su ubicación dentro de la estructura del delito, se establece una doble relación a nivel del nexo entre el comportamiento de la persona y el resultado causado. En primer término, se requerirá de un nexo causal o una relación de causalidad que establezca que el resultado es producto del actuar que se valora. En segundo lugar, debe existir un nexo jurídico, un vínculo normativo que determine que el resultado también se puede imputar objetiva y normativamente a la conducta realizada.

3.3.1.1.3.4.1 Elementos de la imputación objetiva del resultado

En la construcción de la imputación objetiva del resultado a la persona que actuó, deben considerarse tres elementos, todos de carácter normativo que resultan esenciales.

3.3.1.1.3.4.1.1 Creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico

La conducta realizada –y que es la que se juzga o valora- debe consistir en la realización de un riesgo no permitido jurídicamente relevante o típicamente relevante.

Un riesgo no permitido es aquel que supone un comportamiento que coloca un bien jurídico en una situación de peligro, y dicha situación de riesgo o peligro no se encuentre permitida, aceptada o tolerada por el derecho penal.

Se trata entonces de cumplir con una doble condición, que:

1- el comportamiento coloque en situación de riesgo o peligro un bien jurídico. **(creación del riesgo).**

2- esa situación de riesgo o peligro creada no sea permitida por el derecho penal, **(riesgo no permitido)**, ya que, de ser así, estaríamos dentro de lo que, al contrario, se denomina “riesgo permitido”.

1. Creación del riesgo:

Con la acción realizada se debe de crear o generar un riesgo, es decir, provocar un peligro, Para considerar si se está ante la generación de un riesgo, es importante valorar los siguientes supuestos:

a. Disminución del riesgo

Las conductas que realizan y modifican un curso causal lesivo que ya había sido puesto en marcha y que, por tanto, esa modificación del curso causal es de características positivas para la víctima, quedan excluidas de la imputación objetiva. En otras palabras, a las acciones que modifican la

causalidad disminuyendo el daño, no se les imputa el resultado, aun así, provocado, porque la norma no prohíbe acciones que se realizan para proteger o disminuir el riesgo para el bien jurídico.

b. Falta de riesgo o riesgo insignificante

Cuando quien actúa no altera un riesgo ya creado o lo hace en forma insignificante, a pesar de que se causó desde el punto de vista natural un resultado, no se le puede imputar objetivamente ese resultado.

c. Curso causal hipotético

Es importante considerar que, en el caso de quien actúa modificando la causalidad natural sin agravar la situación de la víctima, no hay imputación objetiva.

2. Riesgo no permitido

Para entender lo que es un riesgo no permitido, es primordial comprender qué es el riesgo permitido.

a. Riesgo permitido

En las sociedades modernas, el desarrollo de actividades involucran peligros, pero resultan necesarias para el desarrollo social y, en razón de ello, a esas actividades se les denomina riesgos permitidos, pues les es inherente la producción de peligros que son permitidos por la sociedad y, por ello, quedan fuera del ámbito de tutela del derecho penal, como el tránsito de vehículos, actividades deportivas riesgosas, etc.

Conforme con lo anterior, se excluye la imputación objetiva en aquellos casos en que las acciones provocan causalmente resultados dentro de los límites del riesgo permitido, porque se encuentran dentro del ámbito de tolerancia del riesgo permitido. Por tanto, se crean los peligros, pero no se imputan los resultados dentro de ese ámbito de tolerancia.

De igual forma, se excluye, por esta misma razón, la imputación objetiva en aquellos casos en que la conducta se desarrolla en cumplimiento de las normas y, aun así, el resultado se produce.

Tampoco sucede cuando la persona que actúa lo hace dentro del ámbito del riesgo permitido, y el resultado se produce en razón de cursos causales inesperados.

Se excluye así mismo la imputación objetiva, cuando la persona actuante lo hace confiando en que los demás realizarán su actividad también dentro de los límites del riesgo permitido

Por otra parte, no se pueden imputar objetivamente tampoco aquellos resultados que son producto de acciones realizadas por la persona dentro del riesgo permitido por medio de una tercera persona que con la que no actúa conjuntamente, salvo que, respecto a este último, posea una condición de garante.

Los riesgos derivados de actividades riesgosas de índole profesional o deportiva no configuran el nexo de imputación objetiva respecto a los resultados generados producto de la realización de tales riesgos.

El cuestionamiento que surge a este nivel es el de la determinación del ámbito de lo permitido en los riesgos. Para esto es necesario realizar un juicio normativo o de valoración objetiva, cuya característica esencial es que se trata de una valoración *ex ante* que considera necesariamente valores, fines propios de la sociedad en que se lleva a cabo, ponderando el riesgo con la utilidad social de ese tipo de conductas.

3.3.1.1.3.4.1.2 La realización del riesgo no permitido en el resultado

Una vez verificada la creación del riesgo y que este resulte no permitido, lo siguiente es analizar si ese riesgo no permitido se ha realizado en el resultado; es decir, se debe verificar que el resultado producido –o la tentativa- constituye la realización de aquel riesgo no permitido. Esto último es lo que permite que a la persona que actuó pueda imputársele jurídicamente como suyo el resultado.

Debe hacerse *ex post* esta valoración o juicio normativo que se hace para verificar la realización del riesgo en el resultado. Se excluye así la imputación objetiva en los siguientes casos:

1. Falta de realización del peligro

Sucede en aquellos casos en que, si bien se crea el riesgo, este no se realiza en el resultado, sino que este último es producto de la interrupción de otra cadena causal.

2. Falta de realización del riesgo no permitido

Se da cuando se realiza una acción de peligro, pero se encuentra dentro del ámbito del riesgo permitido, y cuando quien actúa lo hace infringiendo el deber rebasando el riesgo permitido que es causal para el resultado, pero el peligro de producción de ese resultado no se ha visto aumentado por superación o exceso.

3. Resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma

Son aquellos casos en que la persona actuante supera el riesgo permitido aumentando el peligro para el bien jurídico; pero no es uno de los peligros que trata de evitar la norma infringida.

4. Conducta alternativa conforme a derecho

Quien actúa de forma imprudente causa un resultado lesivo que no era evitable con una actuación alternativa conforme a derecho.

3.3.1.1.3.4.3.3 Resultado dentro del ámbito de protección de la norma

Es la verificación de que el resultado producido se encuentra dentro de aquellos prohibidos por la norma penal, o los que la norma pretendía evitar.

1. Autopuesta en peligro de la víctima

Si quien actúa lo hace contribuyendo en la realización de un comportamiento que lo coloca de forma intencionada en la situación de peligro, excluye la imputación objetiva.

2. Puesta en peligro de un tercero consentido

Sucede cuando se realiza una conducta que pone en riesgo a una persona que ha consentido en la creación de ese riesgo o peligro en su contra, lo que excluye la imputación objetiva.

3. Imputación del resultado a un ámbito de protección ajeno

Sucede cuando los resultados producidos se encuentran dentro de la esfera de atribución de otra persona, razón que excluye la imputación objetiva.

En el desarrollo jurisprudencial del tema, quien primero inició la discusión de la imputación objetiva con mayor profundidad fue el otrora Tribunal de Casación Penal de San José, el cual estableció criterios contundentes en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva. Un ejemplo claro es el siguiente extracto de su voto 521-2005:

> *En este sentido, menciona que en el voto 531-2005, del Tribunal de Casación Penal de San José, del 9 de junio de 2005, se analizó una situación similar y se decantó por absolver al imputado, siendo que transcribe el siguiente extracto jurisprudencial: "[…] La jurisprudencia se ha decantado por la teoría de la imputación objetiva y ha analizado figuras tales como la puesta en peligro de un tercero aceptado por éste, donde el sujeto no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia de riesgo… En estos supuestos, no necesariamente se produce la atipicidad de la conducta, pues para ellos deben concurrir ciertos requisitos, según se dijo en la sentencia referida, siguiendo para ello la tesis de Roxín: a) Es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida de quien realiza la puesta en peligro… b) La lesión debe ser consecuencia del riesgo asumido y no por otro distinto… c) Quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer de quien genera el riesgo […]".*

La Sala Tercera ha admitido la imputación objetiva del resultado como adecuada para establecer la causación de un resultado producto de una acción, ya sea una de tipo doloso o bien de una infracción al deber de cuidado. Así, señaló lo siguiente:

> *Es importante indicar, que la culpa se define como: "[…] la falta a un deber objetivo de cuidado que causa directamente un resultado dañoso previsible y evitable […]" (GOESSEL, Karl-Heinz. Dos estudios sobre la teoría del delito. TEMIS, Bogotá, 1984, p. 14. En igual sentido TERRAGNI, Marco Antonio. El delito culposo. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1984, p. 20). Frente a tal definición, los Jueces deben determinar en cada caso concreto, en qué consiste dicha falta al deber de cuidado, reflejada –generalmente– como imprudencia, negligencia o impericia; de igual manera debe existir un resultado lesivo que debió ser previsible y evitable y; un nexo de causalidad que permita constatar que dicho resultado en consecuencia directa de la falta al deber de cuidado, lo cual se hace a través de la teoría de la imputación objetiva. La jurisprudencia de esta Cámara, sobre este último punto ha indicado que: "…la "imputación objetiva" como método de examen de la causalidad, entendiendo*

por la misma no sólo la constatación del nexo causal, sino también de la existencia de tal citada intención o previsibilidad, en tanto las normas sólo prohíben resultados evitables (BACIGALUPO, Enrique. "Principios de Derecho Penal". Parte General, Akal, 2a. ed. Madrid, 1990, p.p. 121 ss; "Lineamiento de la Teoría del Delito", Juricentro, 2a. ed., San José, 1985, p. 42), y para ser evitables, deben ser previsibles […]". (Sala Tercera. Voto 273-98, de las 10:55 horas, del 13 de marzo de 1998). Sala Tercera, voto 947-2011.

Poco a poco, la teoría de la imputación objetiva se fue estableciendo con mayor contundencia en los fallos de la Sala de Casación penal, ya no únicamente en casos de asuntos culposos, ámbito en el que se dispuso de forma importante su aplicación, sino también a nivel de tipos dolosos, principalmente en delitos de resultado.

Sin embargo, el tema no ha resultado pacífico, pues existen posiciones contrarias a admitir que en nuestro sistema penal sea admisible la teoría de la imputación objetiva, o bien de algunos institutos de esta, como su exclusión ante la autopuesta en peligro de la víctima. Como ejemplo, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José expuso en su momento lo siguiente:

En tercer lugar, esta Cámara ha indicado en otras ocasiones y con diversas integraciones (no siempre por unanimidad o mayoría) que la autopuesta en peligro en Costa Rica no es aplicable sino hasta tanto se deroguen o declaren inconstitucionales disposiciones legales que impiden disponer de bienes jurídicos como la vida o la integridad física, las cuales permanecen vigentes. Así se dijo, primero como voto concurrente separado en el voto número 2008-549 (R. Chinchilla con votos separados concurrentes de A. Chirino y J. Arce) y luego por unanimidad, en el voto número 2008-1133 del antes denominado Tribunal de Casación Penal (R. Chinchilla, U. Zúñiga y E. Salinas): "Para definir cuándo se da el nexo causal entre una acción violatoria al deber de cuidado y el resultado, la dogmática penal ha hecho uso de diversas posturas teóricas, entre las que se encuentran la teoría de la equivalencia de las condiciones, ampliamente superada en la actualidad, pues remite a factores remotos como determinantes de ese nexo; la causalidad adecuada, la causalidad relevante y más recientemente criterios (para quienes le restan la condición de teoría) de imputación objetiva (cfr.: Castillo González, Francisco. Causalidad e imputación del resultado. Editorial Juritexto, 1ª edición, San José, 2003, pp. 89 ss.). Este Tribunal de Casación, con integraciones diversas a la actual, se ha pronunciado en distintas ocasiones avalando algunos de esos criterios de imputación objetiva, entre los que se encuentran el tema de la autoresponsabilidad que plantea el recurrente y sus derivados: autolesión o autopuesta en peligro como excluyente de esa imputación objetiva. Tal el caso de los votos Nº 122- F-99 (Llobet, Fernández, Ulises Zúñiga), Nº 2004-317 (Llobet, Fernández, Chinchilla Sandí) y Nº 2005-531 (Chinchilla Sandí, Dobles Ovares y Sojo Picado con voto salvado de éste), último de los cuales aceptó la posibilidad de que la conducta imprudente de la víctima exonerara, por completo, la responsabilidad penal del acusado: "[...] En el caso de la participación en una

"autopuesta en peligro", quien participa realiza una acción secundaria, dependiente o accesoria de la principal realizada por el sujeto que ejecuta su autopuesta en peligro. Esta construcción surge de ROXIN, donde expone que en los casos de la participación en una autopuesta en peligro, siempre resultará impune, pues la acción principal de autolesión es, a su vez, impune (ver, ROXIN, Derecho Penal […], cit., pp. 387-388; CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima…, cit., pp. 177-180). Parte ROXIN del análisis de la instigación o cooperación en el suicidio (v. gr.; A aconseja a B que atraviese un lago con hielo quebradizo. Si al hacerlo el temerario B, pero se da perfecta cuenta del peligro, encuentra la muerte, la consecuencia lógica es que A no tendría responsabilidad en los hechos, por su acción impune), donde el Derecho penal alemán presenta como principio impune la participación en el suicidio, sea en una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, por lo que no puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa (cfr., ROXIN, Derecho Penal […], cit. P. 387). Se exponen como ejemplos de la participación en la autopuesta en peligro -dolosa- de la víctima los siguientes; i) A y B llevaron a cabo una competición con motos, estando ambos bebidos, pero aún en estado de plena imputabilidad. Durante la carrera B sufrió un accidente mortal por su propia culpa, ii) A le entrega a B para su propio consumo heroína, cuya peligrosidad tienen clara ambos. B se inyecta la sustancia y muere por ello (ver, ROXIN, Derecho Penal […], cit., pp. 388- 389). En definitiva, cuando estamos ante el caso de la participación en una autopuesta en peligro siempre resulta impune la conducta, lo cual no es de efecto inmediato en el caso de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. En este último caso, estamos ante un sujeto que no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo (ver, ROXIN, Derecho Penal…, cit., p. 393). Como consecuencia de lo anterior, no en todos los casos la conducta resulta impune, sino que deben concurrir determinados requisitos: en primer lugar, es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro; en segundo lugar, que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido, y no de otro distinto; finalmente y en tercer lugar, quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo. Si se dan estos requisitos, el sujeto habrá "asumido el riesgo (ver, ROXIN, Derecho Penal…, cit., pp. 393; en igual sentido, CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima […], cit. P. 180). Podemos señala algunos ejemplos de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, veamos: i) Un pasajero quiere que un barquero le lleve por el río durante una tempestad. El barquero lo desaconseja, aludiendo a los peligros, pero el cliente insiste en su deseo, el barquero emprende el arriesgado intento, el bote vuelca y el pasajero se ahoga. ii) El acompañante conmina al conductor a que vaya a velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a una cita. A consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en el que resulta muerto el acompañante. iii) Un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le

acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta lesionado en un accidente causado por estado alcohólico del conductor (estos casos son expuestos por ROXIN, Derecho Penal…, cit., pp. 393-394). En todos estos casos estamos ante conductas que reúnen los requisitos antes citados, por lo que las mismas son impunes [...]" (las negritas son del original, el subrayado es suplido). No obstante, ***esa posición -en nuestro criterio- no resulta aplicable ni a este caso ni a otros en los que se alegue la ruptura del nexo causal ante el comportamiento de la víctima porque la misión del intérprete de las normas es partir de éstas y, en el caso costarricense (a diferencia del alemán citado en la resolución mencionada), de la relación de los artículos 115, 116 y 129 del Código Penal, así como de los artículos 45 y 46 del Código Civil, se desprende que para nuestro legislador no son disponibles los bienes jurídicos "vida", "salud" e "integridad física" salvo que, expresamente por ley así se autorice, lo que no sucede en tales hipótesis. De modo que, en casos en los que la culpa de la víctima concurra con una acción carente del deber de cuidado del agente, ello no enerva la tipicidad culposa tal y como lo refieren los mismos artículos 105, 117 y 128 del Código Penal al aludir al grado de culpa del agente y de la víctima como parámetros para, respectivamente, efectuar la fijación de las consecuencias civiles y penales.*** *Ergo, con independencia del criterio que sobre tales normas se pueda tener, es lo cierto que están vigentes y en tales casos, a pesar de la autopuesta en peligro, siempre subsistirá la imputación del resultado al agente que faltara al deber de cuidado (en sentido contrario, comentando legislación similar a la nuestra y citando en su apoyo diversa doctrina: CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia, José María Bosch editor, 2ª edición para América Latina, setiembre, 2001, pp. 65-69). Por ende, aún cuando se aceptara a título hipotético (porque, se insiste, no se encuentra acreditado en autos), que las ofendidas, pese a existir aceras, no caminaban por ellas, ello en nada afectaría la configuración del delito por el que se condenó al encartado sino, a lo sumo, la pena impuesta o su responsabilidad civil, las cuales se fijaron cerca de los extremos mínimos que correspondían. En virtud de lo expuesto, el motivo debe rechazarse." (Se suplen los destacados). En igual sentido del mismo órgano el voto 2009-1257 (R. Chinchilla, M. Porras e I. Estrada) y del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José los votos 2169-2012 (L. García, R. Chinchilla y E. Salinas), 541-2013 y 2080-2014 (R. Chinchilla, L. García y J. Campos).*Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto 1181-2019.

RECUERDE

La teoría de la imputación objetiva del resultado exige dos vinculaciones: Nexo causal ordinario

- Nexo entre el comportamiento y el resultado.

1. Nexo jurídico:
   - Creación de un riesgo no permitido.
   - Realización del riesgo no permitido en el resultado.
   - Resultado dentro el ámbito de protección de la norma.

3.3.1.2. Sujeto

En la descripción típica objetiva, hay siempre una referencia a la persona autora, también llamado este elemento como "sujeto activo", "autor o autora", "agente" que hace referencia a la persona que lleva a cabo la conducta. Los tipos penales describen este componente de manera general, como "aquel que", "aquella que", "quien", "el que", etc.

La descripción de la conducta también puede estar referida en el tipo penal a una persona en especial, con ciertas características o condiciones, pues existen tipos penales que describen conductas que únicamente pueden ser realizadas, no por cualquier persona, sino únicamente por aquella que cuente con una condición o calidad especial, tal es el caso de "padre", "madre", "ascendiente", descendiente", "persona funcionaria pública", "administradora", "cuidadora", etc. algunos tipos penales describen la necesaria autoría de más de una persona.

3.3.1.3. Bien jurídico

Para la doctrina mayoritaria, la función principal del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, y los tipos penales contienen las descripciones de conductas que afectan un bien jurídico, ya sea mediante lesión o puesta en peligro.

Debemos recordar que la finalidad del derecho penal es la protección exclusiva de bienes jurídicos, tutela que realiza mediante la elaboración de tipos penales que sancionan conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico.

El bien jurídico es además uno de los elementos esenciales de los tipos penales, por cuanto, tal y como lo ha indicado la Sala Constitucional en reiteradas ocasiones que se analizaron en los anteriores temas, todo tipo penal debe tutelar al menos un bien jurídico, pues al no hacerlo, no solo se violenta el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos y el de mínima intervención, sino también el principio de tipicidad penal como derivado del principio de legalidad.

3.3.1.4 Otros elementos

3.3.1.4.1 Medios

Los medios son los mecanismos, definidos en el tipo penal, mediante los cuales se lleva a cabo la conducta descrita, como, por ejemplo, cuando en los tipos penales, se indica que la acción se desarrolla mediante “arma de fuego” o “uso de violencia”, “medios de comunicación”, etc.

3.3.1.4.2 Momento

Es el límite temporal descrito en el tipo y únicamente puede cumplirse, si la conducta es realizada dentro de una temporalidad fijada, por ejemplo, el infanticidio se produce dentro de los tres días posteriores al nacimiento del hijo o de la hija.

3.3.1.4.3 Lugar

Corresponde con la exigencia típica de una ubicación especial específica donde se debe llevar a cabo la conducta; por ejemplo, en “centros educativos”, “cementerios”, etc.

3.3.2 Tipicidad subjetiva

La tipicidad subjetiva puede componerse mediante el dolo, la culpa o la preterintención, y de elementos subjetivos distintos al dolo. .

3.3.2.1 El dolo

El dolo está compuesto por dos elementos: conocimiento y voluntad.

Tal y como lo indica Velásquez (2009): *“Hay dolo cuando el agente realiza la conducta tipificada en la ley, con conocimiento de que lo hace y con voluntad de llevarlo a cabo, de donde se desprende que está conformado por dos momentos: uno intelectual, cognitivo o cognoscitivo y otro voluntario, voluntativo o volitivo”.*

En nuestro Código Penal, el artículo 31 indica lo siguiente:

> *Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado,*
>
> *así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.*

Resulta fácil de apreciar que el artículo hace referencia a un dolo que se sustenta en un “*querer*”, propiamente querer la realización del hecho tipificado, es decir, querer cumplir con las exigencias del tipo objetivo. Sin embargo, para querer hay que conocer, pues no se puede querer algo que se desconoce.

El conocimiento permite dirigir la voluntad hacia un resultado. Así, se encuentran presentes en nuestra definición legal de dolo un elemento volitivo y otro cognoscitivo. De igual forma, este guarismo hace referencia a dos clases de dolo: el dolo directo que implica la realización deseada

o querida del hecho que cumple con el tipo objetivo, así como un dolo eventual, caracterizado por desconocer la producción del resultado, pero previéndola, la acepta.

Ciertamente, en la actual doctrina penal, un sector aboga por la existencia de un dolo constituido únicamente por el elemento cognoscitivo, producto de la influencia de las tesis funcionalistas, para las cuales, la voluntad no juega ningún papel relevante en la determinación de este elemento.

3.3.2.1.1 Elementos del dolo

3.3.2.1.1.1 Elemento cognoscitivo

El conocimiento como elemento del dolo requiere la comprensión del conocimiento de las circunstancias del hecho, la previsibilidad y la causalidad, así como el resultado, entendiendo que la acción desplegada constituye un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico.

El conocimiento de las anteriores circunstancias debe ser efectivo, actual y no potencial.

Quien actúa debe tener conocimiento del aspecto objetivo del tipo penal que supone que abarca los elementos que lo componen, descriptivos o normativos. Tratándose de elementos normativos, el conocimiento que se exige es el de una persona promedio, no el de una persona especializada o un saber técnico.

El conocimiento debe incluir las características agravantes y atenuantes del tipo y los elementos subjetivos distintos del dolo.

El nivel de conocimiento que se exige para cumplir con el componente del dolo es un conocimiento actual que existe en el momento de la comisión del hecho, o bien, es actualizable, esto es, lo tiene disponible, lo posee, pero no lo tomó en consideración al momento de realización del hecho. El conocimiento potencial no es válido para tener por cumplida la exigencia del dolo.

Un sector de la doctrina considera que el elemento cognitivo del dolo debe abarcar el nexo causal y la relación de imputación objetiva del resultado. Sin embargo, otro sector considera que es extralimitar el conocimiento exigido a nivel de dolo. La Sala Tercera se ha pronunciado al efecto indicando lo siguiente:

> ***III.-*** *En los delitos de resultado material la causalidad es un elemento no escrito del tipo penal que debe ser comprendido por el dolo del autor. Si la producción de un resultado es parte del tipo, el dolo debe extenderse a su acaecimiento y además debe abarcar en sus rasgos esenciales el curso causal que conduce a la realización del resultado. Como señala el autor Francisco Castillo González: "El artículo 34 del Código Penal habla de "exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción", que tienen que ser conocidos por el agente para que él actúe dolosamente. Estas exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción, pueden ser cosas, acontecimientos o situaciones fácticas perceptibles por los sentidos y en tal caso hablamos de elementos descriptivos del tipo penal. Pero esas exigencias necesarias, para que el delito exista, según su descripción, no son solamente circunstancias fácticas en el sentido de las ciencias naturales sino también circunstancias fácticas en sentido*

social o normativo. En tal caso hablamos de elementos normativos del tipo penal. La relación causal es, en los delitos dolosos de resultado, un elemento normativo no escrito en el tipo. […] La relación de causalidad concreta -ella indica que una ley causal general se aplica a un caso concreto, de modo que la unión de una concreta acción del autor y un resultado típico concreto obedece a la existencia de esta ley causal general-, es objeto de dolo, en los delitos dolosos de resultado. De acuerdo con el artículo 34 Cód. Pen., la representación del autor en el momento de la acción debe referirse a aquellas circunstancias que establecen la causalidad entre acción y resultado." (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. ***Causalidad e imputación del resultado****. San José: Juritexto S.A., 2003, pp. 81-82). En igual sentido, Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend exponen: "[…] el autor debe prever que el resultado exigido por el tipo sucederá o podrá suceder, debiendo reconocer en sus rasgos esenciales la forma en la que su acción origina dicho resultado. El elemento volitivo del dolo consiste en la resolución dirigida a la realización de la acción típica y en la ejecución de tal decisión; en la intención […] también estriba en alcanzar el resultado."* (JESCHECK (Hans-Heinrich); WEIGEND (Thomas), ***Tratado de Derecho Penal, Parte General****. Granada: Comares, 2002, p. 315). A la luz de la doctrina mencionada se concluye que el autor debe conocer la relación causal, es decir, debe conocer que con su acción producirá un determinado resultado. La pregunta que surge es, ¿qué sucede en aquellos casos en donde el resultado típico se produce fuera del modo usual en que ocurren las cosas y de lo que conforme a las reglas de experiencia el sujeto activo podía prever, o en donde el resultado sobreviene por una circunstancia con relación a la cual el sujeto activo no tenía dominio alguno? Este análisis es el que la Sala echa de menos en la sentencia impugnada.* Sala Tercera. Voto 2006-000580.

De conformidad con lo expuesto, el conocimiento de la relación de causalidad es exigida para la configuración del dolo en delitos de resultado, al menos conociendo que la acción producirá "un resultado determinado".

Es importante indicar que el conocimiento también debe abarcar los elementos subjetivos del tipo penal distintos del dolo y la culpa, como son los *animus,* motivaciones o intenciones.

RECUERDE

El elemento cognitivo del dolo:

- Conocimiento actual o actualizable de:
  - elementos objetivos del tipo penal relación de causalidad.
  - elementos subjetivos del tipo.

Una discusión que ha surgido a partir de la admisión de la teoría de la imputación objetiva del resultado, que se dispone a nivel de tipicidad objetiva, es si es exigible para la configuración del dolo, que a nivel del elemento cognoscitivo se posea el conocimiento de la imputación objetiva, es decir, conocer acerca de la creación del riesgo no permitido, de la realización de ese riesgo no

permitido en el resultado y de que el resultado provocado sea de los que pretende proteger la norma. Para algún sector de la doctrina, forma parte de las exigencias necesarias que se conozca del nexo de imputación objetiva del resultado, para otros, es suficiente con que se conozcan los elementos básicos de la relación causal. El escoger una u otra posición puede traer efectos importantes, por ejemplo en los casos de error de tipo y de si es posible que exista un error de tipo sobre estos elementos de la imputación objetiva.

3.3.2.1.1.2 Elemento volitivo

Es la voluntad de desarrollar la conducta con el conocimiento de los elementos objetivos. Para las posiciones doctrinarias que mantienen este elemento volitivo como elemento fundamental del dolo, no basta con el conocimiento en el autor del hecho de los requerimientos objetivos de la conducta, o la previsión del hecho, sino además es indispensable que se decida a realizar la conducta así tipificada, por lo que constituye una especie de segundo momento. No se trata de un simple querer o pretender, sino que es necesario que decida realizar la acción. Es la voluntad de cometer el hecho.

En un voto reciente, 1612-2020, la Sala Tercera abordó el tema del dolo y sus componentes de la siguiente manera:

> *V.- [...] Para determinar la corrección del razonamiento del Tribunal de Apelación de Sentencia, resulta necesario hacer referencia a los alcances del dolo y con base en los hechos probados de la sentencia de primera instancia, valorar la decisión del ad quem para el caso concreto.* ***1) El dolo.*** *Conforme a la estructura tripartita de la teoría del delito cuyo origen puede remontarse hasta Beling, para la configuración del delito se requiere de una acción típica, antijurídica y culpable. En relación con el primer estrato de la teoría del delito, debe considerarse que la tipicidad, hace referencia a la descripción de una conducta a través de delito o tipo penal, previsión que funge como garantía frente a sanciones arbitrarias, pero que además, cumple una función seleccionadora de comportamientos en el tanto el derecho penal, es concebido como un orden discontinuo de ilicitudes y cumple una función motivadora general, al constituirse como un mecanismo orientador del comportamiento. El asidero del principio señalado supra, se cimenta en el principio de legalidad criminal previsto en el artículo 1 del Código Penal, ordinal que encuentra su correlato en el adagio nullum crime sine lege y que a su vez, se respalda en el artículo 39 de la Constitución Política, donde se dispone:"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". Desde esta óptica, es posible identificar los tipos penales como aquellas descripciones de las conductas previstas en la normativa especial, compuestas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica de carácter penal. En este orden de ideas, la dogmática ha señalado: "La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el tipo. Tipo es, por tanto, la descripción de la*

conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal" (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. ***Derecho Penal. Parte General****. Tirant lo Blanch, octava edición, 2010, Valencia, Esp. pág. 252). Si se analiza con detenimiento la construcción de los tipos penales, tomando como referencia las disposiciones de la parte general de la normativa sustantiva, es posible concluir que su estructura se compone por elementos objetivos y elementos subjetivos: el primero, comprende la descripción de la conducta prevista en el tipo penal mediante elementos normativos o descriptivos o lo que es lo mismo, la cara externa del tipo (SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia; ROJAS CHACÓN, Jose Alberto.* ***Derecho Penal. Aspectos teóricos y prácticos.*** *Editorial Juricentro, primera edición, San José, C.R., 2009, pág. 185); mientras el segundo, es la cara interna del delito, aquello que tiene lugar en la psiquis del sujeto en relación con la acción u omisión, aspecto sobre el que de seguido se detalla y en el que se hará énfasis, por ser punto medular de las impugnaciones presentadas por el casacionista. En este orden de ideas, según las exigencias previstas en el artículo 30 del Código Penal, para que exista tipicidad de la conducta, no basta con cumplir con los elementos objetivos del tipo penal, sino que resulta condición necesaria que la conducta sea cometida mediante dolo, culpa o preterintención. Este mismo cuerpo normativo, establece en el ordinal 31: "Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible". Desde esta óptica y tomando como referencia la disposición legal, es posible definir el dolo como el conocimiento efectivo (elemento cognitivo) y la voluntad (elemento volitivo) de realizar los elementos objetivos del tipo penal. En relación con el elemento cognitivo del dolo, resulta imprescindible advertir que el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal debe ser actual y no potencial, por lo que en caso de duda sobre dicho conocimiento, en aplicación del principio indubio pro reo, lo procedente es el dictado de la sentencia absolutoria. Dicha conclusión, se afinca a partir de una interpretación a contrario sensu, de las conclusiones que se derivan de la aplicación del error de tipo previsto en el artículo 34 del Código Penal, donde se excluye el dolo, precisamente cuando existe un desconocimiento (elemento cognitivo) de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción, es decir, si el error recae sobre el conocimiento de algunos de los elementos del tipo penal objetivo. Sobre el particular, la doctrina indica: "Una corriente doctrinal, que podemos considerar dominante, rechaza la tesis de la "coconciencia" y del "pensamiento material" y parte del principio de que* ***todos los elementos del tipo objetivo deben ser abarcados por el dolo como conocimiento actual****. Para esta posición, que nosotros seguimos, no se suponen elementos del tipo conocidos y automáticamente abarcados por el dolo, sino que* ***el conocimiento de cada uno de ellos debe ser probado*** *y determinado conforme a elementos probatorios (indicios) objetivos por el juez. Si el juez llega al convencimiento de que el agente no conoció un elemento objetivo, debe declarar la existencia de un error de tipo.* ***En el caso de que el juez no pueda arribar a establecer positivamente el conocimiento actual de determinado elemento objetivo del tipo objetivo, debe absolverse al imputado conforme al principio "indubio pro reo".*** *Creo que esta es la tesis correcta, pues de acuerdo al artículo 34 del código penal, a contrario, el acusado debe conocer las circunstancias fácticas descritas en el tipo penal" (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco.* ***Derecho penal: parte general.*** *Editorial Jurídico Continental, San José, C.R, 2008, pág. 539, subrayado no corresponde al original). Por*

último, deviene en necesario precisar en relación con el elemento volitivo del dolo que éste puede manifestarse de tres maneras: como dolo directo de primer grado, donde el sujeto quiere la producción del resultado; como dolo directo de segundo de segundo grado, en donde el sujeto acepta como consecuencia necesaria de su accionar la producción del resultado; y como dolo eventual o indirecto, donde el sujeto aunque no quiere resultado, lo admite como posible. Sobre los distintos tipos de dolo, la dogmática informa: "Según su aspecto volitivo (o conativo) el dolo se distingue tradicionalmente en (a) dolo directo de primer grado; (b) dolo directo de segundo grado y (c) dolo eventual. En el dolo directo de primer grado la voluntad abarca la producción del resultado típico como fin en sí; de allí que también sea gráfica su denominación como dolo inmediato (disparar seis balazos contra una persona para matarla). En el dolo directo de segundo grado o mediato, el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos, que deben ser abarcados por la voluntad tanto como el fin mismo: el ejemplo clásico es la bomba colocada en un avión para matar a un pasajero y cobrar su seguro, respecto de las muertes de los otros pasajeros y de la tripulación. De allí que también se lo haya llamado dolo de consecuencias necesarias. Distinto es el caso en que, pese a querer los medios, el resultado sólo sea tomado en cuenta como posible: esta hipótesis es la que da lugar al dolo indirecto, eventual o condicionado". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SOLKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. ***Manual de Derecho Penal. Parte General.*** Ediar, segunda edición, 2006, Buenos Aires, Arg. 2014, pág. 405-406).

3.3.2.1.2. Clases de dolo

3.3.2.1.2.1 Dolo directo (también llamado intención, intencional, de primer grado o inmediato)

El dolo directo –*dolus directus*- se presenta cuando la realización del tipo objetivo es querida de manera directa por la voluntad de la persona. Se quiere la realización del tipo objetivo porque se conoce el mismo. Si bien es exigido el conocimiento, la voluntad de realización de hecho adquiere mayor relevancia.

3.3.2.1.2.2 Dolo directo de segundo grado (también llamado indirecto, mediato o de consecuencias necesarias)

La realización del tipo objetivo querido produce necesariamente consecuencias que son advertidas y aceptadas por quien actúa. Se considera que la relevancia es adquirida por el elemento cognoscitivo sobre el volitivo. Lo anterior por cuanto en esta forma de dolo, se entiende que hay seguridad o certeza acerca de la realización del hecho y de las consecuencias necesarias del mismo, las que, si bien no son intencionadas directamente, sí son aceptadas.

3.3.2.1.2.3 Dolo eventual

Quien actúa lo hace asumiendo la probabilidad de que se realice el tipo penal, a pesar de lo cual, actúa para obtener la finalidad perseguida. Con ello, quien actúa no está seguro de la realización del resultado, pero sabe que es probable que así sea, por lo que deja que la acción transcurra y, si se produce el resultado que había previsto como probable, acepta las consecuencias, es decir,

esos resultados.

Se considera que es la clase mínima de dolo, es decir, para que una acción sea dolosa, salvo que se exija específicamente por parte del tipo penal alguna en específico, se exigirá al menos que la conducta haya sido realizada con dolo eventual.

En cuanto a las clases de dolo, la Sala Tercera ha considerado lo siguiente:

> *VIII. […] Esta Sala es del criterio que no es necesario recurrir a complicadas elaboraciones doctrinales para resolver este caso, pues nuestro Código Penal contiene todos los elementos que permiten dotar de contenido –ahora sí, con apoyo doctrinario- al concepto de dolo, del que nuestro Código sí da una definición. En primer lugar, señala el artículo 30 que nadie podrá ser sancionado por un hecho típico, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención. En cuanto al dolo, se define "Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible […]". El acento de esta definición está puesto en el elemento subjetivo del dolo: el querer la realización del hecho típico o el aceptar como posible su realización y aún así, desarrollar la conducta. Para querer o aceptar hay que, desde luego, conocer la conducta tipificada (la tipicidad objetiva) es decir, tener conocimiento, que es el elemento intelectivo del dolo. Y luego, aceptar que la conducta puede desarrollarlos, con las consecuencias (resultado) previsto y aún así continuar, aceptando que esas consecuencias pueden producirse. En el dolo eventual, al igual que en dolo directo, existen dos elementos: el cognitivo o de conocimiento (previsión) y el volitivo (aceptación). No basta señalar que, en las condiciones en que actuó la persona "debió" haber aceptado la producción del resultado o que "debió" representarse esa posibilidad, sino que es necesario que la haya previsto y aceptado como posible, en una representación real y no probable, lo que, además, debe probarse en cada caso concreto y no asumirse o darse por sentado. El dolo eventual comparte con la culpa conciente la conciencia de la persona que actúa, respecto de la peligrosidad de la conducta y la posible realización del resultado típico. Se diferencian en que en la culpa conciente, a nivel del elemento volitivo, la persona piensa que tal resultado no se producirá, porque (antijurídicamente) considera que las probabilidades son escasas, que controlará la situación, etc. y por ende no acepta la posible realización del hecho típico; en el caso del dolo eventual ese elemento volitivo se convierte en una aceptación de que se produzca ese resultado y no se convierte en un elemento disuasivo sino que la persona prosigue con su conducta aceptando que tal resultado puede producirse. Por eso se habla de que el dolo eventual tiene un elemento cognitivo y volitivo "disminuidos" en comparación con el dolo directo, pero siempre están presentes.*

Sin embargo, para considerar cuándo se está ante un dolo eventual, han existido históricamente propuestas o teorías.

3.3.2.1.2.3.1 Teorías para diferenciar el dolo eventual de la culpa con representación

Estas teorías surgen precisamente para establecer una diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación, ya que, como resulta claro, tanto en la culpa consciente como en el dolo eventual, la persona actuante se representa la producción del resultado, pero, ni quien actúa con dolo, ni quien lo hace por culpa desean o quieren que ello ocurra. Es por ello que fijar el límite entre una y otra forma de actuación ha sido planteado desde diversas tesis, y las principales se mencionan a continuación.

1. **Teorías de la voluntad, del consentimiento o de la aprobación**

Explican que se está ante un dolo eventual cuando la persona que actúa aprueba la posible realización del tipo y la acepta conscientemente, conociendo o considerando como posible la realización del tipo. Es decir, la diferencia entre esta forma de dolo y culpa está en que en el dolo eventual quien actúa lo hace aprobando o consintiendo con la posibilidad de que con su conducta se produzca el resultado.

En esta tesis, si bien se evidencia la presencia de un elemento volitivo (aprobar, aceptar), también existe del elemento cognoscitivo (considerar), aunque el énfasis se asienta en el elemento volitivo, y es este elemento el que lo diferencia de la culpa consciente o con representación.

2. **Teorías de la representación**

Sostienen que el dolo eventual se presenta cuando quien actúa representa la eventual realización del tipo penal como probable. Estas teorías colocan el énfasis en el elemento cognoscitivo dolo, señalando que es el único elemento a partir del cual se puede diferenciar el dolo eventual de la culpa con representación.

Una variante de esta tesis es la teoría de la probabilidad que determina lo decisivo en el grado de probabilidad del resultado que es advertido por la persona actuante. Se está ante el dolo eventual cuando quien actúa lo hace advirtiendo una alta probabilidad de que el resultado se produce, y la culpa consciente cuando determinó esa probabilidad como lejana o poco probable.

3. **Teorías mixtas o eclécticas**

Consideran que el dolo eventual surge cuando la persona actuante ha representado la realización posible del tipo y se ha conformado con ella.

Combinan la consciencia de la peligrosidad de la conducta, es decir, la representación de esta con un elemento volitivo.

Algunos autores hablan de “tomar en serio” la posibilidad de que, con su conducta, se realicen los hechos que constituyen la infracción penal, y “se conforme” con esa posibilidad. De esta forma, la culpa consciente o con representación se dará cuando la persona que actúa lo hace planteándose la posibilidad de que, con su conducta, se produzcan los hechos, pero confía en que no se producirán.

Como se vio, nuestro Código Penal establece que actúa con dolo quien acepta la realización del

hecho tipificado, previendo esa realización como posible. Es decir, quien actúa lo hace sin querer la realización del hecho, pero prevé como posible que sucedan, y las acepta. Es decir, aprueba la posible realización del tipo y la acepta conscientemente, conociendo o considerando como posible la realización del tipo.

Parece entonces que nuestra ley penal sigue la teoría de la voluntad para el dolo eventual y, por ende, será a partir de esa voluntad, consentimiento o aprobación, de la producción del resultado que se ha representado como posible, cuando se fija el límite con la culpa con representación.

Respecto al límite entre la culpa consciente y el dolo eventual, en su voto 242-2010, la Sala Tercera señaló lo siguiente[13]:

> *XI. En cuanto al dolo eventual y la culpa consciente. El Tribunal […] considera que en este caso, por las condiciones en que el acusado primero acometió contra los oficiales de policía y luego, emprendió su huida , debió representarse la posibilidad de producir, en su alocada carrera a velocidad por una zona urbana, las lesiones o la muerte de alguna persona o personas, mostró una irresponsable indiferencia a que ello se produjera y por ello, concluye que interiormente aceptó ese resultado , aún cuando no lo deseara. Utiliza para tales conclusiones, fundamentalmente , la teoría de la probabilidad (o de la representación), que pone su acento en el aspecto intelectivo del dolo, aunque pretende atenuarlo con la teoría del consentimiento (que es la única que sigue nuestro legislador), destacando que ante tales evidencias objetivas (conducir a exceso de velocidad, en huida, por una zona urbana e irrespetando luces rojas de semáforo) el acusado "debió" preveer el resultado y por ello, afirma que lo hizo. Aquí la mayoría de la Sala debe advertir que no es suficiente con que se analice objetivamente lo que el acusado "debió" conocer o aceptar, sino que debe demostrarse y analizarse qué fue lo que quiso y cómo desarrollo ese comportamiento. Es claro que en el dolo eventual el elemento volitivo es de "menor intensidad" y esta realidad es lo que ha motivado largamente la discusión respecto a su verdadera categoría como dolo, precisamente porque se discute que no se puede querer un resultado que no se sabe si se producirá o no y por ello muchos autores incluso enfatizan únicamente en el elemento intelectivo, en especial en lo que se refiere al dolo eventual, negando cualquier referencia subjetiva. Hay algunas posiciones que se centran en el elemento intelectivo, sin negar el volitivo, pero lo entienden ínsito en el conocimiento del riesgo por parte del sujeto activo. Esta posición es sostenida, en nuestro medio, por ejemplo , por el profesor Francisco Castillo González en su obra El dolo. Su estructura y manifestaciones, San José, Editorial Juritexto, 1era. Edición, 1999. pp. 160-161 , aunque el mismo autor señala que la adopción del criterio de la aceptación del resultado, como nota definitoria del elemento volitivo del dolo eventual, se justifica en la necesidad de separar la culpa consciente del dolo eventual (cfr. p. 164) y que "la posición que defendemos solamente es posible si se modifican los artículos 31 y 48 del Código Penal, para suprimir de la definición de dolo, el elemento 'aceptación' del resultado […]" íbid , p. 164. Nuestro Código Penal , por la definición del legislador , adoptó la llamada teoría del consentimiento , para*

13 Se trata de una resolución muy amplia. Este trabajo no tiene como finalidad la trascripción exagerada de juris-prudencia, sino que, mediante la jurisprudencia, se logre visualizar la incorporación y aplicación de criterios teóricos de la teoría del delito en la solución de los casos. Evidentemente, esto trae consigo la aceptación de alguna teoría sobre otras. Sin embargo, en este caso, a pesar de lo amplio del voto de mayoría, he decidido incorporarla in extenso, en razón del abordaje que realiza de temas de tipicidad dolosa, culposa y diferencia entre dolo eventual y culpa con representación.

definir el dolo eventual: no basta que el agente se haya representado la posibilidad de realización del tipo (conocimiento de la creación del riesgo inherente a su conducta) sino que haya aceptado, al menos como posible , que esa realización del tipo se de y aún así continua actuando, aunque no desee (intención) que éste se presente. Para la mayoría de la Sala, en consecuencia, no es suficiente que se indique que existió indiferencia a la producción del resultado típico, ésta no implica necesariamente que se haya aceptado esa posibilidad, sino que es necesaria esa aceptación, que es valorable en atención a la conducta desarrollada, el contexto de los hechos, según las reglas de la sana crítica Tampoco es suficiente que se analice que objetivamente el acusado en efecto, por la conducta desarrollada y sus conocimiento, tenía conciencia del riesgo (peligrosidad concreta) de su conducta, para extraer de ello una "presunción" de aceptación, porque ello es sin más negar el elemento volitivo, exigido por nuestro legislador. Este elemento volitivo es de difícil determinación, sobre todo en casos límite, pero debe ser explicado , debidamente motivado (no supuesto). Esto significa que no basta con que objetivamente se establezca el riesgo concreto que la conducta desarrollada representó, por la existencia de un juicio de peligrosidad ex ante, para lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos, que debía conocer el agente y que debía impedir su realización o abstenerse de realizar la conducta, sino que el sujeto debe haber reconocido efectivamente esa concreta peligrosidad (no la simple peligrosidad) de su conducta y haber asumido como concretamente posible la realización del tipo (la concreción del riesgo o la producción del resultado lesivo) y continuar adelante pese a ello. *"El riesgo de poner en peligro, como comienzo del riesgo de lesión, marca el límite inferior del riesgo penalmente relevante. Sin riesgo de resultado lesivo no se puede calificar una acción como de puesta en peligro. Cosa distinta es que el autor abarque o no con su conciencia esa virtualidad lesiva o confíe en no producir el resultado. Pero ello corresponde al plano subjetivo y no al objetivo y ambos no deben confudirse […]" Rodríguez Montañés, Teresa. Delitos de peligro, dolo e imprudencia , Madrid, Gráficas Arias Montano S.A., 1994. p. 89. La ponderación de todos estos aspectos subjetivos, debe hacerse partiendo, como se indicó, de un análisis ex ante de la conducta realizada. Y en este caso, con la clarificación hecha, debe señalarse que es la conducta que desarrolló P. al conducir luego del percance y emprender la huída, la que debe estudiarse para valorar cómo debe calificarse jurídicamente. "Siendo , el objeto del dolo, el riesgo propio de la conducta y exigiendo el conocimiento de ese riesgo típicamente relevante, se deduce , de forma inmediata, la afirmación de que el sujeto ha previsto el resultado. El resultado previsible está implícito en el riesgo producido por el autor: el conocimiento propio del hecho doloso comprende la 'previsibilidad individual del resultado'. En la culpa consciente, junto a la previsibilidad del resultado por el agente , se ha de constatar la exclusión , en su conciencia, de la efectiva realización. La determinación de la existencia del dolo, ha de considerarse ex ante , en el momento en que se desarrolla la conducta del sujeto, siendo irrelevante un dolo antecedente o subsiguiente. El dolo es pues, el conocimiento, ex ante , por el autor del efectivo riesgo concurrente en su conducta. Concluimos en que la creación de un riesgo típicamente relevante, examinado ex ante y comprendiendo por el aspecto subjetivo: dolo o infracción del deber sujetivo de cuidado, es el contenido del injusto típico doloso e imprudente, respectivamente" Corcoy Bidasolo , Mirentxu. El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Buenos Aires, Julio César Baira, editor , ediciones IB f , segunda edición actualizada, reimpresión, 2008. 623 p. p. 256. La distinción dogmática entre dolo y culpa consciente no es un asunto definido por la doctrina y muchas de las posiciones*

doctrinarias, como se adelantó ya, dependen de la concepción del delito que se siga pero, fundamentalmente, para lo que nos resulta de interés, debe partir de la realidad normativa y, en nuestro caso, se analizó ya que nuestro Código Penal sí define el dolo y el dolo eventual, aunque no define la culpa o imprudencia, no obstante que en cuanto al dolo y al dolo eventual, se les define desde la teoría del consentimiento, es decir, considerando al dolo como integrado por un elemento intelectivo (previsibilidad o conocimiento del riesgo concreto típicamente relevante inherente a la conducta) y volitivo (conducta se dirige a materializar ese riesgo, en el caso del dolo directo, o asume como posible esa realización, en el caso del dolo eventual). El actuar imprudente tiene a la base la inobservancia o infracción al deber objetivo de cuidado. Para establecer esta tipicidad es necesario que se constate la creación de un riesgo penalmente relevante (un riesgo de afectar o lesionar un bien jurídico protegido por una norma penal), lo que presupone un nivel de peligrosidad en la conducta y la ausencia de ciertas circunstancias que lo hagan tolerable, es decir , ese riesgo no es permitido y tampoco resulta de la adecuación social de la conducta, sino que, o bien excede el riesgo permitido o no es socialmente tolerado y por ello en su análisis se traslapan muchos aspectos que también son propios de la figura del dolo eventual y ello explica que la distinción entre ambos haya motivado largas discusiones (en nuestro medio, entre otros y para el estudio de esta evolución, puede consultarse la obra del profesor Castillo González, antes citada). Constatar que se ha creado un riesgo penalmente relevante es la primera parte en el análisis de una conducta imprudente (e incluso dolosa, como se ha indicado) pero no es suficiente para atribuirle al autor la conducta penal, pues faltará lo que se denomina por algún sector la infracción al deber subjetivo de cuidado, que obliga a mirar las condiciones de conocimiento y exigibilidad al autor concreto, en su condición específica y en el ámbito de la conducta que desarrollaba, según le era exigible (tipicidad subjetiva), análisis de la conducta que debe hacerse ex ante y que no incluye al resultado, en el sentido de que no se valoran por el resultado producido (que es importante) sino por la creación del riesgo penalmente relevante ex ante (que luego se concretó en el resultado lesivo) que es lo que motiva el interés en la valoración penal de ese comportamiento. Debe advertirse que esto es así tanto en los delitos de lesión (o de resultado) como en los llamados delitos de peligro. El concepto de peligro (riesgo) hoy se concibe como base de la tipicidad en general (tanto dolosa como culposa), a partir de superarse la distinción entre el dolo de peligro (identificado por algún sector doctrinal como el dolo eventual, pero mayoritariamente distinguibles) y el dolo de lesión (identificado por algunos como dolo directo) "la doctrina absolutamente mayoritaria entendió que el dolo de lesionar lleva implícito necesariamente el dolo de poner en peligro, partiendo de presupuestos contrapuestos a los de Binding, esto es, que el peligro es un estado previo a la lesión, que la precede necesariamente y, por lo tanto , quien 'quiere' lesionar ha de querer , necesariamente, la puesta en peligro del concreto bien jurídico al que se refiere el dolo de lesionar […]". Rodríguez Montañés, op.cit. p.49. El riesgo penalmente relevante significa que la conducta crea un peligro y para que éste sea penalmente relevante, tiene que implicar un riesgo de afectación a un bien jurídico penalmente protegido. En la definición de peligro hay una teoría subjetiva , que pone el acento en la causalidad: peligro es la causación o la no causación de la lesión a un bien jurídico, con la cual aún no se define qué es el peligro, sino que se atiende únicamente al resultado, de una forma causal determinista; la teoría objetiva pone el acento en que el peligro es una cualidad que surge de la observación masiva como propiedad de un grupo de acciones, es decir, por la experiencia se conoce que determinadas acciones fácil y relativamente a menudo desembocan en una lesión, por lo que son generalmente acciones peligrosas. Por ello, el peligro será la posibilidad objetiva de un resultado lesivo: probabilidad generalmente válida de su producción. Sobre

esta teoría, Corcoy Bidasolo expone "Es cierto que hay una relación entre probabilidad y peligro, entre la intensidad del peligro y el aumento de la probabilidad de la lesión, pero con ello no obtenemos ningún concepto de peligro, sino de lo que significa el peligro: aumento de la probabilidad de lesión […]" (ibíd. , p. 176) De otras teorías como la abstracta y la objetivo-subjetiva se obtiene , dice la autora, una confusión entre el concepto de peligro y el "juicio de peligro". El peligro objetivo es el concepto de peligro (situación peligrosa) y el juicio de peligro, es su valoración. El peligro hay que comprenderlo objetivamente "en todo caso ha de existir una situación peligrosa, entendida como idoneidad ex ante (en la tentativa inidónea no la hay ex post), para causar la lesión a un bien jurídico. El hecho de que el peligro sea algo valorativo, cuya determinación exacta no sea posible , no excluye la realidad del peligro que existe previo al juicio de peligro" Ibíd., p. 177. Corcoy Bidasolo propone un concepto normativo de peligro (por su relación con la posibilidad ex ante de que la conducta lesione o afecte un bien jurídico), concepto que contribuya a describir la relación entre el sujeto y su conducta, es decir, un concepto teleológico y no causal meramente, un concepto incurso en una relación de medio a fin, pues el peligro no tiene una existencia independiente de la valoración de una conducta determinada situada en un momento concreto. Y un comportamiento es peligroso cuando su autor no está en condiciones de evitar o impedir con seguridad un daño que se tiene como posible, por ello se habla de que el peligro (objetivo) exista ex ante "como una situación caracterizada por la probabilidad de lesión a un bien jurídico que no puede ser evitada con certeza por el autor. La relevancia típica de este peligro -puramente objetivo- se verá, a su vez, limitada por el aspecto subjetivo, ya que , al Derecho penal, lo que le interesa es 'el peligro en cuanto conocido o cognoscible por el autor' en particular, en la imprudencia, en cuanto cognoscible y no conocida efectivamente por el autor. La argumentación anterior, junto a la imposibilidad, acorde con el estado actual de la ciencia, de conocer ex ante, el peligro efectivamente existente de lesión, conlleva la afirmación de que un concepto normativo de peligro válido para el Derecho penal sea el de peligro como 'probabilidad de lesión a un bien jurídico'. El juicio del 'espectador objetivo' no es otra cosa que expresión de la congruencia entre el concepto de peligro y situación de peligro como meta de la subsunción jurídica y que se realiza en términos de probabilidad. Al Derecho penal en el juicio de peligro, no le interesan todos los factores de riesgo , sino solamente aquellos conocidos por el sujeto , o que el sujeto, dadas las circunstancias, tenía el deber de conocer. El peligro será, por tanto, la apariencia ex ante de la probabilidad de producción de un resultado lesivo según las leyes de la experiencia: el peligro como cálculo de probabilidad. Habrá peligro cuando la probabilidad de lesión roce con la seguridad de lesión […]" ibíd .. p. 178. Esa probabilidad debería buscarse, refiere la autora de repetida cita, en un método de distribución estadística de probabilidades en grupos, que permite asignar probabilidades a acontecimientos futuros sobre la base de la frecuencia con que tales acontecimientos han tenido lugar en el pasado, así se construye la probabilidad objetiva (identificable, en consecuencia, con el peligro) , que será "límite máximo que deberá restringirse con el contenido de la probabilidad subjetiva, entendida como 'posibilidad de conocimiento por el sujeto del grado de probabilidad objetiva'. Por lo tanto, se concibe la probabilidad objetiva = fundamento y la probabilidad subjetiva = límite […]" íbid , p.181. El énfasis en el criterio de la probabilidad de lesión o afectación al bien jurídico, es lo que caracteriza a las llamadas teorías cognitivas puras, que definen al dolo eventual integrado únicamente por el elemento intelectivo (denominadas modernamente, en cuanto a esta definición del dolo eventual, como se verá, teorías de la probabilidad), para las cuales resulta irrelevante y hasta absurdo exigir una voluntad o aceptación o incluso afirmar que el autor rechace internamente la probable producción de un resultado lesivo, como características del

dolo eventual, pues estiman que lo decisivo "es que el autor ha tomado en consideración el riesgo de un resultado incierto pero posible y que esta posibilidad no excluida conforme a su representación, no lo ha inhibido de alcanzar el fin perseguido. Ciertamente en este caso no se toma en cuenta la certeza de una lesión, sino tan sólo una puesta en peligro, pero ello es irrelevante, porque todo dolo de peligro es al mismo tiempo, dolo eventual de lesión[…]" Rodríguez Montañés , op.cit. p. 54 (en esta línea la autora menciona las posiciones de autores como Herzberg, Bottke y Puppe y de forma un tanto moderada Jakobs y Frisch. Por sus alcances, estas teorías en sus posiciones más extremas llevan a extender el ámbito del dolo y atraer hacia sí la culpa consciente, considerándola una especie de dolo de peligro y una categoría más de conducta dolosa. Para el análisis del caso concreto objeto de conocimiento en este recurso, es claro que la previsibilidad objetiva de una probable lesión a los bienes jurídicos de la vida o la integridad física es claramente derivable de la experiencia y de la propia naturaleza riesgosa de la actividad de conducir vehículos a velocidades excesivas y en irrespeto de luces rojas. Para valorar en concreto (es decir, frente a la conducta) la probabilidad penalmente relevante, debe tenerse en cuenta el bien jurídico protegido y el ámbito del tráfico en que la conducta se presenta, teniendo además en cuenta el criterio del riesgo permitido. No es posible establecer responsabilidad penal (dolosa o culposa) sin considerar la vinculación subjetiva a la conducta objetivamente analizada, es decir, sin poder atribuirle a esa persona esa conducta, a nivel de tipicidad, para luego analizar, en la culpabilidad (concepto normativo de culpabilidad) si le es reprochable o no y en qué medida. Por ello, siguiendo a Corcoy Bidasolo , "también en el tipo imprudente , al igual que en el doloso, debe existir congruencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo, en el sentido de que no se puede ir más allá del peligro cognoscible para el autor que configura el deber subjetivo de cuidado. En el delito imprudente, para la realización del tipo objetivo-subjetivo (infracción a la norma de cuidado) se parte de que al sujeto le es cognoscible una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado producido y esta parte cognoscible es la valorada por el ordenamiento jurídico-penal como peligro no permitido […] La estrecha vinculaciòn objetivo.subjetiva ha sido puesta de relieve por algunos autores que advierten la imposibilidad, como consecuencia de esta interrelación de realizar un juicio de atribución objetiva que no tenga en cuenta los conocimientos del autor. En un Derecho Penal, no meramente retributivo ni meramente dirigido a la prevención especial, no es concebible un juicio de imputación puramente objetivo, ni viceversa , puramente subjetivo. Una concepción del injusto derivada de la función de prevención de la pena y una concepción de la norma penal como norma de determinación son totalmente coherentes con esta metodología objetivo-subjetiva que se propone para el injusto imprudente" Ibíd. , p. 182 y 183. Dentro del planteamiento de la autora, congruente con nuestro sistema y la posición sostenida por esta Sala, el delito imprudente o culposo, es aquél definido como el que lesiona la norma de cuidado. Y el hecho doloso (especialmente el dolo eventual), como se verá, también es una conducta que crea un riesgo penalmente relevante, pero subjetivamente, el autor no sólo conoce ese nivel de riesgo (previsibilidad) sino que es consciente del peligro concreto que su conducta representa para lesionar o afectar ese bien y no obstante ello actúa, aceptando que el tipo objetivo se realice. En cuanto a los hechos imprudentes, esta norma de cuidado es la norma penal (entendida como norma de determinación y no como norma sancionadora), que sí tiene carácter general y es la que

conmina a evitar la realización de conductas culposas que pongan en riesgo bienes jurídicos. Para saber si se ha realizado un hecho imprudente, debe establecerse que el agente ha infringido un deber objetivo de cuidado y el deber subjetivo de cuidado, que requieren su concreción en cada caso concreto. Es muy importante para claridad del planteamiento hecho, señalar que las reglas técnicas específicas de determinado sector (por el ejemplo el de la circulación vehicular) contribuyen a darle contenido al deber objetivo de cuidado, que era exigible y observable, en principio , por el autor en el caso concreto es decir , la infracción a una regla o norma de tránsito , no implica por sí mismo, la infracción al deber de cuidado que hace típica la conducta como imprudente, en el caso concreto, pero sí lo integra o coadyuva a su valoración. -el conductor debe detenerse-, conocido por el acusado, revela que éste , con su conducta, inobservó las reglas de conducción y, por ende, que en virtud de ello , si infringió el deber objetivo de cuidado (en esta fase del análisis), creó un riesgo penalmente relevante, por el claro peligro de esa conducta para afectar los bienes jurídicos como la propiedad, la vida e integridad física de otras personas (conductores o peatones) lo que hace objetivamente típica su conducta, del resultado (lesiones y muerte) producido, valorado ex ante su comportamiento desde el punto de vista objetivo. La creación de un riesgo penalmente relevante en este caso, conocido por el justiciable (lo que perfectamente puede derivarse de los hechos) es plataforma común a la culpa consciente y al dolo eventual y se fundamenta en la previsibilidad objetiva de lesión de bienes jurídicos, al igual que las reglas técnicas del tráfico vehicular, por ejemplo, aplicables en este caso , se fundamentan en que tal previsibilidad adquiere carácter general en virtud de la experiencia. La luz roja del semáforo (señal de alto), en cualquier zona, pero especialmente en las urbanas, prevé la regulación ordenada del tráfico, de manera que se anticipen percances (si cada uno pasa cuando quiera en determinados trayectos o rutas, pueden suceder accidentes) que están en capacidad de lesionar bienes jurídicos como la vida e integridad física. En principio la determinación de la inobservancia de estas reglas y del deber objetivo de cuidado, colocan al análisis de la conducta en la esfera del delito imprudente (culpa inconsciente o culpa consciente). La valoración de estas circunstancias debe hacerse en cada caso, debe ajustarse a las diversas situaciones sociales, las conductas posibles se considerarán según la situación particular y la capacidad del autor, así como la conducta debida será aquella que en ese tiempo y lugar se estima socialmente adecuada. No hay duda que el irrespeto de la luz roja no está legalmente permitido, se sanciona con una multa; es una conducta que crea un riesgo penalmente relevante y, desde luego, no es socialmente adecuada. Aún teniendo presentes estos referentes incuestionables, como la circunstancia de que socialmente se reproche el irrespeto, especialmente, de ciertas normas de tránsito o la realización de determinadas conductas al conducir precisamente vehículos y que además exista un movimiento por el incremento de la reacción penal frente a ellas, que puede resultar en muchos casos justificado, ello no significa que la conducta se convierta en dolosa o deba analizarse como dolosa necesariamente, sino que ese análisis depende, además de las variables propias del caso concreto, de la necesaria valoración de la tipicidad subjetiva (conocimiento y voluntad o infracción al deber de cuidado). Queda claro que no se descarta la posibilidad de que, irrespetando normas del tránsito vehicular, se puedan realizar conductas dolosas (dolo directo o eventual) de lesiones o muerte (por ejemplo y sin pretender ser exhaustivos, irrespetar un alto para atropellar a la persona que se ve cruzar; no detenerse en la zona escolar a pesar de que hay niños cruzando o sobre la vía, que se observan a la distancia; aumentar la velocidad para alcanzar a un ciclista y atropellarlo; utilizar el vehículo para abrirse camino entre aglomeraciones de personas, aún no autorizadas; competencias pactadas de velocidad en zonas urbanas, donde se asume

necesario el irrespeto a las señales de tránsito como parte del juego mismo que constituye precisamente en el irrespeto y creación de peligros y riesgos como parte del acuerdo, e incluso conducir en estado de ebriedad , en determinados supuestos, etc.)-, lo cierto del caso es que , en principio, el irrespeto a tales normas, incluso aún si es "temerario", representa una conducta típica de infracción al deber objetivo de cuidado y sólo podría analizarse si la conducta es dolosa, una vez que se descarte la imprudencia, porque es lo que resulta más acorde con las reglas de la experiencia y no a la inversa. En el ámbito del tráfico vehicular se presentan situaciones particulares que han llamado la atención de la doctrina, precisamente porque es un sector o actividad en la cual se producen muchísimos hechos que dan como resultado la muerte o la lesión de personas (creación de riesgos no permitidos), a lo que se une el uso generalizado del automóvil como medio de transporte "lo que ha posibilitado un aumento estadístico y estructural de los riesgos y, por su puesto, de las conductas riesgosas, algunas de las cuales implican, sin duda , la intervención de un sistema de control punitivo. Las relaciones entre tráfico rodado y este sistema de control punitivo, han condicionado tanto el derecho penal que , según afirmaciones repetidas de los estudios criminológicos, éste es uno de los principales motivos de su intervención. Ello es así, incluso, hasta el punto de afirmar que el conjunto de ilícitos vinculados al tráfico se ha transformado en el 50% de toda la criminalidad de las sociedades actuales. En buena medida, colabora a esa incidencia el hecho de que se ha dado una especial relación directa entre el alto nivel de riesgo del automóvil como instrumento de transporte y la gran difusión de su uso en casi todos los sectores sociales […]" Rusconi , Maximiliano. Ilícito negligente contra la vida y tráfico vehicular en Cuestiones particulares de la imprudencia en el derecho penal, Julio Maier compilador, Buenos Aires, Ad-Hoc Editorial S.R.L, 1999. Primera edición. p. 16. Esta realidad ha generado profundas discusiones sobre la forma en que debe intervenir el control punitivo, el tipo y clase de tipos penales que se han erigido, para tratar de reducir o en todo caso sancionar los riesgos no permitidos y la actividad de conducir en general al margen de las reglas y sobre todo, se discute cuáles son los bienes jurídicos tutelados (seguridad en el tráfico [delitos de peligro] o la vida, integridad y propiedad [delitos de lesión]). La autora de cita, Corcoy Bidasolo, expone esta evolución, haciendo referencia a la situación en España, que es distinta de la nuestra en cuanto a los concretos tipos penales, no obstante centra su análisis en valorar el problema propio de la actividad del tráfico vehicular con la determinación del deber objetivo de cuidado y con la constatación de la relación de riesgo en el momento de la imputación objetiva del resultado (entendida aquí, al igual que lo hace la autora , la imputación objetiva, como un segundo juicio, precedido del primer juicio de imputación- atribución, que se refiere a la tipicidad objetiva y subjetiva, al que sigue luego, los criterios de imputación del resultado a esa conducta, denominada imputación objetiva, en este sentido restringido), por lo que sus aportes resultan de utilidad. Siguiendo el planteamiento de la autora, expone que podría pensarse que por ser el tráfico vehicular una actividad reglada extensamente, resulta fácil determinar, en los hechos imprudentes y en general, el contenido del deber objetivo de cuidado, pero ello no es así, pues no necesariamente la infracción de una norma de la ley de tránsito implica la infracción al deber de cuidado, ni el cumplimiento de las reglas excluye, en una situación concreta, la infracción al deber objetivo de cuidado y por ello, la creación de un riesgo penalmente relevante. Señala que la jurisprudencia así lo ha entendido y ha ido desarrollando unos principios propios de esta actividad, como el principio de confianza (que es una modalidad del riesgo permitido), el de defensa, etc. En este ámbito el deber subjetivo de cuidado, además "como cognoscibilidad de la peligrosidad de la conducta, se encuentra del mismo modo afectado por la multiplicidad de factores de riesgo que concurren en cada

supuesto […] Tanto la gravedad del peligro, como la previsibilidad de la lesión , están indeterminadas en un gran número de supuestos de tráfico. Todas las concepciones doctrinales que ven la imprudencia como 'azar', 'casualidad' , etc., se comprenden por la importancia, tanto cuantitativa como cualitativa, de la delincuencia imprudente en el tráfico viario, cuyas especiales características 'azarosas' han influido enormemente tanto en la concepción doctrinal como en la jurisprudencial de la imprudencia […]" (íbid., p. 149). Para ilustrar esta característica, la autora pone un ejemplo, que es común en el análisis doctrinal de este tema: A adelanta a otro vehículo cerca de una curva sin visibilidad, creando un riesgo que ex ante, está totalmente indeterminado, pues en dirección contraria puede resultar (i) no circula ningún vehículo; (ii) venir una moto con un ocupante; (iii) un automóvil con dos personas o más; (iv) un autobús escolar. "El abanico de peligros que se crea es cognoscible por el autor en su totalidad, pero la indeterminación del peligro difumina su previsibilidad. Si el peligro ex ante está indeterminado en estos supuestos, mucho más lo está la entidad del resultado e incluso su efectiva producción […]". Esta característica puede servir, señala , para justificar la creación de delitos de peligro contra la seguridad del tráfico, para anticipar o adelantar la sanción a la creación misma de riesgos (delitos de peligro) antes de la concreción de los mismos en un resultado (lesión efectiva al bien jurídico). La previsibilidad del evento lesivo (previsibilidad parte del tipo subjetivo y del deber subjetivo de cuidado) puede resultar afectada, en el caso concreto, por el criterio de "dominabilidad". "El sujeto, en cuanto tiene el dominio del coche "dominabilidad" –Steuerbarkeit- puede controlar el grado de peligro, lo que condiciona no solo la cognoscibilidad del peligro sino también el efectivo peligro creado por su conducta. La dominabilidad, entendida como 'capacidad de evitación', permite, por otro lado , excluir el dolo en aquellos supuestos en que el peligro está determinado, al igual que la previsibilidad objetiva y subjetiva , pero el sujeto cree que su dominio sobre la situación le permite eludir un riesgo efectivo de lesión […]" p. 152. Para ilustrar esta afirmación, la autora pone el ejemplo, que resulta particularmente representativo, que también es común en los análisis doctrinales: A se adelanta a otro vehículo, viendo que de frente viene un camión. Cree que la velocidad de su vehículo y su habilidad para conducir, unido a la poca velocidad del camión, le permitirá adelantar sin infringir la norma de cuidado (no crear riesgos para la vida o integridad física), con independencia de que claramente infrinja una norma de tránsito. La velocidad del camión era mayor a la que aparentaba y en la maniobra, A colisiona con el camión y provoca la muerte del conductor. A debía y podía preveer que la velocidad del camión era mayor , por lo que habrá imprudencia y no dolo pese a que había advertido el peligro y era muy probable la producción de un resultado lesivo. Como un elemento adicional para valorar las especiales circunstancias que se presentan en el tráfico vehicular y que debe tenerse en cuenta para valorar si la conducta es dolosa o imprudente, la autora señala que dentro de la previsibilidad del autor, está su propia lesión o muerte o la de quienes lo acompañan. Esto es parte de los peligros que, ex ante, son cognoscibles por al autor y su consideración podría coadyuvar en el análisis de si efectivamente el agente se representó concretamente el peligro de su conducta (y consecuentemente, si se puede afirmar que aceptó el resultado): "la propia puesta en peligro del autor es otro factor determinante para que se presuma la ausencia de dolo en éste […]" (Corcoy Bisdasolo, íbid, p.153). Esta perspectiva es muy interesante y resulta muy ilustrativa, de la necesidad de análisis de todos estos factores frente a los casos concretos, de manera que no necesariamente porque se presenten infracciones a normas de tránsito, aún reiteradas y temerarias, se puede concluir que la conducta sea dolosa. Se requiere la valoración de otras circunstancias y esto debe hacerse en cada caso concreto, por lo que tampoco es válido sentar criterios definidos o posiciones absolutas, lo que sería contrario a

las reglas de la experiencia. El hecho de que el autor emprenda una conducta peligrosa ex ante, que representa un riesgo penalmente relevante, que el autor conoce –o debiera conocer- y prevé (o debiera preveer según sus condiciones), no significa , necesariamente, que deba analizarse su conducta como dolosa (en los términos que define nuestra legislación), pues ciertas condiciones particulares presentes en cada caso, pueden llevar, al contrario , a que se presuma la imprudencia , porque es la conclusión que resulta de las reglas de la experiencia porque puede resultar (o hay que tener presente) que: (i) el autor cree que puede evitar el resultado o que éste no se producirá, por un error en la apreciación de la peligrosidad de su conducta o en la confianza en la dominabilidad de la situación (control del riesgo) y/o (ii) no prevé que tal resultado se produzca porque al mismo tiempo implicaría riesgos para su vida e integridad física, los que no ha considerado posibles, previsibles (aunque debió hacerlo y le era exigible, a pesar de que la autopuesta en peligro no sea punible); "si la imprudencia consciente ha de tener un sentido , éste ha de ser que ya en la representación haya algo ante lo cual el autor debiera detenerse, y en la actuación pese a esa representación radica la infracción a la norma e cuidado, pues, de otra forma, lo único imputable al autor sería la evitable falta de representación. Si el autor sólo reconoce una posibilidad lejana, abstracta, no constitutiva aún de peligro de producción del resultado lesivo, no podrá reprochársele que, ante tal representación, no haya actuado de otro modo. La imprudencia consciente supone, por tanto, un conocimiento 'correcto' del peligro concreto (valoración ex ante del mismo correspondiente a la que realizaría el hombre medio ideal en la situación del autor), y la actuación pese a esa representación , confiando en la no producción del resultado lesivo , al creer que se tiene bajo control el curso de los acontecimientos. Y es precisamente allí donde radica lo imprudente, donde se infringe el cuidado debido , en la errónea confianza en sus capacidades y posibilidades de dominar el peligro y evitar el resultado […]" Rodríguez Montañés, op.cit. p. 109. Estos elementos, son de valiosa consideración para el análisis de una conducta como la que se conoce en este proceso, resultan de aporte doctrinal, enriquecen la valoración que los operadores del derecho debemos hacer sobre los casos que nos ocupa juzgar, siempre teniendo presentes las diferencias normativas y estructurales que pueden presentarse en los distintos ordenamientos jurídicos y que justifican distintas posturas que exponen los autores en sus obras. En este caso, los elementos antes señalados, forman parte del aporte de la obra de la autora mencionada, que contribuyen a racionalizar e interpretar la ley penal en casos como el que nos ocupa. XII. Distinción entre culpa conciente y dolo eventual. Ya se anticipó que según la definición de nuestro Código Penal, el dolo eventual se define según la teoría del consentimiento. Existen distintas teorías que pretende explicar la distinción entre culpa conciente y dolo eventual. Corcoy Bidasolo , consciente de esta evolución y de las teorías existentes tradicionalmente para trazar esa frontera entre la culpa consciente y el dolo eventual, hace un recuento de ellas. La definición que da esta autora de los elementos subjetivos de la tipicidad imprudente –tipo subjetivo imprudente o "deber subjetivo de cuidado" como lo conceptualiza-, es , acorde con el desarrollo jurisprudencial que esta Sala ha realizado y acorde con nuestro sistema constitucional y legal. Para determinar la tipicidad subjetiva, se considera que está integrada por (i) la previsibilidad "individual". Partiendo de la previsibilidad objetiva del resultado, en el delito imprudente (y para el dolo eventual), ésta determina el ámbito que habrá de abarcar (en el caso de la imprudencia) el deber objetivo de cuidado, de manera que la infracción de éste se analizará únicamente con el riesgo reconocible de realización típica, es decir , para que la conducta importe un riesgo penalmente (típicamente) relevante, es necesario que ex ante sea previsible el resultado según un cálculo de probabilidad. Sólo atendiendo a esa previsibilidad objetiva ex ante

