

Sala Tercera de la Corte

Resolución Nº 00374 - 2017

Fecha de la Resolución: 28 de Abril del 2017

Expediente: 11-000068-0532-PE

Redactado por: Celso Gamboa Sanchez

Analizado por: SALA DE CASACIÓN PENAL

Indicadores de Relevancia

Criterio unificador

Contenido de Interés:

Temas (descriptores): Delito continuado

Subtemas (restringidores): Naturaleza y elementos, Unificación de criterios respecto a la posibilidad de juzgarse en dos o más procesos separados en el tiempo y su penalidad

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del derecho: Penal-Precedentes Contradictorios

“D.) [...] Visto lo anterior, esta Sala de Casación procede a unificar el criterio sobre la posibilidad de juzgar el delito continuado en dos o más procesos separados en el tiempo, de la siguiente manera: el delito continuado, de conformidad con el artículo 77 del Código Penal, es una figura que para su aplicación, responde a tres características específicas: que se trate de delitos de la misma especie cometidos a lo largo del tiempo, que el autor persiga una finalidad común específica y que afecte bienes jurídicos de orden patrimonial. Con base en ello, tenemos que sin duda se está ante una pluralidad de acciones, que para efectos de pena, entran a calificar como delito continuado, lo que implica que el imputado, ante este instituto, se ve beneficiado al momento de la imposición de la sanción, pues para esos efectos “...se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto...”. Se decanta esta Sala por afirmar que, bajo las características de esta figura y la garantía de una pena única para el conjunto de infracciones delictivas, cuando los hechos constitutivos de un delito continuado se juzguen y posteriormente se conozcan en sede judicial otro conjunto de hechos que pertenezcan al mismo, lo procedente es dictar también sentencia sobre los segundos, para que sobre los mismos pese la cosa juzgada cuando la sentencia se encuentre firme, pues aún tratándose de casos en los que se cuente con uno o varios ofendidos y la misma acusación fiscal, cada hecho es independiente en el tiempo y debe determinarse la autoría del acusado en los mismos. Aún cuando la requisitoria fiscal relate el modus operandi de los autores para obtener en forma ilícita los dineros de los ofendidos –como en este caso–, cada una de los ofendidos vio afectados sus bienes jurídicos patrimoniales por ese medio de acción y plan de autor allí descrito, por lo que no es factible afirmar que todos los hechos descritos en la acusación ya fueron juzgados si hubo un fallo previo que definió la situación jurídica solo para algunos de los ofendidos y no para la totalidad de ellos, no operando así el principio de non bis in idem y con ello la inexistencia de cosa juzgada. Esto, atendiendo también al principio de seguridad jurídica, pues las partes cuentan con el derecho a obtener una respuesta al conflicto que han planteado ante la Administración de Justicia, tanto en la parte penal, como en la parte civil, de haberse planteado los reclamos civiles respectivos. Sobre la penalidad. Esta Sala de Casación igualmente mantiene el criterio de mayoría establecido en la resolución Nº444-F-96. La penalidad del delito continuado que se juzga en un segundo momento procesal y del que mana un segundo fallo, debe atenerse, ciertamente, a las reglas del artículo 77 del Código Penal, más procede unificar la misma, de manera retrospectiva con la sanción impuesta de previo, siempre y cuando no se hayan superado en la primera sentencia los máximos de pena que se señala el artículo 77 en cuestión, sea, “...la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto...”, y la unificación se dé dentro de éstos márgenes. Lo contrario – no penalizar el delito continuado en el segundo fallo condenatorio y determinar que existe cosa juzgada con respecto a la sanción impuesta en la primera sentencia–, dejaría en desaplicación la norma relativa al delito continuado ya indicada y se tornaría la figura en una doble garantía para el imputado, al que se le aplica, en el primer fallo, la sanción adecuada al delito continuado, la cual quedaría firme, sin importar cuántos otros hechos queden pendientes de juzgar y la posible pena a imponer. Así las cosas, concluye esta Sala lo siguiente: a.) se declaran con lugar los recursos de casación sobre la inexistencia de cosa juzgada y aplicación del delito continuado, únicamente en cuanto al juzgamiento de los hechos de estafa en modalidad de delito continuado. Por ello, se anula el fallo en cuanto a la absolutoria por los delitos de estafa en modalidad de delito continuado; b.) por no haber sido objeto de impugnación, se mantiene incólume la absolutoria por el delito de intermediación financiera a favor de los imputados así como el reenvío a la etapa de debate para nueva sustanciación de los montos de la indemnización del daño material incoados contra Michael Anthony González Espinoza; c.) se ordena el reenvío al Tribunal de Apelación de Sentencia para que se resuelvan los alegatos de los recursos de apelación que no se resolvieron en dicha sede, en tanto no tengan relación con el delito de intermediación financiera. Por innecesario, se omite resolver el tercer motivo del recurso de casación presentado por el representante de la querrela.”