(creación de un riesgo típicamente relevante) y no la producción del resultado, se podrá valorar si la conducta realizó el riesgo prohibido por la norma. Si esa previsibilidad falta, no hay injusto, aunque se haya producido un resultado. Subjetivamente se analizará el "juicio de peligro" realizado por el autor en el caso concreto. Hay que valorar, en consecuencia, cómo se analiza esta previsibilidad subjetiva. La doctrina llamada mayoritaria, construye para ello un baremo objetivo y se pregunta que se dará si la lesión o daño era previsible 'para un miembro cuidadoso y razonable de esa área del tráfico , que contase con los conocimientos generales de la experiencia' (cfr. Corocoy Bidasolo, pp. 211 y ss.). Para la autora que venimos citando, esa posición es insuficiente y se decanta por una valoración que ella señala que, antes que subjetiva, es "individual", es decir , "no se trata de una previsibilidad subjetiva en el sentido de 'creencia', 'temor'… sino que se parte de los conocimientos que la experiencia, dadas las circunstancias, nos ofrece, pero limitados por los conocimientos que tiene el autor o que debería tener […] En definitiva, lo que se realiza en el juicio de peligro (subjetivo) es una valoración normativa del riesgo, y, por tanto, ni objetiva ni subjetiva, sino objetiva-subjetiva, es decir , individual […]". En cuanto a este tema , esta Sala entiende el planteamiento de la autora que trata de evitar que se valore subjetivamente la previsibilidad al margen de las condiciones especiales del autor –lo que se denominan poderes individuales- (sus conocimientos o los que debía tener, según su condición). Sin embargo, creemos en este punto, junto a la posición mayoritaria, que esa objeción se cubre, partiendo del baremo objetivo que lleva a considerar la conducta cuidadosa que habría realizado una persona en la actividad desarrollada por el imputado, según los conocimientos que le era exigible tener (tenía o le era exigible tenerlos), esto al nivel de la tipicidad subjetiva, pues en la culpabilidad se analizaría un segundo nivel de exigibilidad, más individualizado según las características del imputado y las circunstancias concretas, sin que ello implique confundir los planos de tipicidad (e injusto) y culpabilidad. (ii) previsibilidad y conocimiento. Para prever la posibilidad de lesión al bien jurídico , el sujeto debe conocer el riesgo de su conducta. El distinto nivel de conocimiento que posea o que debía poseer, permite distinguir entre la culpa inconsciente , consciente y el dolo eventual: "el hecho de que el sujeto conozca el riesgo de lesión de un bien jurídico creado por su conducta –culpa consciente- implica que advierte la peligrosidad objetiva de su conducta y, en consecuencia , exista previsibilidad individual de dicha lesión del bien jurídico. De ello cabe deducir que la previsibilidad individual es consecuencia inmediata del conocimiento del riesgo de lesión […]" (Ibíd., p. 217); "existen otros supuestos en los que el sujeto no conoce el riesgo de lesión de un bien jurídico creado por su conducta –culpa inconsciente-. Este desconocimiento plantea un doble problema: determinar si le era exigible conocerlo y si, a partir de lo anterior, le era posible prever la posibilidad de lesión al bien jurídico. La previsibilidad individual se concibe, en estos casos, como deber de prever aquello que al sujeto le es posible prever ex ante. Éste sólo podría prever aquello que tenía posibilidad de conocer, de esta forma previsibilidad y cognoscibilidad resultan estrechamente ligadas. La cognoscibilidad – Erkenbarkeit- entendida como aquello que al sujeto le es exigible conocer, es el límite máximo de la previsibilidad individual. Conocimiento o cognoscibilidad y previsibilidad son, por tanto, dos perspectivas distintas del deber subjetivo de cuidado […]" (ibíd. , p. 218). No resulta superflua la distinción entre conocimiento (efectivo) y cognoscibilidad (lo que era exigible al sujeto que debía conocer) porque ello permite distinguir la culpa consciente de la inconsciente y además la tipicidad imprudente de la dolosa. La cognoscibilidad es, expone la autora, el fundamento suficiente del deber subjetivo de cuidado, porque el conocimiento propio de la culpa consciente "no puede ser nunca del efectivo riesgo creado por la conducta, ya que, en este caso , estaríamos frente a un supuesto de dolo eventual. La

culpa inconsciente representa la forma básica de la imprudencia, pues una exacta representación del hecho y sus consecuencias no pertenece a la esencia de la imprudencia […] el conocimiento del autor sobre los factores de riesgo que entraña una conducta tiene una importancia determinante en el examen del injusto, tanto imprudente como doloso […]" (ibíd. , p. 230). Según este planteamiento , el distinto grado de conocimiento o desconocimiento de los factores de riesgo permite pasar de la impunidad de la conducta, a su castigo como conducta imprudente o dolosa, aunque no se excluya que existan algunos supuestos en que la prohibición de la conducta resulte del desconocimiento de los factores de riesgo. "El conocimiento de la posibilidad de realización típica, propio de la culpa consciente, implica que el autor prevé esta posibilidad en abstracto, pero no en concreto; en el sentido de que, preveyendo la posibilidad de aquélla , no cree, sobre la base de determinadas circunstancias concurrentes, que esta relación típica se haga efectiva: falta la concreta previsión de la realización típica, que era cognoscible de no haber errado el sujeto en el juicio sobre la previsibilidad. El objeto de conocimiento no es , pues 'la posibilidad de realización típica' , sino 'la concreta previsión de la realización típica; con lo que el elemento fundamental del tipo subjetivo imprudente pasa a ser: a 'cognoscibilidad del concreto peligro de realización típica', tanto en los supuestos de culpa consciente como inconsciente; mientras que si existe 'conocimiento del concreto peligro de realización típica' estaremos ante un supuesto doloso. Hablamos pues de 'cognoscibilidad' y no de 'conocimiento' en ambas modalidades de culpa sobre la base de que, tanto en la consciente como en la inconsciente se produce un error sobre el contenido de la efectiva realización típica o, dicho de otra forma, el núcleo del tipo subjetivo imprudente es: el desconocimiento de la concreta peligrosidad de la conducta […]" íbid. p. 230 y 231. Como señaló Rodríguez Montañés según cita hecha supra y se ha sostenido a lo largo de esta resolución , en realidad en la culpa consciente y en el dolo eventual el sujeto activo reconoce la peligrosidad de la conducta (riesgo objetivo) y actúa con ese conocimiento (elemento intelectivo), pero en esa decisión de actuar pese a ese conocimiento, hay una "toma de posición" del autor (que resulta errónea, en violación al deber de cuidado, en el caso de la culpa consciente), al estimar, de manera razonable (no como un acto de fe irracional o una simple esperanza), que el hecho típico no se realizará porque confía en sus posibilidades de control o en determinadas condiciones que le hacen pensar que el resultado no se producirá. A esta toma de posición del autor, Corcoy la llama (cognoscibilidad) para excluir precisamente la decisión del autor con conocimiento del riesgo concreto y sin posibilidades de evitación, pero se refiere, en el fondo , al mismo concepto de excluir el dolo , cuando en la decisión el agente , aún consciente del riesgo, estima razonablemente (aunque con error) que el resultado no se producirá. Se exige además que ese desconocimiento (o conocimiento equivocado) sea imputable al sujeto. Para ello (al igual que debe imputarse la cognoscibilidad, es decir, lo que debió conocer , como ignorancia vencible del peligro que entrañaba la situación) "debe existir un deber de evitar ese desconocimiento , a este deber lo llamamos deber subjetivo de cuidado, y su infracción determina la realización del tipo subjetivo imprudente […] Este deber subjetivo de cuidado está implícito en el deber objetivo de cuidado, de suerte que cada prohibición obliga a cada uno de los destinatarios a que reconozca la previsibilidad de realización de prohibiciones típicas resultantes de sus acciones. Para que concurra el deber subjetivo de cuidado es necesario que al sujeto le sea exigible el conocimiento de la concreta peligrosidad de realización típica" (íbid., p. 231 y 232). Esta cognoscibilidad como exigibilidad del conocimiento del peligro se debe valorar en el caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor (esto en criterio de la autora, se refiere a los "poderes individuales" , según se explicó)

y a su capacidad. Así , la exigibilidad funcionará como un principio regulativo que en la tipicidad subjetiva, tiene la misma función que el riesgo permitido, en la tipicidad objetiva, porque traza un límite a la exigibilidad del conocimiento de la peligrosidad inherente a la conducta, considerada dicha exigibilidad, desde la perspectiva de un observador objetivo, situado en el lugar del autor (cfr. pp. 233 y ss). Para valorar ello, se debe concretar lo que el sujeto necesitaba saber para poder reconocer la posibilidad de realización típica. "El saber del autor tendría que abarcar: 1º) el conocimiento de la efectiva situación; 2º) la previsión de su propia conducta y de su eficacia en la situación; 3º) el conocimiento de las reglas de experiencia y de su aplicación en la situación concreta. La base del juicio sobre el deber de conocer se realizará, por tanto, en relación con todo lo anterior, decidiendo sobre la exigibilidad del conocimiento de cada uno de estos factores de riesgo que, como tales, están en relación con la conducta que se examina y que, de ser cognoscibles, pasarán a formar parte del deber objetivo de cuidado. El momento respecto del cual se realiza el juicio, ha de ser , al igual que en la determinación del deber objetivo de cuidado, un momento ex ante, es decir, aquel en el que se infringe la norma de cuidado […] La exigibilidad o inexigibilidad se decidirá en el momento en que el sujeto comienza la realización típica, ya que ese es el momento cuando se crea el riesgo […]" íbid , p. 237 y 238. Finalmente , antes de concretar la distinción entre culpa consciente y dolo eventual, es importante recalcar que el desconocimiento del concreto riesgo de realización típica (elemento intelectivo del delito imprudente) se puede distinguir en tres modalidades: (a) conocimiento de la existencia de un peligro y previsión de la posible realización, pero no de la efectiva virtualidad del riesgo creado (culpa consciente); (b) desconocimiento del riesgo inherente a la conducta como consecuencia del olvido de los factores de riesgo (modalidad de culpa inconsciente); (c) desconocimiento no sólo del riesgo propio de la conducta sino también de los factores de riesgo (en el ámbito de conductas que exigen el conocimiento de los peligros que contienen que puedan ser realizados de forma adecuada socialmente). Todos tienen como base un error en la apreciación de la efectiva situación existente "el autor nunca juzga correctamente la virtualidad lesiva de su conducta" (íbid, p. 239). Y la exigibilidad tiene como presupuesto de análisis, la vencibilidad o invencibilidad del error, al igual que sucede con el error de tipo y recae, en este caso: el error vencible determina la tipicidad culposa o imprudente y el invencible conduce a la atipicidad. La vencibilidad del error materializa la infracción al deber subjetivo de cuidado si, junto a ella, se constata la creación, por la conducta, de un riesgo típicamente relevante a través, desde luego , de la infracción, por ello, del deber objetivo de cuidado. El error del que se habla en el tipo subjetivo imprudente, si bien no recae sobre un elemento del tipo , sí lo es sobre un riesgo que atañe directamente a un elemento del tipo, de manera que sólo se examina el deber de conocer respecto de los datos que representan un riesgo de realización del tipo (cfr. íbid. P. 242 y ss.). (iii) evitabilidad. Distinción entre culpa consciente y dolo eventual. Para finalizar este repaso y decantar la diferencia entre culpa consciente y dolo eventual, debemos partir del concepto de dolo que define nuestra legislación "Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta , previéndola a lo menos como posible" –numeral 31 del Código Penal. Este concepto, según una posición reiterada de esta Sala, partiendo de un análisis sistemático de las normas que definen el dolo y el error, es un concepto de dolo "natural" o "avalorado", que se ubica en la tipicidad subjetiva, en contraposición al dolo "malo", que abarcaba el conocimiento del hecho y de su antijuridicidad , propio de las teorías que ubican al dolo (y la culpa) en la culpabilidad. Ya se analizó cómo la culpa consciente significa (elemento intelectivo) el desconocimiento (o conocimiento erróneo) del peligro típicamente relevante de la conducta que se realiza (cognoscibilidad del concreto peligro de realización típica), como se explicó

supra. En el dolo , por su parte, este elemento intelectivo es el conocimiento (efectivo y actual) del concreto peligro de realización típica, presente en la conducta. Ambos parten de un conocimiento de la posibilidad de realización típica, pero el dolo es conocimiento del efectivo peligro creado y la aceptación del mismo, mientras que en la culpa consciente, por un juicio errado (error) ese conocimiento del peligro efectivo no se da (aunque le era exigible al sujeto, que actúa bajo un error vencible, tal cual se analizó, que justifica la imputación a título de imprudencia) o bien, a pesar de que se da ese conocimiento, hay un erróneo convencimiento "toma de posición del autor" (razonable y por ende, penalmente relevante para excluir el dolo) en las posibilidades de control o en las condiciones que hacen que el autor aún crea que el resultado no se producirá. "Es correcto afirmar que ante ciertos riesgos, en los que depende totalmente de la casualidad o de la suerte, el que se realice o no un tipo penal, ya no hay posibilidad alguna de confianza racional. El sujeto que conoce ese nivel de riesgo y, pese a todo actúa, lo hace de forma dolosa; necesariamente consiente, acepta o se resigna con la eventual realización del tipo […] Pero esto sucede sólo en casos límite y no implica una negación del elemento volitivo del dolo, sino reconocer un límite objetivo a las posibilidades de confianza racional del sujeto, límite que estimo correcto y necesario. La existencia de esa posibilidad de confianza fundada o racional, es presupuesto para poder afirmar que ese sujeto efectivamente confiaba –en sentido penalmente relevante- y no actuó dolosamente. Ahora bien, lo decisivo no es ese dato objetivo , sino si efectivamente ese autor concreto se ha conformado o ha tomado en serio la realización del tipo o ha confiado en su no producción. Lo decisivo está en lo que efectivamente el autor se representa y 'quiere', y ello no debe provocar extrañeza alguna, pues estamos hablando del elemento subjetivo del tipo. Prescindir de esa referencia subjetiva y trasladarla al plano objetivo puede dar lugar a la sospecha de dolo […]" Rodríguez Montañés, op.cit. p. 100. El dolo se describe como conocimiento y voluntad de realizar la situación objetiva descrita por el tipo penal. Se distingue en consecuencia en el dolo dos elementos: intelectivo (conocimiento) y volitivo (voluntad de realización típica). En el elemento volitivo se encuentra "el caballlo de batalla del dolo eventual. En primer lugar, es necesario distinguir 'querer' de 'desear'. Para que sea posible hablar de 'querer' es necesario que se reconozca la existencia de factores de riesgo que hacen posible la realización típica, si el sujeto no conoce el riesgo inherente a su conducta, no es posible hablar de 'voluntad de realización típica', sino únicamente de 'deseo de realización típica'" íbid , p. 247. Algunas posiciones doctrinales discuten la necesidad de exigir el elemento volitivo del dolo, en especial, atendiendo a la dificultad probatoria de establecerlo, al corresponder a un proceso mental o psicológico, e incluso hay un sector de la doctrina que, en atención a estas dificultades, excluye al dolo eventual del ámbito del dolo (Corcoy Bidasolo cita como referentes de esta posición a autores como Rodríguez Muñoz, J.A (Notas al Tratado de Mezguer , tomo II, 3 ed.; Ferrer Sama, A. Comentarios al Código Penal, tomo I y a Bustos Ramírez, J. Política criminal y dolo eventual, RJCat, 1984, íbid , p. 250). Corcoy Bidasolo expone la existencia de otro sector doctrinal que considera al dolo eventual como auténtico dolo, incluso como su tipo básico. Esta teoría considera que no es necesario el elemento volitivo del dolo "y no sólo por la dificultad de prueba , sino por razones dogmáticas. De acuerdo con una concepción del injusto, como injusto del hecho, en el que lo relevante es la creación de un riesgo típicamente relevante, conocido por el autor, es irrelevante , en este contexto, la intención del autor que lo mueve a actuar. Para estos autores, la exigencia del elemento volitivo en el dolo y , en particular, de 'querer el resultado', es un residuo del concepto tradicional del dolo como dolus malus […]". Íbid , p. 251 (en el mismo sentido consúltense desarrollo de Rodríguez Montañés, op.cit. pp. 41 y ss.. De igual forma Castillo González, op.cit. pp. 151 y ss. y 265 y ss). Según

la definición de nuestra legislación sí es necesario exigir el elemento volitivo del dolo, cuyo alcance se definirá más adelante. Por ahora, baste señalar que estas teorías que descartan la importancia de dicho elemento, no son de aplicación a nuestro medio. Corcoy Bidasolo desmerece tales planteamientos señalando que ya la tipicidad subjetiva, como conocimiento del sujeto, exige un comportamiento voluntario, propio del concepto de acción y por exclusión de los actos reflejos, inconscientes o de fuerza mayor , dejando a la culpabilidad, el análisis de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), pero que desde que se exige el conocimiento como parte de la tipicidad subjetiva, correlativamente se parte de una conducta, valga decir, voluntaria. "La exigencia de 'comportamiento voluntario' implica la conciencia del autor de sus propios actos, que conlleva la ausencia de comportamientos en los casos en que ello no concurre, como son los supuestos de fuerza mayor , inconsciencia y actos reflejos. El 'comportamiento voluntario' está, necesariamente , en relación con los conocimientos que el sujeto tenga sobre la relevancia del riesgo propio de su conducta, por lo que el contenido de la voluntad es , consecuentemente, distinto, cuando el sujeto actúa conociendo la relevancia típica de su conducta –dolo- que si no la conoce, al menos en su exacta virtualidad –imprudencia-. La existencia de comportamiento voluntario unido al conocimiento propio del dolo, constituye el contenido de la 'voluntad' propia de los hechos dolosos. El elemento 'voluntario' que acompaña al comportamiento tiene un contenido distintos en los hechos dolosos y en los imprudentes, como consecuencia inmediata del distinto nivel de conocimiento existente en uno y otro caso […]" Corcoy Bidasolo, op.cit. p. 252. Ya se ha analizado que tanto en el dolo como en la culpa consciente, el conocimiento de la posibilidad de realización de un riesgo penalmente relevante (previsibilidad) existe pero el contenido de ese conocimiento es distinto en uno y otro caso. Para ilustrar este aspecto, la autora de cita señala "En el homicidio, elemento del tipo es la 'conducta adecuada para causar la muerte de una persona' y es esta 'adecuación para causar la muerte' lo que debe conocer el sujeto para que pueda calificarse el hecho como doloso; para que el homicidio sea imprudente, el sujeto debe desconocer la adecuación de su conducta para causarla muerte de una persona en el caso concreto –por error sobre a efectiva peligrosidad de su conducta o sobre su capacidad de evitación […]" íbid , p.252. Así, si el objeto del dolo es el riesgo propio de la conducta y exigiendo el conocimiento del riesgo típicamente relevante, es posible deducir, siguiendo a la autora, que el sujeto ha previsto el resultado. "El resultado previsible está implícito en el riesgo conocido por el autor: conocimiento propio del hecho doloso comprende la 'previsibilidad individual del resultado'. En la culpa consciente, junto a la previsibilidad del resultado por el agente , se ha de constatar la exclusión , en su conciencia, de la efectiva realización […]" íbid , p.256. Para delimitar la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente, existen diversas teorías que, definiendo cada uno, pretenden la diferenciación. Cita entre ellas la (i) teoría del consentimiento , que abarca todas aquellas posiciones doctrinales que otorgan un papel preponderante al elemento volitivo, señalando del dolo el elemento esencial 'querer' y se conceptualiza como tal la aprobación, la aceptación o la ratificación del resultado "es decir, siempre y en todo caso, un elemento volitivo en relación con el resultado, que sustituya la 'intención' o la voluntad final […] Esta teoría se conoce como 'teoría hipotética del consentimiento', por utilizar, como medio de prueba , la primera fórmula de Frank: según la cual debe preguntarse cómo se hubiera comportado el autor en caso de haber contado con la seguridad de la realización del tipo […] Dentro de esta corriente, los defensores de la 'teoría positiva del consentimiento', se sirven de la segunda fórmula de Frank , en la prueba de la existencia del dolo eventual , preguntándose: 'Si el autor dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro , en todo caso yo actúo, entonces su culpabilidad es dolosa […]" íbid , p. 257. Esta es, como se vio, la teoría que

sostiene nuestro legislador. Para los fines de nuestro sistema penal, para dar contenido a ese elemento del dolo eventual, no es posible identificarlo como una simple "indiferencia" en la producción del resultado típico (o creación del riesgo penalmente relevante), porque la indiferencia no es sinónimo de aceptación, que es lo que se exige en nuestro medio; (ii) teoría del sentimiento: para la cual lo relevante es la actitud interna del sujeto frente a la previsible producción del resultado lesivo, juzgándose su situación emocional "y, sobre la base de la indiferencia, ante la probable producción del resultado, afirma la existencia de dolo. La indiferencia se considera como elemento negativo de la voluntad, es decir , el aspecto negativo del elemento volitivo. Con el elemento de la indiferencia esta teoría va más allá del 'querer', que tiene una acepción más neutra respecto de la psique del autor: se puede querer un resultado, aún cuando éste nos desagrade. Del mismo modo, que se puede no querer el resultado, pero sernos éste indiferente. En una palabra, la indiferencia respecto a la producción o no del resultado no nos dice nada sobre el elemento volitivo del dolo […]". (iii) teoría de la probabilidad: pone el acento en el elemento intelectivo (conocimiento) y niega, por lo demás que en el dolo sea necesario un elemento volitivo. "De acuerdo con este planteamiento, lo decisivo para estimar unos hechos como dolosos, es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. En su comienzo, según la formulación inicial de esta teoría, habrá dolo eventual cuando el autor considere probable la producción del resultado, y la culpa consciente cuando sólo la crea posible. Esta formulación estricta de la teoría de la probabilidad es muy imprecisa en la práctica y se hace merecedora de algunos de los reproches que se le dirigen. Si para el juez, ex post , le es imposible determinar cuándo algo es posible o probable, para el autor , ex ante, aún será, si cabe , más difícil, conocer si un resultado se presenta como posible o como probable […] La diferencia esencial, respecto a la teoría del consentimiento estriba en que el objeto del querer pasa del resultado a la conducta, con todas las consecuencias tanto materiales -distinto contenido del querer- como formales –menores dificultades de prueba- que ello conlleva" íbid, p. 260. Corcoy expone cómo surgió una corrección a esta teoría , buscándole un elemento volitivo al dolo eventual , que aún así hace primar el elemento intelectivo sobre el volitivo, que es la que autores como Jescheck estiman dominantes y utiliza como prueba del dolo, la segunda fórmula de Frank, llamándose "teoría positiva del consentimiento". Corcoy Bidasolo concluye este repaso criticando las distintas posiciones, por el diferente contenido al "querer", además de que se desplaza el análisis de la voluntad, no a la conducta –que es la que realiza el riesgo- sino al resultado, que en su posición, como en la doctrina mayoritaria, no está abarcado por el dolo, aunque en el conocimiento del concreto peligro de realización del tipo (peligrosidad concreta de realización del riesgo típico), se vio cómo, al tener el autor conocimiento de la concreta peligrosidad, se ha representado, desde luego , el resultado. En cuanto a la teoría de la probabilidad, señala la autora , todo resultado posible es probable , lo que sucede es que el concepto de probabilidad permite graduaciones, de acuerdo con las leyes estadísticas, pero con ello n o se ofrece un criterio para delimitar el grado de probabilidad que permite pasar del dolo a la imprudencia. Al definir su posición, la autora parte de la afirmación de que toda la doctrina estaría de acuerdo en que, es característico de todo hecho imprudente el no-querer el resultado lesivo y que, a pesar de todo , éste se produce, es decir, existe un error en la conciencia del sujeto "por lo tanto, si pese al conocimiento de la peligrosidad de la conducta, el autor cree, erróneamente , que puede evitar la producción del resultado , concurrirá imprudencia y no dolo". Muchos hechos imprudentes, con culpa consciente , son tales y no dolosos, por la sobrevaloración del autor de sus posibilidades de control. En este contexto entrarían los supuestos de 'autopuesta

en peligro' no, únicamente porque 'el riesgo que haya corrido el propio autor' puede en ciertos casos ser 'racionalmente indicativo de la culpa frente al dolo, aun cuando ello pueda ser otro factor en la prueba de la ausencia de dolo, sino básicamente por el hecho de que , en estos casos, el sujeto mantiene el control del peligro. La falta de 'dominabilidad' -Steuerbarkeit- en el autor , sobre su propia conducta, puede, en estos supuestos , fundamentar el error sobre la propia capacidad de evitación. El error sobre la capacidad de evitación es el elemento que permite, de concurrir , calificar estos hechos como imprudentes. Este error no podrá, por el contrario , apreciarse nunca cuando el autor no tiene ninguna clase de control sobre las posibles consecuencias de su comportamiento. Esto sucede en aquellos casos en los que el autor, una vez creado el riesgo –y conociendo su efectiva virtualidad- deja de controlarlo, por lo que no puede tener una confianza racional en la ausencia del resultado. En estos casos , lo más adecuado es seguir la teoría de la probabilidad: siempre que se conozca el concreto riesgo que entraña la conducta, al no poder controlarlo, la conducta será dolosa. Sin embargo, para evitar la posible ampliación del ámbito del dolo eventual, y las consecuentes críticas, es posible, también , calificar como imprudentes, los supuestos en los que, pese a que el sujeto pierde el control del riesgo, se aprecia la existencia de un error sobre a efectiva peligrosidad de la conducta. (En este punto, es necesario volver a poner de relieve que el único riesgo que se considera es aquel conocido, ex ante , por el autor). En este segundo grupo de casos , el sujeto no yerra sobre su capacidad de evitación sino que el error recae sobre el grado de probabilidad de producción del resultado. Con la distinción entre supuestos en los que el autor tiene capacidad de evitación de aquellos en que no la tiene, sobre la base del 'error', como elemento esencial del tipo imprudente, es posible trazar ya una frontera entre dolo eventual y culpa consciente. El 'error' puede recaer, según la modalidad de que se trate, en: a) la valoración del autor sobre su capacidad de poder controlar el riesgo que crea con su conducta, en aquellos supuestos en que tiene el control de ésta; b) el desconocimiento, por el autor, de la efectiva peligrosidad de su conducta, en los casos en que no mantiene el dominio sobre su conducta, siempre que este desconocimiento tenga un fundamento racional. Tanto respecto del 'error en la capacidad de evitación". Como al 'error sobre la efectiva virtualidad de la conducta' hay que determinar la evitabilidad o inevitabilidad del error […] En todos los supuestos en que el error aparezca, para el espectador objetivo, ex ante, con los conocimientos previos y actuales del autor –previsibilidad individual-, como evitable -lo que implica afirmar el deber del sujeto de conocer el riesgo típicamente relevante-, el sujeto infringe el deber subjetivo de cuidado –aspecto positivo del tipo subjetivo- y, presupuesta la ausencia de dolo –aspecto negativo-, realiza, por tanto , el tipo subjetivo imprudente. El sujeto infringe el deber subjetivo de cuidado al 'no evitar el desconocimiento', en los casos que le es exigible. El falso conocimiento y el error tienen en este nivel el mismo significado. Desconocimiento de la efectiva virtualidad del riesgo creado (o no evitado, en posición de garante). Este desconocimiento puede recaer sobre la efectiva virtualidad del riesgo –todos los supuestos de culpa inconsciente y algunos de culpa consciente- o sobre la capacidad de evitación –supuestos de culpa consciente con dominio del autor sobre el riesgo.- " íbid , p 271 a 273. XIII. El caso concreto. Para la mayoría de la Sala, analizando , en primera instancia, la conducta del acusado de huir, luego del incidente frente al Hotel El Rey y el atropello de los oficiales (conducta ésta que resulta dolosa), es consciente, voluntaria y la realiza, conociendo que para tener éxito va a una velocidad excesiva e irrespeta algunas luces rojas de semáforo. En esta conducción en tales condiciones, el imputado va alterado, razón por la cual, no puede afirmarse con certeza que en el juicio sobre el peligro (que objetivamente existió), no mediara una errónea creencia en la dominabilidad que tendría sobre su conducción (y sobre la efectiva

producción del resultado), es decir, ese estado anímico (que no constituye un estado de emoción violenta) en el que emprendió la huída, pudo haber afectado su criterio sobre la dominabilidad posterior de su conducta de conducir , para lograr una fuga exitosa, que no lo pusiera a él en riesgo (autopuesta en peligro) ni concretara el peligro de lesión de otros o que en todo caso, por la hora en que conducía, por la "exitosa" empresa de irrespetar el primer semáforo al iniciar su huída y las propias condiciones de su vehículo, considerara que tales resultados no se producirían, precisamente porque su alteración y sus deseos de huir, le impedían valorar correctamente esos aspectos. Esta Sala considera que en este caso, a pesar de que claramente el acusado conocía la peligrosidad de la conducta que desplegó, no se ha logrado demostrar con la certeza necesaria que el elemento volitivo que exige la definición de dolo eventual en nuestro Código Penal, estuviera presente en la conducta del justiciable, pues no es claro que éste haya elaborado correctamente esa ponderación de su capacidad para evadir la acción de la justicia y evitar cualquier resultado que pusiera en peligro su vida y la de los demás, es decir, existen dudas respecto de si confió erróneamente en que podría controlar y dominar la situación (huir finalmente con éxito), lo que descartaba cualquier percance (confió excesivamente en su pericia como conductor, en la hora a la que conducía, por la escasa circulación, etc.). Por esta errónea valoración, que no se descarta, se configura , en dicha ponderación, un quebranto del cuidado debido, que le era exigible y al que estaba obligado, pues precisamente porque, contrario a lo que se representó, no tenía dominio de la situación y por eso es que se dio la colisión en calle 9 avenida 10, con el grave resultado ya descrito. Por ello, la mayoría de esta Sala valora este caso como una situación límite, en la que no se ha logrado descartar (el Tribunal ni siquiera se lo planteó) ciertamente, en virtud de los antecedentes que rodean al hecho de la huída, que el acusado razonablemente considerara (con evidente error, desde luego) que los resultados lesivos no se producirían, por lo que existe duda en cuanto a ello y esa duda debe favorecer al acusado, con la calificación jurídica menos grave , que en este caso es la de valorar su comportamiento como cometido con culpa consciente, que aún así merece ponderarse seriamente, en atención a la consciencia del riesgo y a las consecuencias tan lamentables finalmente ocurridas en este caso.

3.4 ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA TIPICIDAD CULPOSA

3.4.1 La culpa

En el desarrollo de la culpa, vamos a encontrar tres posiciones principales que se encargaron de desarrollar este instituto penal.

a. **Teoría psicológica de la culpabilidad**: Debemos recordar que, para el causalismo y neocausalismo, la culpa era una de las formas de culpabilidad. La culpa era una conexión psicológica entre el hecho y la persona autora.

b. **Teoría normativa de la culpabilidad**: En esta se desarrolló el criterio de que la culpa era una ausencia del sentimiento de cuidado para evitar la lesión a personas o bienes, por lo que era considerado una exigencia social. Ese cuidado era objetivo, valorativo y debía estar en la antijuridicidad y no en la culpabilidad. Otro criterio desarrollado fue que la imprudencia debía trasladarse al injusto (comportamiento típico y antijurídico),

las conductas que no se ajustaban a la norma de cuidado eran antijurídicas, por lo que aquellas que sí se ajustaban a la norma de cuidado no podían serlo también.

c. **Teoría normativo-objetiva:** Existen en la culpa un aspecto normativo objetivo donde la infracción del deber objetivo de cuidado se analiza en el ámbito de la antijuridicidad, y una valoración del aspecto individual del sujeto de observar el deber de cuidado que se analiza en la culpabilidad.

Ahora bien, el Código Penal refiere lo siguiente en su artículo 30:

> *Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley,*
>
> *si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.*

La culpa e imprudencia son términos equivalentes y constituyen, según el artículo 30 transcrito, una de las formas de comisión delictiva. Es decir, los hechos se cometen por dolo o por culpa. Sin embargo, la culpa no aparece definida legalmente, y su construcción, como se vio, obedece a planteamientos doctrinarios principalmente.

Con un adecuado desarrollo, en un voto disidente minoritario, pero no por ello errado, se exponen con absoluta puntualidad los componentes objetivos y subjetivos de la tipicidad culposa[14]: *Por ello, como lo señala Bacigalupo Zapater, en el delito culposo "finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la **infracción del cuidado debido**, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal" (Bacigalupo Zapater, Enrique, Principios de Derecho penal. Parte general, Madrid, tercera edición, 1994, p. 241) (la negrita y cursiva han sido suplidas). En la conformación de la culpa, se requiere, además, dos elementos identificados como la **previsibilidad** y la **evitabilidad**, los cuales forman parte de la mencionada **infracción al deber de cuidado**, en sus aspectos objetivo y subjetivo, respectivamente. Desde este esquema, en lo ilícito del delito culposo, es posible distinguir entre el **disvalor de acción** y el **disvalor del resultado**, paralelamente a como se hace en el campo del delito doloso. En este sentido, la estructura del tipo imprudente se logra identificar mediante los siguientes elementos: **1)** La **parte objetiva** del tipo culposo contiene la **infracción de la norma de cuidado (disvalor de la acción)** y el resultado de la parte objetiva contenida en el tipo penal **(disvalor del resultado)**; distinción esta que es verificable en los delitos dolosos; **2)** La **parte subjetiva** del tipo requiere el elemento **positivo** de haber querido la conducta descuidada, ello es, con conocimiento del peligro que en general conlleva **(culpa consciente)** o sin él **(culpa inconsciente)** y, además, el elemento **negativo** de no haber querido el autor cometer el hecho resultante (en este sentido ver, Mir Piug, Derecho Penal […], cit., p. 294; Roxin, Derecho Penal […], cit., pp. 1021-1023; Bacigalupo, Principios […], cit., 242; Muñoz*

14 En esta sentencia 242-2010 de la Sala Tercera, se realiza un amplísimo abordaje de los temas de dolo, culpa, distinción entre dolo eventual y culpa con representación. El aporte de este fallo para los temas estudiados es amplio. El voto salvado de dos magistrados tiene que ver con el tema de la separación entre dolo eventual y culpa con representación, principalmente a partir de los datos casuísticos del asunto que se resolvió. Sin em-bargo, los desarrollos doctrinarios resultan ampliamente aceptados y sin contradicción alguna entre ambas posiciones.

*Conde, Francisco, Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1993, p. 263, identifica el tipo subjetivo del delito culposo con el respectivo deber subjetivo de cuidado). Como vemos, para Roxin (Derecho Penal […], cit., pp. 1021-1022; en igual sentido, Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte General, Barcelona, tercera edición, 1990, p. 294) es posible hacer esta distinción, pero restando relevancia al estudio del tipo subjetivo. En efecto, Roxin admite la presencia del tipo subjetivo en la llamada culpa consciente, el cual consiste en la representación de todas las circunstancias del hecho como un peligro no permitido y en la confianza en la ausencia de realización del tipo; ahora bien, en el caso de la culpa inconsciente expone la ausencia del tipo subjetivo, debido a que el sujeto no ha incluido en su representación los elementos y presupuestos del tipo objetivo (cfr. Roxin, Derecho Penal […], cit., p. 1022). Por otra parte, para algunos, como el caso de Bacigalupo (Principios…, cit., p. 242), carece de sentido diferenciar el tipo subjetivo del tipo objetivo, debido a que esta bipartición en el delito doloso tiene sentido porque éste se caracteriza por la coincidencia básica entre lo querido y lo hecho por el autor. En el delito culposo, por lo contrario, lo que se muestra como esencial es la discrepancia entre lo querido y lo hecho por aquél. Lo anterior no significa que en lo ilícito del delito culposo no se puedan dar elementos subjetivos (Bacigalupo, Principios […], cit., pp. 242-243). En otro orden de cosas, podemos afirmar que toda forma de **imprudencia** o **culpa** contiene un **momento negativo**, representado por la falta de diligencia, de cuidado, de prudencia, que no debe confundirse con la omisión de la acción. Es posible una acción positiva sin el debido cuidado, tanto como una omisión sin el cuidado exigido. En otras palabras, en el **delito culposo** la falta o infracción al deber de cuidado, no afecta el carácter **comisivo** del hecho. Dentro del contenido psicológico de la acción culposa o imprudente, se puede distinguir entre **culpa inconsciente -culpa sin representación-** y **culpa consciente -culpa con representación-**. En el caso de la **culpa inconsciente**, el autor no se ha representado el peligro que es consecuencia de la lesión del deber de cuidado que le incumbía; se dice que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad, o sea, no se advierte el peligro (Mir Puig, Derecho penal […], cit., p. 290; Bacigalupo, Principios […], cit., p. 249). En realidad se trata de los casos en que el autor no se ha representado el peligro que es consecuencia de la lesión del deber de cuidado que le incumbía. Esta supone que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro. Por su parte, en la llamada **culpa consciente**, la cual presenta mayores problemas de identificación y diferenciación respecto del **dolo eventual**, contraria a la anterior, **el autor se representa el peligro de lesión del bien jurídico, pero valorando falsamente la situación piensa que el mismo no se concretará en resultado**. En la culpa consciente a pesar de no quererse causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa, en otras palabras, se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no se dará lugar el resultado lesivo; pero, si el sujeto deja de confiar en ello, concurre dolo eventual. En ella el autor se representa el peligro de lesión del bien jurídico, pero valorando falsamente la situación piensa que el mismo no se concretará en resultado. En otras palabras, se da cuando, "si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya dolo eventual" (Mir Puig, Derecho penal…, cit., p. 290). […]. Sala Tercera. Voto 242-2010.*

Debe quedar claro que el fundamento de los delitos culposos o imprudentes está constituido por la discrepancia entre la acción que, en virtud del deber objetivo de cuidado, debía realizarse y aquella que fue efectivamente realizada.

Muñoz Conde lo expone así:

> *En los delitos imprudentes, la desaprobación jurídica recae sobre la forma de realización de la acción o sobre la selección de los medios para realizarla. En definitiva, la prohibición penal de determinados comportamientos imprudentes pretende motivar a los ciudadanos para que, en la realización de acciones que puedan ocasionar resultados lesivos, empleen el cuidado que es objetiva y subjetivamente necesario para evitar que se produzcan; en un apalabra, para que actúen con la diligencia debida.* (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General, 2000).

3.4.2 Tipicidad objetiva

En los tipos imprudentes o culposos, la conducta no aparece descrita en el tipo, sino que es indeterminada, pero debe ser precisada en cada situación concreta. En estos casos, la acción que se prohíbe no se encuentra determinada por la relación entre la voluntad de la persona y el resultado que se produce.

En los delitos culposos, se sanciona cualquier conducta que produzca el resultado, siempre que este resultado sea previsible y evitable y debido a una infracción al deber de cuidado.

En la descripción típica, debe tomarse en consideración el conocimiento del riesgo y del cuidado debido que dan contenido a la acción disvaliosa. Por su parte, el desvalor de resultado se presenta en virtud de la necesidad de resultado en este tipo de delitos.

3.4.2.1 Acción

3.4.2.1.1. Acción u omisión

En el tipo culposo, la acción es indefinida, es decir, no la vamos a encontrar descrita en el tipo, pero debe ser concretada: debe establecerse en qué consistió la conducta que infringió el deber de cuidado y, en razón de la cual, se produjo el resultado. Lo que se prohíbe es la causación de un resultado por haber realizado una acción contraria al deber de cuidado que era exigido ante esa situación. Este nexo entre la infracción al deber de cuidado y el resultado se denomina también como “relación de determinación”.

3.4.2.1.2. Resultado

Los tipos culposos son normalmente de resultado, pues, en razón de este, se sanciona la acción u omisión realizada. Ese resultado puede ser de lesión o de puesta en peligro.

Cuando el tipo penal se refiere a un resultado, no puede ser cualquier resultado, sino únicamente aquel que es objeto de la norma para su evitación. Es decir, el resultado debía ser evitable.

3.4.2.1.3. Nexo de causalidad

El resultado debe ser producto causal de la acción en la que se infringió el deber de cuidado, de acción u omisión, realizada por la persona actuante.

3.4.2.1.4 Violación al deber objetivo de cuidado

Es un elemento normativo que permite la atribución de la conducta. Cuando se analiza una conducta violatoria del deber objetivo de cuidado, se hace tomando como referencia cómo ha actuado una persona razonable y prudente en el mismo lugar de quien actuó.

El deber objetivo de cuidado busca el cumplimiento de conductas de cuidado para la disminución de resultados disvaliosos en actividades peligrosas que finalmente significa superar el ámbito tolerado de esos riesgos. Es decir, significa superar el riesgo permitido.

El deber de cuidado es objetivo, por ello, para determinarlo se acude a la actuación que haya tenido la figura baremo, la cual es una persona consciente y prudente, pero tomando en consideración las capacidades y conocimientos especiales o particulares, por lo que la infracción al deber de cuidado es objetiva, pero también con elementos subjetivos, pues se hace tomando en consideración a la persona de quien se juzga su conducta, no al margen de esta. A lo anterior debe agregarse la exigencia de los componentes de previsibilidad, o previsibilidad objetiva.

Debe considerarse también, que no existe un deber de cuidado general, sino que a cada conducta corresponde un particular deber de cuidado.

Así las cosas, el elemento objetivo del tipo culposo estaría conformado por la producción de un resultado lesivo o peligroso para un bien jurídico, producto de la violación a las reglas objetivas del debido cuidado, y cuyo resultado era previsible y evitable.

Ahora bien, tal y como se desarrolló anteriormente, hay quienes consideran a la imputación objetiva como parte integrante de la tipicidad objetiva culposa. Por ello haremos referencia de manera sencilla y muy específica al tema de la imputación objetiva porque se trata de los mismos elementos, es decir, de la creación de un riesgo no permitido, de la realización del riesgo en el resultado y debe tratarse de un resultado previsto por el tipo penal.

3.4.2.1.5 Relación de determinación e imputación objetiva

Entre la actuación que infringe el deber de cuidado y el resultado producido, debe existir una relación de imputación objetiva.

Esto significa que la actuación que infringe el deber de cuidado debió crear un riesgo, el cual debe superar el ámbito de tolerancia del riesgo permitido y, de esta forma, crear un riesgo no permitido que se realizó en el resultado, el cual es de los que pretende evitar la norma o el tipo penal. La infracción al deber de cuidado debe ser esencial y determinante para la producción del resultado.

Lo anterior implica que, ante una situación puntual, si se hubiera actuado de acuerdo con el deber objetivo de cuidado, se hubiera evitado el resultado, entonces no hay configuración del elemento de vinculación, es decir, no hay imputación objetiva.

Precisamente, en este aspecto, Roxín elaboró una serie de criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado:

a. Casos en que, si bien el resultado se hubiera producido por la acción imprudente, también se hubiera producido, si se hubiera actuado correctamente.
b. Casos en que el resultado fue causado por causas ajenas a la acción imprudente misma, llamados también procesos causales irregulares.
c. El resultado producido por la acción imprudente cae fuera del ámbito de protección de la norma; es decir, el resultado no tiene nada que ver con la norma que se infringe.
d. Casos en que la víctima participa de forma voluntaria en la acción peligrosa.

3.4.3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Hay una discusión doctrinaria acerca de si, en los delitos culposos, se puede hablar de un elemento subjetivo del tipo penal o de una tipicidad subjetiva.

3.4.3.1. Elementos de culpa

3.4.3.1.1. Componente volitivo

En el tipo penal imprudente, quien actúa así lo hace con la voluntad de realizar una conducta con los medios elegidos para ello.

3.4.3.1.2. Componente cognitivo

Se compone con la posibilidad de conocer el riesgo o peligro para los bienes jurídicos que pueden resultar afectados y prever el resultado con tal conocimiento. El riesgo debe ser previsible y esa previsibilidad condiciona el deber de cuidado. Por ello el nivel de previsibilidad o capacidad de previsión, corresponde a cada persona en particular.

3.4.3.2. Clases de culpa

3.4.3.2.1. Culpa con representación

También llamada culpa consciente o "*luxuria".* Es cuando quien actúa lo hace visualizando la producción del resultado como posible; pero confía en su evitación, advirtiendo, claro está, sobre la amenaza objetiva de su conducta.

3.4.3.2.2. Culpa sin representación

También se denomina culpa inconsciente o *negligentia.* Es cuando la persona actuante no representa la posibilidad de que el resultado se produzca, aun cuando ha podido hacerlo, es decir, aunque tenía las posibilidades para haber conocido.

En el recordado voto 446-2004 de la Sala Tercera, se indicó respecto al delito culposo lo siguiente:

> ***II.- Los recursos deben declararse con lugar****. En primer término, considérese que una acción u omisión que pueda ser calificada de culposa no puede ser nunca "lícita" ya que la forma de realización de la conducta (con falta al deber de cuidado) demuestra por sí misma una indiferencia del autor frente a la posible lesión al bien jurídico penalmente tutelado. La definición legislativa que encontramos en el homicidio culposo (artículo 117 del Código Penal: "Se le impondrá prisión de seis meses a ocho años al que por culpa matare a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados. En todo caso, al autor del homicidio culposo se le impondrá también inhabilitación de uno a cinco años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho..."), plantea el examen del "grado de culpa", de la "magnitud de los daños causados" y del "número de víctimas", como elementos del análisis judicial del tipo culposo. Esta definición, así de abierta, tiene una gran ventaja ya que permite enfocar la labor de análisis judicial hacia la forma de conducir la causalidad al fin intrascendente para el derecho, es decir, hacia el resultado que no tiene interés para el Derecho. Debe recordarse que la conducción de la causalidad hacia el fin intrascendente para el derecho es lo que establece la relación entre la infracción al deber de cuidado (manifestada en esa conducción) y el resultado que sí es trascendente para el derecho, es decir, el resultado antijurídico. El tipo culposo tiene entonces un examen de dos resultados, el primero de ellos intrascendente para el Derecho hacia el cual se conduce el sujeto por medio de su finalidad y el escogimiento de medios requeridos; el otro, el que sí interesa al Derecho, se produce cuando por la forma de conducción de la causalidad se produce una lesión a un bien jurídico manifestado en un resultado no querido por el sujeto, por lo que el punto de partida del tipo culposo no tiene que fundarse en la perspectiva de la licitud. Esta Sala ha venido sustituyendo los antiguos conceptos civiles de negligencia, imprudencia e impericia, por la definición legal de la conducta culposa. La principal razón de esta escogencia se sustentó en el hecho de que estos conceptos, lejos de ayudar a la aplicación de la Ley, suelen llevar al analista a serios problemas lógicos de definición. De estos problemas, quizá el más importante es la imposibilidad de diferenciar entre imprudencia y negligencia, ya que no es posible encontrar una conducta "imprudente" que no sea "negligente". Así, el análisis judicial se hace ex-post facto con las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedió el hecho investigado, pero, en este nuevo suceso, se pone al sujeto a actuar conforme a todo el deber de cuidado que le corresponde acorde con sus condiciones personales, oficio, profesión o arte que hayan concurrido a caracterizar su comportamiento dirigido al fin intrascendente para el Derecho. Si después de semejante examen el resultado siempre se*

produce (el resultado contrario a Derecho) la conducta analizada resulta atípica del delito culposo. En el caso contrario, si la conducta verificada de acuerdo a este marco hipotético, hace que el resultado no se produzca, la conclusión que se deduce es que la conducta que infringió el deber de cuidado fue idónea para producir el resultado y, por ende, resulta típica del delito culposo que se esté investigando. En el Código Penal de Costa Rica, el delito de homicidio culposo obliga al analista a "valorar la magnitud del daño" y "el grado de culpa", es decir, que debe establecerse, también, una relación de determinación entre el resultado (componente de azar) y el grado de culpa, el cual sólo puede medirse en cada caso, ya que ni el mismo Código hace una definición, ni tampoco establece ningún límite, salvo la derivación natural del principio de legalidad: principio de culpabilidad. Otro límite fundamental para el examen de la culpa en Costa Rica es la detección del resultado y del deber de cuidado que debió tomarse para evitarlo. El tipo culposo también tiene aspectos de voluntad y conocimiento; no obstante, no son similares a aquellos indispensables para la tipicidad dolosa. En primer lugar, en el aspecto volitivo, que sí existe en el tipo culposo, se analiza la voluntad del sujeto para realizar el fin programado, con los medios predispuestos al efecto. En cuanto al conocimiento, el tipo culposo parte de un aspecto cognoscitivo que se concreta en una mera posibilidad, nunca es un conocimiento efectivo ya que si lo fuera la conducta no es culposa sino dolosa; adicionalmente, en este mismo aspecto, el juez debe analizar la posibilidad de conocer la peligrosidad de la conducta y de prever el resultado conforme a ese conocimiento. De esta manera, al igual que en la tipicidad dolosa, el tipo culposo requiere una congruencia entre los elementos subjetivos y objetivos que si no se verifica en la especie producirá el efecto de convertir la conducta analizada en atípica. Esto último puede suceder tanto porque el resultado es absolutamente imprevisible o está más allá de la capacidad de previsibilidad del sujeto (ignorancia invencible). En el problema jurídico que nos ocupa resulta probable que la imputada no pueda alegar una imposibilidad de conocimiento sobre la posibilidad de que el suceso se verifique, ya que dada la forma empleada (con fuerza) para sacar el arma de la funda, ello permitiría hacer previsible el resultado lesiones o muerte de cualquier persona ante un disparo por la manipulación de aquella. Ahora, en cuanto a los elementos necesarios para explicar los elementos del tipo culposo, verificar su existencia o inexistencia y ubicar el ámbito de la acción dolosa respecto del peligro previsible como conocimiento efectivo actual o actualizable, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que esta Sala, mediante la sentencia número 81 de las 09:30 horas de 30 de julio de 1982, consideraba el análisis del tipo culposo tal y como lo planteaba el autor Sebastián Soler en cuanto a la valoración de la ilicitud inicial. Sin embargo, esta postura ya no puede justificarse por las contradicciones que la misma ofrece en punto al tipo subjetivo y objetivo del delito culposo, las cuales no pueden partir de una licitud inicial del comportamiento del agente ya que la infracción al deber de cuidado no es amparada por el Ordenamiento Jurídico. Resulta más correcto, desde el punto de vista de la estructura del homicidio culposo y de las lesiones culposas, figuras que establecen los requisitos interpretativos para la graduación de la pena en estos ilícitos, que se examine los elementos objetivos y subjetivos del delito culposo, no partiendo de la licitud

inicial de la acción sino de la anticipación de un fin intrascendente para el Derecho, la realización de una causalidad necesaria para obtener ese fin y la infracción al deber de cuidado que genera un segundo resultado que interesa al Ordenamiento Jurídico (este segundo resultado es el que determina el alcance de la tipicidad culposa). En este análisis resulta fundamental la observación del tipo objetivo del tipo culposo, esto es, que la acción cause el resultado típico y que la causalidad haya sido defectuosamente programada, es decir, que la selección de medios para producir el resultado haya sido defectuosa y que constituya una violación al deber de cuidado, y que en el resultado medie una relación de determinación en donde la infracción al deber de cuidado haya sido determinante para la producción del resultado (análisis judicial ex-post con la conducta adecuada al deber de cuidado). En segundo lugar, el analista debe poner especial cuidado al tipo subjetivo, en donde basta que el sujeto no haya deseado producir el resultado (componente de azar) que lesiona el bien jurídico penalmente tutelado, y que si el resultado típico es aceptado como posible por el sujeto activo, éste haya sobrevenido con una causalidad diferente a la programada, y, por supuesto, diferente a la voluntad final realizadora de la conducta intrascendente al Derecho. El juez debe valorar también que el resultado típico y la causalidad sean previsibles para el sujeto activo. Así, debe ponerse especial interés en dilucidar si el sujeto activo pudo conocer la peligrosidad de la conducta desplegada en relación con el bien jurídico en cuestión (cfr. de esta Sala la sentencia número 09:10 horas de 11 de diciembre de 1992, con la integración de los Magistrados Daniel González Álvarez, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Mario Alberto Houed Vega, Alfonso Chaves Ramírez y Rodrigo Castro Monge).

Posteriormente, se consideró el tema de la configuración de la culpa bajo los siguientes términos:

En el delito culposo, en consecuencia, finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal […] Básicamente la tipicidad del delito culposo requiere que el autor haya infringido un deber de cuidado. Si se trata además de un delito culposo con resultado de lesión, el resultado deberá ser objetivamente imputable a la acción […]" (Enrique Bacigalupo. Manual de Derecho Penal (Parte General). Editorial Temis S. A. 1984, p.p. 211-213). Cabe agregar que la culpa es un instituto jurídico de antigua concepción, de amplio análisis y desarrollo no solo por la doctrina sino también por parte de la jurisprudencia, que genéricamente se traduce en el hecho de faltar a un deber imputable al autor de una acción u omisión, siendo que, en consideración a ese deber, tal acción u omisión es sancionada como infracción. Asimismo, esta Sala ha dicho referente al mismo tópico lo siguiente: "[…] El problema fundamental en la resolución de la culpa, es determinar la existencia del nexo causal entre la omisión al deber de cuidado (causa) y el daño (efecto). Ahora bien, si se concluye que la observancia de una conducta conforme a derecho evita el daño, es claro que hay un vínculo de causalidad entre omisión al deber de cuidado y resultado; por el contrario, si pese a guardar la atención exigida por el ordenamiento jurídico y otras normas del comportamiento humano, sobreviene la lesión, es evidente que no existe el nexo causal entre la conducta examinada y el daño al bien jurídico

tutelado […]" (Sala Tercera, Voto Nº 577-1992 de las 09:20 horas, del 27 de noviembre de mil novecientos noventa y dos). Sala Tercera. Voto 709-2013.

3.4.4 La concurrencia de culpas

Tal y como González Lillo señala:

> *En cambio, os supuestos de autorías paralelas representan uno de los principales ámbitos en los que podrían concurrir dos o más comportamientos imputables a título de imprudencia. Un ejemplo prototípico de ello es el de la colisión entre dos vehículos, cuyos conductores han incurrido en sendas infracciones al cuuidado exigido en el tráfico viario (v.gr., mientras uno omite un semáforo en rojo, el otro conduce a exceso de velocidad). SI bien la pregunta acerca de na posible incidencia recíproca en tales cmportamientos imprudentes solo puede formularse una vez se haya afirmado la posibilidad de que, en efecto, el evento en cuestión resulta imputable a ambos sujetos –afirmación que a su vez presupone haber aquilatado otras incógnitas-, es en los escenarios de pluralidad de agentes imprudentes donde precisamente una potencial compensación o degradación de mprudencias gana mayr plausibiliad. A pesar de lo anterior cabe advertir que la mera circunstancia de concurrir comportamientos imprudentes, por sí misma, no determinará una disminución en la responsabilidad penal de sus respectivos agentes.* (González Lillo, 2022).

Ahora, esto puede suceder porque:

> Concurre infracción al deber de cuidado de dos autores.
>
> Concurre infracción al deber de cuidado de autor y también de víctima.

En las oportunidades en que la Sala Tercera se ha referido a la figura de la culpa concurrente, ha señalado lo siguiente:

> *Para finalizar, respecto a la aplicación de la culpa concurrente, debe atenerse la recurrente a lo establecido en la resolución de esta Sala #* **676-F-91 de las** 8:30 horas del 13 de diciembre de 1991, *en el tanto se estipula que "En efecto, la denominada concurrencia de culpas en los ilícitos de esta naturaleza no solamente tiene incidencia en la responsabilidad civil (caso al que se refiere el artículo 105 del Código sustantivo, cuando la víctima contribuyó por su propia falta a la producción del daño, lo que permite reducir equitativamente el monto de la indemnización), sino, de modo obvio, en la responsabilidad penal, cuyo significado es que cada autor carga individualmente con la culpa que le corresponde (Cfr. al respecto obra de Terragni, Marco A., El Delito Culposo; Rubinzal-Culzoni, edit., 1984, p. 145), pues la falta al deber de cuidado de uno no elimina, ni tampoco compensa, la falta al deber de cuidado de otro. Lo anterior significa que ni en una ni en otra situación, ya sea que se trate de la víctima la que contribuyó con su propia falta al resultado dañoso o que se trate de dos autores -por ejemplo*

dos conductores de autos- que conjuntamente produjeron dicho resultado en perjuicio de un tercero, se excluye la responsabilidad penal, debido a la específica e individual culpa de cada uno (ver sobre este tema -entre otros autores- obra de Abdelnour Granados, Rosa María; La responsabilidad civil derivada del hecho punible; edit. Juricentro, 1984, ps. 64 y 65,). Sala Tercera. Voto 191-2008.

La confluencia de culpas o culpa concurrente no excluye la responsabilidad penal ni la civil.

3.5 ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA TIPICIDAD OMISIVA

La omisión aparece durante el desarrollo histórico de la construcción teórica del delito en el neoclasicismo; es decir, con los neokantianos, a partir de lo que hoy entendemos como comisión por omisión, como una forma de desarrollar el comportamiento descrito como prohibido por el tipo penal, pues se consideró que eran igualmente reprochables los resultados que eran alcanzados por cometer una acción prohibida, como por no cumplir con una conducta a la que está obligada la persona.

A partir de esta consideración, aparecieron dos formas de omisión, la propia y la impropia.

En su artículo 18, el Código Penal establece claramente las condiciones para la existencia de la omisión como forma de realizar el hecho ilícito. Así se detalla este artículo:

> *El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo.*

3.5.1 Tipicidad omisiva

3.5.1.1 La omisión

Debe considerarse que, en el caso de la tipicidad omisiva, la disposición normativa no es prohibitiva, sino que es imperativa, consistente en un deber hacer.

La omisión tiene pleno sentido cuando es referida a una acción, pues en definitiva se trata de una no realización de una acción esperada.

3.5.1.2 Clases de omisión

3.5.1.2.1 Omisión propia

Los tipos penales de infracción a un deber de actuar son los llamados tipos de omisión propia u omisión pura. La ley describe la conducta omisiva en el tipo penal. Puede que, en algunos de estos tipos penales de omisión propia o de infracción a un deber de actuar, se exija resultado,

aunque pueden ser de simple omisión. De igual forma, es viable que, en un mismo tipo penal, se dispongan como conductas prohibidas una acción y una omisión; es decir, que se describa que el tipo penal puede ser cometido, ya sea de forma activa u omisiva.

3.5.1.2.1.2 Omisión impropia

También se le denomina comisión por omisión, y en la descripción típica no se hace alusión de forma expresa a la conducta omisiva, sino que se acude a la omisión como una forma de realizar la acción. Es decir, la omisión es una de las formas de realizar la acción prohibida; por ejemplo, dar muerte.

Sin embargo, en la tipicidad omisiva de carácter doloso, hay que considerar quién omite la acción mandada.

En los tipos penales de omisión propia, la determinación de las condiciones de la persona autora no conlleva ningún ejercicio adicional, pues el mismo tipo describe quién es el obligado a cumplir con el deber de actuar.

Sin embargo, hay casos en que no se describe expresamente a la persona obligada a cumplir con el deber de actuar, como en los de comisión por omisión, por lo que deberá realizarse esa determinación a partir de lo que se conoce como *"posición de garante".*

La posición de garante es una creación doctrinaria para limitar los casos en que una persona debe responder por su no actuar frente a la lesión o puesta en peligro que se ha causado a un bien jurídico. De esta forma, la omisión que realiza se termina equiparando a quien despliega una acción en contra de ese bien jurídico.

Para establecer cuándo una persona se encuentra en una posición de garante, se han desarrollado diversas teorías que se desarrollan a continuación:

1. **Teoría formal de la posición de garante**

La posición de garante se deduce de las siguientes fuentes:

a. La ley.
b. El contrato.
c. La injerencia (conducta anterior).
d. La asunción del hecho.
e. Relaciones de lealtad.

2. **Teoría material de la posición de garante o teoría de las funciones**

Toma en consideración la relación de la persona con el bien jurídico. La posición de garante se deriva de dos tipos de situaciones:

a. Cuando la persona tiene el deber de proteger bienes jurídicos de riesgos que puedan afectarlos, como pueden ser:
   - Relaciones familiares o ámbitos de convivencia.
   - Comunidad del riesgo: participación voluntaria y concertada previamente en actividades peligrosas o en las que intervienen personas tácitamente obligadas a ayudarse mutuamente.
   - Asunción voluntaria de una función de protección de determinados bienes jurídicos: medie un contrato o no.
b. Cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgos, como sucede en:
   - Los deberes surgidos de comportamientos precedentes suyos o injerencia.
   - Las obligaciones surgidas en los riesgos creados por otras personas que se encuentran dentro del ámbito de influencia de quien omite.
   - Los deberes de garante surgidos del control de fuentes de riesgo que operan en el propio ámbito de dominio del agente.

3. Teoría del ámbito de dominio

Considera que la persona autora debe realizar una conducta que la coloque en contacto directo con el bien jurídico.

4. Tesis de Jakobs

Desarrolla:

- Deberes en virtud de responsabilidad por organización:
  a. Los de aseguramiento en los deberes de relación y en la injerencia.
  b. Los de salvación en los deberes de relación y en la injerencia.
  c. La asunción de deberes, obligaciones y disposiciones a actuar, así como la liberación del primariamente obligado mediante asunción.
  d. Los que surgen en virtud de responsabilidad por organización para impedir autolesiones
- Deberes en virtud de responsabilidad institucional.
  a. Relación paterno filial.
  b. Matrimonio.
  c. Relaciones sustitutivas.
  d. Confianza especial.
  e. Deberes genuinamente estatales como relaciones de poder y fines estatales.

3.5.2. Tipicidad objetiva

3.5.2.1. La situación típica generadora del deber de actuar

Es el peligro que amenaza al bien jurídico y que genera la obligación jurídica de actuar bajo una determinada forma. Es el peligro de que se realice el resultado.

3.5.2.2 La posición de garante

Debemos considerar aquí que, en nuestro medio, el artículo 18 del Código Penal es claro en señalar:

> *Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo.*

3.5.2.3. La realización de una acción distinta a la debida

En los tipos omisivos, la acción relevante se describe mediante la descripción de la acción debida. La realización de una acción distinta a aquella que es debida, es decir, la omisión de realizarla constituye el elemento esencial del tipo objetivo.

Debemos considerar aquí que, en nuestro medio, el artículo 18 del Código Penal refiere puntualmente lo siguiente:

> *Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo.*

3.5.2.4 La posibilidad real de ejecutar la acción debida

En los tipos de omisión impropia, la producción del resultado se liga a la no realización de la conducta ordenada.

Debemos considerar aquí que, en nuestro medio, el artículo 18 del Código Penal es claro en señalar: *"Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias* y si debía jurídicamente evitarlo".

3.5.2.5 Nexo causal hipotético o nexo de evitación

En los tipos omisivos, no hay una relación de causalidad, por lo que se acude a una relación causal de carácter hipotético, en tanto se proyecta qué habría sucedido si se hubiera realizado la acción debida, en que, si el resultado desaparece, existe el nexo de evitación, pues se pudo haber evitado el resultado.

No es suficiente establecer que si se hubiera realizado la acción debida, disminuiría el riesgo, sino que evitaría el resultado.

3.5.2.6 El resultado

Debemos recordar que el resultado es la consecuencia de no haber actuado, es decir, no haber impedido que el resultado se produjera, cuando se estaba obligado a impedirlo.

Debemos considerar aquí que, en nuestro medio, el artículo 18 del Código Penal es claro en señalar: *Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo.*

Aquí nuevamente debe hacerse referencia a la teoría de la imputación objetiva del resultado, en el tanto, tal y como se ha venido reiterando, para un sector doctrinal y jurisprudencial, la imputación objetiva del resultado forma parte de la tipicidad objetiva y en ese tanto, aquí cabría incluir los elementos que requiere dicho nexo normativo para lograr la imputación objetiva del resultado al autor del hecho.

3.5.3 Tipicidad subjetiva

Los delitos de omisión pueden ser dolosos o culposos. En el delito doloso de omisión, se requiere el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y la voluntad de no realizar la acción debida. Es importante entender que si se trata de un asunto de omisión impropia el dolo exigiría a nivel de conocimiento, la condición que lo coloca en una posición de garante.

En la omisión culposa, se omite cumplir con el debido cuidado para una situación determinada. Hay omisión culposa cuando quien actúa omitió realizar la conducta debida.

Ahora bien, analizado los anteriores aspectos teóricos de la omisión, veamos algunos desarrollos que se han considerado a nivel jurisprudencial.

Es prudente considerar aquí que, en el caso de omisiones impropias o de comisión por omisión, debe tenerse especial cuidado en establecer la posición de garante y el origen de esta. Al respecto, la Sala Tercera señaló al respecto en su voto 657-2013:

> *El robo es un delito de acción, y si bien el artículo 18 del Código Penal, prevé un dispositivo amplificador de los tipos de acción, su lectura acorde con el principio de legalidad, obliga a fundamentar fehacientemente la posición de garante del sujeto que omite, a fin de establecer la equivalencia entre su infracción al deber de actuar, y las exigencias de tipo, en este caso, la figura del robo agravado. […] En el mencionado artículo 18 del Código Penal, se dispone que: "El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de*

acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo". Sobre los peligros de una interpretación muy laxa en cuanto a la equivalencia entre el delito de acción y la comisión por omisión, se pronuncia Bernd Schünemann: "[…] El único reproche que con razón cabe hacer a la jurisprudencia es que ésta ha actuado sin barreras, igual que un legislador, al castigar como delito de omisión impropia no sólo los casos de omitir igual a la comisión, sino todas las omisiones de algún modo antisociales. El extravío fundamental de la jurisprudencia ha de considerarse el de haberse colocado en el lugar del legislador y colmado autónomamente las lagunas sin respetar la vinculación del omitir a la equivalencia a la acción, impuesta por el principio de legalidad […]" (Schünemann: Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 238). La exigencia de determinar claramente la posición de garante que ostentaba el sujeto, se erige entonces como límite objetivo para paliar dicho riesgo. Con respecto a las fuentes generadoras de posición de garante, se ha dicho que "[…] En la doctrina penal, en general, con base en pautas de índole mixta, se acepta que la posición de garante se deriva de dos tipos de situaciones básicamente: En primer lugar cuando la persona tiene el deber de proteger los bienes jurídicos frente a los riesgos que puedan afectarlos, vgr. deberes de cuidado surgidos de la defensa y salvaguardia de personas necesitadas (niñera, salvavidas, profesor de natación, enfermera, etc.), asimismo, los deberes de protección surgidos de relaciones familiares o de ámbitos de convivencia (el padre con relación al niño, el hijo en relación con su padre anciano, la esposa en relación con el esposo, etc.). En segundo lugar cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo, que también se le llama el deber de vigilancia de fuentes de peligros (vgr. posesión de animales domésticos, sustancias explosivas o inflamables). Entran aquí en consideración los peligros provenientes de las propias acciones y por lo tanto la conocida situación en la que un hecho anterior del propio sujeto genera el peligro del bien jurídico. Como sucede con los deberes surgidos de comportamientos precedentes suyos (el que embriaga a otro tiene la obligación de protegerlo, el que conduciendo correctamente atropella al peatón tiene el deber de asistirlo, etc) o con los deberes surgidos de los riesgos creados por otras personas que se encuentran dentro del ámbito de influencia de quien omite (los funcionarios públicos en relación con sus subordinados, el padre con respecto a los hechos dañosos de sus hijos menores, el director del colegio en relación con los comportamientos contrarios a la ley penal en que puedan incurrir los estudiantes dentro del establecimiento, el director de la prisión con respecto a los actos delictivos cometidos por los detenidos, etc.). Y finalmente los deberes de garante surgidos del control de fuentes de riesgo (el controlador aéreo, el cuidador de una planta de energía atómica o de sustancias radiactivas, el conductor encargado de transportar sustancias químicas peligrosas, el jefe de seguridad de la empresa obligado a mantener las máquinas en perfecto estado de funcionamiento para evitar accidentes de trabajo, etc.) […]". (Dall'Anesse, Fernández y Gatgens: *Omisión Impropia, Editorial Jurídica Continental, San José, 2001, pp 33-34).*

En el voto 226-2020, la Sala Tercera abordó ampliamente el tema de la omisión, refiriendo de interés lo siguiente:

> *Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico, las conductas penales pueden ser realizadas por acción u omisión (artículo 18 del Código Penal). En términos comunes, ambas modalidades son llamadas "acciones", pues no se trata de una concepción naturalística de las mismas, sino de una apreciación normativa del fenómeno activo o pasivo. Esto es, lo que en el mundo de los fenómenos es un hacer o un no hacer, es irrelevante por sí sólo para el orden jurídico, por lo que su concurrencia exenta de valoración jurídica es sólo un dato externo a aquél. Es preciso que, para trascender a ese ámbito valorativo, el fenómeno sea ponderado por el Derecho (en este caso penal) y se le atribuya un papel o consecuencia jurídica. Es por eso que se dice que no se puede entender la acepción jurídica de una acción o una omisión, si no se le asocia ese enfoque normativo. De tal manera que cuál es el fenómeno activo o pasivo relevante, será el que la norma indique como tal, a partir de su análisis descriptivo y sistemático con otras reglas y principios. Por eso es que, trascendiendo a este campo, el factor dominante será el normativo, perdiendo mayor interés, salvo para efectos de tipicidad (como luego se explicará), si se trata de una acción positiva o negativa (es decir un hacer o un no hacer), por lo que usualmente ambas son aludidas como "acción". Tratándose de las omisiones, a las cuales se hará referencia de aquí en adelante, la valoración jurídica asociada al "no hacer" consiste en "algo que debió haber sido hecho y no lo fue" y, por lo tanto, genera un efecto jurídico; tratándose del Derecho Penal, de índole sancionatorio, o bien componente de un tipo o del juicio de culpabilidad. En el primero de los casos, el de la omisión que lleva a la sanción, el ordenamiento castiga aquella conducta que, debiendo haber realizado algo, no lo hizo, por lo que su autor se ve censurado: "Hoy por hoy, la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que la omisión es un concepto jurídico-penal y no meramente naturalístico. Lo importante es, al igual que sucedía con los cursos causales, fijar el criterio que nos permita seleccionar de entre todos los comportamientos pasivos o potencialmente finales aquellos que interesen al Derecho penal. La omisión no consiste en un comportamiento pasivo, sino en "abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho" (Demetrio Crespo, "Delito omisivo" en Curso de Derecho Penal: Parte General. 3ra. ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2016, capítulo XXIII. Edición Kindle). **III.** Al no poder establecerse un delito genérico de omisión, lo cual sería absolutamente incompatible con un Estado Constitucional liberal democrático, los tipos penales que las contienen deben estar claramente delimitados (lo mismo que tratándose de los tipos penales que prevén acciones), pero además circunstanciados . Vale decir, en tanto que en los delitos activos normalmente no se exige circunstancias particulares para su ejecución típica, en los delitos omisivos, para evitar que se instituya como delictiva una clase de omisión en general (lo cual atentaría contra aquellos postulados liberal democráticos), la omisión típica debe darse en determinadas circunstancias, como es, por ejemplo, la edad, condición de herida o la amenaza que pende sobre la víctima en la omisión de auxilio (artículo 144 del Código Penal) o la minoridad o desvalidez de la víctima en tratándose del cumplimiento de los deberes alimentarios indispensables para la supervivencia, por parte de quien está obligado a proveerlos (artículo 185 del Código Penal); entre otros localizables en nuestro Código Penal. De tal suerte que, para evitar conminaciones típicas generalizadas constituidas por omisiones, se recurre a instrumentos de acotación, como es la circunstanciación, gracias a la cual la omisión sólo es perseguible si se produce en dichas circunstancias. "El tipo omisivo sistemático, por su naturaleza, debe captar, ante todo, una situación objetiva que se da en*

*llamar situación típica… La acción indicada debe realizarse sólo en esa situación típica, dado que todos los tipos omisivos son circunstanciados… Como de esas particularidades depende la prohibición, el análisis de las circunstancias de la situación típica es de importancia primordial… Se demanda la existencia de una conducta que no se dirija al fin ordenado (en tanto que en el tipo activo se individualiza la que se dirige al fin prohibido)" (Raúl Zaffaroni et alii , Manual de Derecho Penal. Parte General. 2da. ed. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2017, 445). Estas circunstancias pueden ser las del hecho, la víctima, o incluso las del autor. El recurso a circunstancias de los hechos y la persona ofendida son habitualmente las empleadas como instrumento de acotación en las omisiones categorizadas como "propias", así denominadas porque están explícitamente establecidas en la legislación. La condición del autor omitente y sus circunstancias son habitualmente las que sirven para recortar el campo de vinculatoriedad de las "omisiones impropias", que no están explícitamente formuladas en la ley, sino que son un mandato de hacer para ciertos agentes en ciertas circunstancias, que de no ser cumplidas serán reprimidas. En estas, el legislador iguala, en su disvalor, la omisión que permite un evento a la acción positiva que lo habría causado. De ahí la denominación de "delito omisivo impropio", pues se remite en su existencia a un delito base activo, siendo una expresión pasiva de éstos: "A diferencia de los delitos de mera omisión, que contraviene un mandato de actuar, los delitos omisivos impropios violarían siempre la prohibición de producir el evento que da vida al tipo comisivo: la única particularidad consistiría en el hecho que esta vez la prohibición se especifica en la prohibición de ocasionar, con la omisión, el evento típico" (Giovanni Fiandaca et al, Diritto penale: Parte generale. 8va. ed. Boloña: Zanichelli Editore, 2019, 630). Como se dijo, el instrumento usual de recorte en la omisión propia es, por regla, la circunstanciación del hecho y de la víctima; en tanto que en la omisión impropia lo será la calidad del autor y sus circunstancias. Omisión ésta que no está establecida individualmente, sino que se adhiere como mecanismo extensivo a los demás tipos penales activos: "[…] a doctrina denomina impropios delitos de omisión a los que tienen una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara… Sus autores son siempre calificados, porque la ley, debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación de actuar en la situación típica" (Zaffaroni, op.cit. , 447). Así aparece claramente en nuestra legislación en el artículo 18 ya antes mencionado: "El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo". **IV.** Lo anterior nos lleva a varias explicaciones. Debe destacarse que el sujeto omitente no es quien actúa positivamente, en cuyo caso sería autor por acción, sino quien permite que el resultado jurídico se dé, sea por obra de otra persona o por inercia incluso natural. Lo relevante es que su omisión radica justo en eso: permite que el resultado se dé. Luego, se ha discutido si es que se está ante un mecanismo de extensión de la tipicidad relativo únicamente a los "delitos de resultado", entendiéndose por tales aquellos que son de resultado externo a la acción. La acepción de "resultado" manejada por el artículo 18 de nuestro Código Penal. No se refiere al resultado que es un producto diferenciable de la acción. Por ende, los delitos de omisión impropia pueden ser tanto aquellos de peligro, de mera actividad o de resultado en sentido estricto (al respecto, consultar Francisco Castillo, Derecho Penal: Parte General. Tomo I. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010, 332-333). Finalmente, el sujeto debe estar obligado a evitar el resultado lesivo o de peligro para el bien jurídico y estar en condiciones de impedirlo. Es decir, debe ser "garante" de la incolumidad del bien jurídico: "En otros términos, que el autor, portador*

de un deber jurídico, está obligado a llevar a cabo la acción adecuada que evite la producción del resultado. Esta situación especial en la que se encuentra el autor se conoce con el nombre de "posición de garante". En consecuencia, estos delitos son especiales, puesto que restringen el círculo de posibles autores a aquellos que reúnen esta cualificación personal… Ellos han adquirido el compromiso de evitar que pueda ser puesto en peligro o incluso lesionado. Si debido a su conducta, 'contraria a derecho', tal resultado se produce responderán como garantes de un delito en comisión por omisión." (Crespo, op.cit.) . ***V.*** *Dando por descontado que a nadie se puede pedir lo que está fuera de su alcance, lo capital respecto a la figura del garante es la constatación de esa calidad a partir de la existencia de un deber jurídico a su cargo. No es esta la sede para extenderse acerca de la figura del garante y sus fuentes jurídicas (cosa reservada para la doctrina), sino que estas digresiones se enfocan (como ya se indicó) a aquellas consideraciones conducentes a la resolución de la causa en estudio. Volviendo a la exposición, nótese que el deber ha de ser jurídico; no moral, religioso, social, etc.. Esto, si bien despeja buena parte de las posibles fuentes de compromiso para el sujeto, limitándolas a las que son jurídicas, en realidad no centra con certidumbre absoluta el punto, pues las fuentes jurídicas pueden ser múltiples, como la ley, el convenio o el compromiso unilateral. Por eso es que, ante la nubosidad del alcance que este mecanismo pueda tener en situaciones límites, para superar la incertidumbre hay doctrina que ha abogado por la supresión de la omisión impropia y la regulación de las conductas disvaloradas por vía de la especificación en omisiones propias; o países en los que, en aras de la reducción de esas situaciones límites, la omisión impropia es perseguida solamente cuando la figura activa reviste una especial gravedad (como en Colombia), o permite una disminución de la penalidad (como en Alemania). Acerca de las fuentes del deber de garantía, a modo puramente ejemplificativo, se ha mencionado la convivencia, las comunidades de riesgo, la posición jerárquica en organizaciones, la generación de fuentes de peligro, entre otras : "La relación de dependencia de la víctima considerada por la ley, el aumento del peligro para el bien jurídico por acciones del omitente, y la confianza en que el causante evitará el peligro creado son los fundamentos generales de la posición de garante" (Francisco Castillo, Derecho Penal: Parte General. Tomo III. San José: Editorial Jurídica Continental, 2010, 130). Entre todas las posiciones de garante, sin embargo, destaca la relación personal de índole legal o estatutario con alguna función, en la cual el sujeto tiene variados deberes hacia otro u otros. Ese es el caso del funcionario público, justamente. En funcionario público tiene a su cargo una serie de deberes que van desde los más elementales (como conducirse con respeto hacia los demás o cumplir su horario de trabajo) hasta los más graves (como es la evitación de situaciones irregulares que caigan en su esfera funcional, particularmente si configuran un delito). En caso de que, ya sea por acción u omisión, el funcionario incumpla esos deberes, será pasible de una sanción administrativa y/o, si está tipificada como delito, sanción penal. Tratándose de los posibles delitos de omisión impropia que pueda cometer ese servidor, estos se configurarán cuando, estando en posibilidades de hacerlo y dándose en su ámbito de desempeño funcional, aquél no impide el resultado de lesión o peligro para el bien jurídico que tutela la norma penal.*

3.6 LA PRETERINTENCIÓN

Es importante recordar que además del dolo y la culpa, la tipicidad subjetiva puede ser preterintencional. La preterintención es un comportamiento que inicia doloso, dirigido a la obtención de un determinado resultado pero que, en la realización del hecho, se produce un resultado más gravoso que aquel que se tenía previsto, lo que ocurre de manera culposa. El artículo 30 del Código Penal lo describe así:

> *Obra con preterintención, quien realiza una conducta de la cual se deriva un resultado más grave y de la misma especie que el que quiso producir, siempre que este segundo resultado pueda serle imputado a título de culpa.*

Para la preterintención se requiere entonces de los siguientes elementos:

1. Que se trate de un delito de resultado
2. Que el hecho inicie doloso hacia la realización de un determinado resultado
3. Que el resultado producido sea más grave que el propuesto
4. Que se trate de un resultado de la misma especie, que afecte el mismo bien jurídico
5. Que el resultado más grave haya sido producto de una actuación culposa.

La preterintencionalidad debe aparecer descrita expresamente en el tipo penal para que exista, de lo contrario, debe resolverse de conformidad con las reglas concursales de delitos. En nuestro Código Penal, contamos con el Homicidio Preterintencional como ejemplo de la aplicación de esta figura.

3.7. Elementos subjetivos distintos al dolo

Son los especiales elementos subjetivos referidos a motivaciones, intenciones o propósitos presentes en la persona actuante al momento de su acción u omisión, tales como “ánimo de obtener beneficio para sí o para un tercero”, “propósito de obtener un beneficio”, “con el fin de contribuir a la comisión de delitos”, “con el único fin de hacer uso momentáneo de ella”, “para ocultar su deshonra”, “con fines sexuales”, “fines libidinosos”, “con fines eróticos”, “con propósito de lucro”, etc. Estas motivaciones o intenciones aparecen así descritas en el tipo penal.

La doctrina nos habla de dos clases de elementos subjetivos distintos al dolo.

Los denominados especiales elementos subjetivos, que suponen en el autor un determinado *propósito o intención*, una motivación o impulso, que se suman al conocimiento y voluntad de la realización del tipo. Aquí también se encuentran los *motivos de autor,* y finalmente, los *impulsos afectivos.* La otra clase, son los llamados *elementos de ánimo o de actitud*, denominación contraria a una concepción liberal y propia de un derecho penal de ánimo que permite predicar de *lege lata* su inconstitucionalidad.

3.8. CAUSAS DE ATIPICIDAD

3.8.1. Ausencia de elementos objetivos del tipo

La falta de alguno de los elementos objetivos del tipo penal provoca la atipicidad de la conducta. La verificación de los elementos objetivos es lo que constituye precisamente el juicio de tipicidad objetiva.

En el caso de los tipos de omisión, por ejemplo, la ausencia del deber de garantía derivado de la posición de garante.

En los tipos culposos, puede ser también por la inexistencia de infracción al deber objetivo de cuidado, por ausencia de la previsibilidad, evitabilidad o del resultado requerido.

Si se considera que la imputación objetiva del resultado es un requisito objetivo del tipo, la falta de imputación objetiva también genera la aticipidad de la conducta.

3.8.2 Ausencia de elementos subjetivos del tipo

La verificación del elemento subjetivo, trátese de dolo o culpa, constituye el juicio de tipicidad subjetiva.

En los tipos dolosos, la ausencia de dolo excluye la tipicidad y, evidentemente, lo mismo sucede en los culposos donde la falta de la culpa excluye la tipicidad.

Sin embargo, a nivel de tipo subjetivo, las incongruencias entre lo querido y lo realizado o provocado operan dentro del instituto denominado error de tipo.

3.8.3. Error de tipo

El error de tipo sucede cuando, a nivel del dolo, existe un error acerca de alguno de los elementos objetivos del tipo penal, lo que puede suceder ante elementos descriptivos o normativos. En razón de apreciar erradamente alguno de esos elementos objetivos, se produce una representación errónea de la realidad.

Por lo anterior, el error de tipo se da a nivel del elemento cognoscitivo del dolo cuando este conocimiento es errado sobre las condiciones objetivas necesarias del tipo penal objetivo.

La nomenclatura utilizada por la legislación penal en los artículos 34 y 35 del Código Penal hacen referencia al error de hecho y al error de derecho. Sin embargo, esa terminología no se utiliza para deslindar los campos del error de tipo y error de prohibición. Tanto el error de tipo como el de prohibición pueden ser de hecho o de derecho.

El error de tipo actúa en la tipicidad, el error de prohibición actúa en la culpabilidad. El primero opera a nivel de dolo y se da cuando la persona actúa con un error sobre los elementos objetivos del tipo penal. Por su parte, el error de prohibición opera a nivel de la culpabilidad, específicamente a nivel

de conocimiento de la antijuridicidad, y el error está referido a la comprensión, prohibición o ilicitud de la conducta.

El Código Penal dispone lo siguiente en su artículo 34:

> *No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción.*
>
> *No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. […]*

Recordemos que el dolo y la culpa eran formas de culpabilidad para las teorías causalistas y neocausalistas. No obstante, a partir del aporte de la teoría finalista, el dolo y la culpa se trasladaron como las formas subjetivas de realización del tipo, es decir, como formas del tipo subjetivo.

Si este error opera sobre el conocimiento de "*alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción"*; es decir, sobre los componentes del tipo objetivo, evidentemente se trata de un error que surge en el conocimiento de esos elementos objetivos del tipo.

3.8.3.1. Formas especiales del error de tipo

3.8.3.1.1. Error de tipo sobre los elementos descriptivos del tipo penal

Es la errónea representación que sucede en la persona autora sobre aquellos elementos que aparecen en la descripción típica, como el sujeto pasivo, el objeto material sobre el que recae la acción, la conducta, etc.

3.8.3.1.2. Error de tipo sobre elementos normativos del tipo penal

Es el error que se presenta en la persona que actúa sobre el significado o connotación de un elemento normativo del tipo.

3.8.3.2. Desviaciones del curso causal

Las desviaciones en el curso causal dan lugar a una serie de casos en los que se produce una discordancia o distorsión entre el dolo y el curso causal de los hechos realizados. Para una parte de la doctrina, se trata de formas especiales de error de tipo y para otros no es así. Aquí se habla del error sobre el objeto de la acción; el error en el golpe y el error estricto sobre el nexo causal.

3.8.3.2.1. Error sobre causalidad o curso causal en sentido estricto

Este error también se conoce como *aberratio causae.* El elemento cognitivo del dolo debe abarcar el conocimiento o previsión del nexo causal entre la conducta realizada y el resultado producido. Sin embargo puede generarse un error cuando en la previsión de quien actúa, los acontecimientos futuros se realizan de manera distinta a como se previó. Es importante establecer si el error resulta relevante o no. Si una persona desea dar muerte a otra disparándole a la cabeza y finalmente la persona muere al recibir el disparo pero en la pierna producto de que la bala impactó y destrozó

la arteria radial lo que le produjo una hemorragia que le causó la muerte, pues se trataría de una desviación causal irrelevante, ya que finalmente obtuvo el resultado deseado de homicidio.

Sin embargo, cuando la desviación es relevante, debe analizarse el tema del nexo de causalidad y también de la imputación objetiva.

3.8.3.2.2. *Dolus Generalis*

Como una clase especial de error sobre la causalidad en sentido estricto, está el ***dolus generalis,*** que se presenta cuando la persona autora pretende la producción de un resultado, pero fracasa en ello, llevando a cabo una segunda conducta, la cual sin saberlo así quien actuó, fue esta segunda conducta la que en realidad produjo el primer resultado deseado.

Velásquez explica el *dolus generalis* de la siguiente forma:

> *Una hipótesis especial de esta clase de error es el llamado dolus generalis, que supone la presencia de dos actos, el primero de los cuales es tomado erróneamente por el autor como exitoso, circunstancia que motiva su adhesión al segundo episodio que, realmente, conduce a la producción del resultado. Ejemplo: "P" lesiona mortalmente a "j" y –al creerlo muerto- arroja el supuesto cadáver a un lago, donde la víctima perece por inmersión. (Velásquez, Derecho Penal, Parte General, 2009)*

Explica Velásquez además que para solucionar este tipo de desviaciones se han propuesto tres soluciones distintas.

La primera solución considera que se trata de un único suceso, por lo que no hay relevancia alguna en la desviación ocurrida.

La segunda solución sostiene que hay dos actuaciones distintas con distintos dolos, por lo que habría dos delitos distintos.

Finalmente la tercera entiende que debe examinarse la esencialidad de la desviación en el nexo de causalidad, ya que la relevancia del error dependerá de la esencialidad de la desviación.

3.8.3.2.3. Consumación anticipada o prematura

Es otra clase especial de error estricto sobre el nexo causal, y que ocurre cuando la persona autora, conocida ya la producción del resultado, acude a otras acciones apropiadas para lograrlo. Son casos en los que el autor supone que no ha realizado lo suficiente para producir el resultado deseado y por ello realiza otra acción para asegurarse de la obtención de fin propuesto, cuando esta segunda acción era innecesaria porque con la primera había obtenido el resultado querido. En estos casos la desviación del curso causal es irrelevante. (Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 2009). Se ilustra este caso especial de desviación causal cuando el autor del hecho luego de suministrar un veneno a la víctima la arroja al paso del tren, lo que ya era innecesario porque de previo a arrojarla al tren, ya había muerto producto del veneno.

3.8.3.2.4. Error sobre el objeto de la acción o la persona

Este error (*error in persona vel objetcto* o *error en el motivo)* se produce cuando quien actúa realiza su conducta sobre el objeto de la acción (persona o cosa) diferente de aquel sobre el cual pretendía realizar la conducta. Es decir, falla en el objeto o en la persona sobre la cual pretendía cometer el hecho.

Frente a este tipo especial de error, hay que determinar si los objetos en los que recayó la conducta resultan típicamente equivalentes. Por ejemplo, si pretendía dar muerte a una persona, pero creyendo que se trataba de la víctima, da muerte a otra persona distinta, se trata de elementos objetivos el tipo equivalentes, pues, en ambos casos, se trata de dar muerte a una persona. Igualmente, cuando la persona actuante actúa sustrayendo un bien ajeno, pero al apoderarse lo hace sobre un bien mueble distinto a aquel que pretendió obtener. Cuando los objetos de la acción son típicamente equivalentes, el error es irrelevante.

Cuando los objetos no resultan equivalentes desde el punto de vista típico, debe valorarse el objeto a partir de un nuevo tipo penal, si es que existe para tales efectos. Por ejemplo, en lugar de dar muerte a una persona, da muerte a un animal, en este caso, se debe analizar la muerte del animal como elemento de un tipo penal distinto al de homicidio. Cuando los objetos de la acción no son típicamente equivalentes, el error es relevante.

3.8.3.2.5. Error en el golpe

Es el denominado *aberratio ictus* o error en la ejecución, que se entiende como un error o aberración en la ejecución o trayectoria. Esta clase de error sucede cuando, si bien la conducta se realiza sobre la persona o cosa deseada, existe un error en la ejecución de la acción, recayendo la conducta sobre una persona u objeto no deseado. El error no se da sobre el objeto de la acción (persona o cosa) sino en la ejecución del hecho, en el golpe.

Aquí el error no se da sobre el curso causal, ya que quien actúa no lo hace ignorando o bajo el error acerca del curso de su acción, lo que sucede es que aquí el objeto sobre el cual recayó el golpe, es diferente al que pretendía alcanzar.

Existen dos posiciones claramente establecidas. Para una parte de la doctrina, el resultado producido en otro objeto, al no haber sido considerado por el dolo de quien actuó, deja por fuera la existencia de dolo. Esta es **la teoría de la concreción**. Por otra parte, están quienes siguen la **teoría de la equivalencia** y sostienen que el resultado sí fue considerado por el dolo, ya que, a nivel de dolo, el conocimiento debe abarcar únicamente los elementos esenciales del resultado típico. Por tanto, la desviación del curso causal no resulta relevante para la configuración del dolo, pues los objetos sobre los que recayó la acción resultan ser equivalentes[15].

Por otra parte no suelen ser escasas las confusiones que suelen darse entre la figura del *aberratio*

15 Roxin (1997). En ese sentido también Velásquez. (Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 2009)

ictus y el dolo eventual. Esta situación ha sido abordada por la Sala Tercera en su voto 1061-2010, en la que también explica las razones por las que consideran que en el caso del *aberratio ictus* se mantiene la conducta como dolosa a pesar del resultado producido.

> *A criterio de esta Sala de Casación, el juicio del Tribunal es acertado, más debe aclararse la diferencia entre el aberratio ictus o error en el golpe y el dolo eventual: el llamado aberratio ictus o error en el golpe consiste en que "...el agente vuelca su ataque a un determinado objeto, individualizado por él. Pero el ataque no alcanza su objetivo porque el autor alcanza otro objeto, cuya lesión no quería y que es distinto del individualizado y tenido en mente por él. [...]" (véase Castillo González, Francisco (2009); Derecho Penal, Parte General, Tomo I, SJ, Costa Rica, pg. 611). En estos casos, la doctrina se encuentra dividida. En tanto Castillo (op.cit. pg. 614), considera que, si efectivamente el impacto que recibió el segundo objeto no estaba previsto como posible por el autor, estaríamos en presencia de un delito culposo, otros autores, entre los que se encuentra Welzel (citado por Castillo, op.cit. pg. 614), considera que el delito que deviene del error en el golpe es doloso pues "[...] cuando ambos objetos son valorativamente iguales, hay una comisión dolosa del segundo hecho, porque el tipo del homicidio castiga matar a "otro" y el autor quiso matar y mató a otro ser humano [...]". El dolo eventual, por su parte, contempla aquellas situaciones en las que "[...] el autor se decidió por la realización de una acción u omisión, a pesar de que él reconoció el peligro para el bien jurídico tutelado, el cual él tomó en serio, proveniente de esa acción u omisión, de que se produjera la realización del tipo o del resultado cuya realización subjetivamente aceptó (o se acomodó a él) ..." (Castillo, op. Cit. pg. 578). Así, si "A" disparó contra "B", quien se encontraba entre una multitud y previó la posibilidad de herir a otra u otras personas, los resultados lesivos contra la humanidad de los terceros que se desprendan de esa acción le serán achacados al autor a título de dolo eventual. En ambas situaciones, sea, error en el golpe o dolo eventual, la jurisprudencia nacional ha determinado que el dolo no desaparece. Tratándose de casos en que los que se presenta el aberratio ictus, el dolo del autor va dirigido a dañar un bien jurídico, lo que se concreta, más no en el objeto que tenía planeado. Esto no viene a causar que el dolo se desvanezca, ya que el autor no "dio en el blanco" precisamente por un error, que no lo exime de su intención inicial. La situación en el dolo eventual es aún más simple: si en la ejecución de su actuar delictivo el autor se planteó la posibilidad de dañar otro bien jurídico y la aceptó, el dolo permanece presente, ya que sabía de las posibles consecuencias del hecho, las aceptó y no las evitó (al respecto, véase resolución 677-0, de las 14:30 horas del 22 de junio de 2007, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).*

RECUERDE

El error de tipo invencible elimina la tipicidad.

El error de tipo vencible elimina el dolo y deja subsistente la culpa. Si no hay tipo culposo, entonces no hay tipicidad subjetiva.

3.8.3.3. El error de tipo psíquicamente condicionado

Adicional a todo lo anterior, en cuanto al error de tipo, nuestros Tribunales de Apelación de Sentencia Penal han admitido otra forma especial de error de tipo, el denominado "**error de tipo psíquicamente condicionado**". Así, han referido al respecto:

Este Tribunal, con una integración parcialmente similar a la actual (Chinchilla, García y Jiménez) pero que aquí se comparte, a través del voto número 2014-213, se refirió a cómo los problemas mentales, pueden incidir tanto en la acción cómo en el conocimiento y la voluntad propias del dolo y analizables en la tipicidad, aspecto en el que concurre el voto citado por la jueza y fiscal (al advertir cómo una enfermedad mental debe ser analizada con cuidado por poder afectar esos planos, lo que denota una lectura inapropiada de ese texto por parte de ambas funcionarias). En ese momento se indicó: "[...] nunca se cuestionó el juez (y tampoco parece que lo haga la representación fiscal al contestar el recurso que nos ocupa) si ese problema mental [...] incidía tanto en la acción (que supone su voluntariedad y ésta a su vez un mínimo de actividad mental), como en la tipicidad [...] subjetiva, pues también existe el ***error de tipo psíquicamente condicionado*** *que se produce cuando la enfermedad mental del sujeto le impide ver la realidad [...] Sobre el tema, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho penal, parte general , Ediar, 2000, señala, en la página 510: "El agente puede incurrir en errores de tipo por incapacidad psíquica permanente o transitoria [...] No se trata aquí sólo de supuestos de autismo esquizofrénico y alteraciones de la sensopercepción (ilusiones y alucinaciones) que impiden reconocer los elementos objetivos del tipo (quien percibe animales y son personas) sino también: (a) los oligofrénicos que no pueden comprender ciertos conceptos abstractos, como la ajenidad de la cosa; (b) los niños pequeños, respecto de los cuales es difícil pretender que conceptúen como cosa algunos objetos; (c) las personas que obran bajo los efectos del miedo grave (pánico) que les perturba la sensopercepción o la actualización de algunos conocimientos; (d) las personas que por efecto del cansancio y la falta de sueño sufren alteraciones de la sensopercepción [...] esta forma de ausencia de dolo no ha sido suficientemente estudiada por la doctrina, que en buena medida ha quedado influida por la estructura objetiva del tipo, para la cual todos estos supuestos correspondían a la inimputabilidad" [...] Es claro para este Tribunal que, muchas veces, la falta de capacidad mental incide en estratos previos de la Teoría del Delito (siempre que la misma distorsione*

*la percepción de la realidad o la capacidad de conocer y querer), lo que obliga a un examen secuencial de sus distintas etapas, para verificar si, pese a eso, hubo acción, tipicidad objetiva y subjetiva y hasta antijuridicidad de la conducta. Hacer el análisis resulta importante porque, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, específicamente del numeral 98 inciso 1 del Código Penal (interpretado en sentido restrictivo, conforme al principio de legalidad), una medida de seguridad solo puede ser impuesta cuando se haya acreditado la existencia de un injusto penal (acción típica y antijurídica). Nótese que ese numeral faculta a la imposición de dicha medida solo al autor del delito (entendido como la acreditación de todas sus fases, salvo la que luego el mismo legislador exceptúa) que tenga disminuida o abolida su imputabilidad, término jurídico que solo se analiza en la culpabilidad. Nuestro Ordenamiento Jurídico no ha pretendido que las personas que posean alguna condición de discapacidad mental sean tratadas de forma más perjudicial a cómo lo serían quienes posean plenamente todas sus facultades, lo cual es un derivado obvio del respeto a la dignidad humana y del principio de igualdad ante la ley, propio de un estado respetuoso de los derechos humanos. Eso implica que también una persona con imputabilidad disminuida o inimputable podría ser juzgada, pero absuelta, si se acredita que no ha cometido alguna acción (por estar sometido a una fuerza física irresistible o bajo una fuerza mayor o caso fortuito, por ejemplo), que ha actuado bajo un error de tipo, bajo un error sobre las circunstancias de hecho de una causa de justificación o que ha cometido un hecho típico pero justificado. Demostrándose tales supuestos, el solo hecho de que sea inimputable no autoriza la imposición de la medida de seguridad, sino que es preciso resolver el asunto conforme a los derivados de cada uno de esos institutos en la Teoría del Delito, todos los cuales concurren en la inexistencia del injusto y la imposibilidad de aplicar dicha medida [...] Ahora bien, la Teoría del Delito asume que, lo primero que debe acreditar el Estado (porque el principio de inocencia impide que el encartado deba demostrar nada) es que se acredite la existencia de una **acción**, la cual debe reunir las características de humana (lo que excluye, en el estado actual de la dogmática, a los animales y a las personas jurídicas de ser sujetos activos del Derecho Penal), exterior (pues la fase interna del iter criminis es impune), evitable (desde que no puede sancionarse a nadie por lo inevitable, como en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor) y voluntaria. En este último supuesto se excluyen los supuestos en que la persona es sometida a una fuerza física irresistible (en donde el cuerpo es considerado una simple masa mecánica, como los tradicionales casos de cátedra de la persona que es empujada por otro hacia un ventanal valioso, que lo quiebra; el anciano cuya mano, asida por un boxeador, firma un documento falso; el sujeto que al caer por un balcón lesiona a otra persona, etc.), los actos reflejos y los estados de plena inconsciencia (estados de sonambulismo, epilepsia, desmayo, sueño, hipnosis, etc.) [...] Por otro lado, hay **error de tipo** cuando "el elemento cognostivo del dolo no abarca el aspecto objetivo del supuesto de hecho en la forma requerida por cada figura" (Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal. Temis, segunda edición, pág. 248) y esto puede ser así tanto porque el sujeto no conoce los elementos objetivos del tipo, los ignora, como porque*

se encuentre en imposibilidad de conocerlos, lo que surgir de enfermedades mentales. Es lo que se denomina error de tipo psíquicamente condicionado, al que se hizo referencia atrás [...] Tampoco la cuestión es un tópico novedoso en la dogmática jurídico-penal". Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto 826-2015.

3.8.3.4. Efectos del error de tipo

De previo a señalar cuáles son, de conformidad con los efectos, las clases el error de tipo, recordemos aquí lo establecido en el artículo 34 de nuestro Código Penal:

> *No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.*

Como podemos apreciar, el citado artículo contempla al menos dos formas de error, una es cuando el error es producto de un actuar no diligente de la persona que actúa y la otra es cuando en el error no medió la falta de diligencia debida. Precisamente, cuando el error no puede ser superado con la debida diligencia, se está ante un error de tipo invencible y cuando al haber aplicado la debida diligencia el error, se haya superado, se trata de un error de tipo vencible.

3.8.3.4.1. Error de tipo invencible o inevitable

La falsa representación de la realidad provocó el error a nivel de conocimiento, y será imposible para la persona actuante superar esa distorsión dentro de las posibilidades que contaba.

El error de tipo invencible excluye el dolo y, con ello, la tipicidad subjetiva. De esto se deriva que excluye la tipicidad de la conducta.

3.8.3.4.2. Error de tipo vencible o evitable

En este caso, se considera que si la persona actuante hubiera aplicado la diligencia debida, no hubiera generado tal error. Esto quiere decir que si hubiera cumplido con la debida diligencia, hubiera podido superar la alteración errada de su conocimiento.

El error de tipo vencible excluye la tipicidad dolosa, pero no la culposa, pues en el fondo, el error se genera por una falta de cuidado o de diligencia debida. Por ello, deja subsistente la tipicidad culposa, es decir, elimina el dolo de la conducta, pero subsiste la culpa en ella, por lo que se aplicará el tipo culposo siempre que exista. Si no existe un tipo culposo, la conducta resultaría atípica, al no estar descrita en tipo penal alguno.

RECUERDE

El error de tipo invencible elimina la tipicidad.

El error de tipo vencible elimina el dolo y deja subsistente la culpa. Si no hay tipo culposo, entonces no hay tipicidad subjetiva.

3.9. EXCURSUS. La imputación objetiva: teoría causal, teoría del tipo y teoría del delito. Diferencias entre la imputación objetiva de Roxin y la de Jakobs

Hoy en día, cuando se habla de imputación objetiva, se suele hacer referencia a muchas cosas, sin que se tenga claridad acerca de qué es la teoría de la imputación objetiva. Hay quienes relacionan directamente la imputación objetiva con autores como Jakobs, otros sostienen que se trata de una teoría producida exclusivamente por Roxín, y otros más señalan que se trata de un tópico de larga data, cuya discusión llega hasta nuestros días.

Otro de los problemas que comúnmente se derivan al hacer referencia a la teoría de la "imputación objetiva" es acerca de sus contenidos o institutos, realizando muchas veces una sustitución absoluta de componentes a nivel de tipicidad.

El problema tiene su origen en la falta de atención al separar algunos conceptos distintos. Una cosa es la imputación objetiva del resultado y otra la imputación objetiva del comportamiento. Esto trae como consecuencia que la imputación objetiva sea concebida como una teoría correctiva de la causalidad, (se ubica entonces a nivel de tipo objetivo), una teoría del tipo penal (a nivel del tipo en general) o una teoría constructivo-interpretativa de la teoría del delito (presente en todos los estratos de la construcción del delito).

Por lo anterior, es importante conocer con claridad puntual qué es la imputación objetiva, cuáles son sus exponentes y la diferencia entre las posiciones de estos con la finalidad de evitar confusiones que puedan generarse al respecto.

3.9.1. Orígenes

El origen de la imputación objetiva no se encuentra en el derecho penal, sino en el derecho civil, pues se indica que Karl Larenz, civilista y filósofo del derecho, fue quien sumó una serie de criterios que desarrolló sus ideas a partir de postulados propios de Hegel.

Posteriormente, Honing recogió las tesis de Larenz y las desarrolló en el derecho penal, y fueron admitidas por parte de la doctrina penal alemana de aquel entonces. La principal diferencia entre la visión de Larenz y Hoinig de los criterios de imputación objetiva tiene que ver con que Honig trata en sus postulados de separar el análisis de la finalidad de la persona al realizar el hecho, para dirigir ese análisis hacia la valoración objetiva del hecho como medio para la obtención del resultado previsto en la norma.

Con las ideas de Larenz y Honig desarrolladas en 1930 y 1933, aproximadamente, en 1953, Mayer surge en las discusiones de este tema, exponiendo su consideración respecto a que la tipicidad no se trata de un problema de causalidad, sino de imputación y, por ello, la causalidad es realidad de un contenido de la imputación. Incluso Hardwing pretende hacer del concepto de imputación el concepto central del derecho penal, sustituyendo de esta forma el papel relevante que venía cumpliendo el tema de la acción para centrarlo en el de la imputación.

Trabajos de Engisch y Welzel tuvieron también mucho impacto en el desarrollo de esta teoría de la imputación objetiva desarrollada con las ideas de Honig.

Fue en 1970 cuando, precisamente en un libro homenaje a Honig, Roxín difundió su teoría de la imputación objetiva.

Tanto Honig como Roxín coinciden en que el problema de los delitos de resultado es determinar si un curso causal que provoca un resultado puede "imputársele" a una persona.

Para Honig, lo fundamental era el concepto de "perseguibilidad objetiva" o "perseguibilidad objetiva de una finalidad", con la que pretendía excluir la casualidad de los cursos causales, es decir, dejaba de lado el análisis de la causalidad para sustituirlo por una valoración autónoma objetiva de la imputación, y llegó a considerar que un resultado podía ser imputado solo cuando fuera realizado sirviendo a los fines. Lo que se imputaba objetivamente a una persona era el resultado.

Roxín, por su parte, se sustenta en que lo fundamental para realizar el ejercicio de imputación del resultado no es la "perseguibilidad objetiva", sino la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Así, el elemento central de la teoría de Roxín y que marca la diferencia con las anteriores es precisamente el concepto de "riesgo jurídicamente desaprobado". A partir de esto, Roxín sostiene que:

- solo podrán imputarse aquellos resultados que hayan sido producto de la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado.
- para determinar si un riesgo es permitido o no, es el del observador objetivo *ex ante* con los conocimientos especiales.
- únicamente podrán imputarse los resultados que sean producto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que produzca cursos causales que la norma pretende impedir y no los que se encuentran fuera del ámbito de protección de la norma.

Valga realizar aquí dos apuntes. El primero de ellos es que, hasta aquí, se ha tratado del desarrollo de teorías que buscan despejar de obstáculos de la causalidad; es decir, tratar de solucionar los problemas que ofrecían los denominados cursos causales atípicos.

Tal y como lo sostiene Velásquez:

> *la teoría de la imputación objetiva no entra en contradicción con las construcciones de la causalidad […] sino que, por el contrario, acoge sus planteamientos, los completa y los*

> *mejora; por ello se le ha calificado como una teoría de la adecuación continuada o como teoría de la relevancia desarrollada." De esta manera entonces, para poderle atribuir una consecuencia a un sujeto determinado, es indispensable que -objetivamente hablando- el resultado a imputar implique la realización de un riesgo jurídicamente relevante, cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto, la causalidad, pues, no se hace derivar de exigencias ontológicas no determinadas posturas filosóficas, sino de consideraciones teleológico-normativas: el fin atribuido al derecho penal y a las normas penales, con lo que queda claro que esta concepción se adscribe a un sistema funcional o teleológico funcional (racionalismo del fin) como se le denomina hoy*. (Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 2009).

El segundo de los apuntes es que hasta aquí solo se ha hecho mención a la imputación del resultado. Con esto se quiere indicar que, hasta aquí, la teoría de la imputación objetiva desarrollada –al menos en los cuarenta años de historia descritos desde la tesis de Larenz en 1930 hasta la de Roxín en 1970- aplica para la imputación del resultado.

3.9.2. La teoría de la imputación objetiva de Roxín

Tal y como fue indicado, la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Roxin se trata de una teoría de la imputación objetiva del resultado. Es decir, primero se determina la imputación del resultado y, posteriormente, se establece si este se considera realizado a título de dolo o de culpa. La imputación objetiva del resultado es el primer análisis que se debe realizar.

Para Roxin, lo esencial es que la acción desarrollada por la persona haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado, y que este riesgo se haya realizado en el resultado, el cual debe encontrarse dentro del ámbito de protección de la norma.

Dicho lo anterior, en la teoría de la imputación objetiva de Roxin, debe comprobarse que:

- la acción (u omisión) creó un riesgo.
- el riesgo creado sea jurídicamente desaprobado.
- el riesgo se realizó en el resultado.
- el resultado se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma, es decir, que se trata de un resultado típico.

Si se quiere ver de otra forma, aun cuando signifique lo mismo, puede hacerse así:

- Nexo causal entre la persona y el resultado.
- Disvalor de la acción: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.
- Disvalor de resultado: realización del riesgo en el resultado típico.
- Alcance del tipo o fin de protección de la norma: que el resultado se encuentre dentro de los que prevé la norma.

Aquí es importante recordar que debe considerarse la confirmación de un doble nexo, el nexo de causalidad y el nexo jurídico de imputación.

De una forma bastante sencilla, puede indicarse que los criterios propuestos por Roxin para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado son los siguientes:

a. La "disminución del riesgo": Criterio mediante el cual puede negarse la imputación objetiva en los casos de desviación de un resultado grave que haya llevado a producir uno leve.

b. La creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o no permitido (o creación de un riesgo prohibido): Según este criterio, se procede a negar la imputación objetiva cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico.

c. Aumento del riesgo permitido: En estos casos, procede negar la imputación objetiva cuando la conducta del autor no ha significado una elevación del riesgo permitido porque el resultado se hubiera producido igualmente; aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida.

d. Esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma: Este criterio permite solucionar aquellos casos en los que, aunque el autor haya creado o incrementado un riesgo que origina un resultado lesivo, este no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma; es decir, si el resultado no era aquel que la norma quería evitar.

Sin embargo, al analizar las distintas situaciones que pueden darse en este tipo de asuntos, Roxin los desarrolla de manera más detallada como se expone a continuación:

A) Creación de un riesgo

Aquí Roxin desarrolla varios supuestos o particularidades para la imputación objetiva del resultado.

a. Disminución de riesgo: de acuerdo con Roxin, en los casos en que el aporte causal produce una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido, no puede hablarse de acción típica, ya que lo que reduce la probabilidad de una lesión no puede concebirse como dispuesto finalmente para producir un menoscabo del bien protegido. Es decir, se excluye la imputación objetiva cuando se disminuye un riesgo. De esta forma, se excluye la imputación objetiva del resultado en los casos de disminución del riesgo.

b. Falta de creación de peligro o casos de riesgo permitido: se excluye la imputación objetiva del resultado, si se determina que no se ha creado un peligro o se está ante un resultado que se encuentra dentro del riesgo permitido.

c. Creación de peligro y cursos causales hipotéticos: en estos casos, hay que analizar lo siguiente:
    i. Casos de causas sustitutivas humanas: no excluye la imputación objetiva del resultado cuando se sustituye el autor por una tercera persona que está dispuesta

también a realizar el hecho.

ii. Casos de causas sustitutivas naturales: se excluye la imputación objetiva cuando la persona autora únicamente modifica una causalidad natural, siempre que no empeore con ello la situación de la víctima en su conjunto. Aquí Roxin incluye el principio de intensificación del daño, según el cual, la imputación objetiva no se excluye, si se intensifica el daño, es decir, se aumenta.

B) Realización del riesgo no permitido en el resultado

Roxin desarrolla aquí los siguientes temas:

a. Exclusión de la imputación objetiva por falta de realización del peligro. Considera el autor que aquí se consideran los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa; pero después el resultado se produce como consecuencia de un curso causal imprevisible.

b. Exclusión de la imputación objetiva por falta de realización del riesgo no permitido, resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma. Se trata de casos en que, mediante su conducta, las personas generan o aumentan un riesgo jurídico-penalmente relevante; pero no es ese riesgo el que se realizará en el resultado típico.

   Dentro de tal constelación de casos, podemos advertir dos grandes subgrupos de casos en que se excluye la imputación subjetiva del resultado:

   i) La primera se refiere a los casos en que la superación del riesgo permitido sencillamente no repercute sobre el resultado en su concreta configuración.

   ii) El segundo grupo de casos son aquellos que se refieren a la creación o al aumento de un riesgo jurídicamente relevante, siendo tal riesgo causal para el resultado. Pero, en el caso concreto, tal riesgo de producción del resultado no se ve aumentado por dicha superación o exceso.

c. Teoría del incremento del riesgo o de comportamiento conforme a la norma. En estos casos, Roxin considera que estas situaciones se caracterizan por una actuación incorrecta de la persona, en que se ha lesionado el bien jurídico, pero que la lesión siempre se haya producido de igual modo, aun cuando la persona se haya conducido en apego a las reglas. En estos casos, denominados de “incremento del riesgo” o de “conducta alternativa conforme a derecho”, Roxin considera que se excluye la imputación, porque en realidad no se ha superado el riesgo del acontecer natural o real del evento.

C) Alcance del tipo

Aquí se encuentran dos tipos de asuntos:

a. Autopuesta en peligro dolosa de la víctima: Roxin considera aquí todos los casos de incitación o cooperación en acciones de otro. Tales acciones guardan una superación a la media normal de peligro. Aquí la única persona responsable es la propia víctima.

b. Puesta en peligro de una tercera persona consentida por esta. Encuentran su lugar sistémico aquí todos aquellos casos en los que alguien -a diferencia de la autopuesta en peligro- no se coloca dolosamente en peligro a sí mismo, sino que permite se le coloque en peligro por otra persona y siempre que sea plenamente consciente de ello.

c. Imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno. Dentro de esta subcategoría, nos encontramos con situaciones en las que se determina que el fin de tutela del tipo penal no comprende a los resultados, cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro. Entonces, véase que, si tales personas guardan (por causa de la profesión que desempeñan, sea policía, bomberos, etc.) una competencia monopólica respecto a la prevención y/o eliminación de fuentes de peligro, la consecuencia de ello -desde un punto de vista político-criminal [SIC ROXIN] -debe ser forzosamente exonerar al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa del profesional.

3.9.3. La imputación objetiva del comportamiento y del resultado. La teoría de la imputación objetiva de Jakobs

Debe aclararse, en primer término, que Jakobs no es el único exponente de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, pues Frisch es otro de los autores que ha desarrollado con fuerza esta tesis.

Cuando se habla de imputación objetiva del comportamiento, implica un mecanismo mediante el cual se busca comprobar que la conducta desplegada –o el comportamiento- es conforme con los parámetros normativos dispuestos en el tipo objetivo para esa conducta.

En cuanto a Jakobs, la teoría de la imputación objetiva cumple un papel fundamental, pues le permite establecer los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito. Dentro de esta, se encuentra la constatación de si la conducta tiene un carácter típico objetivo.

Las características generales para determinar si un comportamiento cumple con las disposiciones objetivas del tipo penal se sustentan en tres institutos: el riesgo permitido, la prohibición de regreso y la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima.

Es importante indicar aquí que según Jakobs, la teoría de la imputación objetiva se divide en dos niveles:

- Imputación objetiva del comportamiento.
- Imputación objetiva del resultado.

En cuanto a la imputación objetiva del comportamiento, Jakobs desarrolla cuatro instituciones dogmáticas para lograr el juicio de imputación:

a) El riesgo permitido: lo define como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento. Se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación. Se trata de sectores ajenos a la actuación del derecho penal, pues corresponden a ámbitos de tolerancia social. El riesgo permitido excluye la imputación objetiva de comportamiento.

b) Principio de confianza: permite determinar cuándo, frente a actividades riesgosas, existe la obligación de tener en cuenta los fallos de las otras personas que intervienen en dicha actividad y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos. El principio de confianza excluye la imputación objetiva del comportamiento.

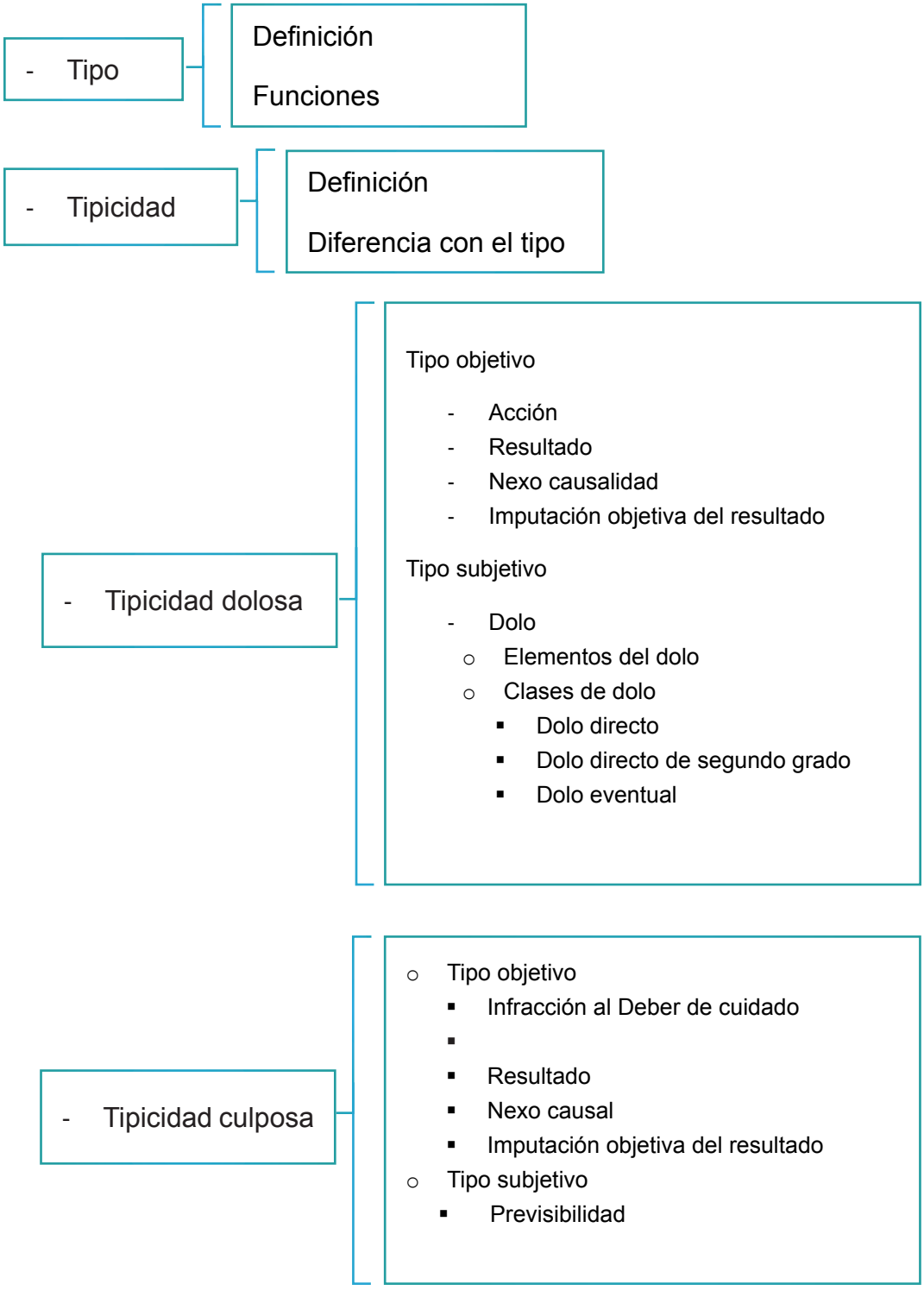
c) Prohibición de regreso: es un mecanismo para controlar el ámbito de participación. Señala Jakobs que quien asume con otra persona un vínculo que de modo estereotipado resulta “inocuo” no quebranta su rol como ciudadano, aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización permitida. La prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento.

d) Imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima: Jakobs propone aquí que se debe tomar en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. Aquí la persona titular del bien jurídico, la víctima, emprende, juntamente con otra persona, que es la persona autora, una actividad que sabe que puede producir una lesión a ese bien jurídico, por lo que la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad de la víctima en la medida en que la actividad permanezca dentro del ámbito de lo que organizaron de manera conjunta. La participación de la víctima en el resultado lesivo para su bien jurídico excluye la imputación objetiva.

Sin embargo, de acuerdo con Jakobs, además de su finalidad de imputar comportamiento y resultados de manera objetiva, la imputación objetiva se desarrolla en toda la teoría del delito.

Dicho lo anterior, debemos considerar entonces que no puede confundirse la teoría de la imputación objetiva de Roxin, la cual es una teoría de la imputación objetiva del resultado, con la teoría de la imputación objetiva de Jakobs, la cual es una teoría para la imputación objetiva del comportamiento y del resultado.

3.10. ESQUEMAS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL TEMA



- Tipicidad omisiva
  - Tipo objetivo
    - Omisión
      - Omisión propia
      - Omisión impropia
        - Posición de garante
          - Teorías de surgimiento del deber
  - Tipo subjetivo
    - Dolo
    - Culpa

- Causas de atipicidad
  - Falta de tipicidad objetiva
  - Falta de tipicidad subjetiva
  - Error de tipo
    - Definición
    - Clases
      - Error sobre elementos descriptivos
      - Error sobre elementos normativos
      - Error sobre la causalidad
      - Dolus generalis
      - Error sobre el objeto o la persona
      - Error en el golpe
    - Efectos
      - Error de tipo vencible
      - Error de tipo invencible

3.11. BILIOGRAFÍA

Aguado, T. (2012). *Principio Constitucional de Proporcionalidad.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Arguedas Rodríguez, G. (2021). Criterios delimitadores del ejerdcicio de la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial. *Revisata de la SAla COnstitucional*(3).

ARMIJO SANCHO, G. (2007). Del control político al control constitucional: el princpio de legalidad penal. En J. (. Llobet Rodríguez, *Justicia Penal y Derechos Humanos. Homenaje a Francisco Castillo González* (págs. 37-58). San José: Jurídica Continental.

BACIGALUPO, E. (1985). *Lineamientos de la Teoría del Delito.* San José : Juricentro.

Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales del Derecho Penal.* Buenos Aires: Hammurabi.

Borja, E. (2000). *Tendencias contemporáneas de la teoría jurídica del delito.* San José : Arete.

Borja, E. (2000). *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica.* San José : Arete.

Cadenas, H. (2016). La función del funcionalismo: una exploración conceptual. *Sociologías , 18*(41), 196-214. doi:https://doi.org/10.1590/15174522-018004107

Cancio Meliá, M. (2005). Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva. En M. Bolaños GOnzález, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 72-87). Merida: Universidad de los Andes.

Castillo González, F. (2008). *Las teorías de la acción.* San José: Juríica Continental.