... Ver menos

Texto de la Resolución

11000680532PE

Exp: 11-000068-0532-PE

Res: 2017-00374

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas y veintiocho minutos del veintiocho de abril del dos mil diecisiete.

Recursos de casación interpuestos en la presente causa seguida contra Luis Milanés Tamayo Coto, cubano, mayor de edad, portador del documento de identidad número trescientos quince - uno nueve uno seis seis dos cero cero seis cuatro seis tres, nacido en Cuba el diez de octubre de mil novecientos cincuenta, hijo de Elvira Coto y José Narciso Milanés; José Milanés Tamayo, cubano, mayor de edad, portador del pasaporte de los Estados Unidos de América número uno cinco siete cinco cero siete cuatro siete seis, nacido en Cuba el once de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, hijo de Elvira Coto y José Narciso Milanés y Michael Antony González Espinoza, costarricense, divorciado, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número uno - setecientos setenta y cuatro - ciento cincuenta y cuatro, nacido en San José, Costa Rica el dieciséis de junio de mil novecientos setenta, hijo de Victoria González Espinoza, por el delito de Estafa y otros, cometido en perjuicio de INVERSIONISTAS SAVING UNLIMITED. Intervienen en la decisión de los recursos los Magistrados y la Magistrada Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Doris Arias Madrigal, Celso Gamboa Sánchez y Jorge Enrique Desanti Henderson, éste último en su condición de Magistrado suplente. Además participa en esta instancia, el licenciado David Retana Jiménez, en calidad de defensor público del señor Michael Antony González Espinoza, el licenciado José Pablo Badilla Villanueva defensor particular de Luis Angel Milanés Tamayo, el licenciado Ewald Acuña Blanco como apoderado especial judicial de los querellantes, la licenciada Eida Solís Loría, en su calidad de Fiscal en representación de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos del Ministerio Público y la licenciada Karla Nancy Martínez Solano como representante de la Oficina de la Defensa Civil de la Víctima del Ministerio Público.

Resultando:

1. Mediante resolución N° 2016-0832, dictada a las diez horas, del seis de junio de dos mil dieciséis, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, resolvió: **"POR TANTO: Se declara con lugar lo siguiente: (1).- Los reclamos por irrespeto al non bis in idem en cuanto a las estafas en modalidad de delito continuado, y falta de configuración de la intermediación financiera ilegal, esto es, el primer y segundo motivos del recurso de apelación del coimputado Luis Ángel Milanés-Tamayo Coto; el tercer, cuarto y quinto motivos del recurso de apelación del licenciado José Pablo Badilla Villanueva, defensor particular del coimputado Luis Ángel Milanés-Tamayo Coto; y el primer motivo del recurso de apelación del licenciado David Retana Jiménez, defensor público del coimputado Michael Anthony González Espinoza. (2) El cuarto motivo de esta última impugnación (relativo al quantum del daño material). En virtud de ello, se anula parcialmente el fallo de instancia, sólo en cuanto a los siguientes extremos: A).- La condenatoria penal dispuesta contra los coimputados Luis Ángel Milánes-Tamayo Coto y Michael Anthony González Espinoza por los delitos de estafa en modalidad de delito continuado en concurso ideal con intermediación financiera ilegal. En esta misma sede, por haber operado la cosa juzgada, se les absuelve de toda pena y responsabilidad por dichas delincuencias. Si otra causa no lo impide, se ordena la inmediata libertad del coimputado Luis Ángel Milanés-Tamayo Coto; además, se levantan y dejan sin efecto las medidas cautelares dispuestas en contra del coencartado Michael González Espinoza. B).- Los montos de la indemnización por daño material concedidos a los ofendidos a quienes se les declaró con lugar el reclamo civil que por dicho concepto incoaron contra el codemandado Michael Anthony González Espinoza (único que objetó los extremos civiles del fallo). Al respecto se dispone el juicio de reenvío para una nueva sustanciación conforme a Derecho. En todo lo demás, el fallo de instancia permanece incólume. Se declaran sin lugar los demás reclamos incluidos en este cuarto motivo de la apelación planteada por el licenciado Retana Jiménez. Por resultar innecesario, se omite pronunciamiento en cuanto a los demás reclamos que se incluyen en las tres impugnaciones que se han planteado. NOTIFÍQUESE. (Fs.) Mario Alberto Porras Villalta, Patricia Vargas González y Ronald Salazar Murillo Jueces del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal." (sic).**