Castillo, F. (1998). *El Consentimiento del Derechohabiente en materia penal.* San José: Juricentro.

Castillo, F. (2001). *El Error de Prohibición.* San José: Juritexto.

Castillo, F. (2004). *La Legítima Defensa.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (2010). *Derecho Penal Parte General. Tomo II.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (s.f.). Derecho Penal Parte General.

Chan Mora, G. (2021). ¿Para qué sirve la teoría del delito? *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica número 1 (32) (13) Año 1. RDCP-UCR. 2021*, 48-70.

Chan, G. (2012). *La culpabilidad penal.* San José: Investigaciones Juríicas.

Chirino Sánchez , A., & Salas Porras, R. (2004). *La Legítima Defensa.* San José: Investigaciones Jurídicas.

Chirino Sánchez, A., & El Khoury Jacob, H. I. (1991). *Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal.* San José: ILANUD.

Cuesta Aguado, P. (2006). *Tipicidad e Imputación Objetiva* (Primera Edición ed.). Garibaldi, Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

González Lillo, D. (2022). Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente. En V. Gómez Martín , C. Bolea Bardón, J. Gallego Soler, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo.* Madrid: BOE.

Harbotle, F. (2012). *Imputabilidad disminuida. Hacia una redefinición de la imputabilidad e inimputabilidad. .* San José: Juritexto.

Jakobs, G. (1996). *Fundamentos del Derecho Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en un Derecho penal funcional.* (M. Cancio Meliá, & B. Feijóo Sánchez, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial POns.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Segunda, corregida ed.). (J. Cuello Contreras, & J. Serrano González de Muirillo, Trads.) Madrid, España: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997). *La Imputación Objetiva en Derecho Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Jakobs, G. (2004). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de las normas?* (Primera Reimpresión ed.). (M. Cancio Meliá, Trad.) Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Luzón Peña, D.-M. (2013). Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. *InDret*. Obtenido de www.indret.com

Martínez-Buján Pérez, C. (25 de noviembre de 1999). https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/LA%20CONCEPCION%20SIGNIFICATIVA%20MARTIN. *RECPC*. Recuperado el 23 de 08 de 2022, de https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/LA%20CONCEPCION%20SIGNIFICATIVA%20MARTIN

Martínez-Buján Pérez, C. (2022). El principio de culpabilidad y su fundamento. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J. Gallego Soler, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (págs. 713-724). Madrid: BOE.

Maurach, R. (1994). *Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: Astrea.

Mir Puig, S. (2005). Límites del normativismo en Derecho Penal. En M. (. Bolaños González, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 27-70). Merida: Universidad de los Andes.

Mir Puig, S. (2005). Límites del Normativismo en Derecho penal. En M. (. Bolaños González, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 27-70). Mérida: Universiad de los Andes.

Montano, P. J. (2017). La objeción de conciencia como causa de justificación. *Revista de Derecho, (I-2017)*(15), 113-142.

Muñoz Conde, F. (2013). *Teoría General del Delito* (Tercera ed.). Bogotá: Temis.

MUÑOZ CONDE, F. (2013). *Teoría General del Delito.* Bogotá: Temis.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2000). *Derecho Penal Parte General* (Cuarta Edición, revisada y puesta al día ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanc.

Radbruch, G. (2005). El delincuente por convicción. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología, 07 - r4* - .

Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal.* Buenos Aires: Ah Hoc.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito.* Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito.* Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. FUndamentos de la Estructura de la Teoría del Delito* (Primera Edición ed.). (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Rusconi, M. (2008). *El Funcionamiento de las causas de justificación. Sobre lo objetivo y subjetivo de las normas permisivas. .* Buenos Aires: Ad-Hoc.

Salas, M. (2010). LA acción en el derecho penal: crítica de un dogma y sus vicios argumentativos. En J. Llobet Rodríguez, D. Durán Chavarría, & (Compiladores), *Política Criminal en el Estado Social de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes* (págs. 339-354). San José: Jurídica Continental.

Schünemann, B. (2018). La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo general del Derecho Penal. En D. M. Luzon-Peña, *LIbro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa* (págs. 31-47). Lima: Fundación Internacional de Ciencias Penales.

Silva Sánchez, J. M. (2022). ¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en el Derecho penal. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J.-I. Gallego Sole, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirantu Corcoy Bidasolo* (págs. 921-932). Madrid: BOE.

Tavares, J. (1983). *Teorías del delito.* Buenos Aires: Hammurabi.

UNAM, I. (2013). Origen Histórico de la Imputación Objetiva. *Instituto e Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

Urruela, A. (2004). *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica.* Granada: Comares.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General.* Bogotá: Comlibros.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General.* Bogotá: COMLIBROS.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (Cuarta ed.). Bogotá: Comlibros.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General.* Bogotá: COLIBROS.

Vives Antón, T. (2011). *Fundamentos del Sistema Penal. Acción significativa y Derechos constitucionales.* Valencia: Tirant lo Blanch.

3.12. Ejercicios formativos

1. Explique la diferencia entre tipo y tipicidad.

2. Explique brevemente las funciones del tipo penal.

3. ¿Cuáles son los componentes del tipo objetivo y del tipo subjetivo de la tipicidad dolosa?

4. ¿Cuáles son los componentes del tipo objetivo y del tipo subjetivo de la tipicidad culposa?

5. ¿Cuáles son los componentes del tipo objetivo y del tipo subjetivo de la tipicidad omisiva?

Estos ejercicios son formativos para su repaso y análisis personal. Por lo tanto, no tienen porcentaje de evaluación, ni deberá remitirlos a la persona facilitadora. Sin embargo, su análisis y respuesta le permitirán un mayor estudio y comprensión del tema abordado.

TEMA 4. LA ANTIJURIDICIDAD

4.1 INTRODUCCIÓN

Es importante establecer desde un inicio algunos aspectos acerca del tema de la antijuridicidad, por cuanto resulta ser un componente de la teoría estructural del delito que suele ser considerado muy fríamente. Es decir, para considerar si una acción típica resulta antijurídica normalmente, lo anterior se da a partir del momento en que no aparecen causas de justificación que amparen o permitan la actuación típica.

Ciertamente la tipicidad de una conducta hace presumir su antijuridicidad. Pero debe superarse el campo de la simple presunción y determinar también la presencia de componentes importantes como resulta ser la vertiente material de la antijuridicidad y, evidentemente, la formal, excluyendo la presencia de alguna causa que justifique aquel actuar.

Es importante considerar que cuando se indica que una acción típica resulta contraria al ordenamiento jurídico, se hace referencia a todo el ordenamiento jurídico, incluyendo desde la Constitución Política y los tratados internacionales, hasta la ley y los reglamentos.

Cuando una acción cumple con la tipicidad y con la antijuridicidad, se conforma lo que la doctrina denomina el injusto penal que es, precisamente, aquella acción que además de típica es también antijurídica y conforma un desvalor que, desde el punto de vista de la conducta, será un desvalor de la acción y, desde el resultado, un desvalor de resultado. Así bajo un sistema en que tanto la acción como el resultado resulten relevantes, se dirá que el injusto conforma un desvalor de la acción más un desvalor de resultado.

4.2 ELEMENTOS GENERALES DE LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad es el estado de la teoría del delito en que se aborda un aspecto esencial al momento de la conformación delictiva y es el de la determinación de la contrariedad del comportamiento típico con el ordenamiento jurídico.

Con el cumplimiento del análisis de la tipicidad, se comprueba la antinormatividad, esto es, la norma que descansa en el tipo penal. Por ello, la tipicidad funciona como “indicio” de antijuridicidad, porque es en la antijuridicidad donde se verifica la inexistencia de permisos para la realización de la acción típica, por lo que si se comprueba la inexistencia de permisos, en ese momento, la acción típica se convierte además en antijurídica, daño lugar al denominado injusto penal.

RECUERDE

El injusto penal es la concepción que conjunta la acción que, siendo típica, es además antijurídica.

Al confrontar la acción típica realizada con el orden jurídico, podría estarse ante una conducta que esté permitida, ya que existen permisos que el propio ordenamiento jurídico dispone para ciertas actuaciones que, aunque típicas, ante ciertas circunstancias y requerimientos, se traducen en conductas típicas no prohibidas, sino más bien permitidas.

Esos permisos son llamados "causas de justificación" y, precisamente, la conducta típica es antijurídica, si no hay causa de justificación que excluya la antijuridicidad[16].

4.2.1 Naturalismo, causalismo o escuela clásica

Rudolph von IHERING desarrolló para el derecho civil la idea de que lo "injusto" era aquello que se oponía a la norma jurídica.

Franz von LISZT incluyó, dentro de la definición de delito, la característica de "contrario a derecho" del acto culpable, con lo que se acepta la antijuridicidad objetiva como condición para la punibilidad de la acción. Posteriormente, LISZT reconoció lo normativo de la antijuridicidad, con la diferenciación que hace de los conceptos antijuridicidad formal y antijuridicidad material, entendiendo por esta y como complemento de la objetiva contradicción con el derecho, la lesión del interés protegido por la norma.

El naturalismo se caracterizó por el formalismo, era un sistema cerrado en sí mismo y ajeno a toda consideración social. Los valores culturales y la forma de organización social no interesaban para nada.

La manifestación del naturalismo fue el positivismo y dentro de este, más específicamente el positivismo jurídico que no es más que el estudio de la ley para tomar principios u elevarlos en su concepto lógico abstracto.

Desde el punto de vista de la antijuridicidad, el delito se entendió como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; es decir, bastaba modificar el estado de las cosas para entender como antijurídica la conducta.

En el naturalismo, las causas de justificación se desprenden de la ley: son taxativas.

4..2.2 Evolución de la antijuricidad y su conceptualización.

El concepto de antijuricidad no ha sido estático con el transcurrir de los tiempos, por el contrario, se encuentra en el desarrollo doctrinario del tema una exposición acerca de las diversas concepciones de antijuricidad en el derecho penal[17].

16 Roxin (1997), p. 557 sostiene que también puede llamarse a las causas de justificación como "causas de exclu-sión del injusto", porque no hay diferencia de significado.

17 Al respecto puede verse un desarrollo similar en Velásquez. (Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 2009)

4.2.2.1 Antijuricidad objetiva

Se considera que se trata de la primera concepción utilizada de antijuricidad, propiamente como elemento independiente del delito, aproximadamente en el año 1590 con el *Tractus Criinalis* de T. Decianus y que posteriormente ya para el año 1847 utilizaba el concepto de "dolo antijurídico"[18]. Fue en 1867 que von Jhering lo definió como la contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico y con ello surgió el concepto de antijuricidad objetiva. Así siguió siendo utilizado por Löffler, von Bar, von Liszt, Beling, Köler y muchos más en el período clásico del derecho penal.

4.2.2.2 Antijuricidad Subjetiva

Esta posición surgió con Merkel en 1867 luego de buscar un concepto que funcionara y abarcara tanto el injusto civil como el injusto penal y la definió como la negación del derecho. Merkel sostenía que toda infracción al derecho supone la lesión de la voluntad general objetivada en el mismo y la imputabilidad del agente o destinatario de los preceptos jurídicos. (Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 2009).

4.2.2.3 Antijuricidad formal y material

Esta surge con von Liszt en 1899 al exponer que la antijuricidad formal debía entenderse como la contravención de la norma estatal, de un mandato o prohibición del orden jurídico, por una parte; y de la otra, de la antijuricidad material concebida como la acción socialmente daños. Hay autores que consideran que la antijuricidad material surge con las posiciones neokantianas y no con von Liszt. Sin embargo esta discrepancia pareciera suavizarse cuando se considera que la antijuricidad material para von Liszt no era una categoría de la acción típica, sino un principio de política criminal. (Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 2009)

4.2.2.4 Antijuricidad y elementos subjetivos del injusto

Esta conceptualización de la antijuricidad surge a partir de la consideración que así como en la tipicidad existían elementos subjetivos distintos del dolo, como los *animus*, en la antijuricidad también se daban, cuando por ejemplo en la causa de justificación de legítima defensa se exigía el *animus* de defensa, por lo que Hegler (1914) sostenía que la antijuricidad no podía ser estrictamente objetiva. (Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 2009)

4.2.2.5 Antijuricidad y teoría del injusto personal.

Se desarrolla con el finalismo, que al conjuntar la teoría de los elementos subjetivos del injusto con la idea de que el dolo y la culpa formaban parte del injusto, provocaba que además del desvalor del resultado, había un desvalor de la acción y con ello se conformó el concepto de injusto personal que finalmente se impuso. (Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 2009)

18 Velásquez (2009)

4.3 ANTIJURICIDAD FORMAL Y ANTIJURICIDAD MATERIAL

4.3.1 Antijuricidad formal

Es aquella conducta que se realiza cuando está prohibida por el ordenamiento jurídico penal, o se omite cuando manda por este, sin justa causa, siempre que el resto del ordenamiento no lo autorice. El derecho penal no puede prohibir o mandar lo que el resto del ordenamiento jurídico permite hacer o dejar de hacer.

4.3.2 Antijuricidad material

Podemos entenderla como aquella que lesiona o pone en peligro efectivamente el bien jurídico penal. Se ha expresado que esta no podría ser de otra forma para un derecho penal que protege de manera exclusiva bienes jurídicos y en el que se limita el derecho de acción cuando resulta lesionado o amenazado el derecho de otro.

Roxin señala al respecto lo siguiente:

> *Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales.* (Roxin, Derecho Penal Parte General Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito, 1997) .

El propio Roxin señala la importancia práctica de la antijuridicidad material a partir de tres postulados:

1. Permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente: La antijuridicidad formal no permite aumentos ni distinciones cualitativas. La antijuridicidad material sí lo permite.

2. Permite obtener medios auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar problemas dogmáticos: como el caso que señala Roxin en que puede resultar que una conducta se subsuma en el tenor literal de un precepto penal; pero no materialmente, es decir, según el contenido de su significación social, no concuerda con el tipo de delito.

3. Permite formular los principios en que se basan las causas de exclusión del injusto o causas de justificación: es decir, permiten determinar el alcance de las mismas.

Recuerde

La antijuridicidad material cumple importantes funciones:

1. Permite graduar el injusto.
2. Es una vía adicional para la interpretación dogmática.
3. Permite formular principios de las causas de justificación.

Ahora bien, en nuestro medio, el tema de la antijuridicidad material, o más bien, la exclusión de la

antijuridicidad de una conducta típica por considerar que no cumple con la antijuridicidad material y, por tanto, no resulta antijurídica, en los casos de bagatela o de insignificancia del hecho, ha estado presente en nuestros tribunales desde hace varios años.

Sin embargo, se ha establecido la tesis de que el poco valor de lo sustraído no afecta la existencia de una lesión al bien jurídico tutelado, por lo que aun siendo ínfimo el valor de lo sustraído, la antijuridicidad material surge con ocasión de verse efectivamente lesionado ese bien jurídico.

Como ejemplo de un análisis del tema de la antijuridicidad material como criterio fundamental y primario para la valoración de la antijuridicidad, se cuenta con el voto 1021-2002 del antiguo Tribunal de Casación Penal de San José que, en aquella fecha, había considerado lo siguiente:

> *II.1) Bien jurídico y estructura del delito.- Resulta así, lo expuesto hasta ahora, porque no puede justificarse un daño no causado, una lesión no producida o un peligro no generado. Este Tribunal de Casación ha suscrito la tesis de la antijuridicidad material, que se resume en el siguiente extracto jurisprudencial: «[…] supone una toma de posición acerca del análisis de la antijuridicidad, pues implica —en un primer momento— determinar si con la acción típica se lesionó o se puso en peligro el bien jurídico tutelado, con lo que se suscribe la posición de acuerdo a la cual la antijuridicidad tiene como contenido material el resultado (precisamente esa lesión o peligro para el bien jurídico). Como consecuencia de lo anterior, si —y sólo si se verifica el resultado— habrá de acudirse a las causas de justificación para acreditarlas o descartarlas, y es lógico, pues es insostenible pretender justificar una acción que no produce daño… Esta sentencia de casación no estaría debidamente fundamentada ni se bastaría a sí misma, si no indica por qué debe privar el criterio de la antijuridicidad material sobre el de la antijuridicidad formal; es por ello que ha de indicarse que el § 28 de la Const.Pol. deja fuera de alcance legal cualquier acción que no cause daño —entiéndase lesión o peligro para un bien jurídico— de donde el ius puniendi no cubre acciones sin resultado. La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Constitucional sostuvo esta tesis en el fallo Nº 525-93 (14:25 hrs., 03/02/1.993), que dice en lo conducente: "[...] Al disponerse constitucionalmente que 'las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley' —artículo 28— se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión 'encaje' abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico [...]" (Se suple el destacado.) […] Por consiguiente hay dos razones jurídicas, muy poderosas, para suscribir la posición de la antijuridicidad material: (i) la Const. Pol. expresamente lo impone (§ 28) y (ii) la Corte Suprema a través de la Sala Constitucional así lo interpreta con carácter erga omnes […]»* (C.R. vs. Mora Herrera: T.C.P., N° 2000-086, 04/02/2.000. V. además: C.R. vs. Montoya Delgado: T.C.P., N° 2000-036, 14/01/2.000, ponente: Juez Quesada Solís.). *Estas razones se reiteran en este momento. De acuerdo a lo anterior, debe comprenderse que la estructura de la norma penal en el ordenamiento jurídico costarricense, gravita en torno al bien jurídico tutelado por cada figura penal. (Sobre esta última afirmación,*

V.: T.C.P., N° 153-A-97 [consulta de constitucionalidad], 10:10 hrs., 23/09/1.997; ponente: Juez Llobet.) La tipificación de acciones mediante los tipos prohibitivos y la amenaza de sanción penal, tiene diversas finalidades: (i) cumplir con el principio de legalidad establecido por el § 39 de la Const.Pol.; (ii) dar seguridad jurídica, en la medida en que solamente puede haber persecución penal por las acciones previstas como delito, y únicamente pueden aplicarse las penas predeterminadas por la ley; y (iii) prevenir la comisión de delitos, por cuanto el tipo penal tiene la naturaleza de una norma de determinación, en cuanto pretende que las personas no transgredan las prohibiciones penales y actúen como el derecho espera. […] Por su parte, la antijuricidad supone la lesión o puesta en peligro para el bien jurídico tutelado, con lo que cumple con una doble finalidad: (i) limita la reacción estatal sólo ante hechos dañosos, y (ii) protege al transgresor de la prohibición penal, porque no puede ser sometido a pena si su acción no es lesiva. Esto, como se indicó, de conformidad con lo preceptuado por el § 28 de la Const.Pol. (Acerca del principio de lesividad como límite al ius puniendi, V.: C.R. vs. Mora Salas: T.C.P., N° 682-F-97, 15:45 hrs., 25/08/1.997; ponente: Juez Llobet.). De modo ilustrativo conviene citar la histórica sentencia N° 525-93 de la Corte Suprema de Justicia, emitida a través de la Sala Constitucional, cuando interpretó el § 28 de la Const.Pol. y puso al bien jurídico como centro en torno al cual gravita la configuración del delito; y, se puede agregar, sin acudir a la terminología que ahora se emplea, señaló que es insuficiente para cometer el delito el acto violatorio de la norma de determinación (llenar los requisitos del tipo prohibitivo), pues requiere además del quebranto de la norma de valoración (lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos): «… Al disponerse constitucionalmente que 'las acciones privadas que no dañen la oral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley' -artículo 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión 'encaje' abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañen la moral o el orden público o a que no perjudiquen a tercero […]» (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, N° 525.93, 03/02/1.993). En el mismo sentido de este alto tribunal, V.: T.C.P., N° 345-F-96, 10:30 hrs., 19/06/1.996; ponente: Juez Dall'Anese. Así, el mientras el desvalor de la acción está en el tipo, el desvalor del resultado está en la antijuricidad; de igual modo, en tanto la norma de determinación deriva del tipo penal, la norma de valoración dimana de la antijuricidad. La norma de determinación o de motivación como es llamada también, pretende generar un comportamiento social, que en el caso de los tipos penales (tipos prohibitivos) se espera que el ciudadano no realice acciones que transgredan la prohibición; es decir, la norma de determinación busca que las personas asuman un determinado comportamiento. El derecho de gestión pretende esto exclusivamente, es decir el control social, de donde la realización de la conducta prohibida trae como consecuencia la sanción penal; las normas de gestión tienen como bien jurídico

exclusivo a la gestión misma, la normativa de control social en sí, por lo cual la violación normativa trae como consecuencia inmediata la sanción, sin que interese lesión o peligro a otros bienes jurídicos. […].

En aquellos tiempos, el Tribunal de Casación consideraba que la aplicación de la antijuridicidad material sobre la antijuridicidad formal implicaba que, ante una conducta que resultaba no dañina, no lesiva, ni peligrosa, no podía justificarse un resultado disvalioso.

Además, en razón de la interpretación constitucional realizada por la Sala Constitucional acerca del artículo 28 en cuanto a que las acciones no dañinas quedaban excluidas de la acción estatal, un resultado no disvalioso no permitía tener por cumplida la antijuridicidad de una conducta. Por ello, un resultado no lesivo implicaba falta de antijuridicidad material, y ello provocaba el no cumplimiento de la antijuridicidad de la conducta típica. Hoy este mismo criterio es sostenido por diversas integraciones de los tribunales de apelación de sentencia penal de diversas jurisdicciones.

Ahora bien, esto no es lo que ha sido considerado por la Sala Tercera, la cual ha marcado una línea jurisprudencial distinta. Propiamente, en cuanto a la no exclusión de la antijuridicidad por falta de antijuridicidad material, la Sala Tercera señaló en una amplia resolución, que aquí se transcribe para efectos estrictamente académicos, lo siguiente:

En la especie, la discusión se ha centrado en el tema de la antijuricidad material respecto de los delitos de hurto que recaen sobre objetos de escaso o ínfimo valor económico. Al respecto, la resolución impugnada, retoma lo reseñado con anterioridad en el ***voto 2014-1814 del Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José,*** *y asumió dicha postura, para el análisis del caso concreto en el siguiente sentido: "Es decir, el a quo obvió realizar el análisis de la antijuridicidad material, al circunscribirse al caso específico de la sustracción de un racimo de bananos, ya que, en su lugar, más bien valoró la lesión causada, tomando en cuenta el tipo de actividad agrícola que realizaba la parte ofendida, al punto de mencionar que se debía aplicar los Derechos Políticos, Económicos y Civiles, e incluso que se debía realizar una tutela por los empleos que ésta generaba en el área, siendo un razonamiento inatingente (sic), por cuanto debía circunscribirse al caso específico en que se trató de un solo racimo de bananos, que fue recuperado y* ***cuyo costo es ínfimo considerando las posibilidades económicas de la empresa*** *. […] De manera consecuente, en este caso* ***la lesión al bien jurídico era mínima*** *porque el racimo de bananos fue entregado a la empresa ofendida e independientemente que se pudiera utilizar o no, su valor, en aplicación de las reglas de la lógica y la experiencia, era ínfimo, el cual, no puede ser estimado en relación con los 1.800 racimos sustraídos por otras personas ese mes, como se indicó en la denuncia interpuesta por el oficial de seguridad Allan Campos Araya, supervisor de seguridad, ni por el tipo de actividad agrícola de la empresa ofendida, ni por generar trabajos en la zona, como lo motivó el a quo en sentencia, ya que esas conductas no tienen relación con el caso concreto.* ***Por consiguiente, en el eventual caso de que la conducta fuera típica, jamás***

***podría ser antijurídica, por no cumplirse con la antijuridicidad material**, […] ". (Confrontar f olios 156 vuelto, 157, 158)(El destacado no corresponde al original). A partir del extracto anterior, es posible concluir que los jueces de apelación se han decantado por sostener la inexistencia de antijuridicidad material en el sub júdice, básicamente en razón del valor económico de lo sustraído y las posibilidades económicas de la empresa que resultó ofendida, aspectos que en su consideración impedían tener por demostrada una lesión significativa al bien jurídico tutelado. Ahora bien, la recurrente en apoyo de la posición contraria, invoca un antecedente judicial del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**, que en lo que interesa, señala: "La teoría del delito distingue entre la antijuridicidad formal y material de la conducta. Cuando no hay una causa de justificación que ampare la conducta que es típica, se dice que la antijuridicidad es formal. Cuando además se lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado (lo que se denomina **dañosidad o lesividad social** de la conducta), se dice que hay antijuridicidad material, y con esto se constituye el injusto penal (la conducta es típica y antijurídica). En este contexto **la lesión es un daño real** , mientras que por peligro se entiende la existencia de una **situación de riesgo de lesión** , para el bien jurídico tutelado, en el mundo real. Tratándose del delito de Hurto, el bien jurídico tutelado es la propiedad, el propio legislador nos lo ha señalado expresamente (cfr. Código Penal, Libro Segundo, Título VII, Sección I). La propiedad es un bien jurídico individual básico, y como es cuantificable, es posible que **admita lesiones graduables** , según la importancia de la lesión o puesta en peligro de la propiedad afectada, incluso cabe concebir que la lesión sea insignificante o de bagatela, según las condiciones personales del titular del bien jurídico (esto puede dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 22 inciso a del Código Procesal Penal). **Pero una lesión, aunque sea leve, sigue siendo tal**, aunque no perjudique gravemente o arruine al titular de la propiedad. **La antijuridicidad material no puede reducirse simplemente al monto o precio de los bienes que intentó hurtar el agente, esta tesis no tiene asidero alguno en nuestra legislación actual**. La importancia de la lesión o del peligro es uno de los factores que debe apreciar el juez, a la hora de fijar la pena, cfr. artículo 71 inc. b del Código Penal pero, **normativamente, el monto o valor de lo hurtado no es un factor que -en la legislación costarricense- defina, por sí sola, si la conducta es materialmente antijurídica. Que el titular del bien jurídico afectado posea -en un caso extremo- una desmesurada hacienda, tampoco podría excluir la antijuridicidad material del hurto que se cometa contra su propiedad**". (El destacado no corresponde al original). (**Resolución 2013-1660, de las 9:33 horas, del 30 de julio de 2013**). A partir de este razonamiento, se aprecia que el propio Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, integrada por jueces distintos, ha examinado el tema de forma disímil, y ha concluido que la antijuridicidad material en los delitos de hurto no se define por el precio o valor de los bienes que han sido objeto del delito, y la lesión al bien jurídico tampoco se puede medir con base en la capacidad económica de la persona o empresa sobre la cual recae el delito. Por el contrario, en dicho pronunciamiento*

se estima que las lesiones al bien jurídico pueden ser graduables e inclusive ínfimas, pero esa circunstancia no elimina la existencia de la lesión en sí misma, o el riesgo de lesión, en caso de delitos tentados. En igual sentido, la recurrente evoca lo señalado por la ***Sala de Casación Penal****, que dentro del mismo tema, procedió a unificar criterios mediante el* ***voto 2015-061****, y asumió una postura determinada en torno al tema de la antijuridicidad material, y particularmente en la aplicación del artículo 208 del Código Penal, en el siguiente sentido: "****vi) Criterio unificado de la Sala de Casación:*** *"Tomando en cuenta esto, de acuerdo con las normas citadas, no podría pensarse que no existe antijuridicidad material por la "insignificancia" de lo sustraído, cuando en realidad sí hubo lesión al bien jurídico tutelado propiedad, y, en consecuencia antijuridicidad material, y que ésta haya sido muy poca porque el delito fue tentado, gracias a la rápida acción de los empleados que laboran para la empresa ofendida, es una situación que no puede favorecer al encartado, eliminando esa antijuridicidad material, sino que sigue siendo una acción típica, antijurídica y de necesario examen de culpabilidad. Finalmente, y como tercer punto, no puede considerarse que en la aplicación del artículo 208 en consonancia con el 24, ambos del Código Penal, pueda pensarse que la insignificancia es razón para eliminar la antijuridicidad material, y se absuelva al imputado como lo señala de forma errónea la interpretación del Tribunal de apelación que se recurre. Como se dijo líneas atrás, el legislador optó por sancionar penalmente la conducta de sustraer bienes ajenos, independientemente de su valor económico, siendo consistente con lo señalado por el inciso b) del artículo 71 del Código Penal, en el tanto uno de los elementos que deben examinarse en la imposición de pena y que determina su proporcionalidad de acuerdo con el hecho tenido por probado, es la magnitud o importancia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.* ***En este caso, luego de analizar de forma conjunta los numerales 208 y 24 del Código Penal, así como el inciso b) del artículo 71 de este mismo cuerpo legal, se puede inferir con absoluta seguridad que,*** *al menos en cuanto al hurto simple, el legislador previó que la "insignificancia" de la lesión al bien jurídico propiedad no elimina la antijuridicidad material, pues sí hubo lesión o puesta en peligro; pero esa insignificancia recae en el análisis que debe hacer el juez sobre los elementos de imposición de pena, con el fin de que la sanción sea proporcional a los hechos cometidos. Es por todo lo anterior que, esta Sala, en ejercicio de la potestad del artículo 468 inciso a) del Código Procesal Penal, procede a declarar que la resolución 848-2013, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, al ser las 10:00 horas del 26 de abril de 2013, interpreta erróneamente el artículo 208, en concordancia con el numeral 24, ambos del Código Penal, y por ello se resuelve* ***unificar el criterio*** *que hasta el día de hoy ha sido contradictorio entre distintas resoluciones del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, estableciendo que la insignificancia en cuanto al costo económico del bien sustraído –cuando se trata del supuesto del delito consumado de hurto simple- o puesto en peligro –en el caso de la tentativa de hurto simple- no elimina la antijuridicidad de la conducta, pues existió una lesión o puesta en peligro del bien, aunque ésta sea considerada insignificante, siguiendo la orden del legislador, quien eliminó en el año 2009 la cuantía del bien para la existencia del delito."* *(el subrayado es*

suplido. Sobre resoluciones de la Sala III que unifican el criterio pueden consultarse las siguientes: 1543-2013 del 18 de octubre y 1578-2013 del 25 de octubre, ambos del 2013). ***III.*** *Como consecuencia de lo anterior, siendo aplicable en este asunto las tesis sostenidas por la Sala en la resolución parcialmente transcrita, se deja sin efecto el fallo impugnado en lo que corresponde al mencionado tema de discusión, estableciendo que en tales casos sí existe antijuridicidad material, por lo que no es válido esgrimir el argumento de la escasa afectación económica para dejar impune la acción." (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 061-2015, de las 9:03 horas, del 23 de enero de 2015. Integran: Chinchilla, Ramírez, Arroyo, Pereira, Arias). Luego de analizadas ambas posturas, se estima que la resolución del Tribunal de Apelación en el presente asunto no aporta ningún elemento adicional para modificar la posición que se ha venido sosteniendo sobre el tema por esta Sala, y por el contrario, resulta evidente que los jueces de apelación se limitaron a reproducir un pronunciamiento anterior para luego justificar de forma muy somera que resulta aplicable al supuesto que se manejó en el caso concreto, únicamente considerando que el hurto recayó sobre bienes de ínfimo valor, y que la afectación a la parte ofendida es insignificante por tratarse de una empresa con cuantiosos ingresos. Tal y como se desprende del criterio unificador antes citado, la Sala ha sido enfática en señalar que no es posible asimilar la antijuridicidad material con el escaso valor económico del bien que ha sido objeto del delito, porque la lesión al bien jurídico aunque mínima se ha concretado y la ley lo que exige es la efectiva lesión al bien jurídico, no una cuantía monetaria específica que resulte lesionada, porque el examen de antijuricidad material siempre deberá ser de forma casuistica, y desde luego, podría comprender extremos relativos al valor económico de la lesión, pero no se agota en esa consideración sino que debe ir más allá, para establecer la vulneración del bien jurídico tutelado, desde los conceptos de la antijuridicidad material, contrario lo que parece entender el Ad quem.* Sala Tercera. Voto 494-2020.

De la anterior resolución, es posible advertir que el tema de la antijuridicidad material ha sido enfocado por la Sala Tercera en el entendido de que la cuantía del objeto del delito no conllevaba la inexistencia de la antijuridicidad material. Esto quiere decir que, si bien la antijuridicidad material establece como requerimiento para el cumplimiento de la antijuridicidad de la conducta una efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, esto no se determina con ocasión del valor del bien, pues aunque resulte ínfima o insignificante, esta circunstancia no elimina la antijuridicidad material, la cual existirá siempre que haya lesión o puesta en peligro, independientemente del nivel de afectación.

4.4 NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

La doctrina dominante considera que el hecho típicamente antijurídico encuentra su significado en ser una infracción de la norma primaria, entendida como imperativa, es decir, como una orden de hacer o no hacer algo.

Sin embargo, la discusión acerca del fundamento del injusto se mantiene vigente. Es importante aquí indicar que esto deriva en establecer si existe en la antijuridicidad una prevalencia objetiva o subjetiva.

La objetividad o subjetividad de la antijuridicidad depende de la teoría sobre la naturaleza de la norma penal, en tanto, si la norma penal se concibe como objetiva de valoración o subjetiva de determinación

4.4.1. Tesis unitarias o monistas

-Tesis objetiva: sostiene que la norma penal es de carácter valorativo, en el entendido de que lo pretendido por ella es que, en sede de antijuridicidad se valore si ha existido o no una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. La norma entonces pretende la evitación de resultados lesivos. Se tiene entonces que el juicio de valor que se hace en la antijuridicidad se realiza sobre el resultado causado, de manera que siendo este el objeto del juicio de valor, habría que decir que dicho juicio es de carácter objetivo, por lo que la naturaleza de la antijuridicidad será objetiva. Lo anterior quiere indicar que, si lo que fundamenta la antijuridicidad es el desvalor del resultado, solo se necesita de él para el fundamento de la antijuridicidad, y las consideraciones personales el autor no tendrían cabida. Lo antijurídico en el homicidio es la muerte causada.

- Tesis subjetiva: sostiene que la norma tiene un carácter imperativo, de manera que ella manda o prohíbe comportamientos cuya omisión o realización produce resultados lesivos, porque lo que se pretende con ella es que el intérprete en sede de antijuridicidad realice un juicio de valor sobre la acción. La norma entonces pretende evitar acciones. Si esto es lo que se pretende con la norma penal, el juicio de valor que comporta la antijuridicidad se hace sobre la acción que causa el resultado, de manera que, siendo esta el objeto de juicio de valor, no puede más que concluirse que dicho juicio es de carácter subjetivo, por lo que la naturaleza será subjetiva. En un homicidio, lo antijurídico es la acción de matar.

Si lo que fundamenta la antijuridicidad es el desvalor de la acción, el fundamento de aquella está dado exclusivamente por este, dejando que el resultado sea considerado como una condición objetiva de punibilidad o seleccionador de injustos que merecen pena.

La norma es objetiva de valoración o subjetiva de determinación con estas tesis o concepciones monistas, las cuales señalan el principio rector de las causas de justificación:

- Medio adecuado para el fin justo.
- Ponderación de valores en el conflicto de valores.
- Respeto a la pretensión prevalente a un bien en la situación concreta.
- Regulación socialmente conveniente de los intereses o contraintereses.

4.4.2. Tesis o concepción dualista o pluralista

Frente a la concepción monista de la norma (objetiva de valoración y subjetiva de determinación que coinciden con el causalismo y el finalismo), se esbozan orientaciones dualistas que consideran que la norma es tanto objetiva de valoración y subjetiva de determinación. Dentro de las tesis dualistas, se encuentran las que consideran que uno u otro de los dos desvalores es el fundamento de la antijuridicidad, el otro es solo un elemento co-integrante o co-fundante (Santiago Mir Puig), y aquellas que consideran que los dos elementos (desvalor de acción y desvalor de resultado) sin prevalencia de uno u otro fundamentan el injusto. (Gonzalo Quintero Olivares).

La tesis dualistas o pluralistas combinan el principio de ausencia de intereses y el principio de interés preponderante o el principio del derecho preponderante (derecho a intervenir) con el de ausencia de injusto.

RECUERDE

Las tesis unitarias consideran que las causas de justificación tienen fundamento en un principio rector.

Las tesis dualistas sostienen que esa fundamentación se asienta en dos o varios principios.

4.5 RELACIÓN ENTRE TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

BELING, creador del moderno concepto de tipo, lo concibió con total independencia de la antijuridicidad, indicando que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable. La presencia de la tipicidad no supone ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho, sino sobre la constatación lógica de que este es subsumible en una figura de un delito, por lo que la tipicidad no implica la antijuridicidad de la acción, y de ahí, el hecho típico podría no ser antijurídico cuando concurran causas de justificación.

El neokantismo, al introducir la idea de valor en la teoría del delito, hizo que autores como MEZGER y SAUER sustituyeran la concepción valorativa neutra del tipo, por su entendimiento como juicio provisional de desvalor, de antijuridicidad.

a. Sin tipicidad no cabe antijuridicidad, la tipicidad no se halla desvinculada de la antijuridicidad no es solo la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, sino su *ratio escendi*. La tipicidad de una conducta no es solo un indicio (*ratio cognoscendi*) que permite suponer la antijuridicidad, sino que esta, cuando concurre con relevancia jurídica penal, procede (*ratio escendi*) de la realización de un tipo. Se vinculó así la antijuridicidad del delito que pasó a ser una acción típicamente antijurídica culpable, donde la tipicidad es el modo en que se manifiesta el juicio de desvalor de la antijuridicidad para que tenga relevancia penal.

b. Normalmente la tipicidad implica la antijuridicidad. Cuando el legislador tipifica una conducta y la conmina con pena, lo hace pensando en su antijuridicidad.

c. El finalismo ha conducido al tipo como un mero indicio (*ratio cognoscendi*) de la antijuridicidad que no solo puede desvirtuarse por la concurrencia de causas de justificación (no toda acción típica es antijurídica), sino que tiene un significado independiente de la antijuridicidad. Vuelve al modelo tripartito de delito, acción, típica, antijurídica y culpable. El tipo se concibe como materia de prohibición, como la materia prohibida. Las causas de justificación no excluyen la prohibición de la norma, sino que permiten su infracción.

d. La teoría de los elementos negativos del tipo lleva a las últimas consecuencias el planteamiento neokantiano. Si el tipo es un juicio de valor no debe serlo solo de forma provisional, sino también definitivamente. La única forma de conseguirlo es admitir que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y viceversa, la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad. El tipo consta de dos partes, el tipo positivo es, en el sentido tradicional, el conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto. La parte negativa añade la exigencia de que no concurran causas de justificación.

Recuerde

TIPO INDEPENDIENTE	TIPO RATIO COGNOSCENDI	TIPO RATIO ESCENDI
El tipo penal tiene un carácter estrictamente descriptivo y sin conexión con la antijuridicidad.	**El tipo cumple una función indiciaria respecto a la antijuridicidad. La tipicidad de una conducta es indicio de su antijuridicidad.**	**El tipo cumple una función indiciaria respecto a la antijuridicidad. La tipicidad de una conducta es indicio de su antijuridicidad.**

La Sala Tercera ha expuesto al respecto:

En relación con la antijuridicidad, el análisis de tipicidad es un indicio de la antijuridicidad, en este sentido, señala la doctrina: "Como se estudió en el concepto de tipo, tras concebirse éste inicialmente totalmente desvinculado de la antijuridicidad, se reconoció que al menos la tipicidad ya es un indicio de antijuridicidad, que puede ser contradicho por alguna causa de justificación. […] Por último, desde el finalismo se ha impuesta la utilización del término "el (o lo) injusto" (das Unrecht), no como calificativo de la acción, sino como sustantivo –o adjetivo

sustantivado- equivalente a hecho antijurídico o acción antijurídica, y como tal, susceptible de graduación en su desvalor. Por eso también el tipo, que según las concepciones es indicio o descripción de acción antijurídica, se lo denomina tipo de injusto." *(Luzón Peña (Diego Manuel), "CURSO DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL I", editorial Universitas S. A, Madrid, 1996, página 329-330.) De tal forma que apoderándose ilegítimamente de bienes muebles ajenos en las diferentes situaciones fácticas acusadas y acreditadas por el a quo, lesionan significativamente los bienes jurídicos y son contrarias al ordenamiento jurídico; […].* Sala Tercera. Voto 1062-2011.

4.6 FUNCIÓN UNIFICADORA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Comúnmente en la doctrina se afirma que la antijuridicidad cumple una función unificadora, en tanto, una vez afirmada la existencia de un comportamiento típico, se comprueba que ese comportamiento típico no se neutraliza con algún permiso proveniente de otro sector del ordenamiento jurídico que autorice la lesión al bien jurídico, no únicamente del ámbito jurídico penal, sino de todo el ordenamiento jurídico.

Lo anterior implica la toma en consideración en el derecho penal del ordenamiento jurídico en su conjunto a la luz del cual se valorará el comportamiento. Esta función obedece a que el derecho penal no puede castigar lo que otros sectores del ordenamiento jurídico autorizan. Por ello, declarar que un comportamiento está justificado, es decir, que ese comportamiento es conforme a derecho, implica que las causas de justificación pueden provenir de cualquier sector del ordenamiento jurídico.

Una conducta no puede ser permitida por una parte del ordenamiento jurídico, ni puede ser prohibida por otra parte de ese mismo ordenamiento jurídico.

RECUERDE

La función unificadora de la antijuridicidad implica la unidad del ordenamiento jurídico, en tanto, no puede resultar prohibido en el ámbito penal lo que esté permitido por otra área del ordenamiento jurídico.

4.7 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación son en esencia permisos, pues operan ante diversos fundamentos que aceptan una lesión de bienes jurídicos, en concordancia con el ordenamiento jurídico en general.

4.7.1 Características de las causas de justificación

a. Provienen de todo el ordenamiento jurídico.
b. Contienen una autorización o un permiso para la realización de una acción típica.
c. Sus efectos alcanzan no solo al autor, sino también a los partícipes (instigador y cómplices).
d. Excluyen la antijuridicidad y, con ello, el injusto.
e. La creación intencional de la situación en la que procede el amparo de una causa de justificación no da lugar a la justificación.
f. Solo actúa justificadamente el que tiene conocimiento de las circunstancias que fundamentan la justificación (elemento subjetivo) y que se cumplan los elementos objetivos.
g. Todas las causas de justificación se sustentan en el ejercicio legítimo de un derecho, a excepción de la de cumplimiento de un deber legal.

4.7.2 Naturaleza de las causas de justificación

En cuanto a la naturaleza de las causas de justificación, Velásquez considera al respecto lo siguiente:

> *Las causas de justificación son auténticas normas permisivas, lo que se infiere del hecho de que el plexo normativo no sólo consagra prohibiciones y mandato, sino también autorizaciones para actuar; por ello puede afirmarse que los tipos penales contienen reglas generales que encuentran sus excepciones en las causas de justificación (sistema regla-excepción), lo que torna la tipicidad en un indicio de la antijuricidad, en su ratio cognoscendi. Lo anterior significa, entonces, que se rechazan las posturas de la ratio escendi y de los elementos negativos del tipo.* (Velásquez, Derecho Penal Parte General, 2009).

4.7.3 Fundamento de las causas de justificación

Hay dos posiciones:

a. Tesis negativas: Rechazan la posibilidad de otorgar a todas las causas de justificación una única fundamentación genérica.

b. Tesis positivas: Consideran que es procedente que todas las causas de justificación posean una base común, ya sea que se trate de un criterio o principio individual (monistas) o varios de ellos (pluralistas).

- Monistas: Los criterios que fundamentan las causas de justificación son: lo que es más útil que dañoso (Sauer); la colisión de intereses (Merkel); la función protectora de bienes (Stooss); el empleo de los medios más adecuados para obtener alguno de los fines reconocidos por el orden jurídico (Schmidhäuser); la ponderación de valores (Noll); la teoría del fin (Graf Zu Dohna); la correcta regulación social de los intereses y los contraintereses (Roxin).
- Pluralistas: Consideran la procedencia de diversos criterios, como el principio de ponderación de intereses junto al del fin perseguido por el agente, lo que es producto de la concepción del injusto a partir de los desvalores de acción y resultado. También, se incluyen el principio de interés preponderante y el de la falta de interés en la protección jurídico penal por parte del agente.

También están las tesis funcionalistas que dividen las causas de justificación en tres grupos diferentes son:

- Axiomas de la responsabilidad: llamado principio de la causación. Aquí operan la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo, el derecho de resistencia frente a personas agresoras, la captura de particulares, el autoauxilio y ejercicio legítimo de un cargo.

- Axiomas de la definición de intereses: donde operan el consentimiento justificante, la autorización oficial justificante, el consentimiento presunto, el estado de necesidad sobre bienes de persona amenazada por un peligro.

- Axiomas de la solidaridad: como los supuestos de ejercicio del cargo y el estado de necesidad agresivo.

4.7.4 Fuentes de las causas de justificación

En razón de la unidad del ordenamiento jurídico, las causas de justificación no solo provienen de la normativa penal, sino también de todo el ordenamiento jurídico, por lo que pueden ser penales, o bien, extrapenales.

También se sostiene que las causas de justificación pueden tener un origen legal, o bien, pueden resultar supralegales.

Estas causas pueden deducirse de la costumbre, la constitución, etc.

Existen causas de justificación contenidas en la ley penal, que son aquellas dispuestas por el Código Penal en los artículos 25 a 28. También están las causas de justificación legales pero extrapenales, como las que pueden encontrarse en el Código Civil, Código de Familia, Código de Comercio, etc.

Hay causas de justificación que se consideran han sido creadas a partir de la jurisprudencia constitucional, como el caso del voto de la Sala Constitucional 2005-15057, que de conformidad con lo expuesto por Castillo, estableció un permiso para periodistas de gravar mediante cámara

escondida actuaciones ilícitas de funcionarios públicos o particulares que afecten a la comunidad y de difundir esas grabaciones por los medios de comunicación. (Castillo, Derecho Penal Parte General. Tomo II, 2010)

También el mismo Castillo ejemplifica un caso de causa de justificación proveniente del derecho consuetudinario o costumbre, explicando el caso del derecho de los padres al castigo moderado de los hijos con fines correctivos. (Castillo, Derecho Penal Parte General. Tomo II, 2010)

Finalmente el mismo autor cita un ejemplo de casa de justificación creada a partir del Derecho internacional, propiamente el caso de los soldados que en una guerra declarada se le permite realizar contra el enemigo acciones de guerra de conformidad con los usos y costumbres de rigen la materia. (Castillo, Derecho Penal Parte General. Tomo II, 2010)

RECUERDE

Las causas de justificación deben buscarse en todo el ordenamiento jurídico, porque no están limitadas a aquellas que se encuentran descritas en el Código Penal.

4.7.5 Elementos de las causas de justificación

Para la estructuración en las causales de justificación, se ha establecido una serie de elementos objetivos y se sostiene la necesidad de que se verifique un factor subjetivo, el cual consiste en que exista intención de actuar en defensa de bienes jurídicos, pues de no ser así, no podría configurarse la causa de justificación.

El componente subjetivo de las causas de justificación es el equivalente al dolo, es decir, con este elemento se valora no solo el resultado, sino también la acción justificada. Por ello, los elementos subjetivos de las causas de justificación son considerados por quienes siguen la tesis del injusto personal, pues se toman tanto en consideración el desvalor del resultado como el desvalor de la acción. Bajo esta posición, quien actúa no solo debe hacerlo en cumplimiento de los elementos objetivos de las causas de justificación, sino también debe conocer y querer llevar a cabo la conducta justificante.

Si una persona actúa en cumplimiento de los elementos objetivos de la causa de justificación; pero no así de los subjetivos, la consecuencia es que no habrá causa de justificación, y la acción típica será antijurídica, aunque no necesariamente debe recibir el mismo trato que aquella que no cumple con los elementos objetivos ni con los subjetivos de una causa de justificación.

Por otra parte, si lo que concurre únicamente es el componente subjetivo de la causa de justificación, pero carece del componente objetivo, entonces lo que se da, en una causa de justificación putativa, es una de las modalidades del error de prohibición.

Velásquez sostiene que la exigencia del elemento subjetivo en las causas de justificación es

consecuencia lógica del concepto final de conducta asumido, pues parece evidente que los comportamientos justificados también deben ser causales, finales y sociales[19].

Por su parte, en un extenso trabajo, Rusconi realiza una exposición concreta de las distintas posiciones doctrinarias que exigen un elemento subjetivo en las causas de justificación. Así, expone lo siguiente:

> *1. LA EXIGENCIA DEL CONOCIMIENTO DE LA VOLUNTAD Y DE UN ÁNIMO ESPECÍFICO EN LA DEFENSA. En primer lugar, debemos comenzar por aquella tesis que, a nuestro juicio, sostiene la posición más exigente en materia de la necesidad del tipo subjetivo. Estos autores no sólo exigen que el sujeto activo conozca los presupuestos objetivos de na causa de justificación y que oriente su voluntad a ese conocimiento, sino que exigen también que se verifique que la única intención ostensible del autor sea de esta manera, sin que sea obstaculizada o confundida, por ejemplo, con un eventual ánimo de venganza sobre el sujeto pasivo de la defensa. Se exige, a la manera de los especiales elementos subjetivos del tipo, que no tienen manifestación en el mundo exterior, una intención específicamente de defensa.*
>
> *2. LA EXIGENCIA DEL CONOCIMIENTO Y LA VOLUNTAD. Los autores que ha seguido fieles a un finalismo más o menos ortodoxo han exigido, por el contrario, un tipo subjetivo que refleja los mismos componentes que ostenta el tipo subjetivo de la tipicidad: conocimiento y voluntad relacionados de modo estricto con los elementos de tipo objetivo de la causa de justificación que se trate. Para decirlo en palabras de Jescheck: "El autor debe, más bien, reconocer la existencia de la situación que justifica el hecho y haber actuado en el ejercicio de la autorización que se le otorga o en el cumplimiento del deber que se le impone. […]*
>
> *3. LA EXIGENCIA DEL MERO CONOCIMIENTO. Otros autores afirman la necesidad de un sipo subjetivo, pero que en verdad representa una menor exigencia: sólo el conocimiento de los presupuestos objetivos de la causa de justificación se transforma en conditio sine qua non del funcionamiento del permiso. Según esta tesis, la exigencia de una especial voluntad dirigida a actuar en el sentido de la norma permisiva no puede obstaculizar la operatividad de la misma de la justificante.* (Rusconi, 2008).

En nuestro medio, se contó con resoluciones en las que se desarrollaba y admitía la exigencia de cumplimiento de los elementos subjetivos de las causas de justificación para que estas operaran. A modo de ejemplo, el siguiente extracto del voto 217-1997 del Tribunal de Casación Penal dispuso:

> *[...] debe analizarse si tal y como lo solicita la recurrente, estamos en presencia o no de la causal de justificación de legítima defensa, contemplada en el artículo 28 del Código Penal, la que contiene como elementos objetivos para su configuración: a) La agresión ilegítima y; b) La necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la*

19 Velásquez (2009).

agresión. "La agresión ilegítima viene a ser el ataque (en curso o inminente) contra un bien jurídico que no esté autorizado o justificado por el derecho [...] La racionalidad del medio empleado depende de la magnitud del peligro que corre el bien jurídico que se intenta defender [...], de las posibilidades de efectividad en el caso concreto [...], y de la eventual extensión de la agresión ilegítima a otros bienes jurídicos. (Ver Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte general. Tercera edición. Editorial Astrea. Buenos aires. 1992. Páginas 326 y 329). Sin embargo, para tener por configurada la justificante aludida, debemos tomar en consideración, conjuntamente con el elemento objetivo, el elemento subjetivo, traducido en la intencionalidad defensiva del sujeto activo. Ahora bien, relacionando tales elementos objetivo y subjetivo a la conducta desplegada por el acusado, estima este tribunal que no operó la causal de justificación en el tanto la actividad que llevó a cabo el ofendido, (…) si bien es cierto el ofendido retó a pelear al encausado, provocado precisamente por los insultos proferidos por este último, armándose con un taco de billar, reto que es aceptado por aquél, despojándolo del arma para luego acometer contra la integridad física del perjudicado, la conducta del sentenciado no constituye un accionar justificado por legítima defensa, al no existir congruencia sobre la actividad desplegada, entre los elementos objetivos y subjetivos que informan la causal relacionada, deviniendo en inexistente el vicio reclamado.

Sin embargo, debemos indicar que este tema no es pacífico, pues también existen resoluciones y doctrinas que sostienen que la sola demostración de los requisitos objetivos de la causa de justificación hace que esta sea ya aplicable, indistintamente de la verificación del componente subjetivo o no.

No obstante, también podemos señalar que, mayoritariamente, se decantan nuestros tribunales penales de apelación y de casación por exigir ese componente subjetivo.

RECUERDE

En nuestro país, la Sala Tercera ha considerado en algunas resoluciones que, para que operen las causas de justificación, es necesario no solo el cumplimiento de los requerimientos objetivos o materiales, sino además el elemento subjetivo, aunque en otras resoluciones ha optado por no requerirla.

4.7.6 Las causas de justificación dispuestas en el Código Penal

4.7.6.1 Cumplimiento de la ley

El artículo 25 del Código Penal describe así el "cumplimiento de la ley":

> *No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho.*

En cuanto a la causa de justificación del cumplimiento de la ley, debemos indicar que se trata de dos supuestos, el primero de ellos es el cumplimiento de un deber legal, y el otro es el ejercicio legítimo de un derecho.

En cuanto al cumplimiento de un deber legal, se sustenta en que determinadas personas, bajo ciertas circunstancias, están obligadas por ley a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos por la ley; es decir, a realizar conductas típicas.

Aquí, la realización de la actuación típica es de carácter obligatorio para el sujeto, por lo que se está ante la apariencia de una colisión de deberes, el de cumplir la ley y de no lesionar bienes jurídicos protegidos.

Sin embargo, ante estas circunstancias, el Estado obliga a la persona funcionaria a actuar aun en contra de los bienes jurídicos que protege el mismo Estado y que, ante su lesión, penaliza.

El ejercicio legítimo de un derecho da por acreditadas la existencia de ese derecho y su legitimidad.

En este sentido, la Sala Tercera ha expresado al respecto:

> *El alegato resulta más interesante cuando se le observa no sólo desde la perspectiva de las justificantes, sino también al considerar el cumplimiento de un deber legal como una causal directa de atipicidad, ya que quien cumple un deber legal de todos modos realiza algo que el Ordenamiento Jurídico le ordena en la norma, y que debe cumplir, ya que en caso de incumplimiento, ese mismo Ordenamiento le tendría prevista una consecuencia, muchas veces sancionatoria como reacción a su desviación del mandato. Esta circunstancia hace que la figura del cumplimiento de un deber legal, a pesar su ubicación como una causa de justificación en el Código Penal vigente, tenga, frente a una consideración más detallada de su contenido, un aspecto de relevancia exclusivamente típico, ya que quien cumple un deber legal tiene que cumplirlo y frente a él no tiene más alternativa. En las causas de justificación, en general, se trata más bien de una naturaleza jurídica diversa, ya que todas ellas se refieren al ejercicio de un legítimo derecho. En esencia, todas las causas de justificación, de las cuales se puede predicar que eliminan la contradicción con el ordenamiento jurídico, comparten esa naturaleza jurídica, la cual lleva a identificarlas con la idea de que el ciudadano puede, ante ellas, decidir ejercitarlas o no ejercitarlas. El ordenamiento jurídico acepta este tipo de comportamientos por ser irremediable si el ciudadano decide defenderse o ejercitar una causa de justificación cualquiera ante una situación de peligro para bienes jurídicos propios o ajenos. La escabrosa discusión dogmática sobre la naturaleza y sentido jurídico de las causas de*

justificación no puede tratarse en este momento, sin embargo, la alusión a estos problemas sirve de base para analizar en su plenitud los argumentos del promovente en el sentido que su defendido se hallaba efectivamente justificado al realizar las tareas de administración que le había confiado su madre. (Sala Tercera. Voto 666-1999).

La anterior resolución pone en discusión una divergencia existente en la doctrina en cuanto a que el cumplimiento de un deber legal opera a nivel de tipo penal como causa de atipicidad. Otro sector sostiene que se trata de una causa de justificación y que, en razón de ello, opera en la antijuridicidad.

No obstante, en Costa Rica, el Código Penal dispersa cualquier duda al establecer, en el artículo 26, el cumplimiento de un deber legal como causa de justificación.

Ahora bien, ha sido reiterada la consideración de nuestros tribunales de apelación de sentencia de que el abuso en el cumplimiento de un deber puede acarrear responsabilidad penal por comisión de delito, pues al abusar del derecho o del deber, se desnaturaliza la causa de justificación.

De la querella se desprende con total claridad, que a la encartada se le atribuye el denunciar falsamente el patrocinio infiel, la coacción y manipulaciòn para lograr un acuerdo conciliatorio y el contubernio con la otra parte, de manera que no hay elementos que impidan a la parte acusada comprender los hechos que se le atribuyen, y por ello no le causan indefensión alguna. ***ii.****- Respecto del elemento subjetivo de los hechos. La parte recurrente critica que en el fallo se dice que las denuncias y manifestaciones de la acusada no había ánimus injuriandi, en tanto lo que procuraba era que se investigara el hecho. Sobre este aspecto el fallo recurrido hace dos apreciaciones: por un lado señala que la imputada al denunciar tenía conocimiento y voluntad de lo que realizaba y lo hizo y por otro lado, señala que su afán no era dañar el honor de la persona denunciada, sino que realmente creía que se encontraba en una situación de perjudicada, a juzgar por las acciones procesales que hizo para intentar dejar sin efecto el acuerdo conciliatorio. […]* ***iii****.- El otro aspecto que señala el fallo es, que no es relevante si los hechos denunciados son falsos o verdaderos, pues la querellada siempre actuó cubierta por una causa de justificación, en tanto estaba en ejercicio del derecho de denunciar establecido en el artículo 25 del Código Penal, además que era para la tutela de sus derechos patrimoniales y los de su hija. Este Tribunal ha reconocido que los ciudadanos tienen derecho a denunciar en sede judicial o administrativa, todos aquellos actos que le parezcan indebidos de parte de otras personas, y que ese derecho a de entenderse en sentido muy amplio, de manera que es cierto que la encartada I. es titular de ese derecho que le confiere la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, que tiene abierta una oficina o fiscalía, en donde se permite a los usuarios denunciar a los profesionales que actúen en forma incorrecta en el ejercicio de la profesión. Hasta aquí es claro que la señora I. actuaba en ejercicio pleno de un derecho de denunciar las anomalías, en calidad de víctima directa, y como lo indica el fallo, lo hace por los canales o vías adecuados para ello. Incluso se ha señalado que ese derecho a denunciar no exige aportar las pruebas, ni tampoco depende de que se aplique o no las sanciones a la persona denunciada, en tanto exigir la prueba y una resolución favorable,*

inhibe a las personas a denunciar y con ello se ve gravemente perjudicada la transparencia especialmente en la función pública. La parte impugnante señala reconocer el ejercicio del derecho a denunciar, pero agrega que ese derecho no es irrestricto y el abuso puede llevar a la comisión del delito atribuido, como ocurre en este caso, que la imputada denunció hechos falsos. Esta Cámara estima acertado el alegato de la parte, de que todo derecho tiene sus límites y que cuando se sobrepasa el mismo se incurre en un abuso del derecho, conforme dispone el artículo 22 del Código Civil, lo cual genera responsabilidad. Es cierto que se le permite a la persona denunciar los hechos que estima perjudiciales, pero no se autoriza a denunciar falsamente los hechos o atribuir indebidamente a otra persona actos inmorales o deshonestos, en tanto el derecho a denunciar se convertiría en una autorización abierta para perjudicar a los demás. En este caso este Tribunal considera que la imputada excedió el ejercicio del derecho, al atribuir hechos extremadamente graves, como la comisión del delito de patrocinio infiel y contubernio de la querellante con la otra parte, que por el dicho de D. y G. no fue así, lo que convierte en falsas las afirmaciones. Incluso, la parte aportó la sentencia No. 2014-2013, del Juzgado de Familia del II Circuito Judicial de San José (fs. 281-293) que conoció en apelación el caso de la pensión alimenticia, y rechaza los alegatos de la parte en donde manifiesta haber sido manipulada para llegar al acuerdo conciliatorio de pensión alimenticia. Entonces, lo que se observa es, que la encartada, luego de haber estado de acuerdo en conciliar todos los intereses, buscó una forma de dejarlos sin efecto, utilizando para ello la denuncia y dañando la imagen de la profesional que la patrocinó. Precisamente, cuando se sobrepasa el ejercicio del derecho, entonces no es aplicable la justificante del artículo 25 del Código Penal, que solamente releva de responsabilidad, cuando se hace un ejercicio "legítimo" del derecho, y el abuso convierte en ilegítimo esa facultad, de manera que no es aplicable al caso. En razón de lo anterior, se deriva que la absolutoria se encuentra erróneamente establecida, por no concurrir en el caso la eximente de responsabilidad del ejercicio de un derecho, por lo que se acoge el recurso de apelación planteado y se anula en su totalidad el fallo recurrido, ordenando el reenvío para una nueva sustanciación. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San José. Voto 1717-2013.

4.7.6.2 Consentimiento del derechohabiente

Es la facultad que tiene un sujeto de excluir de la esfera de protección de las normas penales, en forma jurídicamente relevante, un bien jurídico que le pertenece y del cual puede disponer.

El Código Penal dispone esta causa de justificación en el artículo 26.

> *No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.*

Esta causa de justificación se sustenta en la libre determinación de los particulares (artículo 28 de la Constitución Política) y significa que el ordenamiento jurídico le confiere al individuo una autonomía o un derecho de autodeterminación. Quien puede disponer de un derecho será aquel que lo tiene, su titular.

El artículo 26 del Código Penal no determina los límites de la facultad dispositiva, no establece los requisitos ni las condiciones del consentimiento, por lo que se trata de una causa de justificación que no encuentra su contenido en la ley penal, sino que se ha de ubicar en criterios normalmente supralegales.

Según la doctrina moderna y, con ella, la nacional, principalmente Castillo, el fenómeno del consentimiento tiene dos formas de aparición: el consentimiento del derecho habiente y el acuerdo.

A su vez, la doctrina considera que el acuerdo del ofendido con el hecho excluye la tipicidad de la acción en aquellos tipos en los que, por decisión expresa del legislador, se deduzca de la interpretación del texto, y el hecho toma su carácter delictuoso de la circunstancia de que la acción ocurre en contra de la voluntad del ofendido.

Por ello, si el ofendido está de acuerdo con la acción realizada por el autor, el delito no nace a la vida jurídica, por falta de un requisito típico. Cita Castillo el ejemplo de la sustracción de menores cuyo núcleo se determina a partir de retener a un menor en contra de la voluntad de los padres, tutores, curadores. Evidentemente, si se da con la voluntad de los padres, no se completan los elementos objetivos del tipo penal. Aquí el consentimiento del derecho habiente es causa de atipicidad. (Castillo, Derecho Penal Parte General. Tomo II, 2010)

En otros casos, la voluntad contraria al derechohabiente no es parte del tipo penal, pese a que el derecho habiente puede consentir en la acción que lesiona su bien, ese consentimiento no excluye la tipicidad, sino la antijuridicidad. Aquí el consentimiento del derecho habiente es causa de justificación.

4.7.6.2.1 Requisitos

Se requiere entonces que se trate del titular, que sea el titular de un bien jurídico o de un derecho, que goce de la condición de disponible y que consienta en su lesión.

Primero debe darse la capacidad de comprensión de quien otorga el derecho; el reconocimiento externo del consentimiento; el consentimiento debe preceder al hecho, y el conocimiento del consentimiento por el autor del hecho.

Los presupuestos del consentimiento son:

- La existencia de un derecho personal.
- Los límites de la facultad de disponer del bien jurídico.
- La capacidad de disposición del bien jurídico.
- El aspecto cognitivo y el volitivo del consentimiento.
- La libertad del consentimiento.

RECUERDE

Para que el consentimiento sea válido como causa de justificación, se requiere que:

- se trate de un derecho personal.
- la persona cuente con la capacidad suficiente para consentir.
- el consentimiento se otorgue con conocimiento y voluntad.

4.7.6.2.2 Situaciones en que no opera

El consentimiento del derechohabiente como causa de justificación no opera en los siguientes casos:

-Delitos en que el titular es el Estado o la comunidad.

- Delitos en que se tutelan bienes jurídicos que son indisponibles: vida, delitos sexuales contra menores, integridad física.

- Cuando no se forma el consentimiento a partir de la conjugación de un aspecto cognoscitivo y volitivo.

- Cuando no es libre.

Al resolver un asunto en el que se discutió el tema del consentimiento del derecho habiente, la Sala Tercera señaló lo siguiente:

> *Por otra parte, el Tribunal señaló, sobre el particular, que aun aceptando que el menor B.A. se interesara por saber si aquel tenía pornografía en su computadora, ello no autorizaba al imputado a ponerla: "por tres razones: a) Porque se trataba de menores de edad; b) Porque el mismo José Isidro manifestó que los restantes cinco menores estuvieron en desacuerdo con que se pusiera pornografía; c) Porque el consentimiento del derechohabiente no opera en esta clase de delitos en perjuicio de menores de edad..." (cfr. folio 425), conclusiones que se ajustan al mérito de las pruebas, sin que ello vulnere las garantías constitucionales y legales del enjuiciado.* Sala Tercera. Voto 459-2006.

Un particular abordaje de la causa de justificación del consentimiento del derechohabiente fue realizado por la Sala Tercera, específicamente en el caso de las lesiones en el deporte, puntualmente en el fútbol. Así la Sala expuso:

> *De manera que resulta ser que lesiones corporales que son consideradas ilícitas (típicas y antijurídicas) en otros contextos, no lo son en el ámbito particular de la competición futbolística, en donde podrían estar amparadas, de manera particular, por una causal de justificación. Con ese fin precisamente, existe el artículo 26 del Código Penal de Costa Rica el cual, en lo conducente, indica que: "No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo". Dejando de lado la discusión dogmática*

respecto de si el consentimiento del derechohabiente es factor de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad (Para todo, Castillo González, Francisco. Derecho Penal, Parte General, Tomo II, San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 333 a 344), debe indicarse que esta Sala de Casación Penal considera que la ubicación sistemática del numeral citado en la sección IV del título II del Código Penal impone una clara e inequívoca solución: el consentimiento del derechohabiente debe ser tratado en nuestro medio como una causal de exclusión de la antijuridicidad. Precisamente, respecto de las lesiones provocadas dentro de un partido de fútbol debe establecerse si están cubiertas, o sea, justificadas o no, por el consentimiento que brinda cualquier persona, constituida como jugador o jugadora, al participar en esa actividad. Expuesto de otra manera, frente a las lesiones acontecidas en el desarrollo de un partido de fútbol, profesional o aficionado, desde el enfoque de la teoría del delito, siempre debe dilucidarse si aquellas lesiones están o no cubiertas por el consentimiento del sujeto que participa de ese encuentro deportivo, ya que ese consentimiento puede operar, dado el caso, como una causal de justificación de tales lesiones. Quien participa de una competencia, de un partido de fútbol, asume y acepta con su intervención, posibles lesiones físicas, o, dicho mediante otra terminología, acepta un riesgo para su integridad, en el que incluso se auto-coloca al jugar ese deporte de contacto físico. Este dato objetivo, previo, no debe pasar desapercibido para el operador judicial. Pero la existencia de esa causal justificante no implica que el titular del bien jurídico, el jugador de fútbol en este caso, autorice cualquier tipo de lesión en contra de su integridad o su vida. Una cuestión esencial, por lo tanto, es precisar, hasta donde llega ese riesgo asumido o consentido por el titular de la integridad física o, lo que es lo mismo, se debe determinar adónde se encuentra el límite de las lesiones que están justificadas y de las que no están justificadas por ese consentimiento preexistente en todo partido de fútbol. En el campo de la actividad deportiva ese límite acerca de la lesión permitida o no permitida (justificada o no) viene dado por la reglamentación específica que regula la competición deportiva particular que se analiza. Aquel límite varía de deporte a deporte, lo cual resulta evidente, de nuevo, si se compara el fútbol con el boxeo. En el segundo no solo se permite, sino que además se procura, la causación de lesiones dolosas, que incluso pueden ser graves, o de una magnitud tal como para colocar al contrincante en un estado de inferioridad física por más de diez segundos. Esas lesiones, sin embargo, están justificadas siempre y cuando se causen mediante las acciones o golpes permitidos por el reglamento que rige la actividad boxística. El consentimiento abarca o cubre, en este caso, solo aquellas lesiones provocadas reglamentariamente. Esto implica, por ejemplo, que lesiones provocadas mediante un golpe bajo (no reglamentario) puedan ser consideradas ilícitas desde el punto de vista penal, mientras que aquellas ocasionadas conforme a la regulación boxística, incluso si son lesiones de gravedad considerable o que provoquen la muerte, no serían ilícitas. En el fútbol también existen límites de esa clase. La limitación de la tipicidad de todo tipo de lesiones físicas viene dada, claramente, por los

parámetros fijados en el Código Penal, pero la delimitación de la justificante particular en estudio, o sea, de aquello que se consiente como una lesión física justificada, está dada por la reglamentación disciplinaria que rige en el fútbol profesional y aficionado. Dicho claramente: el límite de las lesiones que pueden consentirse de aquellas que no pueden serlo, se debe fijar en este caso mediante una consideración de los reglamentos específicos que rigen el fútbol. El consentimiento inicial, dado por el derechohabiente o titular de la integridad física al participar en un partido de fútbol, rige como causa de justificación respecto de lesiones con las que no se transgredan esas reglas de competición. Solamente se justificarán acciones típicas de lesiones, que hayan sido ocasionadas en el marco de un juego reglamentario de fútbol. Lo que consiente todo jugador de fútbol, por lo tanto, es el riesgo de lesiones que se dan dentro del marco de una competición adecuada a reglamentos. De entrada eso significa, dados los objetivos del fútbol como deporte (que evidentemente excluyen el Nocaut del contrincante), que en el contexto de un partido de fútbol queda desechada la justificación de lesiones físicas de naturaleza dolosa, al menos bajo este supuesto del consentimiento del derechohabiente. Por otra parte, las lesiones de naturaleza culposa, cualquiera que sea su gravedad, quedaran cubiertas por el consentimiento del derechohabiente, o sea, estarán justificadas, si se enmarcan dentro del reglamento deportivo correspondiente. Expuesto de otra forma, cualquier acción imprudente de un jugador de fútbol que dé como resultado lesiones físicas, de distinta envergadura (según los criterios médico legales de afectación de la integridad física que establece la legislación costarricense), quedan dentro del consentimiento de los otros jugadores que intervienen en un partido si, y solo si, su causación está dentro del marco fijado por el reglamento de fútbol vigente en nuestro país, por más grave que sea la lesión provocada. Esto es así porque quienes intervienen en un partido de fútbol convienen en aceptar la regulación de esa actividad, es decir, esos cánones de comportamiento deportivo (y con ello las afectaciones a su integridad física que se den dentro de los mismos), bajo la confianza de que sus contrincantes también se comportarán bajo esos parámetros. En el fútbol, solo se justifican por consentimiento del derecho habiente las lesiones producidas por acciones adecuadas a las reglas deportivas disciplinarias, específicas, que lo rigen. Esta regla general, permite analizar de manera uniforme, y acorde con el principio de igualdad y de legalidad, toda la amplia variedad de casos que pueden suscitarse en el contexto de una "mejenga" o de un partido oficial de fútbol. Así por ejemplo, para aquellos casos en que en un partido de fútbol sobreviene una lesión corporal con relevancia típica de acuerdo a los criterios objetivos establecidos por el legislador costarricense (Artículos 123, 124 y 125 del Código Penal), para excluir la antijuridicidad (y con ello la responsabilidad penal que quien provocó la lesión), no basta con argumentar, como al parecer lo entiende el defensor en su recurso, que "el balón estaba en disputa" al momento en que se produjeron las lesiones. Con aquel fin, lo que se debe analizar (excluida de antemano una acción dolosa, que no estaría nunca cubierta por la justificante del consentimiento) es si la acción que provocó las lesiones estaba enmarcada o no dentro de

los límites de la reglamentación futbolística. La casuística debe analizarse a la luz de estos criterios generales. De nuevo con fines ilustrativos podría suceder entonces, por ejemplo, que: A-. La acción (dolosa o culposa), que infringe el reglamento deportivo no ocasione una afectación de la integridad física en el grado mínimo que establece el Código Penal, por lo que carecería de relevancia típica penal. B.- Que la acción que infringe el reglamento deportivo, y provoca lesiones con relevancia típica, sea de carácter doloso, por lo que no estaría amparada por el consentimiento como justificante. Un ejemplo idóneo al respecto, es el del jugador que, al no poder superar a su contrincante en una jugada, lo golpea en la cara y le ocasiona lesiones con relevancia típica. Esto vulneraría abiertamente el reglamento, por lo que la lesión no estaría justificada. C.- Que la acción sea imprudente y ocasione lesiones con relevancia típica, pero haya sido desplegada dentro del marco de la reglamentación del fútbol, conforme al cual han accedido los jugadores a participar del juego. En este caso, una acción típica quedará cubierta por el consentimiento del derechohabiente como justificante, es decir como causal de exclusión de la antijuridicidad de ese comportamiento. Esto sucede, verbigracia, (dejando de lado el problema probatorio) cuando dos jugadores tienen como objetivo golpear el balón y uno de ellos yerra, causándole lesiones graves al contrincante, pero ello acontece sin que se haya dado una infracción de las reglas deportivas. D.- Que la acción imprudente produzca lesiones con relevancia típica e infrinja la reglamentación futbolística, en cuyo caso no estará amparada por la causal de justificación en estudio. En resumidas cuentas, la legislación costarricense reconoce un ámbito de libertad para que las personas dispongan, o consientan, ciertas afectaciones de su integridad física, como aquellas que acontecen en el contexto de la práctica deportiva del fútbol. En ese contexto, el jugador de fútbol asume el riesgo inherente a la actividad y presta su consentimiento respecto de algunas de las lesiones que, usualmente, acontecen en esa práctica. Lo cierto es que, en Costa Rica, el consentimiento del derechohabiente excluye la antijuridicidad de cierto tipo de lesiones corporales, en específico, de algunas acontecidas en el contexto de un encuentro de fútbol. Ese consentimiento no autoriza a los coparticipantes en un partido de fútbol a realizar cualquier tipo de afectación de la integridad física de los titulares de ese derecho, sino que esta debe estar enmarcada dentro de las normas del reglamento que disciplina esa actividad deportiva concreta. Independientemente de su gravedad, las lesiones provocadas por acciones ejecutadas dentro de los parámetros de lo permitido por ese reglamento, deben considerarse como justificadas a la luz del artículo 26 del Código Penal. Con independencia de la magnitud de las lesiones que sobrevengan, un jugador de fútbol estará amparado por la justificante del consentimiento del derechohabiente, solo si la acción que provocó esa afectación de la integridad fue imprudente y estuvo enmarcada dentro de los parámetros del juego reglamentario. Toda lesión dolosa de la integridad física, ejecutada en un partido de fútbol, carece de esta causal de justificación. Sala Tercera. Voto 179-2012.

4.7.6.3. Estado de necesidad

El estado de necesidad como causa de justificación está descrito en el artículo 27 del Código Penal de la siguiente forma:

> *Artículo 27: No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurran los siguientes requisitos:*
>
> *a. Que el peligro sea actual o inminente*
> *b. Que no lo haya provocado voluntariamente*
> *c. Que no sea evitable de otra manera*
>
> *Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no aplicará lo dispuesto en este artículo.*

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta causa de justificación, existen dos teorías:

- Teoría diferenciadora: Tratándose de una situación de dos bienes jurídicos de distinta jerarquía, en que se salva el de mayor valor afectando otro de menor valor, el estado de necesidad es justificante u objetivo, mientras que, si se trata de bienes jurídicos iguales o del mismo valor, sería un estado de necesidad exculpante o subjetivo.

- Teoría unitaria: sostiene que el estado de necesidad es siempre una causa excluyente de la antijuridicidad penal o causa de justificación, independientemente de que los bienes jurídicos que colisionen tengan igual o diferente valor.

Tratándose de bienes de distinta jerarquía, ambas consideran que se trata de una causa de justificación, pues si se estuviera ante bienes jurídicos de igual jerarquía, debe remitirse al artículo 38 del Código Penal, es decir, causa de exculpación.

Hay quienes sostienen que no se trata en realidad de una ponderación de bienes jurídicos en sentido estricto, sino de una ponderación de intereses, del que el bien jurídico es solo una parte.

4.7.6.3.1 Requisitos

a. Existencia de un peligro para un bien jurídico: Debe existir un verdadero riesgo para el bien jurídico propio o ajeno que se pretende salvar. Ese peligro debe ser atípico, pues si el riesgo para el bien jurídico proviene de una conducta antijurídica, se estaría ante una legítima defensa.

b. Propósito de evitar un mal mayor: Implica que no resulta suficiente la existencia objetiva de la necesidad, sino que se requiere de un propósito, de un aspecto de carácter subjetivo, de una intención que se traduce en tratar de evitar un mal mayor.

c. Causación de un mal menor.

d. Actualidad o inminencia del peligro para el bien jurídico amenazado que se pretende salvar: Basta con una de las dos. El peligro actual se entiende como peligro presente que existe al mismo momento en que se actúa, aun cuando pueda ser otro el momento del resultado de ese peligro; es decir, del daño. La inminencia del peligro comprende aquel peligro que está próximo a suceder, es potencial, futuro, pero de segura aparición posterior.

e. Ausencia de provocación voluntaria de la situación de peligro de quien actúa de forma salvadora: El peligro no lo debe provocar voluntariamente

f. Situación de necesidad: Implica la inexistencia de otra vía para proteger el bien amenazado. Debe ser inevitable de otra forma menos lesiva.

g. Inexistencia de un deber jurídico de afrontar el peligro.

Los tribunales de apelación de sentencia penal han abordado el tema del estado de necesidad indicando de interés lo siguiente:

> *En efecto, el bien jurídico tutelado en la norma del incumplimiento de una medida de protección -la coercitividad de una orden jurisdiccional- cede ante el riesgo potencial de la integridad física de la señora [Nombre 021] así como la autopuesta en peligro de la propia corporeidad del adolescente [Nombre 010] junto con su derecho a la salud y la educación. Debe recordarse que la integridad física y síquica son intereses jurídicos preponderantes a la coacción de una orden judicial, en el tanto la vida y la salud son los mayores bienes jurídicos amparados por el ordenamiento jurídico. Aunque sean bienes jurídicos ajenos, el imputado estaba obligado a actuar, en vista de que el adolescente es su hijo y, por tanto, todavía ostenta los deberes inherentes a la patria potestad al ser persona menor de edad. De igual manera, los riesgos antes mencionados eran actuales e inminentes, en razón de que el joven no deseaba ingerir su tratamiento farmacológico, lo que generó que se descompensara y su conducta se volviera agresiva al padecer un trastorno siquiátrico. Por este último motivo, es que se consume drogas para neurológicamente restablecer sus niveles químicos y eléctricos adecuados para así mantener una cotidianidad no agresiva. Esta colisión de bienes jurídicos fue objeto de estudio por parte del juzgador de mérito y, por ello, aunque amparado en otra noción jurídica, influyó significativamente en su decisión absolutoria. No se estaría en un error de prohibición indirecto porque, según lo tuvo por acreditado el tribunal de mérito, el justiciable sabía que estaba incumpliendo la medida de protección y, bajo esa comprensión, fue que decidió acudir a la vivienda de su madre para auxiliar a su expareja con la situación que atravesaba su hijo. En ese sentido, el endilgado no informó que actuó bajo la falsa creencia de que estaba autorizado para hacerlo, de ahí que esta última circunstancia fue una suposición que efectuó el juzgador de instancia, […]. El tema central no es si la agraviada podía o no consentir el incumplimiento de las órdenes dictadas en sede del juzgado contra la violencia doméstica, sino la colisión de bienes jurídicos en disputa de acuerdo a las circunstancias del caso, como ya fue narrado, sobre lo cual no hubo refutación alguna por parte de la fiscal*

apelante. Aun si se incluye hipotéticamente que, efectivamente, la persona titular de las medidas cautelares no puede "suspender " sus efectos jurídicos, no se modifica lo resuelto por el órgano de instancia, por cuanto el sindicado actuó en defensa de la integridad física de su expareja y de su hijo, de ahí que cede la coercitividad de la prohibición impuesta por la autoridad correspondiente. […] La decisión absolutoria obedeció al examen de la conducta del sindicado el día de los eventos, en donde la señora [Nombre 021] le pidió auxilio para controlar al hijo adolescente de ambos, por la alteración a consecuencia de su enfermedad. A ese punto en particular fue que obedeció la decisión, lo que no excluye que el sindicado sea un agresor sistemático y cíclico de su madre y su expareja. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela. Voto 958-2020.

Igualmente, en cuanto al estado de necesidad analizado con perspectiva de género y en el contexto de una violencia patrimonial, los Tribunales de Apelación de Sentencia Penal han sostenido un correcto y adecuado entendimiento de los requisitos de esta causa de justificación:

***IV.** No obstante lo expuesto con anterioridad, para el adecuado manejo del concepto de estado de necesidad justificante y para la correcta valoración acerca de su existencia o no en un contexto en que se ha alegado violencia patrimonial, corresponde indicar lo siguiente. El estado de necesidad justificante (que excluye la antijuridicidad de un comportamiento típico), se diferencia del estado de necesidad exculpante (que excluye la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho y con ello la culpabilidad) en que el primero sólo existe cuando colisionan bienes jurídicos de distinto rango, ante lo cual se procede a salvaguardar el bien jurídico de mayor categoría a costa de lesionar o sacrificar el de menor rango. Si lo que se argumentaba en sentencia (lo cual era inecesario en este caso, porque el análisis podía agotarse en la tipicidad, como se ha visto) es que la endilgada sacrificó el bien jurídico "propiedad " para salvaguardar su salud, así como la integridad y la vida de sus hijas, debieron haberse constatado ademas las exigencias o requisitos objetivos ulteriores que plantea el artículo 27 del Código Penal, esto es: **1.-** Una situación generadora de un peligro actual o inminente para aquellos bienes jurídicos salvaguardadados en detrimento del que se sacrificó. Este requisito, no debe valorarse a partir de las percepciones o temores subjetivos de quien afirma sufrirlos directamente, ni de las percepciones subjetivas de quien refiere que tal peligro o amenaza existe para sus familiares o allegados, sino desde la perspectiva de un **observador objetivo**. Esto significa que el juez debe constatar la existencia objetiva de ese peligro o amenaza, para luego proceder a valorar el grado de afectación que estos pueden generar respecto de los bienes jurídicos en juego. No puede afirmarse un estado de necesidad justificante si esta situación de peligro no ha sido constatada. Si se realiza una interpretación literal del artículo citado se entenderá que la amenaza o el peligro deben ser o actuales o inminentes. Existe un peligro o amenaza actual si la situación ante la cual se reacciona mediante una acción típica ya se está desarrollando. El concepto de inminencia implica que la situación ante la cual se reacciona puede suceder prontamente, por lo cual el daño o mal grave se espera en un tiempo muy cercano. Sin embargo, la consideración exclusiva, rígida, de la actualidad o inminencia del peligro o amenaza como requisitos del estado de necesidad justificante ha sido criticada en la doctrina penal. Así, por ejemplo, Roxin indica lo siguiente que, aunque referido al estado de necesidad exculpante, resulta pertinente para esclarecer el tema:" […] un peligro permanente es una*

situación peligrosa que permanece durante un largo período […] ***en el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad*** *[culpabilidad]* ***posee especial relevancia el hecho de que la actualidad del peligro comprende períodos de tiempo sustancialmente más grandes*** *[…] Esto rige sobre todo para el llamado peligro permanente, en el que una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá tal cosa." (Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte general. Tomo I, Madrid, Civitas, 1997, Pp. 680-681. Lo escrito entre paréntesis cuadrado y en negrilla se suple). De modo que, también existen estados o situaciones permanentes de peligro. Por esa razón, exigir la actualidad o inminencia de un mal grave, convertiría el estado de necesidad justificante en algo inaplicable o ineficaz para muchas personas como, por ejemplo, aquellas mujeres sometidas a relaciones permanentes, constantes y prolongadas de violencia de índole patrimonial. En estos supuestos, los requisitos de la actualidad o inminencia mencionados se tornan excesivamente restrictivos. Por eso se ha aceptado también la existencia de un peligro continuo, prolongado o permanente como supuesto objetivo del estado de necesidad justificante y del exculpante. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal se ha decantado por esta posición. Así por ejemplo, en los votos* ***756-F*** *de las 8:45 horas del 22 de diciembre de 1995,* ***337*** *de las 10 horas del 31 de marzo del 2000 y, en particular, en el voto número* ***175*** *de las 9 horas del 28 de febrero de 2002, la Sala de Casación Penal ha aceptado que las situaciones de violencia intrafamiliar grave, constante, y prolongada a través del tiempo, representan un peligro permanente o prolongado de que se ocasione un daño o mal grave para quienes padecen esa forma de violencia. Según considera esta Cámara de Apelación, nada impide que estos criterios también se apliquen en causas en que se alega un trasfondo de violencia patrimonial, al igual que lo ha aceptado la jurisprudencia ante supuestos de violencia física. Quiere decir entonces que, ante el alegato respectivo, el juez está obligado a determinar si existe o no una situación de violencia patrimonial, ya que esta puede configurar, junto a otros, uno de los requisitos objetivos del estado de necesidad justificante (el de un peligro permanente para bienes jurídicos cuyos titulares son las mujeres o sus hijos) a pesar de que no exista un peligro o amenaza actual o inminente. Precisamente, este es el caso de sujetos que a través de los años han sostenido patrones más o menos uniformes de deprivaciones y violencia patrimonial contra su cónyuge o sus hijos. Si esa conducta de violencia patrimonial tiene características más o menos uniformes, reiteradas a través del tiempo, también es una forma de amenaza o peligro prolongado o permanente para derechos patrimoniales básicos y, en muchas ocasiones, para la propia salud, integridad física y la vida de las personas que conviven con estos sujetos. Desde el punto de vista probatorio, por lo tanto, los miembros del Ministerio Público y los Jueces penales deben analizar rigurosamente toda la prueba existente acerca de un eventual cuadro de violencia doméstica y, en particular, acerca de un cuadro de violencia patrimonial, para proceder a valorar el requisito objetivo antes explicado. Dicho en sentido contrario, no existirá estado de necesidad justificante o exculpante en aquellos casos en que el peligro o amenaza actual, inminente, o permanente, no se presentan en los términos antes descritos.* ***2.-*** *Sumado a lo anterior, debe precisarse si la situación de peligro ha sido o no causada voluntariamente por quien alega la causal de justificación. Lo cual implica, claramente, que nadie puede prevalecerse de la situación de peligro que él o ella misma han creado, con el fin de alegar la causal de justificación en estudio.* ***3.-*** *Debe precisarse con sumo detalle, con base en las probanzas existentes, si la situación de peligro generada por*

un cuadro de violencia patrimonial fue o no evitable de otra manera, distinta a la ejecución de una acción típica contra el patrimonio. Esto implica que el hecho típico ejecutado debe ser necesario para evitar la situación de peligro antes descrita. Una vez verificados los requisitos objetivos expuestos anteriormente se debe establecer ***la necesidad*** *del hecho típico cometido. Un hecho típico será necesario para evitar una situación de peligro únicamente, si dicho peligro no podía evitarse mediante otra acción, menos severa, distinta de tal hecho delictivo. Esto significa que una acción típica será necesaria con el fin descrito si: A.- Es apta, idónea o adecuada para evitar el peligro. B.- Si es el medio menos lesivo con que contaba el autor para evitar el peligro. El juez debe valorar entonces, si, por ejemplo, la autora del ilícito, sometida a violencia patrimonial, tenía otras posibilidades para evitar el peligro actual, inminente o permanente que dicha forma de violencia de género representaba. En este punto, las soluciones doctrinales divergen. Tradicionalmente se ha propuesto que, para valorar si el tipo penal cometido era o no el medio menos severo o lesivo para evitar el peligro, es decir, para determinar si ese peligro era o no evitable con una acción distinta menos lesiva que la acción ejecutada, el juez debe utilizar un baremo o parámetro normativo ideal. Este modelo es el de un "hombre promedio": Si un "hombre promedio", puesto en las mismas condiciones que el autor del hecho injusto, hubiese actuado de la misma manera que dicho autor con el fin de evitar el peligro aludido, entonces se debe concluir que ese peligro no era evitable mediante una acción menos lesiva y, por lo tanto, se cumple este requisito objetivo del estado de necesidad justificante. A la inversa, si el profano ubicado en la misma situación del autor del ilícito, hubiese actuado de una manera distinta, menos severa, para evitar el mismo peligro, entonces se debe concluir que dicho peligro era evitable mediante otra acción menos lesiva que la acción típica que ejecutó el autor y, consecuentemente, no se cumple con este requisito del estado de necesidad. Para el ejemplo de la mujer que comete un delito patrimonial como el analizado, esta posición considerará que si, hipotéticamente, un hombre promedio ubicado en la misma situación hubiera actuado de otra manera menos lesiva, con un comportamiento distinto a la acción típica para evitar el peligro, entonces se debe concluir que la mujer, autora de ese hecho, tenía otras posibilidades menos lesivas, para evitar el peligro existente. Consecuentemente, se concluirá que no se cumple con el requisito mencionado y que el comportamiento típico no puede ser justificado. Esta solución no es satisfactoria. Para el caso de mujeres sometidas a violencia patrimonial grave, tal perspectiva no ofrece una solución satisfactoria, porque el criterio de razonabilidad o necesidad la denominada* ***claúsula de exigibilidad*** *que se utiliza es definid a y delimitada desde un modelo normativo abstracto (el hombre promedio), que tiene una enorme carga androcéntrica. El uso de tal modelo para decidir la existencia o no de un estado de necesidad justificante, vulneraría el principio de igualdad, en aquel extremo que obliga al trato desigual de lo diferente. Dicho de otra manera: con el uso de este parámetro, se vuelve imposible o casi imposible para las mujeres, cumplir con el requisito fijado, ya que sus posibilidades de reacción, dadas las numerosas inequidades a que se ven sometidas, son distintas a las de un varón, y a la del "hombre promedio". Por esa razón, el concepto de necesidad o razonabilidad de la reacción, y con ello, la valoración de si el peligro era o no evitable de otra manera, debe redefinirse desde un parámetro real-concreto.* ***El juicio sobre la necesidad de la acción típica cometida y sobre el medio menos lesivo que ha de utilizarse para evitar o contrarrestar el peligro, debe partir del modelo real-concreto de una mujer, del mismo nivel social y educativo de la autora, enfrentada directamente a una situación de violencia patrimonial****. El concepto de razonabilidad y necesidad se redefinen así desde las posibilidades reales y concretas que tiene una mujer*

para enfrentar una situación en que, en virtud de violencia patrimonial, peligran bienes jurídicos de mayor valía. Para el caso de mujeres sometidas a situaciones graves de violencia patrimonial, se debe considerar, hipotéticamente, que si una mujer del mismo círculo social y con el mismo nivel educativo al de la autora, ubicada en la misma situación de violencia, no hubiera podido evitar tal peligro mediante una acción menos lesiva que la acción típica de hurto o el robo, entonces deberá concluirse que la ejecutora de tal hecho no tenía otras posibilidades de acción menos severas, para evitar el peligro. En tal supuesto, se debe concluir que se cumple con el requisito de la necesidad y la acción típica debería ser justificada. Exigir otro comportamiento, visto como razonable a partir de lo que podría hacer un hombre promedio, implicaría que, en el caso de las mujeres, el estado de necesidad se volviera ineficaz para la protección de los bienes jurídicos amenazados por un cuadro de violencia patrimonial. En esta línea ***con el fin de establecer si el hecho típico era o no necesario, debe plantearse como requisito al autor que, para evitar el peligro, se hayan agotado otras acciones y mecanismos posibles a su alcance distintos de la acción típica ejecutada.*** *En el supuesto de mujeres sometidas a violencia patrimonial que afecta bienes jurídicos de más valía de ellas o de sus hijos, la justificación del estado de necesidad debe aceptarse únicamente si se han agotado los mecanismos (institucionales, policiales, por ejemplo) y acciones, distintos de la acción típica, que la autora tenía a su disposición para evitar el peligro. Quien ejecuta una acción típica contra el hombre que desarrolla actos de violencia patrimonial, debe haber examinado si ya se han agotado otras posibilidades a disposición, distintas del hecho típico, para superar o evitar el peligro existente. Así por ejemplo, si la autora de este tipo de delitos, los ejecuta sin analizar y sin agotar otros mecanismos y acciones a su disposición real, aptos para salir de l peligro permanente, como por ejemplo las acciones legales respectivas para procurar la tutela de sus derechos y los de sus hijos, se excluye el estado de necesidad justificante. En consecuencia, un Tribunal de juicio enfrentado a un cuadro de violencia patrimonial debe analizar rigurosamente toda la prueba acerca del las acciones emprendidas por quienes la padecen, para salir o evitar el peligro que ese cuadro genera. Solamente así se puede valorar si concurre o no el requisito objetivo antes expuesto. Aparte de los requisitos objetivos anteriormente expuestos, para que pueda admitirse la existencia de un estado de necesidad justificante* ***también debe concurrir un requisito subjetivo.*** *Este consiste en que la autora del hecho típico debe haberlo ejecutado (1.-) porque* ***conoce la situación de peligro*** *que existe para un bien jurídico del cual ella o un tercero son detentadores; y (2.-) porque con la ejecución de la acción típica dicha autora quiere, es decir, tiene como objetivo o finalidad , evitar dicha amenaza. La situación de peligro contra un bien jurídico de mayor rango debe haber generado en la autora la motivación, debe haberla movido, para evitar un mal, mediante la ejecución de un acto penalmente típico. Si la ejecutora tuvo una motivación distinta a la evitación del peligro que ella o un tercero (sus hijos por ejemplo) corrían, entonces no hay estado de necesidad justificante. Todos estos aspectos, directamente vinculados con la existencia de un cuadro de violencia patrimonial, deben ser fijados, (o en su defecto descartados), y valorados por los jueces de juicio. Con lo expuesto quiere subrayarse entonces que, ni procede descartar de entrada un estado de necesidad justificante en delitos patrimoniales realizados en un contexto de violencia como la descrita, ni tampoco corresponde suponer que la mera existencia objetiva de una situación de violencia doméstica de tipo patrimonial, o el incumplimiento de los deberes alimentarios por parte de un padre, concede una autorización o, más precisamente, una justificación automática, para aquella mujer que*

despliega una acción típica para defender sus derechos o bienes jurídicos, o los de sus hijos, vulnerados por quien ejecuta aquella forma de violencia. Por el contrario, siempre deberá determinarse, rigurosamente, si concurren o no los requisitos objetivos y subjetivos fijados por ley para poder aceptar un estado de necesidad como causal de justificación en estas circunstancias. Sobre estos extremos, como bien lo apunta el recurrente, la fundamentación de la sentencia resulta insuficiente y carece de sustento probatorio como para afirmar la existencia de un estado de necesidad justificante que deba operar en favor de la imputada, ya que el concepto de "necesidad" que se utiliza en la resolución impugnada carece de toda rigurosidad en sentido técnico jurídico. No obstante lo anterior, como se ha explicado, corresponde mantener la absolutoria, aunque en virtud de la aplicación del principio in dubio pro reo , al prevalecer una duda razonable acerca de la tipicidad del comportamiento de la endilgada, y no con base en aquella causal de justificación. Siendo así, se revoca la sentencia únicamente en cuanto se absolvió a la imputada con base en la justificante del estado de necesidad y, en lugar de ello, se absuelve a la encartada en aplicación del principio in dubio pro reo , al persistir una duda respecto de la tipicidad objetiva de su comportamiento[…]. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Voto 614-2014.

4.7.6.4 Legítima defensa

En su artículo 38, el Código Penal describe la legítima defensa como causa de justificación de la siguiente forma:

> *Artículo 28. No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurran las siguientes circunstancias:*
>
> *Agresión ilegítima*
>
> - *Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión*
>
> *Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquél que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso.*

4.7.6.4.1. Fundamento de la legítima defensa

El fundamento de la legítima defensa como causa de justificación, es decir, como tipo permisivo, descansa tanto en el ejercicio de un derecho, como en la necesidad de conservación del orden jurídico. Al respecto, Chirino y Salas indican:

> *Cuando se sostiene que el fundamento de esta causad de justificación radica en el principio de que nadie está obligado a soportar lo injusto, en realidad se está partiendo de un fundamento sumamente complejo, dado que no sólo se toma en cuenta un aspecto puramente subjetivo (ejercicio de un derecho) sino también un aspecto objetivo (la necesidad de conservar el orden jurídico). La jurisprudencia nacional ha subrayado este*

fundamento y planteado, en diversas situaciones prácticas, que la trascendencia de esta justificante va más allá de los meros ejercicios de defensa frente a ataques ilegítimos de otros ciudadanos, sino también de los mismos agentes del poder público. Este último aspecto da una connotación muy especial a la legítima defensa que denota su naturaleza de afirmación del derecho, de punto de partida para alcanzar cierto equilibrio de racionalidad para el sistema jurídico. (Chirino Sánchez & Salas Porras, La Legítima Defensa, 2004).

Por su parte, Castillo expone respecto al fundamento de la legítima defensa:

Dos fundamentos se dan actualmente a la legítima defensa. La doctrina dominante apoya la legítima defensa en un doble principio: el de autoprotección (individualista) y el de defensa del orden jurídico (supraindividualista). Una corriente minoritaria cree que el fundamento de la legítima defensa es la defensa del derecho individual (individualista) y rechaza que ella tenga, además, la tarea de defensa del orden jurídico. […] Si vemos la legítima defensa desde el punto de vista del ciudadano común, resulta evidente que para él existe el derecho a defenderse de un ataque antijurídico actual. Para el ciudadano la legítima defensa es un derecho elemental de autoprotección y de afirmación de su derecho frente a un ataque injusto. Esta idea ya se encuentra en la doctrina del derecho natural, que consideró la legítima defensa como un derecho natural del ser humano, derivado del principio de autoconservación. Dentro de esta tesitura el derecho a defenderse es independiente de la protección estatal, no derivado del Estado, y de carácter metaimpositivo. Puesto que el Estado concentra el monopolio de la fuerza y, en el caso concreto, no pudo defender al ciudadano de un ataque antijurídico actual, el ciudadano tiene el derecho a ejercer la fuerza en defensa de sus derechos frente al agresor. La derivación del derecho de la legítima defensa del principio de autoprotección del ciudadano es evidente e inmediatamente fundable. La función de protección del Estado no se limita solamente a hacer lo necesario para la defensa de los ciudadanos. El Estado tiene también la obligación de crear las regulaciones jurídicas que permitan al ciudadano defender un derecho propio o ajeno, para el caso de que el Estado no pueda defenderlo y tomar en sus manos el ejercicio de la fuerza para defenderse. (Castillo, *La legítima defensa*, 2004).

4.7.6.4.2. Requisitos

a. Propósito de actuación en defensa: Es el elemento subjetivo, implica el conocimiento de los elementos objetivos de la causa de justificación y la voluntad de defenderse, o defender a una tercera persona de una agresión ilegítima.

b. Protección o defensa de persona, terceras personas o derechos propios o ajenos: Es la tutela de la causa de justificación y el amparo que la ley otorga a aquel que actúa ante un ataque ilegítimo, contra bienes individuales, propios, ajenos, de personas físicas o jurídicas, siempre que

sean de carácter individual, quedando ajenos a esta justificante los bienes jurídicos de carácter colectivo o de condición difusa.

En este sentido, la Sala Tercera señaló:

> *[...] Al referirse a las características del bien jurídico que nuestro ordenamiento admite se proteja mediante el instituto de la legítima defensa, esta Sala ha mantenido la tesis de que "[…] es susceptible de defensa cualquier interés jurídicamente tutelado, no solo la vida; inclusive los bienes jurídicos del Estado o de otras personas jurídicas de Derecho Público si poseen carácter individual (Cfr. al respecto obra de Jeschek, H.H.; Tratado de Derecho Penal, parte General, Tomo II, Ed. Bosch, 1981, p. 463) […]" (Sala Tercera, voto número 218-F, de las 9:00 horas, del 18 de agosto de 1990. El subrayado es suplido). Se pone en evidencia con lo anterior, que con la legítima defensa se valida el orden jurídico, no es un permiso para actuar en su contra, o en defensa de situaciones irregulares como lo es la tenencia ilegítima de droga.* Sala Tercera. Voto 1917-2012.

c. Agresión ilegítima: Se trata de un ataque que una persona física está realizando en contra de quien se defiende, en contra de una tercera persona o en contra de bienes propios o ajenos, como ya se indicó. Agredir es acometer, atacar, y la ilegitimidad viene dada por la contrariedad con la ley. Entonces una agresión contraria a la ley es la que permite ejercer la defensa.

La agresión debe contenerse de todos sus elementos, el sujeto que agrede debe tener conocimiento y voluntad de lo que realiza, por lo que debe ser una agresión intencional y no culposa para que sea posible defenderse de ella.

Se ha discutido si la agresión debe ser ilegítima desde el derecho penal o si puede serlo desde otras áreas; es decir, una agresión ilegítima civil, laboral, administrativa, etc. Pero se ha llegado a concluir que se trata de una agresión antijurídica penalmente.

Chirino y Salas consideran que la legítima defensa no puede aplicarse contra actos de personas "involuntables" y conductas imprudentes. Al respecto señalan:

> *Tampoco puede existir legítima defensa contra los actos de un involuntable (una persona que ostente psicopatologías que afecten el contenido de voluntad de su conducta) o contra los actos de aquél que se encuentra impelido por una fuerza física irresistible, o como se denomina por abolengo civil, fuerza mayor. Por consiguiente, tampoco podría admitirse un comportamiento en legítima defensa contra aquel que se halla impelido por un caso fortuito. […] Debe excluirse como agresiones ilegítimas, también, los comportamientos imprudentes por culpa (con infracción al deber de cuidado) puesto que en ellos no hay intención lesiva, únicamente existe una infracción del deber de cuidado que, según las circunstancias, le es exigible al sujeto que ha ocasionado un resultado (componente de azar) culposo. En estos casos bastará como avisar al sujeto del peligro que se cierne sobre los bienes jurídicos propios y ajenos con el comportamiento que ha desarrollado. […] En estas hipótesis puede justificarse la acción de tutela de los bienes jurídicos mediante el estado de necesidad, pero jamás mediante una legitima defensa.*

> *No podríamos admitir que tal curso causal desatado por el comportamiento imprudente es una agresión ilegítima.* (Chirino Sánchez & Salas Porras, La Legítima Defensa, 2004).

d. Actualidad o inminencia de la agresión: La descripción legal no establece si la agresión debe ser actual o inminente, como sí lo hace en el caso del estado de necesidad.

Ahora bien, debe tenerse claro que la ley habla de impedir o repeler: impedir es evitar que se produzca; repeler es la que se da o está dando y se pretende evitar que continúe.

Agresión actual es la que se recibe en el momento, pero la inminencia del ataque es lo que ha generado más controversia, pues implica que se trate de una agresión que está pronta a realizarse o que ya iniciaron los actos de ejecución; pero no se ha llegado a la lesión, o si es seguro el acometimiento. Se entiende aquí que resulta inevitable e ineludible.

Por ejemplo, Francisco Castillo no admite la inminencia de la agresión ilegítima, porque esta debe ser actual, pues el legislador pretendió no advertirlo como hizo en el estado de necesidad.

Chirino y Salas consideran lo contrario, señalando al respecto:

> *La inminencia de la agresión se entiende como la característica de la acción de verificarse en cualquier momento. De lo que se trata es de determinar si la conducta del agresor es "inequívoca" de que en cualquier momento puede agredir, ya sea porque tiene los medios agresivos listos para el ataque, o porque el uso que hace de ellos hace evidente que el ataque sucederá. […] De tal serte que, a pesar de la señalada omisión por la normativa del concepto de inminencia, este debe ser interpretado dentro del contexto del requisito legal de la "[…] necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión", requisito que obliga a hacer pensar que sólo se puede "impedir" lo que no se ha producido. Es necesario entonces que el agresor haya hecho "[…] manifiesta su voluntad de agredir" y que, conforme a los medios que ha escogido para hacerlo, puede verificarse su conducta en cualquier momento. Debe recordarse que el vocablo "inminencia" alude a algo que puede suceder en cualquier momento o que amenaza con suceder prontamente. Por ello el plazo o término dentro del cual puede suceder la agresión no es tan importante como es importante la determinación de que dicha conducta se puede verificar en cualquier momento, generando un peligro para el bien jurídico.* (Chirino Sánchez & Salas Porras, La Legítima Defensa, 2004).

e. Necesidad razonable de la defensa empleada: Implica dos aspectos, la necesidad de defenderse y el medio empleado. Hay que tomar en consideración que la defensa debe ser el mecanismo inevitable para lograr el propósito de repeler o impedir la agresión.

En cuanto a la necesidad razonable de defensa, la Sala Tercera ha considerado:

> *Esa "humillación", jamás podría equipararse al requisito que establece el artículo 28 del Código Penal, con respecto a la "necesidad razonable de la defensa empleada para repeler*

> *o impedir la agresión". Recordemos que la causa de justificación de legítima defensa no exige una identidad o semejanza —aunque sea en su potencial lesivo— entre el medio utilizado por el agresor y el usado por el agredido en su protección. Esa necesidad razonable de la defensa empleada, prevé las siguientes posibilidades: a) si sólo existe un único medio idóneo para repeler o impedir la agresión, éste podrá utilizarse al margen de la capacidad lesiva sobre los bienes de titularidad del agresor; b) si existen varios medios defensivos, todos idóneos para repeler o impedir la agresión, deberá utilizarse el medio menos lesivo para el atacante; y c) si se tienen a disposición varios medios defensivos, todos idóneos para repeler o impedir la agresión y con la misma potencialidad lesiva, el uso de cualquiera de ellos estará justificado, independientemente del daño ocasionado al agresor.* (Sala Tercera. Voto 657-2012).

La racionalidad implica la necesidad del medio empleado que no atiende a la proporcionalidad o correspondencia de la reacción defensiva, sino lo adecuado e idóneo del medio desplegado para proteger el bien jurídico frente a la agresión.

La proporcionalidad no es la igualdad del medio empleado para agredir y defenderse, sino que exista una necesidad de defenderse, que el medio utilizado resulte idóneo para hacerlo, que no existan excesos y que no se vaya más allá de lo estrictamente necesario. Por esto, no se exige que se cause un mal menor del que se pretende evitar.

Debe insistirse en la idea anterior. La racionalidad de la defensa no es igual a la proporcionalidad.

Para reforzar lo anterior, la Sala Tercera ha señalado al respecto:

> *III. [...] El artículo 28 del Código Penal contempla en lo que interesa: "No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; y b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión". Nuestro Código Penal, señala dos requisitos esenciales de la legítima defensa; el primero de ellos, constituido por la necesidad de una agresión ilegítima y, el segundo, identificado con la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. En la doctrina se habla de un tercer requisito, representado por la falta de provocación suficiente. La agresión ilegítima puede tener lugar en forma activa (acción) o pasiva (omisión), defendible; dentro de estos los bienes en sentido patrimonial, además de la vida, la integridad física, la libertad o el honor; es decir, bienes jurídicos que el sujeto individualmente puede defender. La agresión ha de ser ilegítima, es decir, antijurídica, pero esta antijuridicidad no puede ser meramente formal, sino material, es decir, debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles. Se habla de una agresión actual, no es justificada la defensa, cuando la agresión ha cesado y también se debe de considerar la inminencia del ataque. Por ello, el sujeto que se defiende no tiene que esperar a que el ataque se produzca. En el caso en particular el ofendido luego de proferir incansables amenazas, atacó con piedras al encartado en su integridad física, en la propiedad, y a su familia. Es claro que el imputado de acuerdo con la relación de hechos actuó en defensa de sus derechos, frente a la agresión ilegítima de que estaba siendo objeto por parte de M., quien ese día sostuvo una discusión con la hija del justiciable P., enfrentamiento que*

continuó cuando P. se encontraba en compañía de su padre, el imputado; momento en que M. procedió a lanzarle piedras en contra de la casa, así como en la humanidad del justiciable, logrando impactarle una en la rodilla y otra en la garganta (folio 224). El justiciable disparó con la intención de defenderse de dicho ataque, porque el ofendido tenía tiempo de estar atemorizándolos por medio de amenazas a él y a su familia, según lo refirió el Tribunal […]. Esta Sala ha seguido la doctrina dominante en cuanto a establecer que la racionalidad no es lo mismo que la proporcionalidad en la defensa, donde debe de verificarse la primera y no la segunda, al momento en que se realiza la defensa por parte del agredido, así se ha indicado en antecedentes jurisprudenciales lo siguiente: "la proporción que debe existir entre la magnitud e intensidad de la agresión y la reacción defensiva no puede medirse únicamente por la proporcionalidad que se dé entre los medios o armas utilizadas para la defensa, o por otra alternativa que no depende en ese momento, del que sufre directamente la agresión" (Resolución 218-F-90, de las 9:00 h., del 8 de agosto de 1990. Ver en igual sentido resolución 439-2004, de las 10:46 horas, del 7 de mayo de 2004. […] En antecedentes jurisprudenciales se ha mencionado, lo siguiente: "En cuanto a la necesidad razonable de la defensa empleada, el Tribunal la descarta al confundir incorrectamente 'racionalidad' con 'proporcionalidad' que son términos disímiles, señalando -entre otras cosas- que el ofendido no estaba armado; al respecto, debe indicarse que "la 'racionalidad' no se puede determinar en forma abstracta, objetiva y general, sino que dependerá de la situación concreta y de las circunstancias de ella (de la persona y sus derechos). Luego, tendrá que ser apreciada ex-ante, conforme a la situación (personal y circunstancial) en que se encontraba el defensor al momento de llevar a cabo su defensa, conforme a un criterio medio general de racionalidad de actuación (en que necesariamente ha de incluirse el nerviosismo o alteración del defensor)." (Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal, Parte General. Barcelona, Editorial Ariel, tercera edición, 1989; pág. 208)" (Resolución 201-F-94, de las 10:00 horas, del 3 de junio de 1994) […]. Esta Sala ha indicado que lo importante para determinar si existe esa causal es que, por un lado, la defensa sea necesaria, es decir que sea indispensable para no ser objeto de una nueva agresión, o para suspender la que en ese momento se padece; y por otro lado, que la agresión sea inminente, actual, real, existente, lo que significa que debe verificarse la existencia y la naturaleza del peligro corrido para apreciar la necesidad de la defensa. (En el mismo sentido, resolución 439-2004, de las 10:46 horas, del 7 de mayo de 2004). Cabe agregar que el criterio jurisprudencial predominante ha establecido que no es la igualdad absoluta entre los instrumentos de ataque y de defensa lo que determina la existencia de la causa de justificación; tampoco la intensidad o violencia del ataque. Se requiere una evaluación circunstanciada y contextual de la dinámica que provocó el enfrentamiento entre las partes. En este sentido, no basta destacar la desigualdad de uno de los medios utilizado por el acusado para justificar la exclusión radical de una legítima defensa. La doctrina, frente a una agresión ilegítima, salvo especiales circunstancias, ha establecido que no puede exigírsele a la persona agredida que huya, ya que ello implicaría que el derecho tuviera que ceder ante lo injusto (Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal Español. Tomo II. Madrid, Tecnos, p. 436). Asimismo, la situación de defensa se mantiene desde que se inicia la amenaza al bien jurídico, hasta que cesa el peligro, lo cual debe analizarse en cada caso según se ha indicado por esta Sala, a la luz de la doctrina internacional que en lo conducente expone lo siguiente: "En cuanto a los límites temporales de la acción defensiva, cabe señalar que ésta puede realizarse mientras exista una situación de defensa, que se extiende desde que surge una

amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos. Si bien la agresión no necesariamente es típica, cuando lo sea no deben identificarse estos momentos con la tentativa y la consumación, porque puede haber legítima defensa contra actos preparatorios y sin que haya acto de tentativa, como también puede haberla después de la consumación" (Zaffaroni, obra citada, página 594). (Resolución 477-06, de las 9:10 horas, del 26 de mayo de 2006)".[…] El instituto penal del artículo 28 del Código Penal (legítima defensa), tiene como efecto eliminar la antijuridicidad del hecho imputado, señala que "no comete delito" el que actúa: "en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos". Puede darse la legítima defensa no sólo frente a agresiones a la vida, la integridad física, la propiedad, la libertad, sino también frente a aquellas lesiones al núcleo familiar del imputado, lo que también es salvaguardado mediante este instituto jurídico. […] Aunque doctrinaria y jurisprudencialmente se confunde el exceso en la defensa con la desproporción de la misma, es lo cierto que se trata de situaciones diversas. En este caso, aunque el Tribunal consideró que no existió una legítima defensa, omitió analizar para efectos de la causa de justificación alegada por la defensa, que el imputado es un adulto mayor, de 64 años de edad al momento de los hechos, que se vio motivado por la pérdida de tranquilidad que había sufrido él y su familia gracias a las acciones perturbantes que constantemente ejecutó el ofendido M., contra su familia y especialmente contra su hija P. Que el ofendido era una persona conflictiva quien constantemente los amenazaba. En tal caso, sencillamente, se está ante una legítima defensa que elimina la antijuridicidad. En consecuencia, se revoca la sentencia, y se absuelve al imputado por el delito acusado. (Sala Tercera. Voto 385-2011).

Existencia del componente objetivo y subjetivo de la legítima defensa

Al igual que cualquier otra causa de justificación, se requiere la presencia tanto del componente objetivo, como del subjetivo de la legítima defensa, lo que denominan "congruencia del tipo permisivo", esto es, además de la existencia de una agresión ilegítima de la que sea necesaria una defensa (elemento objetivo del tipo permisivo o de la causa de justificación) que, en la persona que lo hace, estén presentes el conocimiento y la voluntad de defenderse ante el reconocimiento de la agresión en su contra y la necesidad de defenderse de ella (elemento subjetivo del tipo permisivo o de la causa de justificación)[20].

Lo anterior resulta claro de entender a partir del análisis del injusto. Si se considera que el injusto penal debe estar compuesto no solo por un resultado disvalioso, sino además por una acción disvaliosa, evidentemente para operar un tipo permisivo de forma plena, debe hacerlo mediante la constatación de un resultado valioso producto de una acción valiosa. El elemento subjetivo estará integrado entonces por conocimiento y voluntad.

Ausencia de provocación de la agresión ilegítima:

No debe provocarse la reacción de la cual se defenderá. La ley no lo establece, pero resulta derivable del sentido de la causal, porque no se puede beneficiar de la justificante quien, mediante actos antijurídicos, cause la reacción de la que luego se defenderá.

No es cualquier acto que cause irascibilidad o venganza, debe ser un acto antijurídico.

20 En este sentido, Chirino Sánchez & Salas Porras (2004), p. 79.

Precisamente, en cuanto al tema de la causa de justificación de la legítima defensa, la Sala Tercera ha expuesto lo siguiente respecto al tema de agotamiento de otras medidas menos violentas y previas:

> *IV.- […] De acuerdo con el artículo 28 del Código Penal, se da esta causal de justificación cuando el autor "obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; y b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión." De aquí se desprende en primer lugar, que la acción típica respecto a la cual la legítima defensa elimina la antijuridicidad debe ser una reacción ante una agresión ilegítima. En segundo lugar, la necesidad razonable es una manifestación del principio de proporcionalidad, que si bien no exige igualdad en los medios, si requiere que se guarde alguna relación entre la acción y la reacción; atendiendo a las circunstancias concretas del caso claro está. Respecto a la agresión ilegítima, tanto en doctrina como en la jurisprudencia de esta Cámara se ha establecido que la agresión ilegítima debe ser actual e inminente (Sentencia de la Sala Tercera No. 1145-2012, de las 10:57 horas, del 10 de agosto de 2012; entre otras). Es decir, la agresión que se repele no sólo debe pertenecer al tiempo presente, sino que debe ser de tal carácter que no permite ninguna otra salida institucional. Dicho de otra forma, no existe alternativa más que la defensa, o soportar una agresión ilegítima por la incapacidad del Estado de evitarla. Precisamente esa es la razón de ser de la legítima defensa: nadie está obligado a soportar una agresión ilegítima cuando el Estado no puede evitarla. Pero si existen las condiciones para una salida institucional, son estas las que deben tomarse, pues de lo contrario la causal de justificación se teñiría de un carácter vindicativo que carece de justificación constitucional. En este caso, si atendemos a las características de los hechos probados, no hay duda de que la conducta del imputado no fue una respuesta a una agresión ilegítima actual e inminente, sino más bien una especie de acción preventiva. La cual además fue prematura, pues no se habían agotado las vías institucionales, como interponer una denuncia por las amenazas sufridas, lo que eventualmente hubiera permitido tomar otras medidas de resguardo que van desde la protección de víctimas hasta la imposición de medidas cautelares. Factor este último que descarta también que se haya tratado de una "defensa razonable".* Sala Tercera. Voto 296-2014.

En cuanto a la racionalidad de la defensa empleada ante la agresión, la Sala Tercera detalló:

> *III. […] Por ello el motivo segundo no es atendible. Lo mismo sucede con el motivo tercero, en el cual se alegan defectos de fundamentación para el rechazo de la tesis de legítima defensa sostenida por el imputado [Nombre 011]. En el análisis de tipicidad realizado por los jueces se indica que el golpe que "[…] recibió la ofendida en su pómulo izquierdo es el que le provoca una herida que a la postre constituyó marca indeleble en el rostro […] No queda ninguna duda de que el imputado el día de los hechos golpeó a la ofendida dos veces en su rostro. Que uno de esos golpes le produjo una herida que le ocasionó seis días de incapacidad y además una marca indeleble en el rostro.", este hecho en particular fue calificado como*

unas lesiones graves (Cfr. Folios 140, 140 vuelto y 144 de la sentencia). Una vez cumplido el análisis de tipicidad, la Cámara Judicial a-quo descartó la tesis de la legítima defensa para la acción del justiciable, básicamente porque el medio defensa empleado por éste no fue racional. Nuestra legislación, a diferencia de la argentina (de ahí lo desatinado de la cita a doctrina de esa nación), por ejemplo, no exige para la legítima defensa un análisis de proporcionalidad. Por ello la alusión que hacen los jueces a la desproporción del medio empleado por el acusado (Folio 140 vuelto) no es exacta, desde el punto de vista técnico. No obstante lo anterior, ese defecto en el uso del leguaje técnico no afecta la corrección del fallo, en el tanto que en su desarrollo se aprecia que los jueces sí realizaron un análisis acerca de la racionalidad o, más bien, de la falta de racionalidad de las acciones emprendidas por el encartado. Justamente se destacó al efecto (Folios 141 frente y vuelto) que esa racionalidad en la respuesta no existió, en el tanto que el autor del ilícito pudo haber evitado la agresión de la que era objeto mediante acciones menos lesivas. La acción de abofetear a la ofendida, y luego golpearla fuertemente en su rostro fue, desde el punto de vista jurídico penal, innecesaria (e injustificada) en el tanto que se podía repeler la agresión sufrida mediante acciones alternativas que, desde el punto de vista de un observador objetivo, resultarían idóneas con ese fin. Vale aclarar que los jueces de juicio, al analizar la declaración del imputado, explicaron este punto al indicar que no correspondía realizar una defensa del honor, mediante el uso de una bofetada: " Como puede observarse, según el imputado lo que justificó su acción y que califica como una legítima defensa, fueron las palabras soeces que le decía la ofendida. Ahora bien, en criterio de quienes juzgamos, aun cuando esas manifestaciones de la ofendida son ofensivas al honor del imputado y justificarían una legítima defensa, es claro que el medio utilizado por el imputado para defender su honor fue excesivo y desproporcionado en relación con el bien jurídico que estaba siendo atacado por la ofendida […] el imputado afirmó que en una primera oportunidad él le da a la ofendida una bofetada por su rostro con la intención de que esta dejara de ofenderlo. Ya esta primera situación se convierte en desproporcionada si tomamos en cuenta que se trata de una mujer, contra la cual es discutible una legítima defensa a golpes, cuando lo único que ella hacía era proferir palabras, aunque estas fueran ofensivas." (Folio 141, la negrilla se adiciona). Hecha la salvedad en cuanto al error (intrascendente) en que incurren los jueces al hablar de falta de proporcionalidad del medio empleado, el análisis sobre el punto es correcto: resultaba innecesario emplear una bofetada (especie de golpe con la mano abierta) para repeler una agresión verbal, consistente en insultos, porque para hacerlo se pueden utilizar otros medios menos lesivos, distintos del uso de la fuerza física. Debe aclararse entonces que en este punto, aún aceptando la sucesión de hechos que propone la defensa, resulta evidente ya que el golpe posterior, que le lanzó el imputado a la ofendida en su rostro, fue injustificado, pero no solo por su carácter innecesario y excesivo, sino además porque en ese momento dicho medio ya no fue empleado para repeler una agresión ilegítima, sino para reprimir los golpes que la ofendida le daba al justiciable como respuesta a la bofetada. Expuesto de otra manera, aún aceptando la sucesión de hechos que propone el recurrente (Insultos de la ofendida-bofetada del imputado-golpes de la agraviada-golpe del endilgado en el pómulo de la afectada) resulta ser que se debería mantener la conclusión de excluir la legítima defensa: para la bofetada porque falta el requisito de la racionalidad del medio defensivo empleado y para el golpe en el pómulo porque "[…] de acuerdo con la declaración del imputado, la ofendida hasta antes de que él le da la bofetada no lo había agredido físicamente […]" (Folios 141 vuelto), lo cual significa que para esta segunda acción además falta el requisito de ilegitimidad de la agresión que se repele con la acción defensiva. Los golpes que profería

la afectada a [Nombre 011] fueron una reacción provocada […] Ya se ha dicho que las acciones defensivas desplegadas por el acusado fueron injustificadas porque pudo emplear otras mucho menos lesivas para proteger el bien jurídico en juego (su honor) y porque el golpe que finalmente propinó a la ofendida no lo fue para enfrentar una agresión ilegítima. Frente a una agresión a su honor, el recurrente podía reaccionar de manera distinta al uso de la fuerza física, empleando una defensa verbal por ejemplo, pudiendo incluso proceder con posterioridad a accionar de manera privada ante los Tribunales de justicia, mediante los mecanismos previstos en el derecho penal costarricense. Sin embargo, el acusado no reaccionó de esa manera sino que optó por el uso de la fuerza. El uso de la violencia física (y una bofetada ya lo es), resultaba irracional, frente a lo que finalmente eran palabras insultantes. Fue por ese motivo fundamentalmente, que se excluyó la racionalidad de la bofetada, y no esencialmente por el tamaño o peso del justiciable. Sobre la falta de justificación del golpe posterior ya se ha explicado en el anterior apartado, por lo cual se remite a lo ahí analizado. Las acciones alternativas mencionadas por los jueces, con el fin de concluir que el medio defensivo empleado por [Nombre 011] fue irracional, son, a excepción de la huída, correctas. Ciertamente es polémica la exigencia de huída frente a una agresión (y cierta doctrina se inclina por aceptarla solamente para evitar la agresión de inimputables), pero eso carece de relevancia para la correcta resolución de este caso porque, aún suprimiendo esta acción, sigue siendo cierto que el autor del ilícito podía emprender otras acciones antes que abofetear a la agraviada, como por ejemplo podía solicitar el auxilio de quienes le acompañaban o podía responder verbalmente, procurándose así un medio de defensa efectivo contra lo que inicialmente eran solo palabras soeces. Igualmente carece de relevancia este argumento, porque, como ya se ha dicho, aceptando la sucesión de hechos expuestos por el defensor y narrados por el imputado en su declaración, los golpes que la agraviada pudo haber dado al acriminado en su cuerpo fueron en respuesta al manotazo que ella recibió en su cara y, por lo tanto, carecían del atributo de ilegitimidad exigido por ley, como para ser repelidos mediante el golpe a puño cerrado en la cara, que el defensor pretende justificar. El ataque a golpes que sufría el imputado, podía ser actual, pero no era ilegítimo, ya que él mismo lo había provocado con la bofetada, por lo cual cualquier elucubración ulterior resulta ociosa: nadie puede alegar legítima defensa frente a una agresión que ha provocado previamente y que, por ello, carece del atributo de ilegitimidad que exige la ley penal costarricense. La reacción del endilgado fue típica y antijurídica, ya que no se presentaban las circunstancias objetivas que exige el artículo 28 para que concurra la justificante en estudio. El resultado lesivo típico provocado, en lo que interesa, la marca indeleble en el rostro, por lo tanto, no está cubierta por el tipo permisivo en mención, porque no fue el producto de una defensa necesaria y razonable del justiciable. Debe agregarse que ni la ofendida, ni ningún ser humano en general (aún cuando haya cometido una acción típica) está obligado a soportar una agresión de respuesta sobre su cuerpo (la bofetada, el golpe en el pómulo), si no concurren los requisitos objetivos impuestos para la legítima defensa en particular y para cualquier causal de justificación en general. Pretender que la agraviada soportara aquella agresión, como parece sugerirlo el recurrente al afirmar que ésta "rebasó sus parámetros como mujer", no solo resulta anacrónico (ya que nos devuelve a tiempos pretéritos en los cuales dentro del rol social impuesto a las mujeres estaba soportar los golpes de los varones), sino que obvia el análisis estrictamente jurídico requerido para la justificante en estudio, sobre el cual ya se ha hecho sobrada mención. Por esto, los argumentos de la defensa no se atienden. Igual suerte debe correr el alegato en cuanto al exceso en la defensa. Ya se dijo porqué las acciones del acusado no cumplían con el requisito

de racionalidad que impone el numeral 28 del Código Penal, por lo que resta indicar que los jueces también rechazaron la existencia de cualquier excitación o turbación excusable en el procesado, como para aceptar un exceso defensivo no punible. Para sustentar su posición y rechazar esta tesis de la defensa los jueces expusieron que: "[…] este Tribunal no comparte ese criterio pues las circunstancias en que se dieron los hechos no sólo no justificaban el proceder de don Antonio, sino que además, no se ha demostrado que el exceso en la defensa […] haya provenido de una excitación o turbación excusable. (Folio 142, la negrilla se adiciona). De conformidad con lo establecido por el artículo 29 en su parte final, los jueces de juicio consideraron que, de acuerdo a las circunstancias en que se dieron los hechos, el enojo, la excitación o perturbación que experimentaba el imputado no eran excusables como para tener por no punible las agresiones físicas, violentas, que este emprendió sobre la señora [Nombre 012]. Este razonamiento es correcto, pues si se parte del elenco de hechos probados, y aún si se parte de la sucesión de hechos narrada por el imputado, por regla general, la existencia de una discusión, e incluso de insultos, no es una razón objetiva de recibo como para reaccionar mediante una agresión física, sea cual sea su entidad. Aquellas circunstancias, como bien lo expuso el Tribunal, no son una razón objetiva atendible como para excusar el enojo bajo el cual el imputado agredió físicamente a la ofendida. Lo contrario implicaría rebajar, mediante criterios excesivamente laxos, esas exigencias, permitidiendo justificaciones de acciones físicas agresivas, con resultados lesivos con relevancia típica, frente a simples discusiones de palabra. El estado de enojo que podía experimentar el acusado al agredir a la ofendida, no fue provocado por una circunstancia objetiva atendible, como para considerar su accionar (innecesario, irracional, injustificado) como no punible. Así las cosas, se declaran sin lugar los motivos cuarto y quinto del recurso de la defensa. Sala Tercera. Voto 608-2013.

4.7.6.4.3. Legítima defensa privilegiada

Es conocida también como legítima defensa presunta.

La segunda parte del artículo 28 del Código Penal refiere así:

> *Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquel que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso.*

Se considera que es una causal *iuris tantum* en la medida en que se presume una situación antijurídica del "intruso"; sin embargo, evidentemente y como el término lo indica, salvo que se demuestre lo contrario.

Constituye una excepción al principio de razonabilidad y proporcionalidad. Se sustenta en la presunción de daño, pero en la determinación del riesgo.

4.7.6.4.4. Exceso en la defensa

Extrañamente, el *nomen iuris* del artículo es "exceso en la defensa", no obstante, en su contenido, hace referencia "en los casos de los artículos anteriores", por lo que se sostiene que puede ser sobre cualquier causa de justificación.

El artículo 29 dispone lo siguiente:

> *Si en los casos de los artículos anteriores, el agente ha incurrido en exceso, el hecho se sancionará de acuerdo con el artículo 79.*
>
> *No es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusable.*

La consecuencia para un exceso en el ejercicio de una causa de justificación se establece en el artículo 79 del cuerpo normativo referido:

> *En los casos de error evitable del artículo 35 o de exceso no justificado del artículo 29, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el Juez.*

Se dice que se trata de un ejercicio extralimitado de la justificación, en razón de los defectos en los elementos objetivos o subjetivos de todas las causas de justificación, pues indica el artículo: "en los casos anteriores". El otro criterio considera que el exceso en la defensa solo aplica para el estado de necesidad y la legítima defensa. Sin embargo debe tenerse claro que el abuso o desproporción en el ejercicio de la causa de justificación, implica la desnaturalización del permiso.

El párrafo segundo habla de condicionamientos internos del sujeto actuante que tienen la condición de ser excluyentes de la culpabilidad, por lo que se requiere un nivel de excitación que es movido por un sentimiento de emoción o impresión. Una turbación implica confusión, desconcierto, ofuscación, etc., pero que, en todo caso, las circunstancias hagan excusable.

Explicando el tema del exceso de la defensa, la Sala Tercera ha señalado:

> *Debe recordarse que, según lo ha indicado este Despacho, entre otros, en los votos Nº 900-2013, del 12 de junio del 2013, Nº 453-2013, de las 10:15 horas, del 19 de abril del 2013, el exceso en la defensa se da cuando la persona cree que el medio que emplea es el adecuado para superar la agresión ilegítima que sufre, cuando en realidad es más severo de lo necesario. En esos casos, aunque la respuesta es excesiva, el agente cree que es la justa, encontrándose ante un error. Se trata de una situación prevista en el artículo 29 del Código Penal, que a su vez, remite a los artículos 79 y 35 de dicho cuerpo normativo, que regulan los errores de prohibición. Es decir, en el exceso de defensa, la defensa va más allá de lo pertinente, pero obedece a un error del agredido, quien cree que debe actuar de forma más severa que lo que en realidad corresponde, siendo un error que actúa sobre la culpabilidad y que acarrea una reducción prudencial de la pena o incluso, que el injusto no sea punible. Así, al ser el exceso de defensa*

una variedad de error de prohibición: "[...] debe ser dirimido según sus reglas, analizando su vencibilidad o invencibilidad a efectos de determinar la pena […]" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2007-790, de las 11:00 horas, de 3 de agosto de 2007 y 2011-00088 de las 10:44 horas, del 22 de julio de 2011). Para descartar la concurrencia de un exceso en la defensa, era necesario que se valoraran aquellos elementos probatorios que sugirieran que la respuesta del encartado ante la agresión sufrida, había sido más severa de lo necesario. A partir de dicha ponderación, podía desacreditarse su contenido, o por el contrario, merecer credibilidad, arrojando elementos que permitieran acreditar dicha circunstancia. En este último caso, era exigible que se estableciera si el error bajo el cual pudo haber actuado el agente, era vencible o invencible, según las circunstancias". (Sala Tercera. Voto 125-2016).

Precisamente, en un asunto donde se analizó el tema del exceso en la legítima defensa, la Sala Tercera resolvió el punto indicando lo siguiente:

Al sustentar el fallo, el Tribunal razona que hubo exceso en la defensa porque con el primer machetazo el ofendido cayó al suelo, quedando indefenso, y por la circunstancia de que el perjudicado se encontraba borracho. Considera, que no había necesidad de propinar al ofendido cuatro "cinchazos", menos aún, uno en la espalda (folio 278). Indica el Juzgador que existía razón para tener por acreditada la existencia de una amenaza actual e inminente y siendo el encartado una persona mayor, de menos contextura física que el ofendido y no existiendo otro medio de defensa, es entendible que fuera en auxilio de su familia, pero al equilibrar las acciones con el machete, la cantidad de machetazos desproporciona la amenaza, convirtiéndose en exceso en la defensa, de conformidad con el artículo 29 del Código Penal (folio 279). Criterio de la Sala: Se afirma en la doctrina, que el sustento de la legítima defensa "no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia" (Derecho Penal, Parte General, Eugenio Raúl Zaffaroni, Ediar, 2000, página 583). Examinado integralmente el fallo, - hechos probados, descripción de la prueba, análisis de fondo -, considera esta Sala que la conducta del acusado, se encuentra amparada en la causal de justificación de legítima defensa. De conformidad con el artículo 28 del Código Penal, no comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; y b) necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión. La condena afirma la existencia de una agresión ilegítima, analizando que el ofendido llegó a la casa de su ex – compañera sentimental, y a pesar de que ella le pidió que se fuera, él la tomó del cabello y ante el reclamo de la madre de la joven, por la agresión, arremetió a patadas contra la progenitora (folio 278). Respecto al requisito de la necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, la sentencia alude a la diferencia de edad y contextura física entre sindicado y agraviado (el imputado casi doblaba la edad al ofendido), al historial de violencia doméstica del ahora herido hacia su compañera, sustentado en el juicio, tanto documental, como testimonialmente, y a

la ausencia de otro medio de defensa (folio 279). […] En el contexto se requería una acción suficientemente disuasiva, útil para impedir que continuara o aumentara la agresión, todavía probable en razón de los antecedentes. La situación de defensa se mantiene desde que se inicia la amenaza al bien jurídico, hasta que cesa el peligro, lo cual debe analizarse en cada caso: "En cuanto a los límites temporales de la acción defensiva, cabe señalar que ésta puede realizarse mientras exista una situación de defensa, que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos. Si bien la agresión no necesariamente es típica, cuando lo sea no deben identificarse estos momentos con la tentativa y la consumación, porque puede haber legítima defensa contra actos preparatorios y sin que haya acto de tentativa, como también puede haberla después de la consumación" (Zaffaroni, obra citada, página 594). La conducta del encartado, en consecuencia, se encuentra justificada, al amparo del artículo 28 del Código Penal, por lo cual se casa la sentencia y se absuelve al imputado R.T. delito de lesiones graves, que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de V.M.C.V. Sala Tercera. Voto 477-2006.

La Sala Tercera ha sido clara y reiterativa en señalar las condiciones que deben operar en el supuesto para estar en presencia de un exceso en la defensa. Puntualmente, ha indicado al respecto:

Finalmente, esta Cámara estima oportuno precisar que en el caso concreto no es viable pensar que el encartado haya incurrido en un exceso en la defensa. Sobre este punto, en otras oportunidades se ha dicho en esta sede que "[…] Aunque doctrinaria y jurisprudencialmente se ha solido confundir el exceso en la defensa con la desproporción de la misma, es lo cierto que se trata de situaciones diversas. Una cosa es que la defensa sea desproporcionada, es decir que no sea la menos dañosa de las disponibles para superar la agresión que se sufre, y otra es que la persona crea que el medio que emplea es el adecuado para esa finalidad, cuando en realidad es más severo que lo necesario. En aquel caso, se está ante la intencionalidad de emplear más violencia que la necesaria, lo que transforma en ilegítima la defensa. En este caso, aunque la respuesta es excesiva, el agente cree que es la justa. O sea, se encuentra ante un error. Tanto es así, que en su artículo 29, el Código Penal disciplina ese tipo de situaciones remitiéndolas a los artículos 79 y 35, que regulan los errores de prohibición. Al respecto, debe decirse que el asunto ha sido equivocadamente abordado por nuestra jurisprudencia nacional. En efecto, al igual que la acción que se efectúa como una aparente defensa, mas sabiendo que no hay agresión, no es una legítima defensa, tampoco lo es cuando media una desproporción entre la agresión y la defensa que se lleva a cabo, a sabiendas que esta rebasa lo necesario para superar la mencionada agresión. En tal caso, sencillamente se está ante una defensa desproporcionada, que elimina la legítima defensa. En el exceso de defensa, por el contrario, la defensa va más allá de lo pertinente, pero obedece a

un error del agredido, quien cree que debe actuar de forma más severa que lo que en realidad corresponde. Aquella irregularidad actúa sobre la antijuridicidad de la acción; este error sobre la culpabilidad. Así, la primera podría llevar a la configuración de un delito por actuarse fuera se los supuestos de la legítima defensa, en tanto que el segundo acarrea una reducción prudencial de la pena o incluso que el injusto no sea punible (arts. 29, 35 y 79 del Código Penal […]" "[…] Por eso se puede afirmar que el exceso representa una variedad de error de prohibición, pero atinente en particular a la proporcionalidad de los medios usados para la defensa, y debe ser dirimido según sus reglas, analizando su vencibilidad o invencibilidad a efectos de determinar la pena […] (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2007-790, de las 11:00 horas, de 3 de agosto de 2007 y 2011-00088 de las 10:44 horas, del 22 de julio de 2011). (Resolución 2013-453 Sala Tercera).

El exceso en la defensa no es lo mismo que desproporción en la defensa.	
DESPROPORCIÓN EN LA DEFENSA	**EXCESO EN LA DEFENSA**
No es el mecanismo menos dañino de los que dispone la persona para superar la agresión.	La persona cree que el medio empleado es el adecuado para defenderse.
La persona sabe que el medio utilizado rebasa lo necesario para superar la agresión.	La persona considera –por error- que debe actuar de forma más severa que la que corresponde en realidad.
Desvirtúa la legítima defensa, no hay legítima defensa.	Es un error de prohibición vencible o invencible. Se trata de un error en la proporción de los medios de defensa.
Se analiza en la antijuridicidad.	Se analiza en la culpabilidad.

4.8 EL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS O MATERIALES DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

El error de tipo permisivo es una clase de error de prohibición. No se ha discutido su ubicación fuera del ámbito de la responsabilidad o culpabilidad, en tanto, el sujeto cree que actúa bajo una causa de justificación inexistente.

El error de prohibición puede ser directo o indirecto y existe cuando el sujeto desconoce la prohibición o mandato (error de prohibición directo), también cuando cree que actúa amparado en una causa de justificación inexistente o que, siendo existente, su ámbito de aplicación la amplía a su favor (error de prohibición indirecto).

En Costa Rica, legislativamente se ha indicado que el error sobre los elementos fácticos de una causa de justificación no está dispuesto expresamente por los artículos 34 y 35, sino que el legislador

le concedió un trato analógico como error de tipo, según el artículo 34:

> *Artículo 34: No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.*
>
> *Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.*
>
> *Artículo 35: No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.*
>
> *Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79.*

4.8.1 Teorías para el tratamiento de los errores sobre las causas de justificación

Al momento de analizar los errores, surge un debate entre las llamadas teorías del dolo y las teorías de la culpabilidad, principalmente en el tratamiento del error de prohibición, pues en cuanto al tratamiento del error de tipo, no ha existido mayor controversia.

Todas estas teorías afirman que, tratándose de un error de tipo, si el error es inevitable, se excluye la tipicidad subjetiva. Si resulta evitable, la consecuencia es la sanción a título imprudente en tanto se encuentre tipificada, por lo que, si la ley no prevé la modalidad imprudente, la conducta sería impune.

a. **Teoría estricta del dolo:** En esta teoría, se dio una primera vertiente rigurosa. Para esta teoría, el error de prohibición, directo o indirecto, pero inevitable, da lugar siempre a la exclusión del dolo y, por lo tanto, de la culpabilidad, mientras que, resultando evitable, daría lugar a la imprudencia.

b. **Teoría limitada del dolo:** Busca restringir los efectos de la teoría del dolo. Esta tesis sostiene que el error de prohibición (directo o indirecto) de carácter invencible excluye el dolo. En el caso del error de prohibición indirecto vencible, excluye el dolo de la culpabilidad, dejando subsistente la conducta imprudente punible, si está así en la ley. Pero la restricción se centró en el efecto del error de prohibición directo vencible, en el que no se excluye el dolo, la conducta resultaba punible a título de dolo, pero se permitía la graduación del juicio de reproche, y la jueza o el juez podría rebajar la pena.

c. **Teoría de los elementos negativos del tipo:** Considera que la suposición equivocada de las circunstancias justificantes de la acción es un error de tipo que excluye el dolo,

si es inevitable o puede generar culpa, y si es evitable y hay tipificación penal en tal sentido, pues la concurrencia de circunstancias justificantes pertenece también al tipo legal. Al incluir los presupuestos de la justificación en el tipo legal como circunstancia negativa, llega al mismo resultado al que llega la teoría restringida de la culpabilidad.

d. **Teoría estricta de la culpabilidad:** Ha tenido su mayor desarrollo con la teoría finalista y señala que el error de prohibición (directo o indirecto) inevitable excluye la culpabilidad, en razón de excluir el conocimiento de la antijuridicidad y, por ende, la culpabilidad. Mientras el error de prohibición, directo o indirecto, evitable, implicaría la posibilidad de atenuación de la pena.
e. **Teoría restringida o limitada de la culpabilidad:** La inevitabilidad del error de prohibición directo o indirecto implicaría la exclusión de la culpabilidad. Pero, tratándose de un error de prohibición directo evitable, la acción sería la atenuación de la pena. Se restringe el efecto del error de prohibición indirecto, o sobre las causas de justificación sería un error de tipo.

Desde un punto de vista estrictamente doctrinario, se habla de otras dos teorías de ubicación del error sobre causas de justificación que, al menos, así son expuestas por Roxin de la siguiente forma:

Teoría de la Culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas *no atribuye efecto excluyente del dolo al error de tipo permisivo, pero pretende –sobre todo en virtud de la culpabilidad disminuida del sujeto- equipar en sus consecuencias jurídicas el hecho en su opinión doloso a un delito imprudente. Se pena por tanto al sujeto doloso como a un sujeto imprudente. En su resultado esta teoría no se diferencia de la teoría restringida de la culpabilidad en el tratamiento del error. […]*

Teoría de la Culpabilidad Independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas *no solo aprecia un delito doloso, sino que además construye un marco penal propio para el caso de la vencibilidad del error […] ´pretende tratar de lege ferenda el error vencible sobre presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación en sus consecuencias jurídicas siempre como un delito imprudente –hasta aquí en coincidencia con la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas-. Pero esto regiría –y en esto estriba la independencia de la consecuencia jurídica –incluso cuando la ley no conmine con pena en los demás casos la actuación imprudente. […] (Roxin, Derecho Penal Parte General Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito, 1997).*

En su voto 1301-2020, la Sala Tercera realizó un amplio abordaje del tema, desarrollándolo de la siguiente forma:

Tratamiento de Error sobre causas de Justificación.

*A modo de preámbulo, debe indicarse que el artículo 34 del Código Penal costarricense establece: "**No es culpable** quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. **Las mismas reglas** se aplicarán respecto de **quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado**." El precepto aborda en realidad dos temáticas diversas: (a) el error de tipo y (b) el error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación. Como se verá, ambos errores se cimientan en bases epistemológicas diversas, pues el primero (de tipo) alude a hipótesis en donde el sujeto activo tiene una falsa representación de la realidad que perturba su correcto conocimiento de los elementos del tipo penal objetivo (el cual se puede integrar tanto por aspectos de orden fáctico, como por aspectos de naturaleza jurídica), excluyendo entonces la tipicidad subjetiva dolosa, y dejando subsistente solamente la culposa, siempre y cuando el legislador haya previsto una modalidad culposa para la figura penal en cuestión. Es el caso del sujeto que, encontrándose de cacería, dispara mortalmente a su compañero creyendo -erróneamente- que se trata de un animal silvestre. La segunda clase de error refiere a una representación falseada de la realidad atinente al conocimiento de los requerimientos fácticos de una causa de justificación, situándose entonces en el plano del conocimiento de la antijuridicidad. Se evoca aquí el caso de quien cree -falsamente- que está siendo víctima de una agresión ilegítima y despliega una acción de defensa que culmina con la muerte del atacante apócrifo. Resulta palmario entonces que, en la primera clase de error, el problema atañe al conocimiento pleno de la descripción típica, mientras que en el segundo supuesto se está en presencia de un conocimiento también falso o incompleto, pero en esta ocasión relativo a la antijuridicidad de la conducta, toda vez que el agente juzga que actúa amparado en un permiso brindado por el propio orden jurídico. Dicho de otro modo, mientras el primer tipo de error afecta el conocimiento del tipo penal objetivo, excluyendo consecuentemente el dolo, el segundo recae sobre el conocimiento de los requisitos fácticos de una causa de justificación, descartando entonces el conocimiento de la contrariedad de la acción con el ordenamiento jurídico, lo cual -como se sabe- es un estamento con efectos en la valoración de la culpabilidad. El embrollo hermenéutico no se halla, entonces, en la diferencias entre estos dos temas, claramente diferenciados en su ubicación dentro de las categorías analíticas del delito (uno situado en la tipicidad y el otro en la culpabilidad), sino en que, al margen de estas notables diferencias, el legislador costarricense parece haberles asignado a ambos la misma consecuencia jurídica, la cual se condensa en la fórmula: "no es culpable…" . La coexistencia de estas dos figuras*

disímiles en una misma norma jurídica, así como la asignación del mismo efecto jurídico, ha conducido a la adopción de distintas posiciones, tanto en la jurisprudencia patria, como en la doctrina. Con el propósito de sustentar la decisión que aquí se adopta, resulta ineludible efectuar un repaso por estas tesis.

(A) El tratamiento del error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación como un error de prohibición. *Una de las posibles soluciones al problema referido líneas atrás, pasa por entender que el error sobre los elementos fácticos de una causa de justificación consiste, en realidad, en una modalidad especial del error de prohibición contemplado en el ordinal 35 del Código sustantivo. Dicha norma estipula: "No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79". En el error de prohibición "clásico" o directo, el autor desconoce la prohibición, o bien, conociéndola, no puede adecuar su conocimiento a esa comprensión. En el error sobre las circunstancias fácticas de la justificante, entendido entonces como error de prohibición indirecto, ocurre algo semejante, pues el agente también cree que su actuar no está sujeto a pena, pero en este caso ello se origina en el hecho de que, en su imaginario, se ha representado que cuenta con un permiso del ordenamiento jurídico que justifica su conducta. De tal suerte, ambos errores atañen a un problema en el conocimiento de la antijuridicidad. Es decir; al margen de que efectivamente existen diferencias entre uno y otro, existe un común denominador que amerita brindarles un mismo tratamiento. Welzel, principal exponente del finalismo, y de gran influencia en el pensamiento jurídico penal nacional, es partidario de equiparar, como errores de prohibición, tanto aquellos supuestos en donde el agente ignora el carácter antijurídico de su conducta (desconoce la existencia de la prohibición), como aquellos en donde, impuesto del conocimiento de la norma prohibitiva, cree no hallarse sujeto a pena pues estima (erróneamente) que su conducta está justificada. Así, expone: "Error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho. con pleno conocimiento de la realización del tipo (por consiguiente, con dolo). "El autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido" (BGH 2, 197); no conoce la norma jurídica, o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad si es disculpable. o la disminuye, de acuerdo con el párrafo 2" del art. 51 y el art. 44, si es culpable" (Welzel, Hans. 2004.* ***El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.*** *[Traducción de José Cerezo Mir]. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F. P. 178). En la doctrina costarricense, esta posición es defendida por Alfonso Navas Aparicio, quien sobre el particular refiere*: "[…] *en este texto el error sobre los presupuestos de una causa de justificación se abordará como un error indirecto sobre la prohibición, pues afecta el elemento conocimiento de la antijuridicidad de la conducta al creerse erróneamente que concurre una causa excluyente de la antijuridicidad.*

Esta visión conceptual conduce, entonces, a considerar como error sobre el tipo únicamente el supuesto contenido en el párrafo 1° del art. 34 CP, y como error sobre la prohibición al supuesto contenido en el párrafo 2° del art. 34 CP (en su modalidad indirecta) y al contenido en el art. 35 (en su modalidad directa)." *(Navas Aparicio, Alfonso. 2011.* ***Código Penal de Costa Rica Comentado. Volumen 1 (artículos 1 al 49).*** *San José: ULACIT. P. 233). Más adelante, el mismo autor reitera: "el error de prohibición implica la ignorancia sobre la significación antijurídica del hecho. Esta ignorancia puede presentarse de dos maneras. Una, que el autor ignore que su conducta se halla desvalorada por el Derecho, que ignore la existencia de una norma prohibitiva en sí. En este primer caso se habla de error de prohibición directo. Dos, que el autor, conociendo ese desvalor o conociendo la existencia de la norma prohibitiva o de mandato, crea erróneamente que su conducta está amparada por una causa de justificación. En este segundo caso se habla de error de prohibición indirecto. En ambos supuestos, el sujeto activo cree erróneamente que su conducta es conforme a Derecho, esto es, no hay conocimiento de la antijuridicidad*." (*ibid.* P. 236). *Por su parte, Muñoz Conde también considera que ambos tipos de error resultan cobijados bajo un mismo tópico: el conocimiento de la antijuridicidad. "Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación). En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta; en el segundo, el autor sabe que su conducta está prohibida en general, pero cree erróneamente que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos* […] *En resumen, el error de prohibición tanto si es directo (sobre la existencia de la norma prohibida) como si es indirecto (sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación), no incide en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito, sino en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que haya realizado)" (Muñoz Conde, Francisco. 2013.* ***Teoría General del Delito.*** Bogotá: Temis. P. 147 y 149). Bacigalupo también agrupa la suposición errónea de las circunstancias que, de haber concurrido, habrían determinado la exclusión de la punibilidad (llamadas por él eximentes putativas) como un caso de error sobre la desaprobación jurídico penal y le asigna como efecto la exclusión de la culpabilidad (si es invencible), o bien, la atenuación de la pena (si es evitable) (véase Bacigalupo, Enrique. ***Lineamientos de la teoría del delito.*** *Buenos Aires: Hammurabi. P. 120). A nivel jurisprudencial, uno de los primeros antecedentes de relevancia frente al tópico bajo estudio, se encuentra en la sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 446-F-92, de las 15 horas, 40 minutos, del 25 de setiembre de 1992 (integración Houed, Ramírez, González, Chaves y Castro). En dicha ocasión, la máxima Cámara de Casación expuso: "No obstante el aparente problema de*

ubicación del segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal, debemos ser conscientes que la falsa suposición de atenuantes no elimina el aspecto volitivo y de conocimiento de la acción del autor, ya que éste desea y conoce que realiza el hecho típico, su falso conocimiento e ignorancia consiste en suponer que tiene una causa de justificación que en realidad no existe. No se puede hablar aquí de un error de hecho con las consecuencias que tiene en el Código Penal, porque sería desaplicar para el caso concreto lo dicho sobre la definición del dolo que establece con claridad el artículo 31 C.P. El problema de la falsa suposición de permisos o justificantes no es un problema que queda sin solución ya que al estar redactado el artículo 35 del Código Penal de manera tan amplia (ubicando el problema sobre el desconocimiento de la punibilidad de lo que se realiza), hace que los problemas de error sobre justificantes se resuelvan amparados a un problema de error de prohibición […] " *Cuando el Código Penal dice en el artículo 35 que el error invencible debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) el sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está. Estos tres supuestos están incluidos en la fórmula legal concebida por el Código, por lo que no parece haber problema alguno para incluir aquí los elementos del error de prohibición directo e indirecto*." *La doctrina contenida en esta sentencia se reproduciría en el fallo N° 052-F-93, de las 9 horas, 45 minutos, del 29 de enero de 1993 de la misma Sala Tercera (integrada por González, Ramírez, Castro, Chaves y Atmetlla) y terminaría por convertirse en un precedente de reiterada consulta, pues ha sido respaldada (y también cuestionada), a nivel doctrinario y jurisprudencial. Se advierte incluso que la remisión a sus postulados teóricos ha aparecido incluso veinte años después de su emisión (en este sentido véase la sentencia N° 2013-01779, de las 14 horas, 42, minutos, del 03 de diciembre de 2013 de esta misma Sala, integrada por Chinchilla, Ramírez, Arroyo, Pereira y Arias). Resulta también oportuno acotar que esta solución dogmática ha sido a su vez identificada con la* ***teoría estricta de la culpabilidad****, la cual, puesta en términos llanos, considera que los errores en las causas de justificación son errores sobre la prohibición. El antiguo Tribunal de Casación Penal, en alguna de sus integraciones, tuvo ocasión de acuerpar esta tesis al señalar en voto de mayoría: "La teoría estricta de la culpabilidad, que los suscritos jueces acogemos y que armoniza con la estructura vigente del Código Penal, hace una diferenciación más clara entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad. El error de prohibición viviría entonces de su conexión con el conocimiento de la antijuridicidad, mientras que el error de tipo estaría conectado al dolo y al conocimiento (-y a la voluntad realizadora-) de los elementos del tipo penal (artículo 31 del Código Penal). Por lo tanto, los casos de error sobre una justificante no son errores de tipo sino errores de prohibición, ergo, errores sobre el conocimiento de la antijuridicidad y deben ser resueltos como tales, esto es disminuyendo o eliminando el monto*

del reproche que se puede hacer al autor del hecho.” (Tribunal de Casación Penal de San José, sentencia N° 2007-0331, de las 7 horas, 55 minutos, del 22 de marzo de 2007).

***(B) El error sobre las circunstancias fácticas como un error de tipo.** Existe un sector de la doctrina que se adscribe a la **teoría de los elementos negativos del tipo**. De acuerdo con esta, las categorías dogmáticas del delito estarían agrupadas bajo un esquema simplificado, compuesto por: (b.1) un tipo global de injusto, y (b.2) la culpabilidad. En comparación con la tipicidad “tradicional” (es decir, de aquella desprovista de referencias a aspectos relacionados con la antijuridicidad), este tipo global de injusto se concibe como una categoría más amplia y robusta, toda vez que se integra no solamente por un cariz positivo, compuesto por el tipo subjetivo (dolo y culpa), y el tipo objetivo (descripción de la conducta prohibida u ordenada, sujeto activo, objeto material de la acción, bien jurídico tutelado, elementos de modo, tiempo y lugar), sino también por uno negativo, en donde se analiza la no presencia del dolo o culpa, pero también -asomándose aquí lo novedoso- la inexistencia de causas de justificación. De tal suerte, tipicidad y antijuridicidad no constituyen categorías autónomas, sino que confluyen en este tipo total o global de injusto. Naturalmente, de acuerdo con esta posición, al formar las causas de justificación parte del tipo global de injusto, quien supone erróneamente la concurrencia de los presupuestos fácticos de una justificante, en realidad erra sobre el contenido del tipo de injusto. Al respecto se ha dicho: “Consecuentemente, esta teoría debe calificar los casos de error sobre el presupuesto fáctico de la justificante como casos de auténtico error de tipo, pues lo que resulta excluido es el dolo, cuyo objeto de referencia está constituido por todos los elementos que configuran el tipo objetivo, incluida en esta teoría la no concurrencia de los presupuestos fácticos de las causas de justificación. Luego, si se supone la concurrencia de estos presupuestos, se produce un error de tipo, específicamente un “error de tipo negativo” (Mañalich R, Juan Pablo. 2003) . **Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación**. En Revista de Estudios de la Justicia, N° 3. http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej3/archivos/articulo_revista_manalic%20_14_pdf). En suma, para sus seguidores el error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación, equivale a un error de tipo, pues la tipicidad implica siempre la antijuridicidad, y a contrario sensu, la existencia de una justificante, excluye la tipicidad.*

*(**C) El error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación como si fuera un** **error de tipo.** A las mismas conclusiones que arriba la teoría de los elementos negativos del tipo, pero partiendo de una base dogmática distinta, conduce la **teoría restringida o limitada de la culpabilidad.** Según sus defensores, se opta por tratar el error de tipo permisivo de la misma manera que el error de tipo, lo cual (en palabras de Velásquez) les conduce a aplicar la teoría de los elementos negativos del tipo (véase Velásquez, Fernando. 2004. **Manual***

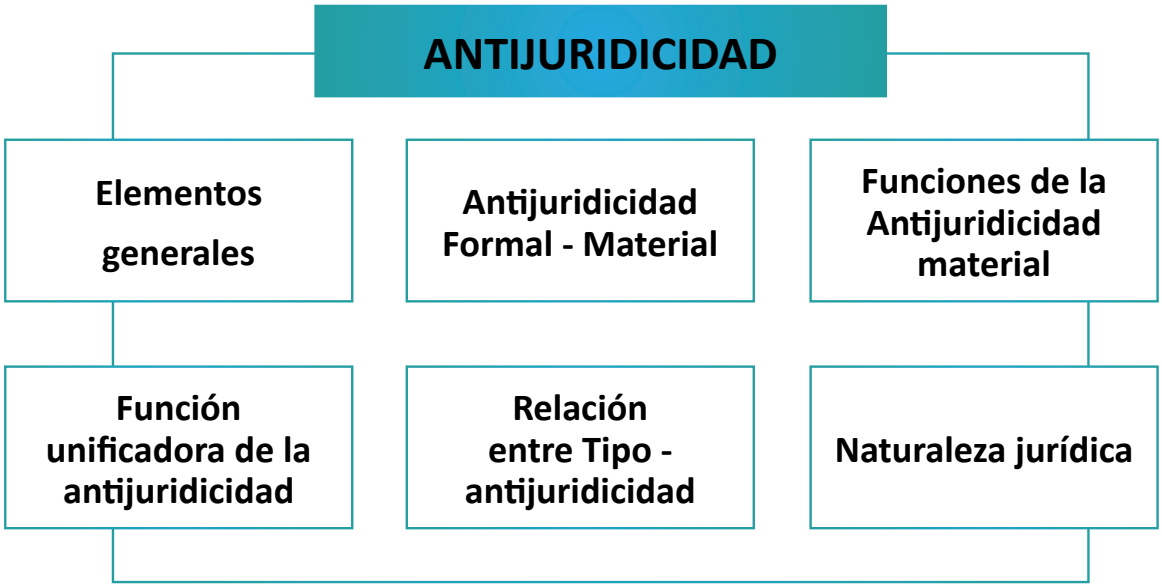
de derecho penal. Parte general. *Bogotá: Temis. P. 407). Las consecuencias de la teoría en mención fueron definidas por el antiguo Tribunal de Casación Penal de San José en los siguientes términos: "[…] en cuanto a los casos de error sobre los presupuestos de hecho de las causas de justificación, no los consideran ni como error de prohibición, ni de tipo, y en ausencia de una regulación específica para ellos, creen que deben ser resueltos como si fueran errores sobre el tipo, por analogía con ellos" (Tribunal de Casación Penal de San José, sentencia N° 805-F-96, de las 10 horas, 15 minutos, del 08 de diciembre de 1996). Se arguye que el error sobre las justificantes no refiere a un problema de tipicidad, sino a uno de conciencia de la antijuridicidad, por tanto, evaluable en el estrato de la culpabilidad, sin embargo, por analogía debe ser tratado como si fuera un error de tipo; es decir, generando atipicidad en caso de ser invencible, o bien, dejando subsistente la tipicidad culposa en caso de ser vencible. Algunos autores nacionales consideran que esta última teoría es la que en realidad adoptó el legislador costarricense en el artículo 34, párrafo segundo del Código Penal. Castillo González ha dicho: «A nosotros no nos cabe duda de que el legislador costarricense, en el artículo 34 II Cód. Pen., consagró una concepción del error sobre los elementos fácticos de una causa de justificación, que se asemeja más a la teoría limitada de la culpabilidad de aplicación analógica de las consecuencias del error de tipo" (Castillo González, Francisco. 2001.* ***El error de prohibición.*** *San José: Juritexto. P. 48). En el mismo sentido se orienta Chinchilla Calderón, quien al respecto ha indicado: "[…] es la teoría restringida de la culpabilidad la más acorde a lo positivizado por el legislador […] el legislador estableció un error sui géneris que debe ser tratado como si fuera (sin ser) un error de tipo" (Chinchilla Calderón, Rosaura. 2010.* ***Principio de legalidad. ¿Muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R?*** *San José: Investigaciones Jurídicas. P. 141). A nivel jurisprudencial, el Tribunal de Casación Penal de San José, en su sentencia N° 713-01, de las 9 horas, 30 minutos, del 14 de setiembre de 2001, informada por Javier Llobet Rodríguez se decantó por considerar a esta clase de error como un error de tipo permisivo: "En definitiva, resulta que el Código Penal costarricense expresamente resuelve el asunto en el Art. 34 último párrafo, sin que sea admisible que por consideraciones teóricas, basadas en la teoría estricta de la culpabilidad, se sostenga, tal y como lo ha indicado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que el error sobre las circunstancias que harían justificada la acción es un error de prohibición que solamente exime de responsabilidad, por falta de culpabilidad, cuando el error es invencible. Tal interpretación no es acorde con nuestro Código, apartándose del texto legal para agravar la situación del reo, lo que es dudosamente compatible con el principio de legalidad, consagrado en el Art. 39 de la Constitución Política y el 1º del Código Penal."*

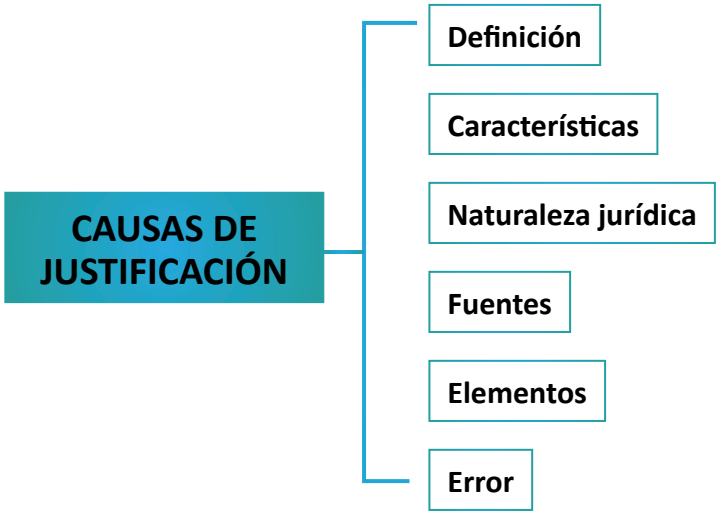
(D) Solución del caso concreto y posición de esta Cámara. *En el presente asunto, el a quo determinó: "[…] el Tribunal concluye de la inmediatez de la prueba, propiamente de la declaración del imputado Cajina Calvo y del propio ofendido, que el imputado cuando destruyó la cerca propiedad del ofendido, tenía la creencia de que se trataba de una calle pública,*

cuyo bien demanial le permitía, como beneficiario del disfrute de esa calle quitar cualquier obstrucción sobre la vía pública independientemente que se tratara de una cerca que había construido el ofendido. Para el Tribunal se constató una creencia falsa de la realidad por parte del imputado Martín Cajina Calvo […] Más sin embargo, de lo anterior, el imputado Martín Cajina actuó bajo la falsa creencia de que donde se colocó esa cerca era camino público [...]" (cfr. folio 68 vuelto). *Estos hechos fueron consolidados por el Tribunal de Apelación de Sentencia, de manera que sobre ellos esta Cámara determina lo siguiente. (i) En primer término, no se ha controvertido que la acción del acusado haya verificado la tipicidad del delito de daños (tanto objetiva, como subjetiva), pues aunque el acápite de hechos probados no lo haya consignado de esa manera, de la sentencia, entendida como unidad lógico jurídica, se colige que el justiciable procedió, con conocimiento y voluntad, a destruir una cosa que le era ajena, adecuando así su conducta a la descripción contenida en el artículo 228 del Código Penal, según el cual: " Será reprimido con prisión de quince días a un año, o con diez a cien días multa, al que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o dañare de cualquier modo, una cosa, total o parcialmente ajena". (ii) Al destruir la cerca el encartado creyó -erradamente- que actuaba de manera justificada, pues pensó que esta se situaba en un camino público. (iii) Consecuencia de lo anterior, el error efectivamente recayó sobre un elemento objetivo de la causa de justificación, conclusión a la que arriba esta Cámara y que coincide con la defendida tanto por el a quo, como por el ad quem. Dilucidado este punto, resta únicamente determinar si el órgano de alzada aplicó correctamente el Derecho de fondo al estimar que este error sobre las circunstancias objetivas de la justificante, más allá de su carácter vencible (lo cual es también un hecho probado) debía conducir a la impunidad por atipicidad, o bien, -como lo estima la casacionista- debía entenderse como una conducta plenamente delictiva, pero con un grado de culpabilidad disminuido. Sobre el particular, esta Sala opta por ajustarse a lo que, sobre el particular, ha dicho en el pasado y que se condensa en lo expuesto en el apartado (A) de esta resolución. Siguiendo la teoría estricta de la culpabilidad, debe reafirmarse que, más allá de la ubicación sui generis que el legislador concedió al error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación en el párrafo segundo del artículo 34 del Código sustantivo, dicha clase de error se aviene con los problemas que pueden surgir en cuanto al conocimiento de la antijuridicidad (errores de prohibición), y no se relaciona con la temática abordada en el artículo 34 (concerniente a los errores sobre el tipo penal). Es decir, la clase de error que se aprecia en la especie forma parte de un género más amplio: el del error de prohibición, el cual -como se ha dicho ya- atañe al conocimiento de la antijuridicidad y, por consiguiente, es evaluable en el plano de la culpabilidad. Esta solución, como desde vieja data lo ha expresado esta Sala, no rebasa el principio de legalidad criminal. En este punto debe acotarse que la parte general del Código Penal costarricense, obedeciendo a un contexto histórico aún permeado por el causalismo penal, presenta inconsistencias dogmáticas cuando se le mira desde la óptica finalista que pone en el acento en la teoría del tipo complejo, y que por ende sitúa a la culpabilidad penal como una categoría analítica distinta y merecedora de*

examen particular. Es tarea de la jurisprudencia informar al ordenamiento jurídico (doctrina del artículo 9 del Código Civil) y, en el caso que nos ocupa, ello parte de aproximarse a esta cuestión desde el artículo 35 del Código Penal, el cual al emplear la fórmula "…el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena..." brinda un marco de referencia lo suficientemente amplio como para cobijar: (i) las hipótesis de ignorancia absoluta sobre la contrariedad de la conducta con el orden jurídico, (ii) los supuestos en donde el autor no puede adecuar su comportamiento a la comprensión de la prohibición, y (iii) el error que conduce al agente a pensar que se verifican las circunstancias fácticas que justificarían su conducta y que, por consiguiente, lo librarían de una pena. En consecuencia, habiéndose demostrado que el endilgado incurrió en un error vencible, lo procedente era fijar una pena, la cual habría podido ser disminuida discrecionalmente según lo estatuye el artículo 79 del Código Penal. Puesto en términos más sencillos, el acusado actuó bajo la creencia de que el bien que destruía era público. Esa creencia era falsa, pues en realidad la cerca pertenecía al ofendido, y con el debido cuidado, podría haber superado esa situación de error. Por ende, al no haber procedido con diligencia, lo procedente era fijar en su contra una sanción, la cual en todo caso podría haber sido disminuida discrecionalmente por el juzgador.

4.9 ESQUEMAS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL TEMA





4.10. BIBLIOGRAFÍA

Aguado, T. (2012). *Principio Constitucional de Proporcionalidad.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Arguedas Rodríguez, G. (2021). Criterios delimitadores del ejerdcicio de la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial. *Revisata de la SAla COnstitucional*(3).

ARMIJO SANCHO, G. (2007). Del control político al control constitucional: el princpio de legalidad penal. En J. (. Llobet Rodríguez, *Justicia Penal y Derechos Humanos. Homenaje a Francisco Castillo González* (págs. 37-58). San José: Jurídica Continental.

BACIGALUPO, E. (1985). *Lineamientos de la Teoría del Delito.* San José : Juricentro.

Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales del Derecho Penal.* Buenos Aires: Hammurabi.

Borja, E. (2000). *Tendencias contemporáneas de la teoría jurídica del delito.* San José : Arete.

Borja, E. (2000). *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica.* San José : Arete.

Cadenas, H. (2016). La función del funcionalismo: una exploración conceptual. *Sociologías , 18*(41), 196-214. doi:https://doi.org/10.1590/15174522-018004107

Cancio Meliá, M. (2005). Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva. En M. Bolaños GOnzález, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 72-87). Merida: Universidad de los Andes.

Castillo González, F. (2008). *Las teorías de la acción.* San José: Juríica Continental.

Castillo, F. (1998). *El Consentimiento del Derechohabiente en materia penal.* San José: Juricentro.

Castillo, F. (2001). *El Error de Prohibición.* San José: Juritexto.

Castillo, F. (2004). *La Legítima Defensa.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (2010). *Derecho Penal Parte General. Tomo II.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (s.f.). Derecho Penal Parte General.

Chan Mora, G. (2021). ¿Para qué sirve la teoría del delito? *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica número 1 (32) (13) Año 1. RDCP-UCR. 2021*, 48-70.

Chan, G. (2012). *La culpabilidad penal.* San José: Investigaciones Juríicas.

Chirino Sánchez , A., & Salas Porras, R. (2004). *La Legítima Defensa.* San José: Investigaciones Jurídicas.

Chirino Sánchez, A., & El Khoury Jacob, H. I. (1991). *Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal.* San José: ILANUD.

Cuesta Aguado, P. (2006). *Tipicidad e Imputación Objetiva* (Primera Edición ed.). Garibaldi, Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

González Lillo, D. (2022). Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente. En V. Gómez Martín , C. Bolea Bardón, J. Gallego Soler, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo.* Madrid: BOE.

Harbotle, F. (2012). *Imputabilidad disminuida. Hacia una redefinición de la imputabilidad e inimputabilidad. .* San José: Juritexto.

Jakobs, G. (1996). *Fundamentos del Derecho Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en un Derecho penal funcional.* (M. Cancio Meliá, & B. Feijóo Sánchez, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial POns.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Segunda, corregida ed.). (J. Cuello Contreras, & J. Serrano González de Muirillo, Trads.) Madrid, España: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997). *La Imputación Objetiva en Derecho Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Jakobs, G. (2004). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de las normas?* (Primera Reimpresión ed.). (M. Cancio Meliá, Trad.) Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Luzón Peña, D.-M. (2013). Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. *InDret*. Obtenido de www.indret.com

Martínez-Buján Pérez, C. (25 de noviembre de 1999). https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/LA%20CONCEPCION%20SIGNIFICATIVA%20MARTIN. *RECPC*. Recuperado el 23 de 08 de 2022, de https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/LA%20CONCEPCION%20SIGNIFICATIVA%20MARTIN

Martínez-Buján Pérez, C. (2022). El principio de culpabilidad y su fundamento. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J. Gallego Soler, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (págs. 713-724). Madrid: BOE.

Maurach, R. (1994). *Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: Astrea.

Mir Puig, S. (2005). Límites del normativismo en Derecho Penal. En M. (. Bolaños González, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 27-70). Merida: Universidad de los Andes.

Mir Puig, S. (2005). Límites del Normativismo en Derecho penal. En M. (. Bolaños González, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 27-70). Mérida: Universiad de los Andes.

Montano, P. J. (2017). La objeción de conciencia como causa de justificación. *Revista de Derecho, (I-2017)*(15), 113-142.

Muñoz Conde, F. (2013). *Teoría General del Delito* (Tercera ed.). Bogotá: Temis.

MUÑOZ CONDE, F. (2013). *Teoría General del Delito.* Bogotá: Temis.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2000). *Derecho Penal Parte General* (Cuarta Edición, revisada y puesta al día ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanc.

Radbruch, G. (2005). El delincuente por convicción. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología, 07 - r4 - .*

Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal.* Buenos Aires: Ah Hoc.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito.* Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito.* Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. FUndamentos de la Estructura de la Teoría del Delito* (Primera Edición ed.). (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Rusconi, M. (2008). *El Funcionamiento de las causas de justificación. Sobre lo objetivo y subjetivo de las normas permisivas. .* Buenos Aires: Ad-Hoc.

Salas, M. (2010). LA acción en el derecho penal: crítica de un dogma y sus vicios argumentativos. En J. Llobet Rodríguez, D. Durán Chavarría, & (Compiladores), *Política Criminal en el Estado Social de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes* (págs. 339-354). San José: Jurídica Continental.

Schünemann, B. (2018). La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo general del Derecho Penal. En D. M. Luzon-Peña, *LIbro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa* (págs. 31-47). Lima: Fundación Internacional de Ciencias Penales.

Silva Sánchez, J. M. (2022). ¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en el Derecho penal. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J.-I. Gallego Sole, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirantu Corcoy Bidasolo* (págs. 921-932). Madrid: BOE.

Tavares, J. (1983). *Teorías del delito.* Buenos Aires: Hammurabi.

UNAM, I. (2013). Origen Histórico de la Imputación Objetiva. *Instituto e Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

Urruela, A. (2004). *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica.* Granada: Comares.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General.* Bogotá: Comlibros.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General.* Bogotá: COMLIBROS.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (Cuarta ed.). Bogotá: Comlibros.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General.* Bogotá: COLIBROS.

Vives Antón, T. (2011). *Fundamentos del Sistema Penal. Acción significativa y Derechos constitucionales.* Valencia: Tirant lo Blanch.

4.11 EJERCICIOS FORMATIVOS

1. **Defina los siguientes términos:**

    a. **Antijuridicidad**
    b. **Antijuridicidad material**
    c. **Legítima defensa presunta**
    d. **Exceso en la defensa**

2. **Enumere las funciones de la antijuridicidad material.**

3. **Explique las diferencias entre las diversas tesis de la naturaleza jurídica de la antijuridicidad.**

4. **Explique las dos formas del error de tipo.**

5. **Explique los efectos de cada una de las formas del error de tipo.**

Estos ejercicios son formativos para su repaso y análisis personal. Por lo tanto, no tienen porcentaje de evaluación, ni deberá remitirlos a la persona facilitadora. Sin embargo, su análisis y respuesta le permitirán un mayor estudio y comprensión del tema abordado.

TEMA 5. LA CULPABLIDAD

5.1 Introducción

Durante el ciclo de charlas sobre la teoría del delito desarrollada por la Escuela Judicial, la exposición acerca del tema de la culpabilidad causó un gran interés por parte de las personas participantes. Esta charla estuvo a cargo del juez Marco Mairena, quien expuso el tema a partir de aspectos doctrinarios y prácticos. Precisamente, esta es la visión del juez Mairena acerca de este tema:

Luego del examen de la acción, tipicidad y antijuricidad, como categorías analíticas de la teoría del delito, es necesario ingresar al estudio del estrato de la culpabilidad. Este tiene como finalidad esencial graduar el juicio de reproche a las condiciones particulares del sujeto activo. En otras palabras, sirve como enlace entre el injusto penal y la respuesta punitiva, convirtiéndose, entonces, en un modelo de análisis jurídico que permite determinar, entre otros aspectos relevantes, el conocimiento actual o potencial que poseía la persona que llevó a cabo el injusto penal al momento de su comisión. Además, su capacidad de culpabilidad o imputabilidad y, si le era exigible optar por un comportamiento diferente.

Varias han sido las teorías doctrinarias que han dado una explicación de la estructura y contenido de este componente. Así, entre las más relevantes encontramos el concepto psicológico de la culpabilidad, propuestos a fines del siglo XIX por F. von List y E. von Beling, partiendo de una relación psíquica o anímica del autor con su conducta contraria a derecho. La concepción psicológico-normativa, propuesta por R. Frank a inicios del siglo XX, quien entendía la culpabilidad como un juicio de reproche contra el sujeto actuante pudiendo haberse comportado de forma distinta. Esta elaboración dogmática exigía comprobar la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, el dolo o culpa como parte de la culpabilidad y la exigibilidad de otra conducta. Luego, surgió la propuesta de Hans Welzel, uno de los principales exponentes del finalismo, quien restructuró la teoría del delito trasladando el dolo y la culpa a la tipicidad, mientras que la culpabilidad estaría formada por la imputabilidad, el conocimiento actual o potencia de la ilicitud y la exigibilidad de otra conducta, esto último basado en el libre albedrío.

Finalmente, las propuestas más recientes, principalmente las planteadas por C. Roxin, se basan en la imposibilidad de demostrar ese libre albedrío, de manera que el juicio de reproche debería fundarse en la posibilidad del autor de haber conocido o no la norma, que es lo que este autor denomina "asequibilidad normativa" y, aparte de ello propone que todos los estratos de la teoría del delito deben ser analizadas desde la óptica de los fines asignados a la pena.

En el ámbito nacional, de acuerdo a la estructura establecida en el Código Penal, así como de la jurisprudencial de la Sala Tercera y de los pronunciamientos de los distintos Tribunales de Apelación de Sentencia, se tiene que los componentes analíticos de la culpabilidad son la capacidad de culpabilidad (art. 42 del C.P), que se elimina o atenúa con la existencia de una inimputabilidad completa o disminuida; el conocimiento actual o potencial del injusto al momento del hecho, que se excluye con el error de prohibición (art. 35 del C.P) y la exigibilidad o no de un comportamiento conforme a derecho, que se descarta con el estado de necesidad

exculpante (art. 27 del C.P) o la coacción o miedo insuperable (art. 38 del C.P). Como se desprende de lo anterior, el examen de la culpabilidad refiere exclusivamente al autor del hecho, de allí que sus componentes permitan graduarla. Ello implica que, debe existir una referencia proporcional entre la respuesta punitiva y el grado de culpabilidad (art. 71 del C.P), entendiéndola como medida de la pena, consecuencia que surge luego de acreditar no solo la culpabilidad como elemento de la teoría del delito, sino además como juicio de reproche. Es por ello por lo que debe exigirse un estudio profundo de este concepto pues implica, para el responsable penal, la concreción del poder punitivo estatal y para la persona juzgadora, evitar incurrir en excesos en la dosimetría sancionatoria[21]

5.2 Elementos generales de la culpabilidad

5.2.1 Orígenes del concepto

La culpabilidad entendida como la responsabilidad aparece como elemento sobre el cual se creaba y discutía en la teoría jurídica, hasta el siglo XIX. Sin embargo, desde el siglo XVII, se encuentran desarrollos teóricos de concepciones similares.

Pufendorf (s. XVII) acudió al término *imputatio* como responsabilidad, considerándola como "acción libre" que se acreditaba a la persona autora.

Feuerbach (1799) se refirió a ella como el fundamento subjetivo de la punibilidad, señalando que la imputación era la relación de un hecho punible con una determinada voluntad de quien actuaba, contraria a la ley. Agregó que imputabilidad era el estado de una persona en virtud de la que se le podía imputar el hecho. La imputación era la que determinaba la culpabilidad como fundamento subjetivo de la punibilidad.

Merkel fue el primero en utilizar el **término** "culpabilidad" y lo concibió como un presupuesto del injusto.

Binding fue el primero en utilizar el **concepto** de culpabilidad dentro del sistema penal, indicando que la culpabilidad de quien actuaba era necesaria en todo delito, y que dolo e imprudencia eran los dos conceptos accesorios en los que se descomponía la culpabilidad.

5.2.2 Concepción psicológica de la culpabilidad

La concepción psicológica se corresponde con el esquema clásico de configuración del delito. La culpabilidad se trata de la relación psicológica entre la persona autora y el resultado; es decir, en la relación subjetiva existente entre el hecho y quien actuó. El dolo y la culpa representan las dos especies de la culpabilidad, pues son las dos formas de vincular psicológicamente a la persona

21 Citados por el autor: Castillo González, F. (2010). Derecho penal. Parte general. (Tomo II). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. / Crespo, E. D. (2013). Culpabilidad y fines de la pena. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A. / Chan, G. (2012). La culpabilidad penal. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A. / Roxin, C. (1997). Derecho penal. Parte general. (Tomo I). Madrid, España: Editorial Civitas. / Velásquez Velásquez, F. (2009). Derecho penal. Parte general. Medellín. Colombia: COM-LIBROS. /

autora con el hecho que cometió, por lo que es el haber actuado dolosa o imprudentemente.

En su versión más radical que corresponde a Radbrusch, la culpabilidad es pura conexión psicológica entre el autor y el hecho cometido, siendo el dolo y la culpa sus dos especies.

Bajo el desarrollo del positivismo naturalista, von Liszt concibió el delito como una acción antijurídica y culpable conminada con una pena. Para este autor, la imputabilidad es distinta a la culpabilidad, porque la imputabilidad es la capacidad jurídico-penal de acción, compuesta por las capacidades elementales de la persona, mientras que culpabilidad se trata de los presupuestos subjetivos para la consecuencia del delito y, dentro de la culpabilidad, se encuentran el dolo y la culpa.

Así, en una apreciación amplia, la culpabilidad es la responsabilidad de quien actúa por el acto ilícito cometido. Por otra parte, en una versión restringida, esta es la relación subjetiva entre la persona autora y el acto que realizó, y ese nexo es no solo subjetivo, sino también psicológico.

Asimismo, von Liszt sostuvo que, desde un punto de vista material, la culpabilidad era el carácter asocial del autor, el cual resultaba cognoscible por medio del acto cometido.

Recuerde

La concepción psicológica de culpabilidad

La culpabilidad es una conexión psicológica entre el autor y el hecho, de la que el dolo y la culpa son sus formas.

5.2.3 Concepción personalizada de culpabilidad

5.2.3.1 La contrariedad al deber como núcleo de la culpabilidad

Liepmann (1900) sostiene que la culpabilidad es un juicio de reprobación éticamente matizada, previa una actuación de la voluntad, contraria al deber.

Mayer (1901) señala que la culpabilidad es un concepto espiritual, por lo que será culpable quien haya realizado el resultado típico en contra el deber.

Graf Zu Dohna (1905) desarrolla la concepción ética de culpabilidad, indicando que la culpabilidad es la determinación de voluntad contraria al deber.

5.2.3.2 Hecho como síntoma de la culpabilidad

Para esta posición, sostenida por Kollmann y Tesar, lo que interesa en la culpabilidad es el carácter del autor, no el hecho, por lo que se trata de un estado de la voluntad antisocial, tal y como previamente señaló von Liszt.

5.2.4 Concepción psicológico - normativa de la culpabilidad

Beling (1906) consideró que la culpabilidad era el reproche que se formula a quien actuaba por no actuar de otro modo y, en ese sentido, la responsabilidad es una falta de voluntad de actuar diferente, en la que el dolo y la culpa son sus especies.

Frank (1907) expuso que la culpabilidad se componía de tres elementos: la imputabilidad, el dolo o la culpa y la normalidad de las circunstancias en las que el autor actuó. La reprochabilidad se componía de las circunstancias en las que intervenía la persona autora. Frank consideró así que el comportamiento prohibido solo se podía imputar, si se le pudiera formular el reproche por haberlo realizado.

Hegler (1915) concibió la culpabilidad formal como reprochabilidad y la culpabilidad material como dominio del hecho.

Goldschmidt (1913) parte de la existencia de una norma de derecho que es la que ordena la actuación externa, y otra norma de deber que impone al sujeto motivarse conforme a aquella norma jurídica. La infracción a la norma de deber constituye para este autor el juicio de reproche. La culpabilidad entonces tenía un elemento normativo que está constituido por la contrariedad al deber, sosteniendo que el injusto se configuraba a partir de una norma de acción y la culpabilidad por una norma de deber, por lo que la culpabilidad era un juicio de reproche compuesto por la "exigibilidad" que se sustentaba en el deber de motivarse de conformidad con la representación del deber mostrado por la norma, y la "no motivación" conforme con la representación del deber jurídico. De esta forma, la imputabilidad, el dolo, la culpa y la motivación pasaban a ser presupuestos de la culpabilidad.

Freudenthal (1922) expuso que la culpabilidad tiene como sustento el desprecio mostrado por quien actuó de esa forma, a pesar de haber podido y debido comportarse de forma distinta, como desvalor de la actuación contraria a derecho cuando debía actuar y podía haberlo hecho de forma distinta. Así, el reproche de culpabilidad está compuesto por la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

Así, las concepciones de Freudenthal y Goldschmidt atribuyen a la exigibilidad el carácter de elemento normativo de la culpabilidad zarpando de tesis que resultan ser individualizadoras de la exigibilidad.

Schmidt (1927) parte también de una doble naturaleza de la norma jurídica, tanto como norma de valoración y como norma de determinación, reconociendo que, a través de esa norma, se impone un proceso de motivación, por lo que el concepto de culpabilidad se sustenta en la concurrencia de dos elementos, el elemento psicológico y el normativo, el cual considera que es la distancia entre el proceso motivacional, debido a que fue llevado a cabo en ausencia de motivación psíquica.

Mezger (1931) expresa su idea de culpabilidad según la cual actúa culpablemente quien, al hacerlo, lo hace de forma jurídicamente, como expresión de su personalidad. Culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que la pena que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta

antijurídica. El juicio de culpabilidad es un juicio de reproche. Imputabilidad, dolo y culpa son los elementos de la culpabilidad. El juicio de culpabilidad se dirige en contra del acto de voluntad, los motivos de la persona autora y las referencias de la acción a la personalidad de quien actuó.

Esta es una teoría ligada a la posición neoclásica o neokantiana del delito y sostiene que el fundamento de la culpabilidad se asienta en la libertad de voluntad o libre albedrío; por lo tanto, en la libertad de actuar de otra manera. El Estado le reprocha cuando, siendo una persona libre, la persona autora decide realizar una conducta típica y antijurídica.

Para esta teoría, los componentes de la culpabilidad son la imputabilidad y las formas de culpabilidad (dolo, culpa y preterintención).

RECUERDE

Concepción psicológico–normativa de culpabilidad:

La culpabilidad se fundamenta en el libre albedrío, por lo que se reprocha el no haber actuado de otra manera habiendo sido libre para hacerlo.

5.2.5 Concepción normativa de la culpabilidad

Weber (1935) explica que actúa culpablemente quien lo hace antijurídicamente aun cuando pudo hacerlo de conformidad con el derecho. Quien no tiene la posibilidad de hacerlo ajustado a derecho, se le excluye del reproche.

Graf Zu Dohna (1936) señaló que la exigibilidad y la contrariedad al deber son lo mismo, porque la infracción a las normas de derecho tiene validez cuando le era exigible actuar conforme a la norma. Distingue entre el objeto de valoración, que es el injusto, y la valoración del objeto, que es la culpabilidad.

Welzel (1939) afirmó que la culpabilidad es un juicio de reproche de carácter personal formulado a la persona autora cuando esta, a pesar de haberse podido motivar de conformidad con la norma, opta por comportarse de manera distinta, surgiendo así el criterio de “poder en lugar de ello” que es el contenido material del juicio de reproche. Dolo y culpa no son formas de culpabilidad, sino de la conducta. De esta forma, la culpabilidad es estrictamente normativa. El juicio de reproche tiene como elementos la imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de comportamiento conforme a la norma.

Maurach (1962) establece una nueva categoría dogmática entre antijuridicidad y culpabilidad, a la que llama responsabilidad por el hecho, de las que forman parte las causas de inculpabilidad que se sustentan en la no exigibilidad, como el estado de necesidad y el miedo insuperable, pues en ambos casos, el derecho no examina si la persona podía comportarse de otro modo ante la situación

concreta, sino que opera a partir de cómo haya actuado otra persona en la misma situación. En la culpabilidad, quedarían entonces las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad. De esta forma, para Maurach, la categoría a la que él denomina "atribuibilidad" queda conformada por dos elementos que son: "responsabilidad por el hecho" y "culpabilidad".

Esta teoría normativa se relaciona con la tesis finalista. La culpabilidad es un juicio de reproche que se realiza a la persona que cometió un hecho típico y antijurídico, pese a que pudo actuar de otra manera. Al ser un juicio de reproche, un juicio de valor, un juicio normativo, compuesto por la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta, y el sustento de la culpabilidad es la libre voluntad, el libre albedrío.

RECUERDE

La concepción normativa de culpabilidad:

Juicio de reproche que se realiza a partir de tres elementos: imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

5.2.6 Concepciones modernas de la culpabilidad

Roxin (1973) estableció que la culpabilidad era la justificación de la finalidad de la pena e, igualmente, cumple la función de limitar la pena, porque la culpabilidad es el límite de la pena. Entonces culpabilidad es, al mismo tiempo, fin y límite de la pena. Su tesis sobre culpabilidad se basa en la teoría del fin de la pena, en que lo decisivo no es actuar de otro modo, sino responsabilizar al autor por su acto, por ello, sustituye el término culpabilidad por "responsabilidad".

Para Roxín, la responsabilidad depende tanto de la culpabilidad de la persona que actuó como de la necesidad preventiva de la pena. Actúa culpablemente quien realiza un injusto penal, pese a que todavía le alcanzaba el efecto de llamada de atención de la norma en una situación concreta y poseía capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le resultaba posible cumplir con ella. En cuanto a la pena, señala que esta posee como presupuesto la culpabilidad, por lo que no se puede imponer una pena sin estar en relación armoniosa con la culpabilidad.

RECUERDE

La concepción de Roxin de culpabilidad:

Compuesta por el reproche y la necesidad de prevención.

El reproche se compone de imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y comportamiento conforme a derecho.

Jakobs (1982) reemplaza el concepto de culpabilidad por la necesidad de pena conforme a la prevención general positiva. Culpabilidad no es el reproche por no haberse motivado de conformidad con la norma, o haber podido actuar de forma distinta. Según este autor, la culpabilidad es comportarse de forma tal que atenta contra la vigencia de la norma. El autor indica:

> *El autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante, sino cuando el autor es responsable de esta falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición de motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte la confianza general de la norma. La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al Derecho, o brevemente, como infidelidad al Derecho.* (Jakobs, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 1997).

Sin embargo, según la visión actualmente mayoritaria y de acuerdo con los parámetros que rigen nuestro derecho penal, tal y como lo refiere Chan de forma sencilla y puntual, podemos entender la culpabilidad como:

> *Por un lado, se refiere a la culpabilidad entendida como un elemento complejo del concepto de delito. Un elemento complejo en el sentido de que la culpabilidad se encuentra compuesta a su vez por tres elementos estructurales: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento actual o potencial del injusto y la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho. Por otro lado se entiende la culpabilidad como juicio de reproche, de desaprobación o como declaratoria de responsabilidad penal que se realiza al verificar la existencia de una conducta típica y antijurídica, y al comprobar la existencia de aquellos tres elementos de la imputabilidad, el conocimiento actual o potencial del injusto y de la exigibilidad.* (Chan, 2012).

Para visualizar de mejor forma las principales teorías de la culpabilidad, se presenta el siguiente cuadro:

TEORÍA DE LA CULPABILIDAD	PRINCIPALES POSTULADOS
Teoría psicológica	Culpabilidad es conexión psicológica entre la persona autora y el hecho cometido, siendo el dolo y la culpa sus especies
Teoría psicológico – normativa	Culpabilidad es el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.
Teoría normativa	La culpabilidad es un juicio de reproche normativo compuesta por la imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de comportamiento conforme a la norma.

Teoría de Roxin	La culpabilidad es el límite de la pena y, es a la vez, finalidad de la pena. La reprochabilidad es culpabilidad y necesidad preventiva de la pena.
Teoría de Jakobs	Es necesidad de la pena y es comportamiento que atenta contra la vigencia de la norma.

En nuestro medio, tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia de la Sala Tercera y de los Tribunales de Apelación de Sentencia Penal del país han sido concordantes en señalar los elementos que componen la culpabilidad:

1. **Imputabilidad o capacidad de culpabilidad.**
2. **Conocimiento de la antijuridicidad.**
3. **Exigibilidad de comportamiento conforme a derecho.**

Ahora bien, existen situaciones o circunstancias que impiden que los anteriores elementos se cumplan y, con ello, que se pueda realizar el juicio de culpabilidad. Son los denominados casos de no culpabilidad, compuestos por las causas de inculpabilidad y las causas de exclusión de la culpabilidad. La capacidad de culpabilidad o imputabilidad cede ante los casos de inimputabilidad.

El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cede ante el error de prohibición invencible. La exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho cede ante el estado de necesidad exculpante, la obediencia debida y otros supuestos.

5.3 La no culpabilidad

En realidad, las siguientes son las circunstancias que evitan la exigencia de un comportamiento de conformidad con el derecho, pues:

- Quien no cuenta con la capacidad suficiente para comprender la norma no puede motivarse por ella.
- Quien posea una comprensión errada de su actuación como prohibida no puede motivarse por la norma que prohíbe actuar de esa forma.
- A quien no goza de plena libertad para dirigir sus actos, no se le puede exigir que lo haga en cumplimiento de la norma.

Debe entenderse que la culpabilidad cede ante dos grupos de supuestos. El primero de ellos es el de casos de inimputabilidad, en los cuales, no resulta viable realizar el juicio de culpabilidad, porque la persona autora del injusto resulta inimputable, y se les conoce también con el nombre de “causas de inculpabilidad”. El segundo grupo es el de las denominadas, estrictamente, causas de exculpación, tales como el estado de necesidad exculpante, el miedo insuperable, la obediencia debida y el error de prohibición.

5.3.1 La inimputabilidad

Nuestro Código Penal indica en el artículo 42:

> *Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la consciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes.*

5.3.1.1 Concepto

Velásquez define la imputabilidad de la siguiente forma:

> *Conjunto de presupuestos e índole psicológico emanados de la personalidad del autor al momento de realizar el hecho, traducidos en la aptitud para comprender el carácter injusto del mismo y para dirigir su accionar conforme a dicha comprensión. El juicio que se realiza no se agota en un contenido psicológico- psiquiátrico, sino que se traduce en un juicio cultural de carácter complejo que abarca también lo normativo. No se es imputable en abstracto, sino en concreto, en un contexto social, cultural, histórico y antropológico determinado donde la persona actúa. […] La condición de inimputabilidad se presenta cuando la persona al momento de cometer el hecho, atendidas las condiciones político –sociales y culturales concretas, no se encontraba en capacidad de comprender la ilicitud de su actuar y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por padecer trastorno mental, inmadurez psicológica o cultural.* (Velásquez, Derecho Penal. Parte General, 2009).

De forma más puntual, la imputabilidad es aquella condición de capacidad de la persona para comprender la ilicitud o ilicitud de sus actos y actuar conforme a esa comprensión.

Es importante entender también que no siempre este ha sido el concepto de imputabilidad, por lo que debe tenerse el cuidado de entender que han existido otras posiciones que la conceptualizan de forma distinta y que no significan necesariamente lo mismo.

En este sentido, se ha expuesto:

> *1. Imputabilidad como capacidad de acción: fue mantenida por autores como Binding y Mayer, quienes subrayan esta identidad estructural entre la imputabilidad y la capacidad de acción. En el momento presente, sin embargo, la doctrina resulta insostenible, por cuanto la sistemática impuesta en el marco de la teoría del delito obliga a una nítida distinción entre cada una de las categorías dogmáticas que la integran, impidiendo toda confusión entre el elemento acción y la imputabilidad ligada a la categoría de la culpabilidad. Y ello no sólo por razones de mera coherencia dogmática, sino, sobre todo, por la incompatibilidad objetiva de dicha concepción con el reconocimiento expreso de los inimputables […] ostentan capacidad de acción, entendida como ejercicio de la actividad finalista (desarrollo de una actuación personal dirigida a la consecución de un fin).*

2. Imputabilidad como capacidad de pena: supone la vinculación de dicha categoría dogmática a los fines político-criminales, es decir, a las exigencias de la prevención general y especial. Dicha tesis es sostenida por muchos de los autores que desarrollan una interpretación preventiva de la culpabilidad. En consonancia con las mismas, queda condicionado el contenido del ámbito aplicativo de las causas de inimputabilidad en función del efecto preventivo de las mismas. […] La referida concepción resulta rechazable, no sólo con base en su fundamentación teórica, sino por lo inaceptable de las consecuencias dogmáticas que implica. En este sentido, cabe oponer a la argumentación sostenida por los autores partidarios, que ello conduce a una absolutización de los criterios preventivos en el ámbito de dicha categoría. Ello merece ser criticado pues en definitiva se condiciona la eficacia de la exención por inimputabilidad a circunstancias completamente extrañas al estado del sujeto al momento de la comisión del hecho (culpabilidad por el hecho) produciendo una instrumentalización del individuo en aras a la consecución de determinadas finalidades sociales.

3. Imputabilidad como capacidad de entender y querer: es la formulación establecida en el Código Penal italiano, y coherentemente, doctrina dominante en dicho país en materia de inimputabilidad. Dicha concepción ha dicho, sin embargo, rechazada por numerosos autores que, de faltar la capacidad de entender y querer, lo que estaría ausente sería la acción como primer elemento del concepto de delito. […]

4. Imputabilidad como capacidad de culpabilidad: supone la capacidad del sujeto de comprender la ilicitud del hecho cometido o de actuar conforme a dicha comprensión. Ello implica una cierta normalidad biopsicológica de la persona actuante negativamente […] como ausencia de una situación de anomalía o alteración psíquica del autor […]. (Urruela, 2004).

Dicho lo anterior, el análisis de imputabilidad se sustenta en criterios biológicos-psicológicos y psiquiátricos, en los cuales se analiza la presencia de afectaciones o patologías que afectan de manera importante la capacidad de culpabilidad. Esto implica contar con las condiciones necesarias para la comprensión de la ilicitud de su hecho.

El conocimiento del injusto, de la prohibición o de la ilicitud como segundo elemento conformador de la culpabilidad implica que quien actuó debe tener la comprensión del injusto que cometió, esto es, que el injusto realizado está prohibido y sometido a pena.

El tercer elemento es la exigibilidad de comportamiento conforme a la norma o al derecho, cuya exigencia se exceptúa cuando se presenta un estado de necesidad exculpante (ante la afectación de bienes de igual valor), o bien, cuando sobre la persona actuante opera una coacción, amenaza o miedo insuperable.

5.3.1.2 Fórmulas para determinar la inimputabilidad[22]

1. Biológicas o psiquiátricas

Consideran la causa que origina el fenómeno sin considerar sus efectos y describen patologías psiquiátricas ante las cuales se considera a la persona como inimputable. Es una posición de carácter positivista cientificista en que inimputabilidad es sinónimo de enfermedad mental, por lo que determinar la imputabilidad de una persona se reduce a establecer la presencia de enfermedad mental o no. Por tanto, al ser un asunto exclusivamente psiquiátrico, quien determina la imputabilidad o inimputabilidad de una persona se reduce a un diagnóstico.

2. Psicológicas

Lo que interesa es el efecto y no la casa, por lo que inimputable es quien no tenga capacidad de comprender la ilicitud y/o determinarse con esa comprensión. Inimputable es quien no cuenta con capacidad para entender. El problema se ve reducido a un tema de comportamiento, de psicologización, por lo que será el diagnóstico psicológico el que determine si se es inimputable o no.

3. Fórmulas mixtas

Considera tanto la causa como los efectos producidos. La inimputabilidad es el resultado de la valoración de las condiciones psiquiátricas, psicológicas y jurídicas, y será la persona juzgadora la que determine si se es inimputable o no.

5.3.1.3 La imputabilidad disminuida

La imputabilidad disminuida es también abordada en textos doctrinarios como semi-imputabilidad.

Tal y como sostiene Urruela, las legislaciones pioneras en el abordaje penal del tema fueron el Código Penal alemán de 1871 y el Código Penal italiano de 1889[23].

El Código Penal señala lo siguiente en su artículo 43:

> *Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.*

La imputabilidad disminuida, como su nombre lo indica, es la capacidad disminuida de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme con esa comprensión.

22 Pueden verse en Velásquez, 2009.
23 Urruela (2004), p. 185.

Al igual que, para el caso de la inimputabilidad, para la imputabilidad disminuida las causas son las mismas, es decir, la enfermedad mental y la grave perturbación de la consciencia. En cuanto a la enfermedad mental, puede tratarse de una variedad amplia de afectaciones, enfermedades, síndromes, etc. Por su parte, en cuanto a la perturbación grave de la consciencia, debe ser de un calibre tal que permita a la persona actuar, pero bajo una condición o estado, en el que resulta inviable exigirle responsabilidad.

En este orden de ideas, el artículo 44 del Código Penal dispone:

> *Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare al momento de colocarse en tal estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiere sido facilitar su realización o procurarse una excusa.*

En relación con la perturbación de la consciencia, la Sala Tercera ha sostenido lo siguiente:

> *III- […]No obstante ello no existe elemento probatorio alguno que indique que el imputado estuviera en ese momento incapacitado para comprender el carácter ilícito del hecho. Por otra parte, el consumo de alcohol que realizó el imputado fue voluntario, y con pleno conocimiento de que cuando toma licor se vuelve violento y agresivo, ya que no era la primera vez que lo hacía, razón por la cual es aplicable el numeral 44 del Código Penal que indica: " Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado, y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiere sido facilitar su realización o procurarse una excusa" . La jurisprudencia de Casación ha venido interpretando este numeral indicando: "El numeral 42 antes citado admite la posibilidad de que la culpabilidad pueda excluirse cuando el agente -al momento de la acción u omisión- no posea la referida capacidad de comprensión, o de determinarse de acuerdo a ello, cuando se deba a una enfermedad mental o a una grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes. Cuando no se elimina sino que se disminuye esa condición para ser imputable, estaremos ante la hipótesis del artículo 43 ibídem. Es claro que las situaciones antes descritas se presentarán cuando el agente activo no se haya colocado voluntariamente en este estado, sino que -por ejemplo- un tercero le haya obligado a ello, o cuando no pueda predicarse una culpa por tratarse de un comportamiento del todo accidental; de lo contrario estaremos en presencia de la hipótesis que regula el artículo 44 ibídem. En efecto, este juicio de culpabilidad -por principio general- debe establecerse al momento en el que se despliega la conducta, aunque habrá casos excepcionales -cuando el agente actúa sin ese conocimiento donde ese juicio debe retrotraerse al momento en el que el mismo se colocó en tal estado, es decir , la culpabilidad se funda no en el comportamiento ilícito que se ejecutó (pues el mismo se dio cuando el agente ya se encontraba en estado de inimputabilidad), sino más bien en el momento anterior. En este sentido el citado artículo 44 prevé varias*

situaciones: a) El agente provoca la perturbación de su conciencia, es decir, se coloca en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, en virtud de un acto culposo. Este sucedería, por ejemplo, cuando un sujeto -sin estar seguro de la naturaleza de la sustancia y sin guardar el mínimo cuidado- la ingiere, produciéndole la eliminación o disminución de su capacidad de comprensión, o de adecuar su comportamiento a ésta. b) El sujeto, a sabiendas de que la bebida que se le presenta le colocará en estado de inimputabilidad, voluntaria y conscientemente la toma, es decir, se coloca dolosamente en ese estado. c) El agente perturba voluntaria y conscientemente su capacidad con el deliberado propósito de facilitar la realización del hecho (ya sin capacidad de conocer su carácter ilícito o de adecuarse a ese comportamiento), o de procurarse una excusa. En esta última situación -que constituye la actio libera in causa en sentido estricto- la pena- respectiva podría agravarse. Según las anteriores consideraciones, en el caso concreto -de acuerdo a los hechos probados del fallo- el encartado de forma consciente y voluntaria, sin que nadie lo obligara a ello, y sabiendo que cuando se encuentra ebrio realiza acciones violentas sin conocimiento de su carácter ilícito, decidió colocarse en estado de inimputabilidad. Una vez en dicha condición, con su capacidad de motivarse en la norma ligeramente disminuida, realizó los comportamientos típicos y antijurídicos que describe el pronunciamiento. Debido a lo anterior, resulta claro que la actuación del encartado se ubica en la hipótesis antes identificada como b), es decir, se colocó dolosamente en ese estado de perturbación de su conciencia, por lo cual en la especie no resultan aplicables los artículos 42 y 43 antes analizados. (Sala Tercera, 2003-0257).

Es importante recalcar las tres posibilidades que abarca el artículo 44 del Código Penal:

a) El agente provoca la perturbación de su conciencia, es decir, se coloca en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, en virtud de un acto culposo. Este sucedería, por ejemplo, cuando un sujeto -sin estar seguro de la naturaleza de la sustancia y sin guardar el mínimo cuidado- la ingiere y le produce la eliminación o disminución de su capacidad de comprensión, o de adecuar su comportamiento a esta.

b) A sabiendas de que la bebida que se le presenta lo colocará en estado de inimputabilidad voluntaria y el sujeto conscientemente la toma, se coloca dolosamente en ese estado.

c) El agente perturba voluntaria y conscientemente su capacidad con el deliberado propósito de facilitar la realización del hecho (ya sin capacidad de conocer su carácter ilícito o de adecuarse a ese comportamiento) o de procurarse una excusa.

En otro fallo, la Sala Tercera sostuvo lo siguiente:

III. Para solucionar adecuadamente el reclamo de la defensa es necesario hacer algunas consideraciones de fondo en cuanto a la particular regulación que presentan los artículos 42 y 43 del Código Penal en relación a la culpabilidad. Nuestro ordenamiento jurídico

penal recoge lo que se ha dado en llamar en doctrina la teoría normativa de la culpabilidad, en virtud de la cual el juicio de reproche sobre el autor de un hecho típico y antijurídico descansa, no en la vinculación subjetiva del mismo con el hecho (como lo sostenía la teoría psicológica), sino en la capacidad del agente -la que se debe fijar al momento del hecho- de conocer el carácter ilícito de sus actos y de adecuar su conducta a dicho conocimiento: "[...] La teoría psicológica fue reemplazada por la teoría normativa de la culpabilidad [...] el que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir, si podía obrar de otra manera ... en este sentido se distingue en primer término la cuestión de la capacidad de comprender la antijuricidad y de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión (la llamada imputabilidad) [...]" Bacigalupo (Enrique), "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL", ediciones Akal S.A., Madrid. 2ª edición, 1990. Página 173. El numeral 42 antes citado admite como posible que la culpabilidad pueda excluirse cuando el sujeto -al momento de la acción u omisión- no posea la referida capacidad de comprensión, o de determinarse de acuerdo a ella, cuando se deba a una enfermedad mental o a una grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes. Cuando no se elimina sino que se disminuye esa condición para ser imputable, estaremos ante la hipótesis del artículo 43 ibídem. Es claro entonces que las situaciones antes descritas se presentarán cuando, como es el caso que nos ocupa, el agente activo no se haya colocado voluntariamente en este estado sino que padece de alguna enfermedad mental que altera esa capacidad de comprensión. Además, por principio general (aunque habrá casos excepcionales donde ese juicio deberá retrotraerse al momento en el que el mismo se colocó en tal estado, donde se aplicarán las reglas de la actio libera in causa) este juicio de culpabilidad deberá establecerse al momento en el que se despliega la conducta. IV.- Según el anterior análisis teórico, resulta claro que la decisión que se impugna incurre en un grave yerro de fondo, pues condenó al acusado a sufrir una pena privativa de libertad como autor responsable de las conductas ilícitas investigadas y ordenó con base en ello la inscripción del fallo en el registro judicial, a pesar de tenerse como un hecho probado que -al momento de darse los comportamientos- el mismo adolecía de imputabilidad disminuida. Tal y como el mismo órgano de instancia lo razonó adecuadamente, en el caso que nos ocupa no se dan todos los elementos necesarios para que se configure una acción que pueda generar una consecuencia o reproche jurídico-penal, ello por cuanto si bien existen acciones típicas y antijurídicas, no se configuró la culpabilidad. En relación a este tema, incluso, la Sala Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que "[...] lesiona dicha garantía constitucional (el debido proceso), la sentencia condenatoria que se dicte contra un inimputable [...]", voto Nº 8383-97, de las 16 horas del 09 de diciembre de 1997).[…]". Sala Tercera. Voto 1254-1999.

Precisamente sobre los componentes de la culpabilidad y, con un mayor detalle de la imputabilidad, la Sala Tercera expuso lo siguiente en su voto 1922-2014:

[…] a través de la doctrina y la jurisprudencia se han delimitado los elementos que conforman la culpabilidad, y se ha dispuesto: "Como componentes de la culpabilidad se tienen, en consonancia con lo dicho, la i) capacidad de culpabilidad, conocida como imputabilidad; la ii) capacidad de adecuarse a esa comprensión o reprochabilidad; iii) la exigibilidad del comportamiento conforme a la norma. […] Surgen varios presupuestos que hacen de la culpabilidad una exigencia ineludible en un sistema respetuoso de los derechos fundamentales:

i) se es culpable si se tiene la capacidad de comprender –en general- el carácter ilícito o no de las conductas; ii) se es culpable además si teniendo esa capacidad, se puede obrar conforme a ese conocimiento, escogiendo libremente el comportamiento que se adecue o que no lesione la norma; iii) si se escoge libremente la conducta transgresora, la sanción que el tipo penal establece, deberá ser individualizada como reproche en el caso concreto, considerando las especiales condiciones de la persona a sancionar y delimitando la pena según el reproche que se le pueda hacer". (Sala Tercera, resolución número 1020-2005 de las 09:00 horas del 09 de setiembre de 2005). Estos componentes se extraen de lo normado en el ordinal 42 del Código Penal, que ordena: "Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no condicionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes". En sentido positivo, una persona es imputable, cuando posee todas sus capacidades físicas y psíquicas para comprender y determinar su conducta. Si se logra determinar que existen trastornos o alteraciones que "condicionan" o limitan esas capacidades en el sujeto, en su libre autodeterminación, sea por factores internos o externos, impediría acreditar el reproche de su conducta. "La determinación de si existe o no una enfermedad mental, o un grave trastorno de la conciencia, es relevante en tanto esos fenómenos inciden en la capacidad de comprensión y en la capacidad de voluntad del sujeto, en relación con un ilícito penal. En consecuencia nuestra jurisprudencia asume que la imputabilidad en el derecho penal posee dos niveles de análisis: a) El primero de ellos donde se requiere el diagnóstico o determinación psicológica o psiquiátrica sobre la existencia de enfermedades mentales o de graves trastornos de la conciencia. B) El segundo se refiere a la incidencia o no de estos fenómenos en la capacidad de comprensión y voluntad respecto de lo prohibido y penado por el derecho. Es decir, que el sujeto pueda, desde sus facultades psíquicas, comprender el carácter ilícito del hecho, y pueda dirigir su comportamiento de acuerdo a esa comprensión". (Rojas Chacón, José Alberto; Sánchez Romero, Cecilia, Teoría del delito, aspectos teóricos y prácticos, Tomo II, Poder Judicial, 2009, pp. 290-291). Esta aproximación doctrinal es relevante, en tanto permite discernir entre el análisis del conocimiento y voluntad que corresponde al dolo, respecto del examen de estos mismos elementos pero en el ámbito de la culpabilidad, separación que con toda claridad ha delimitado esta Sala en diferentes pronunciamientos, y se ha desarrollado ampliamente en el voto 1020-2005, que se citó con anterioridad, que también destacó: "Verificado, según lo que se ha expuesto, que la culpabilidad es una exigencia constitucional y que se concreta en el reproche que corresponda hacer a la persona que ha realizado una conducta típica y antijurídica –el injusto penal-, deben tenerse presente además los elementos que le corresponden como integrante de la teoría del delito y según los lineamientos de la teoría normativa desarrollados: capacidad de culpabilidad o imputabilidad, capacidad de adecuación y exigibilidad. "[…]En el ámbito de la culpabilidad sí nos interesa el análisis de la persona, se analizan los motivos que guían al autor en la formación de su voluntad, por ello es que decimos que la culpabilidad es la reprochabilidad. La base del reproche es el poder exigirle al sujeto que pudiendo obrar de otra manera, lo hizo lesionando el bien jurídico mediante un hecho ilícito […] Por supuesto que esta esfera de escogencia tiene que encontrarse dentro de su ámbito de libertad, si el sujeto tiene un ámbito reducido por una circunstancia extrema de peligro o por un problema interno (paranoia, psicopatía, esquizofrenia, etc.) ya no tendría el mismo ámbito de decisión y por lo tanto el reproche ya no tendría razón de ser […]" Issa El Khoury, Henry. Chirino Sánchez, Alfredo. Metodología de resolución de conflictos en materia penal, San José,

ILANUD. Proyecto Técnicas de Resolución de Conflictos en Materia Penal, 1991. p. 160". En el caso concreto, es importante hacer notar que justamente se ponderó por los jueces de alzada, que la conducta de la acusada, si bien típica y antijurídica, no resultaba culpable, en razón de que su autodeterminación se vio condicionada por los trastornos de personalidad inestable y dependencia del alcohol que presenta, sin que ello implique que su voluntad de realización del hecho sea inexistente, como lo plantea el recurrente. A continuación detalla este mismo pronunciamiento de la Sala: "En cuanto a la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta, en realidad se trata no del conocimiento jurídico, sino el general. Se valora si la persona es capaz mentalmente para comprender, de conformidad con la consideración de la persona promedio, el carácter ilícito –contrario a derecho- de su conducta y la capacidad de adecuar su comportamiento a esa comprensión. "[…] Primero vamos a examinar si el sujeto es una persona capaz, mentalmente hablando, para detectar si puede ingresar al conocimiento de la prohibición para a partir de allí hacer un juicio de conciencia de la antijuridicidad, para ver si el sujeto puede dirigir sus actos de acuerdo con el conocimiento que se tenga de la norma […]" (Issa y Chirino, op.cit. p. 163). Se trata de una capacidad para captar el mensaje normativo, de comprenderlo, interiorizarlo y luego, valorar su capacidad para adecuar su conducta a ese conocimiento. Al respecto, esta Sala ha señalado: "[...]En esencia, y partiendo de lo dicho, el análisis de culpabilidad, se concreta a la tarea judicial de reprochar el injusto al autor, esto es, de proceder a investigar la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión. El injusto sigue conservando sus características de ser una conducta que es típica y antijurídica; por ende, si el tipo realizado es doloso, la conducta permanece dolosa en el juicio de reproche. Por la misma razón, para un correcto examen de la culpabilidad, lo que sí interesa al juez es el examen de los extremos que permiten entender que el sujeto ha actuado conforme a un ámbito de libertad y de interiorización de la pauta normativa en la esfera paralela del lego. Esta tarea de "interiorizar" consiste en conocer la pauta normativa y, además, introducirla en el contexto general de las valoraciones personales que inspiran el comportamiento del sujeto en sociedad. De lo anterior resulta que si el autor de un hecho típico y antijurídico (un injusto) ha realizado la conducta pero carece totalmente de la comprensión del carácter ilícito del hecho (primer nivel del juicio de culpabilidad según el artículo 42 del Código Penal) por alguna razón que bien puede ser psicopatológicamente inducida, o culturalmente condicionada, no se le puede reprochar la conducta típica y antijurídica que ha realizado y por ende no es posible imponer una pena". Sobre este último aspecto, se puede evidenciar como el Tribunal de Apelación realiza un estudio apropiado de la prueba psiquiátrica pericial practicada a la encartada, en tanto se concluye que la misma ostenta la capacidad de comprender la ilicitud de sus actos, pero encuentra limitadas sus capacidades para actuar conforme a esa comprensión, en virtud de las afecciones que padece. Finalmente, se apunta en el precedente jurisprudencial en cuestión: "[…] El principio de legalidad criminal contenido en el artículo primero del Código Penal y ya recogido constitucionalmente en el artículo 39, establecen el principio de "nulla poena sine culpa". En virtud de este último el reproche personal de una conducta se hace en razón de que la persona no ha respondido a los deberes impuestos por las prohibiciones y mandatos del Derecho a pesar de haber podido hacerlo. La reacción penal, pues, no brota meramente de la antijuridicidad de la conducta, sino también de que siendo exigible una conducta distinta el sujeto no ha respondido al mandato jurídico. Es este el contenido del examen jurídico del reproche y es un correlato singular y esencial de la protección hecha por nuestra Carta Fundamental de 1949 a la dignidad humana. Existen aspectos que reducen o excluyen del todo la exigibilidad de esta conducta conforme al

Derecho. El artículo 42 del Código Penal establece dos niveles clarísimos para determinar la capacidad de culpabilidad. El legislador al describir estos niveles escogió la fórmula en boga a finales de los años setenta y que respondía a intereses político-criminales más cercanos a una vocación garantista del derecho penal. Dispone el artículo 42 ya citado que es "inimputable" el sujeto que "[...] en el momento de la acción u omisión no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión [...]" Esa "o" es excluyente lo que significa que en realidad se está hablando de dos niveles y, de ahí que pueden existir hipótesis donde el sujeto haya podido tener capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho pero no así haya podido determinarse de acuerdo con lo que ha comprendido y, viceversa. Es el análisis de estas hipótesis lo que preocupa al legislador cuando, a título meramente ejemplificativo, procede a indicar que la enfermedad mental, la grave perturbación de la conciencia (provocada o no) por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes, pueden incidir en ambos niveles del análisis del reproche. Todas las causas de exclusión del reproche (también llamadas causas de inculpabilidad) son supuestos de inexigibilidad de otra conducta y esa es su verdadera naturaleza jurídica. Cuando un juez encuentra que no puede imponer una pena porque el sujeto, por ejemplo, ha actuado bajo un supuesto de coacción o de miedo insuperable que le ha coartado su capacidad de autodeterminarse conforme a su comprensión de lo ilícito, debe concluirse que no se trata de justificación de la conducta del inculpable sino que simplemente no existe fundamento para el reproche jurídico penal. Las causas de inculpabilidad no son causas que eliminan la antijuridicidad de la conducta; su razón de ser jurídico-penal es simplemente reducir o hacer desaparecer el reproche personal del injusto [...]" 561-93 de las 9:45 horas del 15 de octubre de 1993 de esta Sala. Así, queda claro que la dimensión de análisis del juicio de culpabilidad o reproche, requiere los tres estadios señalados que deben estar presentes para reprochar la conducta a su autor. Podrían afectarlos problemas como el error de prohibición, el culturalmente condicionado que afectarían en distinta medida al reproche o lo eliminarían del todo, o bien situaciones de coacción o incapacidad de adecuación que conducirían a la exclusión del reproche por inexigibilidad de una conducta diversa.

Del anterior voto, podemos extraer varias ideas fundamentales que resultan importantes al momento de desarrollar el tema de la culpabilidad.

1. **Culpabilidad y reproche**

Según la referida sentencia, la culpabilidad es una "*exigencia constitucional"* que se concreta en un "*reproche"* que se realiza a quien efectuó la conducta típica y antijurídica (injusto penal), contando con "*capacidad de culpabilidad o imputabilidad, capacidad de adecuación y exigibilidad".*

En la culpabilidad, se realiza un análisis de la persona actuante, principalmente de aquellos que motivaron o guiaron en la formación de su voluntad y, por eso, se habla de un *"reproche".* El reproche es precisamente el reclamo que se hace al exigírsele que, pudiendo haber actuado de otra forma, lo hizo afectando un bien jurídico, lo cual realizó dentro de un ámbito de libertad.

2. **Elementos que conforman la culpabilidad**

El voto comentado considera como componentes de la culpabilidad los siguientes:

i) capacidad de culpabilidad, conocida como imputabilidad;

ii) capacidad de adecuarse a esa comprensión o reprochabilidad;

iii) la exigibilidad del comportamiento conforme a la norma.

3. Presupuestos de la culpabilidad

Por otra parte, la resolución sostiene que los presupuestos para el juicio de culpabilidad son:

> *i) se es culpable si se tiene la capacidad de comprender –en general- el carácter ilícito o no de las conductas;*
>
> *ii) se es culpable además si teniendo esa capacidad, se puede obrar conforme a ese conocimiento, escogiendo libremente el comportamiento que se adecue o que no lesione la norma;*
>
> *iii) si se escoge libremente la conducta transgresora, la sanción que el tipo penal establece, deberá ser individualizada como reproche en el caso concreto, considerando las especiales condiciones de la persona a sancionar y delimitando la pena según el reproche que se le pueda hacer.*

4. Imputabilidad

La Sala Tercera señala que una persona es imputable cuando es poseedora de las capacidades físicas y psíquicas para comprender y determinar su conducta. Si se cuenta con afectaciones que condicionen o limitan las capacidades de la persona, propiamente en su libre autodeterminación, ya sea por causa de factores internos o externos, como enfermedad mental o grave trastorno de la conducta, estos impedirían realizar el reproche de la conducta. Se agrega que se trata de la comprensión general del carácter ilícito de la conducta.

5. Niveles de análisis de la imputabilidad

El texto jurisprudencial que se analiza refiere que la imputabilidad cuenta con dos niveles de análisis:

> *a) El primero de ellos donde se requiere el diagnóstico o determinación psicológica o psiquiátrica sobre la existencia de enfermedades mentales o de graves trastornos de la conciencia.*
>
> *b) El segundo se refiere a la incidencia o no de estos fenómenos en la capacidad de comprensión y voluntad respecto de lo prohibido y penado por el derecho. Es decir, que el sujeto pueda, desde sus facultades psíquicas, comprender el carácter ilícito del hecho, y pueda dirigir su comportamiento de acuerdo a esa comprensión.*

Esta existencia de dos niveles se deriva del propio artículo 42 del Código Penal, el cual refiere como *“inimputable” al sujeto que:*

> *[...] en el momento de la acción u omisión no posea la capacidad de comprender el carácter*

ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión...", considerándose que esa *"o" es excluyente lo que significa que en realidad se está hablando de dos niveles y, de ahí que pueden existir hipótesis donde el sujeto haya podido tener capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho pero no así haya podido determinarse de acuerdo con lo que ha comprendido y, viceversa.*

5.3.1.4 Perturbación provocada y actio libera in causa

Se ha definido como aquella acción, cuya causa decisiva fue puesta por quien actuó de forma libre y bajo condición de imputabilidad, pero que el resultado se produjo cuando la persona autora se encontraba ya bajo un estado de inimputabilidad[24].

Recodemos lo que se dispone en el artículo 44 de nuestro Código Penal:

> *Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aun podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiere sido facilitar su realización o procurarse una excusa.*

Al respecto, Harbotle sostiene:

> *En resumen, la actio libera in causa (ALIC) resulta aplicable a los casos donde hay un estado de incapacidad de culpabilidad al momento de la comisión del hecho. Para poder responsabilizar penalmente a nivel doloso, es necesario que el sujeto activo además de querer provocarse dolosamente su inimputabilidad, haya querido lesionar el bien jurídico, ello en el momento de provocarse dicho estado, para cumplir así con el requisito del doble dolo en el momento de la provocación, y ua siendo inimputable, lesionar el bien jurídico dolosamente. SI se considera que, en el momento de ingerir alcohol o drogas, el sujeto pudo prever o debió haber previsto la comisión del delito en concreto, esa omisión del deber objetivo de cuidado, permitirá hacer responder, en su caso, como autor de un delito imprudente –sea por culpa consciente o inconsciente- y no, en absoluto, de un delito doloso. Distinto es el supuesto en el que puede afirmarse la responsabilidad penal por dolo eventual si se determina que el autor conocía su agresividad y el efecto potenciador que el alcohol o la droga produce en su organismo, toda vez que era consciente del peligro que creaba con su conducta.* (Harbotle, 2012).

24 Maurach (1994).

En cuanto a la *actio libera in causa*, la Sala Tercera se ha pronunciado al efecto:

El Tribunal expone sus argumentos haciendo parecer, en primer lugar que no se configuró la tipicidad subjetiva (no se demostró el dolo de la conducción en estado de ebriedad), y luego que en todo caso el sujeto resultaba inimputable por la ingesta alcohólica. Sin embargo, al analizar con detalle la argumentación del ad quem, resulta claro que la exposición invierte el orden de sus argumentos. En realidad los Juzgadores consideran que no hubo tipicidad porque no se configuró el doble dolo (durante la conducción y previo a la conducción del vehículo), pero resulta que este doble dolo sólo es necesario a la luz de la figura de la actio libera in causa, regulada en nuestro ordenamiento en el artículo 44 del Código Penal. La que a su vez sólo resulta aplicable cuando se ha determinado que el agente era inimputable porque no podía comprender el carácter ilícito del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de un trastorno de la conciencia, en este caso provocado por el alcohol. Es decir, el Tribunal parte de la inimputabilidad del sujeto para luego, en aplicación de la actio libera in causa, exigir un doble dolo que en su criterio no se demostró. Sin embargo, y ***aquí radica el yerro fundamental del voto de mayoría*** *-que con acierto señala el Juez minoritario Porras Villalta-, en este asunto ni la defensa alegó alguna vez el punto, ni existe una sola evidencia que al menos haga dudar sobre la imputabilidad del encartado JDAU. De hecho, el Tribunal de Apelación opta por pronunciarse de oficio respecto a este supuesto vicio, a pesar de que el recurso de la defensa no lo menciona en absoluto. De manera que, a pesar de la inversión expositiva de los argumentos, lo cierto es que todo el razonamiento del voto de mayoría parte del supuesto de que el encartado era inimputable, y sin embargo esto nunca fue demostrado o siquiera argüido. Para justificar esta posición los Jueces de mayoría presentan una serie de razones que esta Cámara no comparte: (i) En primer lugar sostienen, con base en algunas citas de un tratado sobre medicina legal, que cualquier ingesta alcohólica provoca algún grado de inimputabilidad. Esta afirmación no es de recibo, en primer lugar porque no encuentra asidero en las citas efectuadas. En ellas lo que se extrae únicamente es que la embriaguez intensa anula la capacidad de conocer e inhibir, y que en la intoxicación leve el sujeto mantiene su capacidad de conocer aunque en ocasiones se debilitan las posibilidades inhibitorias. Como puede verse, esto no es suficiente para afirmar que el encartado era inimputable y que toda ingesta alcohólica produce algún grado de inimputabilidad, especialmente porque no se define la embriaguez intensa y la intoxicación leve, con lo cual es imposible determinar si el acusado presentaba alguna de ellas. Luego el voto de mayoría hace otro salto argumentativo cuando indica que, aunque los efectos del alcohol varían en cada persona, en el 75% de las personas una ingestión de 1.20 a 1.5 gramos de alcohol por kilogramo de peso produce embriaguez, y que por lo tanto el encartado era inimputable. Aquí el Tribunal no explica cómo determinó que el encartado pertenece a ese 75%, y no al otro 25% que no se embriaga con dicha ingesta. Aún más, es imposible arribar a dicha conclusión sin considerar el peso del sujeto y su acostumbramiento al alcohol etílico. Como puede apreciarse, sobre este punto la equivocación de los Jueces radica en pretender definir rubros*

*absolutos para los niveles de ebriedad, y a su vez derivar de manera indefectible de estos rubros una situación de inimputabilidad. Este proceder es contrario a las reglas de la experiencia y de la ciencia, pues tanto la capacidad de culpabilidad como el efecto del alcohol en ella, son cuestiones que deben determinarse en cada caso concreto, respecto a hechos y sujetos específicos, y no con base a pretendidos criterios de prueba tasada que carecen de respaldo legal y científico. Como se indica en el mismo texto citado por los Juzgadores: "Las dosis tóxicas del alcohol etílico son variables con las circunstancias individuales y, más específicamente, con el acostumbramiento del sujeto. No obstante, la experimentación y la clínica permiten conocer los valores medios de su toxicidad, aun cuando sólo sea a título de orientación." (Gisbert Calabuig, J.A. (1998). Tratado de Medicina Legal y Toxicología. Barcelona: Masson, 5ta Edición. p. 767). (ii) Como segunda razón para respaldar la inimputabilidad del encartado, el voto de mayoría señala que de acuerdo con el propio contenido del tipo es irremediable que cuando este se configure el agente sea inimputable, ya que el legislador definió el rubro de 0.75 gramos de alcohol por litro de sangre precisamente porque a partir de este se inicia la pérdida de facultades. Siguiendo los razonamientos del punto anterior, esta posición no es de recibo porque: 1) el efecto del alcohol en una persona sólo puede definirse en cada caso concreto; 2) no corresponde al legislador, ni al tipo penal, determinar si en un hecho particular un sujeto era o no imputable; esta es una tarea que el ordenamiento jurídico deja en resguardo de los jueces (si bien para ello deben valerse de la experticia pericial médica). (iii) Por último tampoco lleva razón el Tribunal cuando afirma que es responsabilidad del Ministerio Público demostrar la imputabilidad, y que cómo no lo hizo la duda debe favorecer al acusado. Aquí el Tribunal se refiere al primer sub-elemento de la culpabilidad, la capacidad de culpabilidad. Sin embargo, a pesar de la respetable posición de los señores Jueces, tanto la Sala Constitucional como esta Cámara han determinado que: "De lo expuesto se concluye que existe suficientes pronunciamientos de la Sala que si bien dejan claramente establecida la necesidad de una fundamentación adecuada y suficiente en relación con las cuestiones de imputabilidad, lo cierto es que ha se estimado que ellas quedan cubiertos en la generalidad de los casos, con la convicción y subsecuente declaración del Tribunal con respecto a la atribución de responsabilidad al acusado, ello por supuesto con excepción de aquellos casos ya sea de oficio o a instancia de parte, el tema sea objeto de cuestionamiento concreto y específico, en el momento procesal correspondiente." (**Sala Constitucional, Sentencia No. 2005-11274, de las 15:12 horas, del 24 de agosto de 2005**). "Como puede apreciarse, en la legislación costarricense (tal como sucede en la mayoría de países de tradición jurídica continental) se ha optado por realizar una definición negativa del concepto de imputabilidad: será imputable, quien no se encuentre en algún supuesto (enfermedad mental, grave trastorno de conciencia) de inimputabilidad. […] Si se atiende la manera en que el legislador optó por regular el tema, es claro de que se parte de la presunción de que en la vida en sociedad este estado de normalidad psíquica, en el caso de los adultos, usualmente existe. Esto justifica la adopción de una presunción legal iuris tantum para las*

*personas mayores de edad, según la cual se entiende que la imputabilidad normalmente existe. Es a partir de esa redacción legal que esta Sala ha entendido que no es la imputabilidad la que debe probarse (puesto que se presume para el promedio de las personas adultas), sino su ausencia, en supuestos de enfermedad mental o de graves trastornos de la conciencia (estos últimos también provocados por la ingesta de alcohol o de sustancias enervantes). De modo que, cuando existan razones de peso para considerar que aquella presunción no debe operar (por ejemplo, debido a un comportamiento anormal del acriminado) o simplemente, cuando en el momento procesal oportuno así lo solicite la defensa, deberán ordenarse los exámenes periciales respectivos, con el fin de precisar si concurre o no algún motivo de exclusión de la imputabilidad. En el caso particular que se analiza nunca se presentaron ni razones de peso que hicieran dudar al Tribunal del estado de normalidad psíquica del acriminado al momento de los hechos, ni tampoco se dio gestión alguna por parte de la defensa técnica o del imputado para alegar una situación generadora de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida o para solicitar las pericias útiles con el fin de precisar o desechar su existencia." (**Sala Tercera, Sentencia No. 2010-0957, de las 16:30 horas, del 14 de septiembre de 2010**). Como puede verse, nuestro sistema penal parte de la imputabilidad (normalidad psíquica) como regla, y es la inimputabilidad la que debe demostrarse. De manera que cuando no haya sido alegado por la defensa o el imputado, ni existan elementos que sugiera un posible estado de inimputabilidad durante la comisión del hecho, resulta innecesario demostrar que el sujeto era imputable. Lo anterior fue precisamente lo ocurrido en este asunto: al no existir un solo cuestionamiento a la imputabilidad del encartado o alguna duda al respecto, dicho punto no fue objeto de debate y se tuvo por demostrado. A pesar de ello, de oficio el Tribunal de Apelación decidió declarar la inimputabilidad del encartado, sin referirse en absoluto a la prueba del caso concreto (con excepción de la alcoholemia) y basándose en razones que, como ya se expuso, son violatorias de las reglas de la sana crítica.* Sala Tercera. Voto 806-2014.

De esta resolución, puede extraerse algunas conclusiones de interés:

- En nuestro Código Penal, se realiza una definición negativa de imputabilidad, por cuanto el artículo 42 define el concepto de la inimputabilidad. De esta forma, será inimputable quien se encuentre en alguna de las dos condiciones de inimputabilidad, las cuales son la enfermedad mental o grave trastorno de la conciencia.
- Lo anterior implica que la imputabilidad se presume *iuris tantum*, lo que debe demostrarse es la inimputabilidad.

Ahora bien, es importante señalar que el instituto de la *actio libera in causa* ha sido abordado desde distintas posiciones, no siempre pacíficas a lo largo del tiempo y en lo interno de la Sala de Casación Penal. Como ejemplo de lo anterior, puede apreciarse el siguiente voto de la Sala indicada:

ÚNICO. […] Se ocupó también esta Sala de analizar el alegato de actuación en un estado de inimputabilidad, por los efectos de ingesta alcohólica. En este sentido, se concluyó que: "[…] aun en el evento de que al momento de la comisión de los hechos, el acusado se hubiese encontrado mentalmente trastornado, ello no lo exime de responsabilidad penal. El numeral 42 del Código Penal determina que solo será considerado inimputable, quien al momento de la acción u omisión "no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes". *Aplicando la norma anteriormente señalada al caso en cuestión, claramente se colige, que la ingesta de sustancias enervantes o bebidas alcohólicas alegada por el sentenciado, resulta voluntaria y no accidental, sin que se advierta dentro del elenco probatorio, elemento alguno de juicio que determine esta última circunstancia, siendo en todo caso su "perturbación" absolutamente provocada, según lo contempla el numeral 44 del código sustantivo, lo que implica que el agente "responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiere sido facilitar su realización o procurarse una excusa"; […] Ni el Tribunal ni la Sala establecieron que el sindicado haya ingerido licor con el fin de perpetrar los delitos, como parece entenderlo el justiciable. En realidad, lo que se explica es que la ingesta de sustancias enervantes por parte de A. fue voluntaria , requisito que exige el artículo 42 del Código Penal, para la aplicación de la figura del actio libera in causa.. Lo que exige la norma, es la voluntariedad de la ingesta, no la voluntariedad de colocarse en estado de ebriedad con la idea en mente de perpetrar los delitos en esas condiciones. En tal medida, el error de valoración que le imputa A. al a quo, proviene de una errónea lectura suya de lo consignado en sentencia. […].* Sala Tercera. Voto 1249-2010.

De conformidad con la anterior resolución, es suficiente con que la ingesta de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes sea de carácter voluntario, para que se aplique la *actio libera in causa,* pues, bajo su consideración, ese es el único requisito exigido por el artículo 42. Para mayor claridad de la confrontación de posiciones, veamos el siguiente voto que reitera en cuanto a la voluntariedad de la ingesta para considerar el instituto estudiado.

La jurisprudencia de esta Sala ha sostenido reiteradamente, que la aplicación de los artículos 42 y 43 del Código Penal - los cuales regulan la inimputabilidad e imputabilidad disminuida - se limita, en el caso de ingesta de alcohol o sustancias enervantes, al consumo accidental o involuntario. Por ello se ha dicho también que en casos como el presente, en que el sujeto activo ingiere alcohol y droga de manera preordenada, la norma que resulta aplicable, es más bien el numeral 44 del Código Penal, que reza: "Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y

aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiere sido facilitar su realización o procurar una excusa". En igual sentido, ha expuesto esta Cámara lo siguiente: "... El numeral 42 antes citado admite la posibilidad de que la culpabilidad pueda excluirse cuando el agente - al momento de la acción u omisión - no posea la referida capacidad de comprensión, o de determinarse de acuerdo a ello, cuando se deba a una enfermedad mental o a una grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes. Cuando no se elimina, sino que se disminuye esa condición para ser imputable, estaremos ante la hipótesis del artículo 43 ibídem. Es claro que las situaciones antes descritas se presentarán cuando el agente activo no se haya colocado voluntariamente en este estado, sino que -por ejemplo- un tercero le haya obligado a ello, o cuando no pueda predicarse una culpa por tratarse de un comportamiento del todo accidental; de lo contrario estaremos en presencia de la hipótesis que regula el artículo 44 ibídem [...]". (Sala Tercera, número 795-97, de 16:10 horas del 7 de agosto de 1997. El subrayado es suplido). Asimismo, se ha hecho ver que: "... conforme lo ha sostenido este Tribunal en otras oportunidades, el consumo de alcohol u otras drogas no determina la aplicación de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Código Penal, a menos que dicho consumo fuere accidental o involuntario. (Ver resoluciones No. 795-97 de 16:10 horas de 7 de agosto de 1997; No. 1459-99 de 9:30 horas de 19 de noviembre de 1999, entre otras). Desde luego, en la especie no se presenta ninguna de esas dos situaciones, pues la ingesta alcohólica que, según se dice, realizó el acusado fue por completo voluntaria..." (Sala Tercera, número 1274, de 10:10 horas del 5 de noviembre de 2004. En el mismo sentido, resolución número 311, de las 10:35 horas, del 27 de marzo de 1998, también de esta Sala. El subrayado es suplido). Tal y como indica el numeral 44 del Código Penal, para la aplicación del actio libera in causa, no es necesario que el sujeto se haya colocado en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida con el propósito de cometer un delito, sino que basta que lo haya hecho en forma voluntaria. […]. Sala Tercera. Voto 1342-2013.

Precisamente, en este voto, se emitió una nota aparte con la explicación de otra posición acerca de la figura de la *actio libera in causa*, para llegar a una conclusión similar, pero bajo una apreciación distinta de los fundamentos del instituto en cuestión. Se trata de la otra posición que ha quedado manifiesta a nivel de jurisprudencia de la Sala Tercera y que ha sido expuesta principalmente a nivel de votos salvados o de notas a la sentencia. En este caso, así se indicó en esa nota:

En el voto Nº 606-2013, de las once horas y treinta minutos del veinticuatro de mayo de dos mil trece, consta mi posición al respecto, que en lo medular establece: "Ahora bien, directamente relacionado con las reglas de la inimputabilidad y de la imputabilidad disminuida, el Código Penal de Costa Rica regula una excepción a esas reglas, mediante el artículo 44, en el cual se contiene la denominada ***actio libera in causa****: "Artículo 44. Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de*

*colocarse en tal estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiera sido facilitar su realización o procurarse una excusa." Se trata claramente de una excepción al principio, contenido en los artículos 42 y 43 del Código Penal, según el cual el momento para medir la capacidad de culpabilidad es el momento en que se ejecuta la acción o el comportamiento ilícito, precisamente porque durante la ejecución del delito no hay conciencia de injusto o está disminuida por el consumo etílico o de drogas. De este modo, en casos de incapacidad de culpabilidad o de capacidad de culpabilidad disminuida al momento de la ejecución del ilícito, provocados por el uso de alcohol u otras sustancias, si es el propio autor el que ha causado previamente esos estados, el análisis se traslada a la acción precedente, anterior a la ejecución de la acción típica, es decir, se traslada al momento en que el autor se colocó en aquellos estados. Con esta manera de proceder, al autor no se le imputa directamente la acción injusta realizada en estado de exclusión o disminución de la capacidad de culpabilidad, sino que se le hace responsable por haberse colocado, dolosa o imprudentemente, en ese estado, cuando aún contaba con capacidad de culpabilidad plena. Ahora bien, el autor debe haberse colocado en los estados referidos, de manera dolosa o de manera imprudente, para la ejecución de un ilícito. Esto significa que, si la ingesta se dio de manera dolosa para realizar la acción ilícita finalmente ejecutada, esta última acción debe ser tenida como dolosa; pero también quiere decir que si la ingesta se dio de manera imprudente, el delito finalmente realizado debe ser tenido como imprudente. Como corolario de las anteriores ideas debe destacarse que el instituto de la actio libera in causa no debe aplicarse como instrumento para presumir que siempre que se da un consumo voluntario y libre de alcohol o drogas se debe excluir la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida, ni tampoco para presumir, por ello, que la actio libera in causa siempre es dolosa, pues como se ha adelantado, también puede ser de carácter imprudente. Expuesto en otros términos, para imputar al autor la acción ejecutada con incapacidad de culpabilidad o su disminución, por el consumo de alcohol, no basta con citar el numeral 44 referido, ni con exponer el concepto legal o dogmático penal de la actio libera in causa, ni con presumir que esta siempre se da, o que siempre es dolosa. Esto significa que, una vez que se constate que para la ejecución de un ilícito medió un consumo de alcohol o drogas que afecta la capacidad de culpabilidad, si lo que se pretende es imputar responsabilidad al autor por vía de la actio libera in causa, necesariamente deben aplicarse los requisitos objetivos y subjetivos planteados para los delitos dolosos y para los delitos imprudentes, en relación con aquella acción precedente. De lo contrario, la figura en estudio sería utilizada como una simple mampara para ocultar meros criterios de responsabilidad objetiva en la imputación de los ilícitos cometidos bajo aquellas circunstancias. Siendo así: **1.-** Tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes, **desde el punto de vista objetivo**, debe analizarse la relación o nexo de causalidad entre la acción precedente en que el autor ingiere alcohol o drogas y la acción típica finalmente ejecutada bajo condiciones de incapacidad de culpabilidad o capacidad de culpabilidad disminuida por consumo de alcohol o drogas. La acción con la cual el sujeto actuante se*

coloca en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida debe estar unida por un nexo causal con la acción o el resultado posterior con relevancia típica, en grado tal que aquella acción precedente debe poner en marcha el curso causal de aquello que finalmente sobreviene. ***2.-*** *Una vez realizada esa vinculación causal, se debe analizar,* ***bajo criterios de tipicidad subjetivos****, la relación entre el acto precedente, con el cual el sujeto actuante se coloca en aquel estado, y la acción o resultado ilícito que finalmente sobreviene. Lo cual significa, simple y llanamente:* ***2.1.-*** *Que para el caso de la actio libera in causa dolosa, debe existir (y así debe constatarse mediante la prueba de indicios pertinente) un doble dolo, en el sentido de que, de acuerdo a su plan de autor, en el momento antecedente en que aun es imputable, el sujeto actuante (2.1.1.) conoce y quiere (dolo) provocarse su inimputabilidad o imputabilidad disminuida, pero además (21.2.) lo hace con el conocimiento y voluntad (dolo) de ejecutar luego una acción típica específica en estado de incapacidad (En idéntico sentido se pronuncia lo más autorizado de la doctrina penal costarricense: Castillo González, Francisco. Op. Cit., Tomo II, pp. 544 a 546).* ***2.2-*** *Pero además, según lo considera esta Sala, desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, para el caso de la actio libera in causa imprudente o culposa, para el sujeto actuante debe existir previsibilidad en el sentido de que, en el momento antecedente en el cual aún era imputable, el autor debe al menos prever o poder prever (y así se debe constatar mediante los indicios relevantes) como posible la ejecución de la acción o resultado típico específico, que finalmente se ejecuta en estado de incapacidad. Si aun existiendo esa previsibilidad, el sujeto continúa con la ingesta de alcohol de manera imprudente, entonces será responsable a ese título por el delito que sobrevenga posteriormente en estado de incapacidad, claro está, si el mismo se encuentra contemplado en la legislación costarricense (la cual, como bien se sabe sigue el sistema de numerus clausus para los delitos imprudentes). En ambos supuestos, el de la actio libera in causa dolosa, y el de la actio libera in causa imprudente, cuando el autor se coloca en estado de incapacidad, respectivamente, ha de representarse dolosamente, o al menos ha de poder prever, que va a ejecutar un tipo penal determinado. Estas exigencias son una consecuencia directa del principio legalidad penal y del principio de culpabilidad, es decir, de la necesaria vinculación de la tipicidad subjetiva con un tipo penal concreto. A manera de ejemplo: quien ingiere alcohol o drogas, con el conocimiento y la voluntad de anular o disminuir su capacidad, con el fin sabido y querido de cometer luego un homicidio, responderá dolosamente por este homicidio, aun cuando lo haya ejecutado en aquellos estados, debido a que en aquel momento precedente ya tenía el dolo de matar. También para el ejemplo: quien conduce un auto y se detiene a ingerir alcohol, puede prever que al terminar la ingesta deberá conducir dicho automotor con su capacidad de culpabilidad anulada o disminuida y que, por ello, podría provocar un accidente incluso con consecuencias mortales. Si a pesar de ello no se detiene en el uso de alcohol y luego maneja en estado etílico y provoca la muerte de otro, el autor responderá por un homicidio imprudente o culposo, aun cuando lo haya ejecutado en estado de incapacidad o con capacidad de culpabilidad disminuida, justamente porque en el momento de la acción precedente ya pudo prever que*

conduciría de nuevo su auto, borracho, y que podría ocasionar aquel resultado. Para a la actio libera in causa dolosa e imprudente, rigen los mismos criterios generales de teoría de la prueba vinculados a los elementos subjetivos del tipo (se acreditan mediante indicios), y los mismos criterios generales para la distinción de las distintas formas de dolo y culpa.

Como resulta fácil apreciar, las dos posiciones jurisprudenciales pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a. Una posición considera que es suficiente la ingesta voluntaria de alcohol o sustancias enervantes para la procedencia de la *actio libera in causa.*
b. Otra posición sostiene que debe realizarse un análisis de la forma en que la persona realizó el consumo, esto es, si fue de forma dolosa o imprudente, y se considera que:

1.- Tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes, **desde el punto de vista objetivo**, debe analizarse la relación o nexo de causalidad entre la acción precedente en que el autor ingiere alcohol o drogas y la acción típica finalmente ejecutada bajo condiciones de incapacidad de culpabilidad o capacidad de culpabilidad disminuida por consumo de alcohol o drogas.

2.- Una vez realizada esa vinculación causal, se debe analizar, **bajo criterios de tipicidad subjetivos**, la relación entre el acto precedente, con el cual el sujeto actuante se coloca en aquel estado, y la acción o resultado ilícito que finalmente sobreviene, lo cual significa, simple y llanamente que:

2.1.- Para el caso de la *actio libera in causa* dolosa, debe existir (y así debe constatarse mediante la prueba de indicios pertinente) un doble dolo, en el sentido de que, de acuerdo con su plan de autor, en el momento antecedente en que aún es imputable, el sujeto actuante:

(2.1.1.) conoce y quiere (dolo) provocarse su inimputabilidad o imputabilidad disminuida, pero además:

(21.2.) lo hace con el conocimiento y voluntad (dolo) de ejecutar luego una acción típica específica en estado de incapacidad.

2.2- Adicionalmente, según lo considera esta Sala, desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, en el caso de la *actio libera in causa* imprudente o culposa, para el sujeto actuante debe existir previsibilidad en el sentido de que, en el momento antecedente cuando aún era imputable, el autor debe al menos prever o poder prever (y así se debe constatar mediante los indicios relevantes) como posible la ejecución de la acción o resultado típico específico que finalmente se ejecuta en estado de incapacidad. Si aun existiendo esa previsibilidad, el sujeto continúa con la ingesta de alcohol de manera imprudente, entonces será responsable a ese título por el delito que sobrevenga posteriormente en estado de incapacidad, claro está, si este se encuentra contemplado en la legislación costarricense (la cual, como bien se sabe, sigue el sistema de *numerus clausus* para los delitos imprudentes).

En ambos supuestos, el de la *actio libera in causa* dolosa y el de la *actio libera in causa* imprudente, cuando el autor se coloca en estado de incapacidad, respectivamente, debe representarse

dolosamente o, al menos, debe prever que va a ejecutar un tipo penal determinado.

Considerado lo anterior, es prudente, en este momento, mencionar también el criterio de la Sala Tercera en cuanto el tema de la inimputabilidad. En el voto 752-2008, la Sala Tercera se refirió a las causas de inculpabilidad, detallando en cuanto a la grave perturbación de la conciencia:

> *III.- […] La imputabilidad en el Código Penal: en nuestro ordenamiento se regula el requisito de la imputabilidad, de manera negativa, es decir, se enuncian los casos en que se carece de capacidad de culpabilidad. Señala el artículo 42 del Código Penal: "Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes". Según dicha norma, dos son las causas de inimputabilidad: a) la enfermedad mental; y b) la grave perturbación de la conciencia. En este caso, no se afirma en el recurso, ni se desprende de la prueba, que el acusado sufriera alguna enfermedad mental. Queda entonces por indagar si el acusado, para el momento de los hechos, actuó bajo una grave perturbación de la conciencia: "Dice Vicente P. Cabello, que la grave alteración de la conciencia es un concepto acuñado por la nomenclatura forense para aproximarse al trastorno mental transitorio y que desde la perspectiva psiquiátrica no aparece con características propias ni límites precisos, cumpliendo la misión de llenar los vacíos zonales que a menudo se producen entre los diferentes grados de una conducta inconsciente, desde la absoluta de la epilepsia hasta la imperfecta de la ebriedad del sueño…La grave alteración de la conciencia puede ser producida por una gran gama de condicionalidad causal y motivante que va desde lo somatógeno de la confusión mental hasta las vivencias anormales de Schneider, motivadas por la emoción violenta, el efecto reflejo del pánico o cualquier estímulo de significación amenazante, sin contar con las depresiones reactivas, síndromes carcelarios o histeriformes…Trastornos mentales transitorios. Es una forma de manifestación concreta del concepto de alteración o anomalía psíquica (grave perturbación de la conciencia) que se caracteriza por su limitada duración, sin que sea exigible ni esencial la base patológica, pero que lleva a que en el sujeto desaparezca la capacidad de comprensión de lo ilícito y de dirigir la propia conducta según ese conocimiento. Una definición de trastorno mental transitorio, acorde con nuestra realidad normativa, que no parte de la necesidad de una base patológica, es la expuesta por Homs Sanz, quien conceptúa el trastorno mental transitorio como "una alteración psíquica o mental grave con pérdida intensa de las facultades intelectivas y volitivas, caracterizado por su brusquedad y escasa duración, que se cura sin dejar huellas, cuyas fuentes pueden ser diversas, entre ellas: por una causa inmediata o evidente; por un choque psíquico exterior en concurrencia de elementos poderosos que afectan gravemente al sujeto; por un fenómeno endógeno, denominado base patológica, que sin representar una enajenación, condiciona la reacción del agente hasta el extremo de incidir en el comportamiento". Un trastorno mental transitorio puede proceder de*

una base patológica, sin que llegue a constituir una enfermedad mental ni una anomalía ni alteración psíquica duradera, pero suficiente por sí misma para eximir de responsabilidad penal, pero existen otros supuestos en los que se produce el efecto psicológico de la inimputabilidad sin base patológica como los casos de embriaguez alcohólica o ingestión de drogas accidental o involuntaria" (Camacho Morales, obra citada, páginas 96 a 99). Es claro que ese trastorno momentáneo requiere de una causa endógena o exógena que lo provoque. En este caso, parece querer explicarse la conducta del justiciable en un agente exógeno, que le hizo perder el control de sus actos, y que sería el estado de salud de la niña, para el momento del hecho, sumado a carencias económicas. En cuanto a lo declarado por el imputado el Tribunal consignó: "El estaba muy angustiado. El le puso la mano en el pecho para asustarla y que no vomitara pero no midió sus fuerzas, tenía las uñas grandes, le rasguñó "el pescuezo". Estaba con la niña y se "vinieron un montón de varas a la cabeza" pensó en el trabajo, en los gastos de la casa, que no le alcanzaba el dinero y que su hija no se componía. Como padre quería que se curara en un solo instante. El virus fue más grande que su paciencia, quería que se curara y como no mejoraba, la alzó y la apretó, seguro en ese momento le lastimó el estómago. Le golpeaba la espalda para que se durmiera, la niña se durmió y él se fue a recostar […]"esa noche no era yo" […] No es agresivo con nadie. Perdió el control, se pregunta "por qué ella"? pero ya para qué […]" (folio 301). Según la manifestación del acusado, debe descartarse que desconociera el carácter ilícito de sus actos. La imposibilidad de determinarse según ese conocimiento – parece ser lo que se alega – tampoco se deriva de la prueba recibida. La enfermedad de la niña, el llanto continuo – agente exógeno – no es de tal entidad como para provocar en el justiciable una grave perturbación de la conciencia, que le llevara a matar a su hija. No pueden confundirse las debilidades del carácter, el pobre control de impulsos, la agresividad, la irascibilidad, con las causas de inimputabilidad. El trastorno debe ser de tal intensidad, que el estado mental pueda equipararse al del enfermo mental, donde hay una completa anulación del libre albedrío. Para que la persona llegue a ese estado, el agente endógeno o exógeno que lo provocó, ha de ser de tal envergadura, que obnubile sus sentidos. Una faringoamigdalitis, y el llanto que en un bebé provoca la molestia por esa enfermedad, son situaciones normales en el cuido de un niño, y su atención, labor propia de quienes tienen la posición de garante. Se reclama que si la perito que examinó al acusado, no pudo determinar el estado mental del sindicado al momento de los hechos, el Tribunal no podía afirmar que A se encontraba en capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta, y de adecuarse a esa comprensión. En primer término, debe recordarse que determinar la capacidad de culpabilidad, corresponde al Juez. No es un asunto médico o psiquiátrico, aunque los expertos en esas ramas auxilian al Juzgador. Es así como el Tribunal, de conformidad con las circunstancias que rodearon el hecho, y valorando la pericia médica, determinará si el sujeto activo, conservaba para el momento del hecho, la capacidad de entender y de adecuarse a esa comprensión. En el presente caso, según declaró la psicóloga clínica Desirée Morales Salinas, profesional que examinó al acusado, no pudo establecer el

estado mental del justiciable, porque no contaba con elementos suficientes para ello. Sí descartó algún padecimiento psiquiátrico previo, aunque afirmó que una persona que reacciona como él lo hizo, no necesariamente ha de tener esos antecedentes (folio 314). Indicó además, que si una persona ante un delito es capaz de reconocer su culpa, difícilmente se puede pensar que está sicótico o que no tenga control de la realidad y de sus actos. Es importante acotar que en cuanto a la forma en que se desarrollaron los hechos, para el momento de la pericia (folio 131), la profesional contaba únicamente con el informe policial de folio 1, que contenía las primeras diligencias practicadas por la policía. No disponía de la versión de los hechos, brindada por el acusado, que sí tomó en consideración el Tribunal. Para determinar el estado al momento de los hechos, el Juzgador deberá analizar, además de las pericias siquiátricas, las circunstancias que rodearon el hecho: "En cuanto a la técnica que hay que aplicar en el estudio de los casos de trastorno mental transitorio, es interesante la sentencia de 31 de enero de 1934, que señala de modo resumido las exigencias de la peritación. En la parte que nos interesa dice así: "Para determinar si un sujeto se hallaba en este estado especial cuando no ha sido observado por un técnico a raíz del hecho, sino después, a más o menos distancia del mismo, cuando han desaparecido los trastornos, deben tenerse en cuenta las condiciones particulares del interesado, los antecedentes del hecho, el hecho mismo, los móviles que le induzcan a producirse en forma violenta y los actos que le subsiguieron, a fin de discernir si, al reaccionar en el caso de que se trate a las excitaciones externas, obra impulsado por motivos más o menos fuertes y legítimos que simplemente ofuscan el entendimiento y disminuyen su voluntad, la anulan totalmente, colocándolo en estado de inconsciencia" (J.A. Gisbert Calabuig, Medicina Legal y Toxicología, Masson, 2005, página 1076). La causa que se alega como generadora del trastorno transitorio, el relato pormenorizado que el acusado hace de los antecedentes de la agresión, su conducta posterior, de aceptación del resultado, permitieron al Juzgador descartar, adecuadamente, a juicio de esta Sala, la inimputabilidad del imputado, al momento de los hechos: "[…] debe partirse de la premisa que las causas de justificación o inculpación no se idearon para justificar la intemperancia de los agresores y de los intranquilos…por otro lado el policía R declaró que al momento de detener al acusado éste se encontraba en un sillón, como sonámbulo y con olor a cerveza, pero que no opuso ninguna resistencia al arresto, sabiendo que la detención ocurre el mismo 25 de febrero de la hospitalización de la menor. De algún modo esta actitud del acusado refleja que conocía el alcance de sus actos y que asumía las consecuencias del mismo. Explicó la psicóloga que una persona que reacciona así, no necesariamente tiene que tener antecedentes psiquiátricos. Si una persona ante un delito es capaz de reconocer su culpa, difícilmente se puede pensar que esté sicótico o que no tenga control de la realidad y de sus actos, lo cual destruye la hipótesis de la defensa" (folio 333). A mayor abundamiento, de la misma declaración del acusado no podría derivarse algún trastorno momentáneo de la salud mental de A, pues él más bien indica que para procurar que la niña no vomitara, le puso las manos en el pecho, pero no midió sus fuerzas, y como tenía las uñas grandes, "le rasguño el pescuezo"; que como no mejoraba, la alzó y la apretó, y seguro en ese momento le lastimó

el estómago; le golpeaba la espalda para que se durmiera, y la niña se durmió (folio 301). El sindicado narra en detalle la intranquilidad de la niña, por el problema de salud, y las acciones que él realizó, intentando aliviarla. Insinúa la posibilidad de que en esas maniobras, por no medir su propia fuerza, pudo haberla lastimado. De este relato no se desprende ningún grado de enajenación, sino que se sugiere un actuar culposo, que no resulta consecuente con la tesis de la inimputabilidad. Sobre ello, señala el Tribunal: "En relación al mecanismo de golpe A intenta sorprender al Tribunal con la descripción de una acción culposa ya que apunta que alzó a la niña y la apretó, en un gesto casi ingenuo de sacudida. Sin embargo, la prueba médica descarta esa actuación […] no es aceptable que el imputado "no pudiera medir su fuerza física" recordemos que estamos ante un peón de construcción, acostumbrado a hacer mezclas de cemento y arena, donde se requiere gran inversión de fuerza física, pero además a colocar block de cemento y azulejos que exigen más exactitud y menos fuerza, de ahí que el imputado conoce la fuerza que posee…No podemos admitir como excusa que se le fue la mano en el empleo de fuerza física, es totalmente contrario a la lógica y el comportamiento humano, como dijimos […]".

5.3.2 El error de prohibición

El conocimiento de la antijuridicidad, de la ilicitud o del injusto es requisito de la culpabilidad, en tanto la persona debe tener al momento de actuar un conocimiento potencial de la antijuridicidad de su acto.

El potencial conocimiento del injusto, es decir, de la acción típica antijurídica, debe valorarse de conformidad con el principio de razonabilidad.

El error de prohibición entonces surge en el conocimiento de quien actúa acerca de la ilicitud o prohibición de su acto, es decir, en el injusto que realizó.

Tal y como se vio con anterioridad, la imputabilidad se entendía bajo los términos de capacidad de comprender lo ilícito de su acto y actuar conforme a dicha comprensión. Por su parte, indicamos que el error de comprensión es un error sobre la comprensión de la ilicitud del hecho cometido.

Entonces, para superar una posible confusión, hay que considerar que la capacidad de comprender la licitud o ilicitud de los actos (imputabilidad) es un criterio que se sustenta en la potencialidad intelectiva de la persona que actúa, y tiene relación directa con su capacidad bio-psicológica. Por lo tanto, se debe apreciar como la capacidad intelectiva que tiene la persona para comprender lo lícito o ilícito de sus actos.

Por otra parte, cuando se exige el conocimiento de la antijuridicidad, ya no se trata de una capacidad general de la persona para comprender lo lícito o ilícito de sus actos, sino del conocimiento de la antijuridicidad, ilicitud o prohibición del acto que se llevó a cabo; es decir, se trata de una valoración en el plano específico acerca de la ilicitud del acto que realizó.

5.3.2.1 Teorías del error de prohibición

1. Teorías del dolo

Las teorías del dolo son de origen causalista y, por ello, ubican el conocimiento de la antijuridicidad de la acción a nivel de dolo.

- Teoría estricta del dolo: Indica que todas las formas de error –tipo o prohibición- actúan a nivel de dolo y, por ende, de la culpabilidad. Si son invencibles, excluyen el dolo y, si son vencibles, el injusto se atribuye a título de culpa, ya sea que exista un tipo culposo, o bien, una disposición legal a modo de cláusula general que lo disponga.

- Teoría limitada del dolo: Considera que basta el mero conocimiento potencial de la antijuridicidad e introduce la idea de "enemistad con el derecho" o "ceguera jurídica" como criterios para medir la evitabilidad del error que se debe determinar a partir de pautas de carácter más general.

2. Teorías de la culpabilidad

Estas teorías son de origen finalista, a partir de la ubicación del dolo a nivel del tipo, así como el carácter normativo de la culpabilidad, de la que uno de sus elementos es precisamente el conocimiento de la antijuridicidad.

- **Teoría estricta de la culpabilidad:** Considera que, al operar el error de prohibición a nivel de la culpabilidad, en caso de resultar inevitable o invencible, se excluye la culpabilidad, mientras que, al ser evitable o vencible, se puede disminuir la pena a imponer, es decir, se configura el delito, pero se dispone la posibilidad de atenuar la pena.
- **Teoría limitada de la culpabilidad:** Trata el error sobre las causas de justificación como un error de tipo, mientras que el error de permisión lo somete a las reglas del error de prohibición, y se acepta que se prescinda de pena en los casos de error de prohibición invencible. Termina aplicando la teoría de los elementos negativos del tipo.

5.3.2.2 Clases de error de prohibición

El error de prohibición puede ser:

- **Directo o abstracto:** Se presenta cuando quien actúa desconoce que el hecho que realizó es prohibido, por lo que considera que su acción es lícita.

    - Cuando la persona que actúa desconoce la norma prohibitiva, es decir, es un error sobre la existencia de la prohibición.
    - Cuando la persona que actúa conoce la norma prohibitiva, pero considera que no

está vigente. Es decir, el error es sobre la validez o vigencia de la norma.

- Cuando la persona que actúa interpreta de forma equivocada la norma prohibitiva y considera que no es aplicable a la situación. Es un error de interpretación o también se le llama error de subsunción.

- **Indirecto o concreto:** Se da cuando el error recae sobre la causa de justificación del hecho.

  - Cuando la persona se equivoca acerca de la existencia de una causa de justificación, pues considera que hay una causa de justificación que en realidad no está prevista por la ley. Es un error sobre la existencia de una causa de justificación.
  - Cuando la persona se equivoca sobre los límites de una causa de justificación; es decir, amplía las exigencias para que la causa de justificación aplique lo que hace un error que provoca un exceso. Es un error sobre los límites de las causas de justificación o error de permisión.
  - Cuando la persona que actúa lo hace con error sobre la concurrencia de circunstancias y, si surge, justificaría el hecho, es decir, quien actúa supone la presencia de requisitos objetivos de una causa de justificación, cuando en realidad esto no se da. Son los casos de causas de justificación putativas. Es un error de tipo permisivo.

- **Vencible:** Quien actúa con desconocimiento de la antijuridicidad lo hace por no cumplir con la diligencia debida, por lo que, si lo hubiera hecho, habría logrado comprender lo ilícito de su actuación.

- **Invencible**: Aun cuando la persona que actúa lo hace o lo haya hecho con la diligencia debida, no logra comprender la antijuridicidad de su conducta.

En la sentencia de casación penal 446-f- 92, la Sala Tercera delimitó el tema de los errores de tipo y prohibición bajo la siguiente argumentación:

> *[...] el error sobre las circunstancias previstas en el tipo objetivo (y que tienen que conocerse a nivel de tipo subjetivo) es un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva no existe o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Como lo dice el artículo 34: el error (falso conocimiento o ignorancia) de hecho debe recaer sobre "[...] algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción [...]" En los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo y al no haber ese querer no hay dolo y por ende la conducta es atípica... el error de tipo (aquél que recae sobre los elementos del tipo objetivo) puede ser de hecho o de derecho, lo mismo, un error de prohibición puede provenir de un*

falso conocimiento o ignorancia del hecho que genera una situación que creemos justificada o sobre la norma que prohíbe la conducta. Por ello, la doctrina prefiere referirse al error de tipo (ubicado su análisis en la tipicidad) y el error de prohibición (ubicado su análisis en la culpabilidad) [...] Cuando el Código Penal dice en el artículo 35 que el error invencible debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) el sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está. Estos tres supuestos están incluidos en la fórmula legal concebida por el Código, por lo que no parece haber problema alguno para incluir aquí los elementos del error de prohibición directo e indirecto. En esta nomenclatura, plenamente compatible con nuestro Código, el error directo recae sobre el conocimiento de la Norma prohibitiva (el "No quitarás el terreno a otro ciudadano", norma penal antepuesta al tipo penal de usurpación, por ejemplo), mientras que el error indirecto, viene a significar la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga, y los problemas de justificación putativa [...]. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.° 446-F-92,

Como puede observarse, la Sala consideró que el error de prohibición se encontraba descrito en nuestro medio en el artículo 35 el Código Penal, el cual establecía que esta clase de error surgía en tres supuestos:

1. La persona que actúa no sabe que el hecho que realizó es prohibido por el ordenamiento jurídico.
2. La persona que actúa considera erróneamente que el ordenamiento jurídico le otorga el permiso para realizar la acción típica.
3. La persona que actúa considera erróneamente que actuó amparada por una causa de justificación, cuando en realidad no lo está.

Vistos los anteriores supuestos, el error de prohibición será directo cuando el error recae sobre la prohibición; es decir, sobre el conocimiento de la norma prohibitiva. Por su parte, se considerará un error de prohibición indirecto, cuando el error se genere ante la falsa existencia del permiso del ordenamiento jurídico y de los ámbitos de aplicación de las causas de justificación o justificaciones putativas.

En cuanto al error de prohibición, propiamente sobre aquel que aplica sobre causas de justificación, la Sala Tercera ha considerado lo siguiente:

Estos extremos de la valoración sustantiva de la conducta, entrañan precisamente el tópico sobre el cual deberá este colegio jurisdiccional pronunciarse. Valga reconocer, además, que aluden a una cuestión espinosa en el marco del Derecho penal general costarricense, pues

*tratan sobre los efectos jurídicos asignables al error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación, error que algunos han denominado error de tipo permisivo y que también ha recibido la designación de error de prohibición indirecto. A modo de preámbulo, debe indicarse que el artículo 34 del Código Penal costarricense establece: "**No es culpable** quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. **Las mismas reglas** se aplicarán respecto de **quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado**." El precepto aborda en realidad dos temáticas diversas: (a) el error de tipo y (b) el error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación. Como se verá, ambos errores se cimientan en bases epistemológicas diversas, pues el primero (de tipo) alude a hipótesis en donde el sujeto activo tiene una falsa representación de la realidad que perturba su correcto conocimiento de los elementos del tipo penal objetivo (el cual se puede integrar tanto por aspectos de orden fáctico, como por aspectos de naturaleza jurídica), excluyendo entonces la tipicidad subjetiva dolosa, y dejando subsistente solamente la culposa, siempre y cuando el legislador haya previsto una modalidad culposa para la figura penal en cuestión. Es el caso del sujeto que, encontrándose de cacería, dispara mortalmente a su compañero creyendo -erróneamente- que se trata de un animal silvestre. La segunda clase de error refiere a una representación falseada de la realidad atinente al conocimiento de los requerimientos fácticos de una causa de justificación, situándose entonces en el plano del conocimiento de la antijuridicidad. Se evoca aquí el caso de quien cree -falsamente- que está siendo víctima de una agresión ilegítima y despliega una acción de defensa que culmina con la muerte del atacante apócrifo. Resulta palmario entonces que, en la primera clase de error, el problema atañe al conocimiento pleno de la descripción típica, mientras que en el segundo supuesto se está en presencia de un conocimiento también falso o incompleto, pero en esta ocasión relativo a la antijuridicidad de la conducta, toda vez que el agente juzga que actúa amparado en un permiso brindado por el propio orden jurídico. Dicho de otro modo, mientras el primer tipo de error afecta el conocimiento del tipo penal objetivo, excluyendo consecuentemente el dolo, el segundo recae sobre el conocimiento de los requisitos fácticos de una causa de justificación, descartando entonces el conocimiento de la contrariedad de la acción con el ordenamiento jurídico, lo cual -como se sabe- es un estamento con efectos en la valoración de la culpabilidad. El embrollo hermenéutico no se halla, entonces, en la diferencias entre estos dos temas, claramente diferenciados en su ubicación dentro de las categorías analíticas del delito (uno situado en la tipicidad y el otro en la culpabilidad), sino en que, al margen de estas notables diferencias, el legislador costarricense parece haberles asignado a ambos la misma consecuencia jurídica, la cual se condensa en la fórmula: "no es culpable […] . La coexistencia de estas dos figuras disímiles en una misma norma jurídica, así como la asignación del mismo efecto jurídico, ha conducido a la adopción de distintas posiciones, tanto en la jurisprudencia patria, como en la doctrina. Con el propósito de sustentar la decisión que aquí se adopta, resulta ineludible efectuar un repaso por estas tesis. **(A) El tratamiento del error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación como un error de prohibición.** Una de las posibles soluciones al problema referido líneas atrás, pasa por entender que el error sobre los elementos fácticos de una causa de justificación consiste, en realidad, en una modalidad especial del error de prohibición contemplado en el ordinal 35 del Código sustantivo. Dicha norma estipula: "No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que*

establece el artículo 79". En el error de prohibición "clásico" o directo, el autor desconoce la prohibición, o bien, conociéndola, no puede adecuar su conocimiento a esa comprensión. En el error sobre las circunstancias fácticas de la justificante, entendido entonces como error de prohibición indirecto, ocurre algo semejante, pues el agente también cree que su actuar no está sujeto a pena, pero en este caso ello se origina en el hecho de que, en su imaginario, se ha representado que cuenta con un permiso del ordenamiento jurídico que justifica su conducta. De tal suerte, ambos errores atañen a un problema en el conocimiento de la antijuridicidad. Es decir; al margen de que efectivamente existen diferencias entre uno y otro, existe un común denominador que amerita brindarles un mismo tratamiento. Welzel, principal exponente del finalismo, y de gran influencia en el pensamiento jurídico penal nacional, es partidario de equiparar, como errores de prohibición, tanto aquellos supuestos en donde el agente ignora el carácter antijurídico de su conducta (desconoce la existencia de la prohibición), como aquellos en donde, impuesto del conocimiento de la norma prohibitiva, cree no hallarse sujeto a pena pues estima (erróneamente) que su conducta está justificada. Así, expone: "Error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho. con pleno conocimiento de la realización del tipo (por consiguiente, con dolo). "El autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido" (BGH 2, 197); no conoce la norma jurídica, o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad si es disculpable. o la disminuye, de acuerdo con el párrafo 2" del art. 51 y el art. 44, si es culpable" (Welzel, Hans. 2004. ***El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.*** *[Traducción de José Cerezo Mir]. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F. P. 178). En la doctrina costarricense, esta posición es defendida por Alfonso Navas Aparicio, quien sobre el particular refiere: "…en este texto el error sobre los presupuestos de una causa de justificación se abordará como un error indirecto sobre la prohibición, pues afecta el elemento conocimiento de la antijuridicidad de la conducta al creerse erróneamente que concurre una causa excluyente de la antijuridicidad. Esta visión conceptual conduce, entonces, a considerar como error sobre el tipo únicamente el supuesto contenido en el párrafo 1° del art. 34 CP, y como error sobre la prohibición al supuesto contenido en el párrafo 2° del art. 34 CP (en su modalidad indirecta) y al contenido en el art. 35 (en su modalidad directa)." (Navas Aparicio, Alfonso. 2011.* ***Código Penal de Costa Rica Comentado. Volumen 1 (artículos 1 al 49).*** *San José: ULACIT. P. 233). Más adelante, el mismo autor reitera: "el error de prohibición implica la ignorancia sobre la significación antijurídica del hecho. Esta ignorancia puede presentarse de dos maneras. Una, que el autor ignore que su conducta se halla desvalorada por el Derecho, que ignore la existencia de una norma prohibitiva en sí. En este primer caso se habla de error de prohibición directo. Dos, que el autor, conociendo ese desvalor o conociendo la existencia de la norma prohibitiva o de mandato, crea erróneamente que su conducta está amparada por una causa de justificación. En este segundo caso se habla de error de prohibición indirecto. En ambos supuestos, el sujeto activo cree erróneamente que su conducta es conforme a Derecho, esto es, no hay conocimiento de la antijuridicidad." (ibid. P. 236). Por su parte, Muñoz Conde también considera que ambos tipos de error resultan cobijados bajo un mismo tópico: el conocimiento de la antijuridicidad. "Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación). En el primer caso, el autor*

desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta; en el segundo, el autor sabe que su conducta está prohibida en general, pero cree erróneamente que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos […] En resumen, el error de prohibición tanto si es directo (sobre la existencia de la norma prohibida) como si es indirecto (sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación), no incide en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito, sino en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que haya realizado)" (Muñoz Conde, Francisco. 2013. ***Teoría General del Delito.*** *Bogotá: Temis. P. 147 y 149). Bacigalupo también agrupa la suposición errónea de las circunstancias que, de haber concurrido, habrían determinado la exclusión de la punibilidad (llamadas por él eximentes putativas) como un caso de error sobre la desaprobación jurídico penal y le asigna como efecto la exclusión de la culpabilidad (si es invencible), o bien, la atenuación de la pena (si es evitable) (véase Bacigalupo, Enrique.* ***Lineamientos de la teoría del delito.*** *Buenos Aires: Hammurabi. P. 120). A nivel jurisprudencial, uno de los primeros antecedentes de relevancia frente al tópico bajo estudio, se encuentra en la sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 446-F-92, de las 15 horas, 40 minutos, del 25 de setiembre de 1992 (integración Houed, Ramírez, González, Chaves y Castro). En dicha ocasión, la máxima Cámara de Casación expuso: "No obstante el aparente problema de ubicación del segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal, debemos ser conscientes que la falsa suposición de atenuantes no elimina el aspecto volitivo y de conocimiento de la acción del autor, ya que éste desea y conoce que realiza el hecho típico, su falso conocimiento e ignorancia consiste en suponer que tiene una causa de justificación que en realidad no existe. No se puede hablar aquí de un error de hecho con las consecuencias que tiene en el Código Penal, porque sería desaplicar para el caso concreto lo dicho sobre la definición del dolo que establece con claridad el artículo 31 C.P. El problema de la falsa suposición de permisos o justificantes no es un problema que queda sin solución ya que al estar redactado el artículo 35 del Código Penal de manera tan amplia (ubicando el problema sobre el desconocimiento de la punibilidad de lo que se realiza), hace que los problemas de error sobre justificantes se resuelvan amparados a un problema de error de prohibición […] " Cuando el Código Penal dice en el artículo 35 que el error invencible debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) el sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está. Estos tres supuestos están incluidos en la fórmula legal concebida por el Código, por lo que no parece haber problema alguno para incluir aquí los elementos del error de prohibición directo e indirecto." La doctrina contenida en esta sentencia se reproduciría en el fallo N° 052-F-93, de las 9 horas, 45 minutos, del 29 de enero de 1993 de la misma Sala Tercera (integrada por González, Ramírez, Castro, Chaves y Atmetlla) y terminaría por convertirse en un precedente de reiterada consulta, pues ha sido respaldada (y también cuestionada), a nivel doctrinario y jurisprudencial. Se advierte incluso que la remisión a sus postulados teóricos ha aparecido incluso veinte años después de su emisión (en este sentido véase la sentencia N° 2013-01779, de las 14 horas, 42, minutos, del 03 de diciembre de 2013 de esta misma Sala, integrada por Chinchilla, Ramírez, Arroyo, Pereira y Arias). Resulta*

también oportuno acotar que esta solución dogmática ha sido a su vez identificada con la ***teoría estricta de la culpabilidad****, la cual, puesta en términos llanos, considera que los errores en las causas de justificación son errores sobre la prohibición. El antiguo Tribunal de Casación Penal, en alguna de sus integraciones, tuvo ocasión de acuerpar esta tesis al señalar en voto de mayoría: "La teoría estricta de la culpabilidad, que los suscritos jueces acogemos y que armoniza con la estructura vigente del Código Penal, hace una diferenciación más clara entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad. El error de prohibición viviría entonces de su conexión con el conocimiento de la antijuridicidad, mientras que el error de tipo estaría conectado al dolo y al conocimiento (-y a la voluntad realizadora-) de los elementos del tipo penal (artículo 31 del Código Penal). Por lo tanto, los casos de error sobre una justificante no son errores de tipo sino errores de prohibición, ergo, errores sobre el conocimiento de la antijuridicidad y deben ser resueltos como tales, esto es disminuyendo o eliminando el monto del reproche que se puede hacer al autor del hecho." (Tribunal de Casación Penal de San José, sentencia N° 2007-0331, de las 7 horas, 55 minutos, del 22 de marzo de 2007).* ***(B) El error sobre las circunstancias fácticas como un error de tipo.*** *Existe un sector de la doctrina que se adscribe a la* ***teoría de los elementos negativos del tipo****. De acuerdo con esta, las categorías dogmáticas del delito estarían agrupadas bajo un esquema simplificado, compuesto por: (b.1) un tipo global de injusto, y (b.2) la culpabilidad. En comparación con la tipicidad "tradicional" (es decir, de aquella desprovista de referencias a aspectos relacionados con la antijuridicidad), este tipo global de injusto se concibe como una categoría más amplia y robusta, toda vez que se integra no solamente por un cariz positivo, compuesto por el tipo subjetivo (dolo y culpa), y el tipo objetivo (descripción de la conducta prohibida u ordenada, sujeto activo, objeto material de la acción, bien jurídico tutelado, elementos de modo, tiempo y lugar), sino también por uno negativo, en donde se analiza la no presencia del dolo o culpa, pero también -asomándose aquí lo novedoso- la inexistencia de causas de justificación. De tal suerte, tipicidad y antijuridicidad no constituyen categorías autónomas, sino que confluyen en este tipo total o global de injusto. Naturalmente, de acuerdo con esta posición, al formar las causas de justificación parte del tipo global de injusto, quien supone erróneamente la concurrencia de los presupuestos fácticos de una justificante, en realidad erra sobre el contenido del tipo de injusto. Al respecto se ha dicho: "Consecuentemente, esta teoría debe calificar los casos de error sobre el presupuesto fáctico de la justificante como casos de auténtico error de tipo, pues lo que resulta excluido es el dolo, cuyo objeto de referencia está constituido por todos los elementos que configuran el tipo objetivo, incluida en esta teoría la no concurrencia de los presupuestos fácticos de las causas de justificación. Luego, si se supone la concurrencia de estos presupuestos, se produce un error de tipo, específicamente un "error de tipo negativo" (Mañalich R, Juan Pablo. 2003) .* ***Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación****. En Revista de Estudios de la Justicia, N° 3.).*

*En suma, para sus seguidores el error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación, equivale a un error de tipo, pues la tipicidad implica siempre la antijuridicidad, y a contrario sensu, la existencia de una justificante, excluye la tipicidad. (****C) El error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación como si fuera un error de tipo.*** *A las mismas conclusiones que arriba la teoría de los elementos negativos del tipo, pero partiendo de una base dogmática distinta, conduce la* ***teoría restringida o limitada de la culpabilidad.*** *Según sus defensores, se opta por tratar el error de tipo permisivo de la misma*

manera que el error de tipo, lo cual (en palabras de Velásquez) les conduce a aplicar la teoría de los elementos negativos del tipo (véase Velásquez, Fernando. 2004. ***Manual de derecho penal. Parte general.*** *Bogotá: Temis. P. 407). Las consecuencias de la teoría en mención fueron definidas por el antiguo Tribunal de Casación Penal de San José en los siguientes términos: "[…] en cuanto a los casos de error sobre los presupuestos de hecho de las causas de justificación, no los consideran ni como error de prohibición, ni de tipo, y en ausencia de una regulación específica para ellos, creen que deben ser resueltos como si fueran errores sobre el tipo, por analogía con ellos" (Tribunal de Casación Penal de San José, sentencia N° 805-F-96, de las 10 horas, 15 minutos, del 08 de diciembre de 1996). Se arguye que el error sobre las justificantes no refiere a un problema de tipicidad, sino a uno de conciencia de la antijuridicidad, por tanto, evaluable en el estrato de la culpabilidad, sin embargo, por analogía debe ser tratado como si fuera un error de tipo; es decir, generando atipicidad en caso de ser invencible, o bien, dejando subsistente la tipicidad culposa en caso de ser vencible. Algunos autores nacionales consideran que esta última teoría es la que en realidad adoptó el legislador costarricense en el artículo 34, párrafo segundo del Código Penal. Castillo González ha dicho: "A nosotros no nos cabe duda de que el legislador costarricense, en el artículo 34 II Cód. Pen., consagró una concepción del error sobre los elementos fácticos de una causa de justificación, que se asemeja más a la teoría limitada de la culpabilidad de aplicación analógica de las consecuencias del error de tipo" (Castillo González, Francisco. 2001.* ***El error de prohibición.*** *San José: Juritexto. P. 48). En el mismo sentido se orienta Chinchilla Calderón, quien al respecto ha indicado: "[…] es la teoría restringida de la culpabilidad la más acorde a lo positivizado por el legislador […] el legislador estableció un error sui géneris que debe ser tratado como si fuera (sin ser) un error de tipo" (Chinchilla Calderón, Rosaura. 2010.* ***Principio de legalidad. ¿Muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R?*** *San José: Investigaciones Jurídicas. P. 141). A nivel jurisprudencial, el Tribunal de Casación Penal de San José, en su sentencia N° 713-01, de las 9 horas, 30 minutos, del 14 de setiembre de 2001, informada por Javier Llobet Rodríguez se decantó por considerar a esta clase de error como un error de tipo permisivo: "En definitiva, resulta que el Código Penal costarricense expresamente resuelve el asunto en el Art. 34 último párrafo, sin que sea admisible que por consideraciones teóricas, basadas en la teoría estricta de la culpabilidad, se sostenga, tal y como lo ha indicado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que el error sobre las circunstancias que harían justificada la acción es un error de prohibición que solamente exime de responsabilidad, por falta de culpabilidad, cuando el error es invencible. Tal interpretación no es acorde con nuestro Código, apartándose del texto legal para agravar la situación del reo, lo que es dudosamente compatible con el principio de legalidad, consagrado en el Art. 39 de la Constitución Política y el 1º del Código Penal".* Sala Tercera. Voto 1301-2020.

Como podemos apreciar, en este voto, la Sala Tercera realiza un desarrollo de las principales teorías, las posibilidades de interpretación de los artículos 34 del Código Penal costarricense y, con ello, las posiciones teóricas doctrinales y jurisprudenciales que se han manifestado a favor de cada una de las tesis esbozadas. Podemos resumirlo de la siguiente forma:

- El error de tipo se presenta cuando el "sujeto activo" tiene una falsa representación de la realidad, lo que perturba el correcto conocimiento de los elementos del tipo penal objetivo, ya se trate de elementos fácticos o jurídicos, excluyendo de esta forma la

tipicidad subjetiva dolosa y dejando subsistente la culposa, siempre que el legislador haya previsto una modalidad culposa para la figura en cuestión. Se trata de un error en la descripción típica. Por lo tanto, es una afectación del conocimiento del tipo penal objetivo y se sitúa por ello en la tipicidad.

Por otra parte, el error sobre las circunstancias fácticas de las causas de justificación hace referencia a una errónea representación de la realidad respecto al conocimiento de los elementos fácticos de la causa de justificación, por lo que opera a nivel de conocimiento de la antijuridicidad y, por ende, se ubica en la culpabilidad. Es un error en el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y es uno de los aspectos que se valora en la culpabilidad.

- La principal confusión que surge al analizar ambas figuras surge a partir de que la legislación costarricense les otorga la misma consecuencia al señalarse en la letra de la ley la frase *no es culpable,* y las ubica a ambos en una misma norma jurídica, el artículo 34 del código de marras.

- La tesis sobre el tratamiento del error sobre causas de justificación:

    - **Error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación como error de prohibición**: (Esta posición se identifica con la teoría estricta de la culpabilidad). Para esta posición teórica, el error sobre elementos fácticos de una causa de justificación es una modalidad especial de error de prohibición, contemplado así en el artículo 35 del Código Penal. Esta tesis considera que, en el error de prohibición "clásico" o "directo", la persona autora desconoce la prohibición o, conociéndola, no puede adecuar su conocimiento a esa comprensión. El error sobre elementos fácticos de una causa de justificación sería un error de prohibición indirecto. La persona cree que su actuar no está sometido a pena, porque ha representado falsamente que cuenta con un permiso del ordenamiento jurídico que justifica su conducta.
    - **El error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación como error de tipo**: (En aplicación de la teoría de los elementos negativos el tipo). Según esta posición, el error sobre los elementos fácticos de causas de justificación es un error de tipo, porque en aplicación de la teoría de los elementos negativos del tipo, la estructura del delito se da a partir de dos elementos, un tipo global de injusto y la culpabilidad, por lo que el tipo incluye tanto la tipicidad como la antijuridicidad, por lo que la existencia de causas de justificación es un elemento negativo del tipo, pues lo excluye. Es decir, esta teoría se sostiene en una tipicidad compuesta por un tipo positivo, conformado por tipo objetivo, tipo subjetivo y un

tipo negativo que comprende la inexistencia de dolo y culpa, así como la presencia de causas de justificación. Así, sostiene esta tesis que tipicidad y antijuridicidad están contenidas en un único elemento estructural denominado tipo total o global de injusto. Al ubicarse las causas de justificación en el tipo negativo, el error sobre estas será un error de tipo.

- **Error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación como si fuera error de tipo**: (Se identifica con la teoría restringida o limitada de la culpabilidad). Para esta tesis, el error sobre los elementos fácticos de una causa de justificación es un error de tipo; pero por una vía distinta a la teoría anterior, pues llega a ella con sustento en una especie de "analogía", ya que sostienen que en realidad este tipo de error no es propiamente un error de tipo; pero tampoco un error de prohibición y, al no estar regulado específicamente, debe aplicársele las reglas del error de tipo, pues así lo consideró la legislación patria, ya que si se considera un error de prohibición, sería agravar la situación de la persona que actuó bajo esa forma de error, lo que violenta los principios de legalidad y culpabilidad.

5.3.2.3 Error de prohibición culturalmente condicionado

Es una forma especial de error de prohibición que tiene incidencia en la comprensión de la antijuridicidad de la conducta; pero a partir de las pautas culturales interiorizadas por quien actúa, lo que le impide considerar la ilicitud de un hecho al margen de esas pautas culturales.

Es importante recordar que la norma penal únicamente puede motivar a quien esté en condiciones de conocerla, lo que implica conocer sus prohibiciones o mandatos. De no ser así, la persona no tendría razón alguna para cumplir con ella.

Los casos de error de prohibición culturalmente condicionado suceden cuando coexisten distintos sistemas culturales en una misma sociedad y, en razón de esa diferenciación cultural, la persona no puede interiorizar el carácter prohibido de la acción que realiza de conformidad con las pautas culturales distintas, y que no resulta así caracterizado en la suya.

En la resolución de 1992 ya vista y analizada, la Sala Tercera consideró lo siguiente en relación con este tema:

> *Finalmente, estarían contenidos los aspectos del error de comprensión, tipo cualificado de error que afecta la comprensión de la antijuridicidad. Cuando es invencible siempre impide la comprensión de la antijuridicidad, pero también impide esta comprensión ya sea porque afecta el conocimiento; o, en otros casos, dicho conocimiento existe pero no puede exigirse la comprensión de la antijuridicidad. El error de comprensión funciona en aquellos casos donde el sujeto que actúa le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos, pero, a pesar de eso, no le es exigible la internalización de ese conocimiento. Desde este punto*

de vista, el error de comprensión es una forma de error invencible de prohibición. El error de comprensión puede ser "culturalmente condicionado" cuando el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha interiorizado valores y pautas diferentes a las de aquél grupo, y a pesar de que le es exigible conocerlos no podemos exigirle que las interiorice, que las haga suyas. Por supuesto que éste es, en primer lugar, un problema de prueba, y también de valoración judicial de una serie de factores como lo son la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento (antropológico y sociológico) acumulado en relación a las pautas de conducta y a los valores de ese grupo, etc., todos estos aspectos vuelven a subrayar la necesidad de establecer el "concepto" de culpabilidad como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto. Sala Tercera. Voto 446-1992.

Según el anterior voto, el error de prohibición culturalmente condicionado es una forma de error de prohibición invencible, en el cual, la persona que actúa se ve imposibilitada de interiorizar las pautas, según las cuales su comportamiento es prohibido. Sabe que su acción es prohibida y carece de permisos para realizarla, pero no logra interiorizarlo en razón de contar con un condicionamiento cultural distinto, por pertenecer a una cultura diferente, por lo que ha interiorizado valores y pautas diferentes a aquella propia que genera la norma.

Más recientemente, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago ha considerado el tema anterior:

Del contenido del recurso de apelación se desprende un reclamo sobre la ausencia de análisis de un error de prohibición culturalmente condicionado que eliminaría la responsabilidad penal del acusado. Francisco Castillo se refiere a este tipo de error de la siguiente manera: "[...] A través de las reglas del error de prohibición -error en la prohibición o en el mandato-, deben resolverse los casos en que el sujeto desconoce la ley del Estado en que vive, por pertenecer a otra cultura. Ello ocurre cuando hay desconocimiento del sujeto de que su conducta está sujeta a pena conforme a la ley del Estado en que vive, mientras que esa conducta es lícita conforme a las pautas culturales de su grupo sociocultural." (Castillo González, Francisco. ***Derecho Penal. Parte General****. Tomo II. San José, Editorial Jurídica Continental. 2010. pág 577-578.) Jurisprudencialmente se ha indicado: "[...] Este error puede ser "culturalmente condicionado" cuando el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha interiorizado valores y pautas diferentes a las de aquel grupo, y a pesar de que le es exigible conocerlos no podemos pedirle que las interiorice, que las haga suyas." (Voto 561-1993, del 15de octubre del 1993. Sala Tercera). Este concepto, que forma parte del aservo doctrinal a utilizar para la interpretación de los diferentes componentes de la Teoría del Delito, debe analizarse bajo la óptica del respeto al sustrato étnico y cultural que subyace en el sub júdice, el cual conduce a tener presente, para el juzgamiento penal de*

acciones realizadas por miembros de los pueblos indígenas, sus prácticas socio-culturales, especialmente al momento de establecer la reprochabilidad jurídica de sus conductas. Ello permitiría, en algunos casos, concretar la disposición contenida en el numeral 129 párrafo 2°) de la Constitución Política, que posibilita excepcionar el principio de que nadie puede alegar desconocimiento de la ley, al existir limitaciones culturales que imposibilita interiorizar la prohibición. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Voto 00099-2015

5.3.3 Estado de necesidad exculpante

Se trata de un estado de necesidad que excluye la culpabilidad, pero se considera que, en esta forma especial de estado de necesidad, los bienes jurídicos en conflicto son de similar jerarquía.

Este estado de necesidad debe realizarse en defensa de bienes propios o de terceras personas, ante un peligro real, actual o inminente.

Requiere entonces de la existencia de un peligro con las características señaladas y debe considerarse que no existe la posibilidad de evitar el daño por otro medio menos lesivo.

Evidentemente, no puede alegarse esta figura frente a quienes tienen el deber de enfrentar estos riesgos en razón de su función.

Finalmente, debe existir una relación entre el bien protegido y el daño evitado.

Ahora bien, ¿cómo saber cuándo se está ante un estado de necesidad justificante y un estado de necesidad exculpante? La respuesta viene dada por un aspecto objetivo, el cual es la existencia del conflicto o colisión entre bienes jurídicos de distinto valor o bien del mismo valor.

> *Teoría de la diferenciación. Lo que otorga sentido a la eximente no es el estado de ánimo del autor que obra en estado de necesidad sino la existencia de un conflicto, que es lo que proporciona el fundamento para la exclusión de la antijuricidad del comportamiento, siempre que el autor haya obrado preservando el interés preponderante para el orden jurídico. En este punto de vista se apoya la teoría de la diferenciación, en cuya virtud no toda situación de necesidad da lugar a una causa de justificación, pues en función de la jerarquía de los intereses en conflicto, distingue entre estado de necesidad i) justificante […] que determina la exclusión de la antijuricidad por el menor valor del bien sacrificado respecto del salvado, y ii) disculpante […] causa de inculpabilidad que concurre cuando no es posible establecer diferencias significativas entre el valor de los bienes jurídicos en conflicto.* (Righi, 2003).

En cuanto al estado de necesidad exculpante, la Sala Tercera se ha pronunciado exponiendo así el tema:

> *II. […] Conviene, por lo tanto, primero que todo, recordar los requisitos fijados para el estado de necesidad exculpante. […] 1.-Debe haber un peligro o amenaza de un mal grave. […] 2.-El peligro o amenaza de un mal grave debe ser actual, inminente, o permanente. […]*

Recapitulando, (1.-) puede existir un estado de necesidad exculpante tanto si, directamente, el autor de un homicidio típico y antijurídico, como también si sus familiares o allegados cercanos, están sometidos a una amenaza o peligro actual, inminente, o permanente de sufrir un daño o mal grave. (2.-) Las situaciones de violencia doméstica grave, es decir, en que el tirano de la casa tiene un comportamiento violento, más o menos uniforme, reiterado u prolongado a través del tiempo que pone en peligro permanente la vida y la integridad física de los miembros del núcleo familiar, también colman uno de los requisitos objetivos exigidos por la legislación costarricense para que exista un estado de necesidad exculpante. En estos casos los jueces de juicio deben analizar rigurosamente toda la prueba existente acerca del cuadro de violencia doméstica para proceder a valorar el requisito objetivo antes explicado. […] 3.- El hecho ilícito ejecutado debe ser necesario para evitar el peligro o amenaza de un mal grave. […] Esto significa que una acción ilícita será necesaria con el fin descrito si: A .- Es apta, idónea o adecuada para evitar el peligro. B.- Si es el medio menos lesivo con que contaba el autor para evitar el peligro. […] C.- Con el fin de establecer si el hecho ilícito era o no necesario, debe planteársele al autor que, para evitar el peligro, se hayan agotado otras acciones y mecanismos posibles a su alcance, distintos del homicidio. […] 4.- El peligro que amenaza a quien ejecuta el ilícito, a su pariente o allegado cercano debe ser antijurídico. Todo cuadro de violencia doméstica grave es antijurídico, no es aceptado por el ordenamiento jurídico costarricense. Esto es claro si se aprecia la legislación promulgada y las acciones emprendidas por el Estado para enfrentar situaciones de violencia intrafamiliar. De ello se sigue que este presupuesto siempre concurre en las situaciones de peligro permanente generadas por el comportamiento violento de un tirano de la casa. Aparte de los requisitos objetivos anteriormente expuestos, para que pueda admitirse la existencia de un estado de necesidad exculpante también debe concurrir un requisito subjetivo. Este consiste en que el autor del ilícito debe haberlo ejecutado (1.-) porque conoce la situación de peligro que existe para un bien jurídico, (la vida por ejemplo) del cual es detentador o del cual son titulares sus familiares o allegados más cercanos, y (2.-) porque con la ejecución de la acción típica y antijurídica el autor tiene como objetivo o finalidad evitar dicho peligro. La situación de peligro debe haber generado en el autor la motivación, debe haberlo movido, para evitar un mal grave mediante la ejecución de un acto penalmente injusto (típico y antijurídico). Si el autor tuvo una motivación distinta a la evitación del peligro que él corría personalmente o que corrían sus familiares o allegados cercanos, entonces no hay estado de necesidad exculpante. Todos estos aspectos, directamente vinculados con la existencia de un cuadro de violencia doméstica, deben ser fijados, (o en su defecto descartados), y valorados por los jueces de juicio. Sin embargo, en caso de que los requisitos objetivos y subjetivos expuestos no concurran, los jueces todavía deberán analizar si existe o no un error acerca del estado de necesidad exculpante […] Ante la ausencia de una regulación legal específica del error sobre el estado de necesidad exculpante, en nuestro sistema penal el error sobre esta causa de exculpación debe ser tratado y resuelto mediante la figura del error de prohibición. Tal como

indica el numeral 35 del Código Penal "No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79." Con esto no se está afirmando, de manera genérica, que todo aquel que comete un homicidio contra el tirano de la casa que ejerce actos de violencia doméstica grave, siempre actúa movido por un error de prohibición. Lo que se quiere indicar es que en este tipo de situaciones siempre debe precisarse, rigurosamente, si concurren o no los requisitos establecidos para que se acepte dicho error. El error respecto del estado de necesidad exculpante es una forma de error de prohibición indirecto ya que el autor conoce que su comportamiento contraviene el ordenamiento jurídico-penal pero cree, equivocadamente, que tal conducta no está sujeta a pena por estar amparada en una causa de exculpación que no existe o cuyos requisitos en realidad no se presentan. Tal error puede ser inevitable (invencible) o evitable (vencible). En el primer supuesto (invencibilidad) desaparece la culpabilidad precisamente porque la persona considera, equivocadamente, que su conducta finalmente no estará sujeta a pena por estar amparada en un estado de necesidad exculpante, sin que pueda o deba informarse o reflexionar para salir de tal error. Con el error de prohibición vencible acerca del estado de necesidad exculpante se mantiene la sanción para el autor de una conducta típica y antijurídica, por el hecho de no informarse sobre los alcances y requisitos de tal causa de exculpación, a pesar de que podía y debía hacerlo. Por esa razón, es que para el error vencible se mantiene la culpabilidad, aunque la sanción puede ser atenuada. […] 1.- El examen de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición debe partir del sujeto concreto que actúa ilícitamente. Esto significa que para definir la posibilidad o imposibilidad (y, con ello, para definir la evitabilidad o inevitabilidad del error) que tiene el sujeto actuante para reflexionar e informarse sobre el derecho deben tomarse en cuenta los conocimientos particulares que dicha persona posee, de acuerdo a su nivel educativo o profesional, de acuerdo a su contexto de clase social, generacional, de género, geográfico o cultural y, con ello, de acuerdo a su posibilidad de acceso real a las fuentes de información relevantes sobre el derecho. 2.- Dado que el incumplimiento del deber de informarse no demuestra por sí mismo la evitabilidad del error, lo que corresponde es esbozar algunos otros criterios para definir cuando el autor concreto de un ilícito, por un lado, puede y debe informarse sobre el derecho penal (por ejemplo, informándose sobre los requisitos del estado de necesidad exculpante) y, por otro lado, para definir cuándo mediante esa información el autor podría o no salir de su error. Sobre este tema en particular, no es descabellado pensar que quien da muerte (típica y antijurídicamente) al tirano de la casa, que ha ejercido actos permanentes de violencia física grave contra quienes conviven con él, podría haber actuado de esa manera porque cree, erróneamente, que su acción será justificada o exculpada por "salvarle la vida" a sus familiares o allegados más cercanos, que padecen día a día aquel peligro potencial. Así, puede suceder que quien comete homicidio contra el tirano de la casa se encuentre en un error porque considera que concurren los requisitos objetivos para que exista el estado de necesidad exculpante cuando,

en realidad, eso no sucede. En particular, debe destacarse que en este tipo de casos, ante la existencia de un peligro potencial contra la vida propia, de un familiar o allegado cercano, es plausible que el autor del homicidio, por ejemplo, (1.-) considere erróneamente que tal acto ilícito es absolutamente necesario (aún cuando en realidad existen otros medios idóneos, menos lesivos) para evitar o contrarrestar el mal o peligro grave, o (2.-) no sepa que existen otros mecanismos y medidas a su alcance, distintas del comportamiento ilícito, para evitar o contrarrestar el peligro generado por la violencia doméstica grave, o (3.-) considere equivocadamente que tales dispositivos jurídicos ya se agotaron sin ninguna eficacia y que no existe ninguna otra salida posible para evitar ese peligro o bien, finalmente, (4.-) también es posible que se encuentre en una situación de miedo tal, generada por las circunstancias de violencia doméstica grave, que no le es exigible que reflexione o se informe profusamente sobre los alcances o requisitos de una causa de justificación o exculpación. En estos supuestos, debe precisarse si el error existente era o no evitable. Con ese fin debería por un lado, (1.-) tomarse en cuenta el nivel educativo, el contexto social (clase, nacionalidad, cultura de origen, ubicación greográfica) de que proviene y en el cual se desenvuelve, ya que esos factores materiales también le permitirán o impedirán reflexionar o tener acceso a las fuentes de información sobre los requisitos y límites del estado de necesidad exculpante o lo que es lo mismo, ya que aquellos también son factores materiales que le permitirían reflexionar o informarse si aquellas representaciones que se ha hecho (Vbgr. sobre la necesidad del acto ilícito, sobre la inexistencia de otros mecanismos y medidas distintas para evitar el peligro, sobre el supuesto agotamiento, ineficaz de tales medidas) son correctas o erróneas. En casos extremos estos factores efectivamente pueden impedir que alguien pueda informarse sobre el derecho. Por otra parte (2.-) para determinar la evitabilidad o inevitabilidad de tal error deben utilizarse algunos criterios concretos formulados por la doctrina penal, los cuales deben reconocerse jurisprudencialmente y extenderse en la práctica de los tribunales. Algunos de estos criterios son los siguientes: 1.- Quien actúa ilícitamente (porque, por ejemplo, cree erróneamente en la necesidad de su acto penalmente injusto o en la inexistencia de otros mecanismos y medidas distintos, para contrarrestar un estado de permanente peligro, o porque cree equivocadamente en el supuesto agotamiento, ineficaz, de tales medidas) se encuentra en un error evitable si tuvo algún motivo para reflexionar o informarse acerca de si su comportamiento sería realmente justificado o exculpado. El motivo (y el deber) de reflexionar o informarse al respecto existe (y por lo tanto el error será evitable): A.- Si al sujeto le han surgido dudas de si su conducta será o no justificada o exculpada, de si será o no finalmente penada, debido a indicaciones de terceros o a lecturas especializadas. B.- Si el autor, a pesar de que no tiene dudas, sabe que se mueve en un sector de la realidad que está sujeto a regulación jurídica específica, de la cual debe informarse. C.- Si el sujeto es consciente de que su conducta perjudica, daña o afecta directamente a un particular, o a la colectividad. Por lo tanto, en sentido contrario, no tiene un deber de informarse o reflexionar al respecto, y se encontrará en un supuesto de error de prohibición invencible quien no ha tenido aquellos

motivos para hacerlo. 2.- Quien tuvo aquellos motivos y no hizo ningún esfuerzo, o hizo un esfuerzo mínimo, para informarse acerca de si su comportamiento sería realmente justificado o exculpado entonces el error de prohibición es vencible. Para que el error sea invencible el autor debe haber despejado sus dudas sobre el carácter prohibido y penado de su conducta. Este esfuerzo será adecuado, por ejemplo, si el autor ha consultado a una persona versada en derecho, o si su actuación se basa en lo tolerado por una instancia oficial o en la reiteración de criterios emitidos por los Tribunales sobre el tema particular. 3.- Si aún un esfuerzo adecuado no hubiera permitido conocer que la conducta estaba prohibida y penada entonces se debe considerar que existe un error de prohibición invencible. Esto sucede, por ejemplo, con quien consulta al profesional en derecho que brinda una asesoría errónea sobre los requisitos de una causa de justificación o exculpación. 4.-Puede suceder, sin embargo, que el autor esté consciente de que su conducta ilícita afecta directamente al tirano de la casa, pero ni siquiera se haya podido representar la posibilidad de que tal comportamiento no esté justificado o exculpado, debido a que actúa movido por un miedo grave, generado por violencia doméstica. A quien así actúa, no le es exigible que reflexione o se informe sobre los requisitos de un estado de necesidad exculpante o justificante. Estos casos deben ser tratados como formas de error de prohibición invencible. Para sustentar la existencia de tales supuestos de miedo o de pánico, evidentemente, se requiere de las pericias psicológicas y psiquiátricas adecuadas. En síntesis, si conforme a los anteriores criterios, quien ejecuta la acción ilícita no podía o no debía informarse sobre los requisitos de un estado de necesidad exculpante, o si, aún habiéndose informado no hubiera podido salir de su error, existirá un error de prohibición invencible. Si quien actúa de un modo penalmente injusto podía y debía informarse sobre los requisitos de dicha causa de exculpación y si el contenido de esa información le hubiese permitido salir de su error, existirá entonces un error de prohibición evitable o vencible. En casos de violencia doméstica grave en que, el directamente afectado, un familiar o allegado cercano, acaban con la vida del agresor, debe establecerse rigurosamente si quien realiza tal homicidio actúa o no bajo un error de prohibición, y en caso de que así sea, se debe fijar si debe excluirse o atenuarse la culpabilidad dependiendo de que tal error sea inevitable o evitable. Sala Tercera. Voto 852-2010.

Si bien el anterior voto realiza un análisis de estado de necesidad exculpante, también desarrolla de manera acertada el error sobre el estado de necesidad exculpante, el cual carece de regulación legal expresa; pero finaliza siendo una clase especial de error de prohibición. Adicional a lo anterior, expone los temas señalados a partir de la situación de violencia intrafamiliar y, propiamente, de la figura que se ha denominado "*tirano de la casa*".

Del voto anteriormente transcrito, se puede extraer los siguientes criterios:

1. El estado de necesidad exculpante requiere de lo siguiente:
    a. Requisitos objetivos.

i. Debe haber un peligro o amenaza de un mal grave.
ii. El peligro o amenaza del mal grave debe ser actual, inminente o permanente.
iii. El hecho ilícito ejecutado debe ser necesario para evitar el peligro o amenaza del mal grave. Será necesario si:
    1. Es apto, idóneo o adecuado para evitar el peligro.
    2. Es el medio menos lesivo con que contaba la persona autora para evitar el peligro.
    3. Para evitar el peligro, se agotaron otras acciones o mecanismos posibles al alcance de quien actuó.
iv. El peligro que amenaza a quien ejecuta el ilícito debe ser antijurídico.

b. Requisitos subjetivos
    i. La persona que ejecuta el acto ilícito debe haberlo ejecutado:
        1. Porque conoce la situación de peligro que existe para el bien jurídico.
        2. Porque con la ejecución de la acción típica y antijurídica, el autor tiene como objetivo o finalidad evitar dicho peligro.

2. En caso de que no concurran los requisitos objetivos o subjetivos, se debe analizar la figura del error sobre el estado de necesidad exculpante.
3. El error sobre el estado de necesidad exculpante es una forma de error de prohibición indirecto, porque la persona autora conoce que su comportamiento contraviene el ordenamiento jurídico-penal; pero cree erróneamente que la conducta no está sujeta a pena por estar amparada en una causa de exculpación que en la realidad no existe o cuyos requisitos en realidad no se presentan.
4. El error sobre el estado de necesidad exculpante puede ser:
    a. Invencible: (o inevitable) elimina la culpabilidad porque la persona considera erróneamente que su conducta no está sujeta a pena por estar amparada en un estado de necesidad exculpante, sin que pueda o deba informarse o reflexionar para salir del error.
    b. Vencible: (evitable) se mantiene la culpabilidad, aunque la sanción puede atenuarse, esto por el hecho de no informarse sobre los alcances y requisitos del estado de necesidad exculpante pese a que podía y debía hacerlo.
5. Para analizar la vencibilidad o invencibilidad del error sobre el estado de necesidad exculpante, debe partir de la persona, tomando en consideración:
    a. Los conocimientos particulares que posee la persona actuante de conformidad con su nivel educativo, formación, ocupación, contexto social, generacional, género, geográfico, cultural, etc.
    b. Acceso real a las fuentes de información relevantes sobre el derecho.
    c. Si tuvo algún motivo o no para reflexionar o informarse acerca de su comportamiento

sería justificado o exculpado, lo cual surgiría:

i. Si le surgen dudas de su conducta, acerca de si es o no justificada o exculpada, o si sería finalmente penada o no.
ii. Si a pesar de no tener dudas, sabe que se mueve en un sector de la realidad que está sujeto a relación jurídica específica de la cual debe informarse.
iii. Si es consciente de que su conducta perjudica, daña o afecta directamente a una persona particular o a la colectividad.

d. Si tuvo los motivos y no hizo ningún esfuerzo para informarse acerca de su comportamiento, sería realmente justificado o exculpado.
e. Si aun cuando realizó un esfuerzo adecuado, no le permitió conocer que la conducta estaba prohibida y penada, entonces hay un error invencible.

La coacción, amenaza o miedo insuperable son condiciones que pueden ampararse en esta causal, ya que pueden ser vistas como formas de un estado de necesidad exculpante, aunque también son consideradas causas de exclusión de la exigibilidad de otra conducta. En la coacción, se incorpora el tema de la fuerza *vis compulsiva.*

Precisamente, el artículo 38 de nuestro Código Penal dispone así:

> *No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no puede exigírsele una conducta diversa.*

Aquí es importante indicar que la coacción y la amenaza son considerados doctrinariamente por algunos autores como manifestaciones de un fenómeno denominado “miedo insuperable”, el cual tiene la condición de excluir la exigencia de un comportamiento de conformidad con el derecho.

Coaccionar es impeler a una persona a que actúe en contra de un bien jurídico determinado, en contra de su libre decisión. Este coaccionamiento puede ser realizado también mediante el uso de fuerza *vis compulsiva* que contiene del mismo modo la amenaza de un mal futuro y grave como mecanismo de coacción.

En cuanto al mal grave con el que se amenaza y coacciona, este debe ser un peligro de carácter actual, inminente o permanente. Además, evidentemente, debe ser de condición “grave”, es decir, peligro amenaza de un mal para un bien jurídico relevante para la persona a quien se está coaccionando o amenazando.

Conforme con lo anterior, la coacción o amenaza de un mal grave caracterizado por las condiciones anteriormente descrita debe ser de tal relevancia que resulte razonable la ausencia de exigibilidad de otra conducta.

En este sentido, la Sala Tercera sostuvo:

Valga aclarar que, aunque el Tribunal dice que no se trata de un estado de necesidad exculpante, sino de una coacción, comete un error nominal, pues en realidad la coacción es una de las formas de manifestación del estado de necesidad exculpante. "Igualmente pertenecen al estado de necesidad inculpable los casos que se conocen como un estado de necesidad coaccionado, que ocurre cuando alguien, utilizando amenazas o coacciones obliga a otro a la comisión de un hecho delictivo". (Castillo, Francisco. (2010). ***Derecho Penal: parte general.*** *Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. Tomo II, p. 643).* Sala Tercera. Voto 019-2011.

En cuanto al miedo insuperable y su relación con la coacción y la amenaza, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago ha esbozado lo siguiente:

III. [...] debe recordarse que, de conformidad con el artículo 38 del Código Penal, que supone la capacidad de culpabilidad, pero determina la imposibilidad del agente de obrar de forma distinta por coacción o miedo. En ese sentido, la norma dispone: "No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa. Al punto, Velázquez Velázquez explica: "[...] se consagra el llamado miedo insuperable como excluyente autónoma de la responsabilidad criminal, porque se parte del presupuesto de que no es una causal de inimputabilidad, […], sino un caso de no exigibilidad de otra conducta. El temor o miedo ha dicho la Corte Constitucional, `es un fenómeno psicológico, una emoción originada en un proceso fisiológico fatal y humanamente inevitable, éticamente neutro [...] KANT ("Antropología en sentido pragmático) distinguió las emociones esténicas, que impulsan a la acción, como la ira, de miedo, emoción derivada de la creencia (puede) influir nuestro comportamiento al modo, de las unas o de las otras, cuando su intensidad lo hace incontrolable. Puede paralizarnos o impulsarnos a una acción desbordada cuando era el caso de evitar la actuación imprudente (sentencia C-563 de 30 de noviembre de 1995). Desde luego, cuando se habla de `miedo insuperable no se quiere significar que el agente deba obrar en una situación de terror, sino en una de temor que no pueda superar, y es lo decisivo esto último. Es obvio que para poder calificar el miedo como insuperable será necesario que el agente realice la conducta típica y antijurídica bajo el efecto de tal estado y no le sea posible superarlo, lo que exige una valoración a partir del criterio del hombre medio que compare el actuar del agente con el que cualquier ciudadano común hubiese llevado a cabo en circunstancias normales, atendidos su sexo, edad, grado de cultura, empleo o cargo, entorno social, etc.". (VELÀZQUEZ VELÀZQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis, s.a., Bogotá, pp.414, 2004). Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago. Voto 511-2020.

El Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito se ha referido a este tema:

Es decir, el Tribunal de Juicio de forma clara explicó porqué se consideró que la conducta de la acusada, si bien típica y antijurídica, no resultó culpable, virtud de las condiciones a que estuvo sometida por parte de su agresor, quien incluso la obligó, como en este caso, a delinquir, y de allí, la razón de la sentencia absolutoria. A mayor abundamiento, obsérvese que incluso la razón jurídica para la absolutoria se encuentra comprendida en el artículo 38

del Código Penal, en tanto dispone, como causa de exculpación la coacción o amenaza, señalando que: "No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no puede exigírsele una conducta diversa", circunstancia que acaece en casos como el presente, en que la víctima sometida al ciclo de violencia doméstica no tiene otra forma para disuadir a su agresor más que cumplir su voluntad.

5.3.4 Obediencia debida

El tema de la obediencia debida, se refiere a una causa que excluye la culpabilidad de quien actúa en cumplimiento de una orden emitida por la persona superior en razón de una orden que reviste el carácter de conformidad a derecho cuando no lo es.

El artículo 36 del Código Penal dispone lo siguiente:

> *No es culpable el que actúa en virtud de obediencia siempre que concurran los siguientes requisitos:*
>
> *a) Que la orden dimane de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por la ley;*
> *b) Que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expide la orden; y*
> *c) Que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible.*

En cuanto a la obediencia debida, la Sala Tercera se ha referido de la siguiente forma:

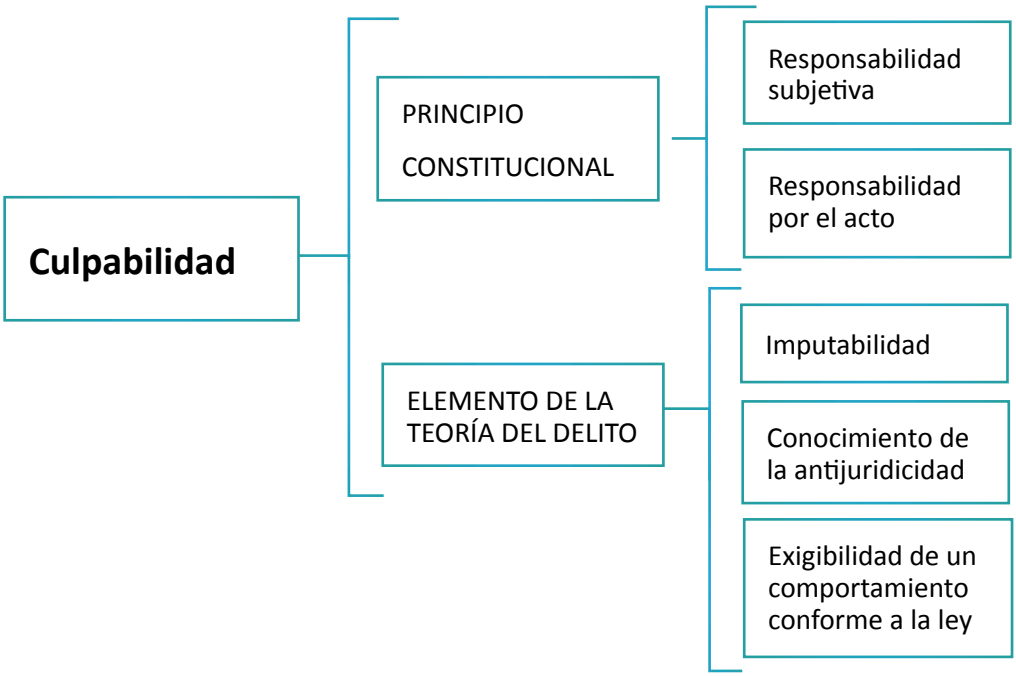
> *Es evidente que se descarta en el caso particular la concurrencia de esta causal de exculpación, toda vez que, tal y como lo dispone el numeral 36 del Código Penal, para que ella opere es necesario la concurrencia de los presupuestos de hechos previstos en sus incisos a), b) y c). El primero de ellos es precisamente la exigencia de que la orden dimane de autoridad competente para expedirla, **pero además que esté revestida de las formas exigidas por la ley**. En ese sentido la jurisprudencia de La Sala de Casación Penal es reiterativa que el numeral 36 del Código Penal que regula la obediencia debida como causa de exclusión de la culpabilidad, requiere la concurrencia de tres requisitos, siendo el primero y tercero de ellos, precisamente, que la orden dimane de autoridad competente y que esté revestida de las formas exigidas por la ley, así como que esa orden no revista el carácter de una evidente infracción punible. Asimismo el profesor Enrique Bacigalupo en su obra "Lineamientos de La Teoría del Delito" explica que "En un estado de derecho el deber de obediencia a las órdenes de los superiores está condicionada a que la orden sea de acuerdo a Derecho. En tales casos su cumplimiento será obligatorio si no colusiona con un deber de mayor jerarquía (por ejemplo si no colisiona con el deber de cumplir con La Constitución) dado que, como vimos rigen aquí las reglas del estado de necesidad por colisión de deberes. Los principios del estado de derecho excluyen de manera absoluta el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y, ni qué decirlo, de órdenes constitutivas de hechos ilícitos (por ejemplo, agrega el tribunal, prestar*

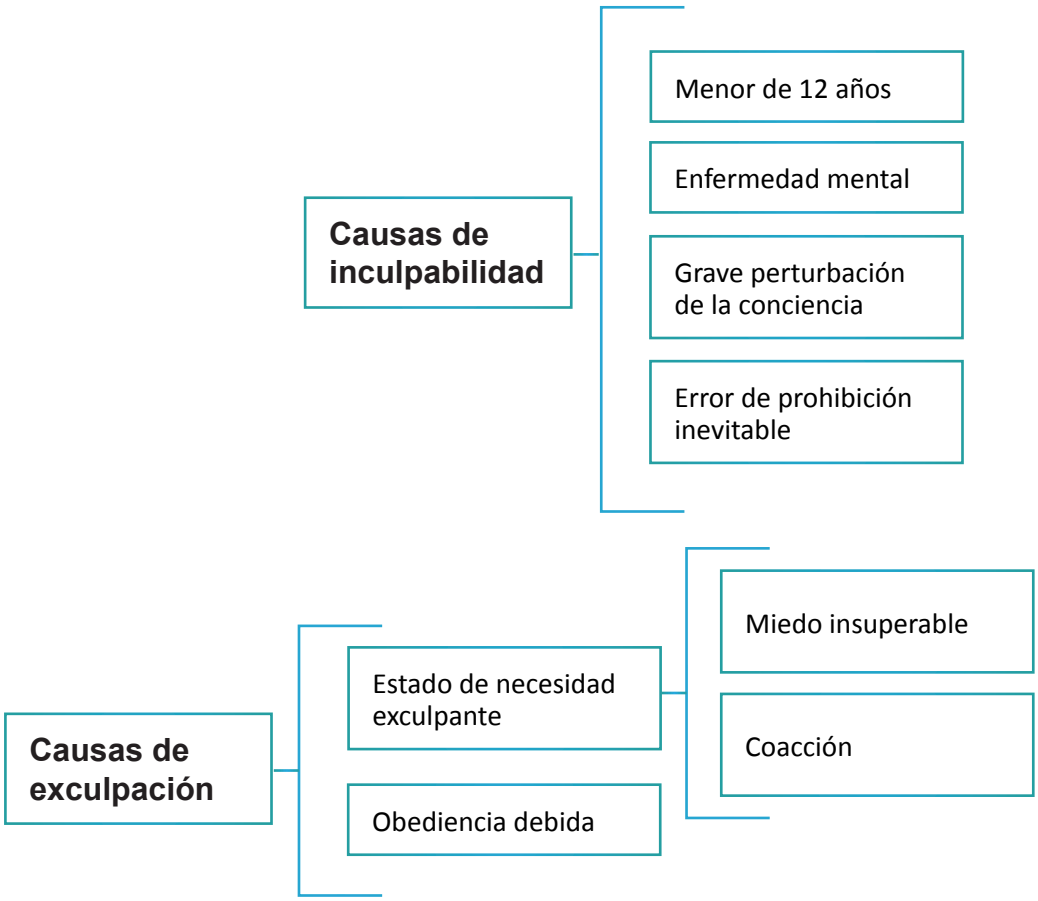
colaboración para la sustracción ilícita de dineros públicos).". Por ello, ha dicho nuestra Sala de Casación Penal, el deber jurídico de obediencia al superior no es absoluto, la obediencia deja de ser debida u obligatoria cuando la orden impartida sea abiertamente antijurídica, como innegablemente lo es en el caso que nos ocupa. Sala Tercera. Voto 776-2003.

En el mismo sentido, la Sala Tercera señaló:

III. [...] *A mayor abundamiento, cabe aclarar que el artículo 36 del Código Penal, que contempla la obediencia debida como causal de exclusión de la culpabilidad, requiere la concurrencia de tres requisitos: a) que la orden dimane de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por ley; b), que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expide la orden y c), que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible. Dicho en otras palabras, para que pueda invocarse esta causal de exculpación, no basta con que haya una relación jerárquica y una orden emanada de un superior que cumpla con las formalidades, sino que también resulta necesario ponderar la naturaleza de la conducta realizada, la que debe ajustarse a derecho (en ese sentido, véase la resolución de esta Sala # 888-03, de 10:05 horas del 3 de octubre de 2003).* Sala Tercera. Voto 700-2006.

5.4 ESQUEMAS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL TEMA




Causas de inculpabilidad
Menor de 12 años
Enfermedad mental
Grave perturbación de la conciencia
Error de prohibición inevitable
Causas de exculpación
Estado de necesidad exculpante
Miedo insuperable
Coacción
Obediencia debida

5.5. BIBLIOGRAFÍA

Aguado, T. (2012). *Principio Constitucional de Proporcionalidad.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Arguedas Rodríguez, G. (2021). Criterios delimitadores del ejerdcicio de la objeción de conciencia aplicables a la objeción judicial. *Revisata de la SAla COnstitucional*(3).

ARMIJO SANCHO, G. (2007). Del control político al control constitucional: el princpio de legalidad penal. En J. (. Llobet Rodríguez, *Justicia Penal y Derechos Humanos. Homenaje a Francisco Castillo González* (págs. 37-58). San José: Jurídica Continental.

BACIGALUPO, E. (1985). *Lineamientos de la Teoría del Delito.* San José : Juricentro.

Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales del Derecho Penal.* Buenos Aires: Hammurabi.

Borja, E. (2000). *Tendencias contemporáneas de la teoría jurídica del delito.* San José : Arete.

Borja, E. (2000). *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica.* San José : Arete.

Cadenas, H. (2016). La función del funcionalismo: una exploración conceptual. *Sociologías , 18*(41), 196-214. doi:https://doi.org/10.1590/15174522-018004107

Cancio Meliá, M. (2005). Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva. En M. Bolaños GOnzález, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 72-87). Merida: Universidad de los Andes.

Castillo González, F. (2008). *Las teorías de la acción.* San José: Juríica Continental.

Castillo, F. (1998). *El Consentimiento del Derechohabiente en materia penal.* San José: Juricentro.

Castillo, F. (2001). *El Error de Prohibición.* San José: Juritexto.

Castillo, F. (2004). *La Legítima Defensa.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (2010). *Derecho Penal Parte General. Tomo II.* San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, F. (s.f.). Derecho Penal Parte General.

Chan Mora, G. (2021). ¿Para qué sirve la teoría del delito? *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica número 1 (32) (13) Año 1. RDCP-UCR. 2021*, 48-70.

Chan, G. (2012). *La culpabilidad penal.* San José: Investigaciones Juríicas.

Chirino Sánchez , A., & Salas Porras, R. (2004). *La Legítima Defensa.* San José: Investigaciones Jurídicas.

Chirino Sánchez, A., & El Khoury Jacob, H. I. (1991). *Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal.* San José: ILANUD.

Cuesta Aguado, P. (2006). *Tipicidad e Imputación Objetiva* (Primera Edición ed.). Garibaldi, Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

González Lillo, D. (2022). Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente. En V. Gómez Martín , C. Bolea Bardón, J. Gallego Soler, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo.* Madrid: BOE.

Harbotle, F. (2012). *Imputabilidad disminuida. Hacia una redefinición de la imputabilidad e inimputabilidad. .* San José: Juritexto.

Jakobs, G. (1996). *Fundamentos del Derecho Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en un Derecho penal funcional.* (M. Cancio Meliá, & B. Feijóo Sánchez, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial POns.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación* (Segunda, corregida ed.). (J. Cuello Contreras, & J. Serrano González de Muirillo, Trads.) Madrid, España: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997). *La Imputación Objetiva en Derecho Penal.* Buenos Aires: Ad Hoc.

Jakobs, G. (2004). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de las normas?* (Primera Reimpresión ed.). (M. Cancio Meliá, Trad.) Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Luzón Peña, D.-M. (2013). Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. *InDret*. Obtenido de www.indret.com

Martínez-Buján Pérez, C. (25 de noviembre de 1999). https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/LA%20CONCEPCION%20SIGNIFICATIVA%20MARTIN. *RECPC*. Recuperado el 23 de 08 de 2022, de https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/LA%20CONCEPCION%20SIGNIFICATIVA%20MARTIN

Martínez-Buján Pérez, C. (2022). El principio de culpabilidad y su fundamento. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J. Gallego Soler, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (págs. 713-724). Madrid: BOE.

Maurach, R. (1994). *Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: Astrea.

Mir Puig, S. (2005). Límites del normativismo en Derecho Penal. En M. (. Bolaños González, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 27-70). Merida: Universidad de los Andes.

Mir Puig, S. (2005). Límites del Normativismo en Derecho penal. En M. (. Bolaños González, *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (págs. 27-70). Mérida: Universiad de los Andes.

Montano, P. J. (2017). La objeción de conciencia como causa de justificación. *Revista de Derecho, (I-2017)*(15), 113-142.

Muñoz Conde, F. (2013). *Teoría General del Delito* (Tercera ed.). Bogotá: Temis.

MUÑOZ CONDE, F. (2013). *Teoría General del Delito.* Bogotá: Temis.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2000). *Derecho Penal Parte General* (Cuarta Edición, revisada y puesta al día ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanc.

Radbruch, G. (2005). El delincuente por convicción. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología, 07 - r4 - .*

Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal.* Buenos Aires: Ah Hoc.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la estructura de la Teoría del Delito.* Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito.* Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. FUndamentos de la Estructura de la Teoría del Delito* (Primera Edición ed.). (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas.

Rusconi, M. (2008). *El Funcionamiento de las causas de justificación. Sobre lo objetivo y subjetivo de las normas permisivas. .* Buenos Aires: Ad-Hoc.

Salas, M. (2010). LA acción en el derecho penal: crítica de un dogma y sus vicios argumentativos. En J. Llobet Rodríguez, D. Durán Chavarría, & (Compiladores), *Política Criminal en el Estado Social de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes* (págs. 339-354). San José: Jurídica Continental.

Schünemann, B. (2018). La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo general del Derecho Penal. En D. M. Luzon-Peña, *LIbro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa* (págs. 31-47). Lima: Fundación Internacional de Ciencias Penales.

Silva Sánchez, J. M. (2022). ¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en el Derecho penal. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardón, J.-I. Gallego Sole, J. Hortal Ibarra, & U. Joshi Jubert, *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirantu Corcoy Bidasolo* (págs. 921-932). Madrid: BOE.

Tavares, J. (1983). *Teorías del delito.* Buenos Aires: Hammurabi.

UNAM, I. (2013). Origen Histórico de la Imputación Objetiva. *Instituto e Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

Urruela, A. (2004). *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica.* Granada: Comares.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General.* Bogotá: Comlibros.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General.* Bogotá: COMLIBROS.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (Cuarta ed.). Bogotá: Comlibros.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General.* Bogotá: COLIBROS.

Vives Antón, T. (2011). *Fundamentos del Sistema Penal. Acción significativa y Derechos constitucionales.* Valencia: Tirant lo Blanch.

5.6 EJERCICIOS FORMATIVOS

1. **Explique el contenido del principio de culpabilidad penal.**

2. **Explique los elementos de la culpabilidad en la teoría del delito.**

3. **Defina los siguientes términos:**

   a. ***Actio libera in causa***
   b. **Teoría psicológica de la culpabilidad**
   c. **Teoría normativa de la culpabilidad**
   d. **Imputabilidad disminuida**

4. **Explique el error de prohibición, sus clases y efectos.**

5. **Sintetice las diversas teorías acerca del error de prohibición.**

Estos ejercicios son formativos para su repaso y análisis personal. Por lo tanto, no tienen porcentaje de evaluación, ni deberá remitirlos a la persona facilitadora. Sin embargo, su análisis y respuesta le permitirán un mayor estudio y comprensión del tema. abordado.