2. Contra el anterior pronunciamiento el licenciado Ewald Acuña Blanco como apoderado especial judicial de los querellantes, la licenciada Eida Solís Loría, en su calidad de Fiscal en representación de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos del Ministerio Público y la licenciada Karla Nancy Martínez Solano como representante de la Oficina de la Defensa Civil de la Víctima del Ministerio Público, interponen sendos recursos de casación.

3. Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en los recursos.

4. En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa el Magistrado Gamboa Sánchez; y,

Considerando:

I. En escritos visibles de folios 25125 a 25161, 25162 a 25165 y 25166 a 25185 del expediente, la licenciada Eida Solís Loría, representante del Ministerio Público; la licenciada Karla Nancy Martínez Solano, abogada de la Oficina de la Defensa Civil de la Víctima, y el licenciado Edwald Acuña Blanco, Apoderado Especial Judicial de la parte querellante; interponen recurso de casación contra la resolución número 2016-0832, de las 10:00 horas, del 6 de junio de 2016, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia del

Segundo Circuito Judicial de San José, sede de Goicoechea.

II. En la resolución N° 1259-16, de las 9:20 horas, del 7 de diciembre de 2016, se admitió para su estudio el primer y segundo motivo del recurso de casación interpuesto por la licenciada Eida Solís Loría, representante del Ministerio Público y el recurso de casación interpuesto por el licenciado Ewald Acuña Blanco, en su condición de Apoderado Especial Judicial de los Querellantes.

III. Recurso de casación presentado por la licenciada Eida Solís Loría, representante del Ministerio Público. En el primer motivo con base en el inciso a) del artículo 468 del Código Procesal Penal, invoca la existencia de precedentes contradictorios entre la sentencia emitida por el *ad quem* número 2016-0832, de las 10:00 horas, del 6 de junio de 2016, y la sentencia número 444-F-96, de las 15:00 horas, de 21 de agosto de 1996, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en relación " *a las implicaciones y alcances del delito continuado de cara a la cosa juzgada*". De previo a la fundamentación del alegato, expone la recurrente que el presente asunto constituye un testimonio de piezas de la sumaria número 02-005124-647-PE, el cual fue creado en virtud del procedimiento abreviado aceptado por los imputados Luis Ángel Milanés Tamayo Coto, Michael González Espinoza, solamente en relación con algunas de las víctimas. Ahora bien, precisa que, el objeto de discusión propuesto por la defensa técnica gira en torno a que operó la cosa juzgada material, pues según tal criterio los hechos demostrados fueron los mismos que se juzgaron en sentencia abreviada, n° 392-2012, de las 16:25 horas, de 25 de abril de 2012, del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José. En ese sentido, puntualiza la Fiscal que, la resolución cuestionada del *ad quem* acoge dicha tesis, que se fundamenta en la decisión de minoría de la citada sentencia n° 444-F-96. Acorde con lo afirmado, señala la licenciada Solís Lara que, " *..... en el caso de los hechos calificados como delito continuado, en relación a ser juzgados, hechos constitutivos de ese delito continuado, en momentos diferentes.....*" , ya la Sala en el precedente n° 444-F-96, por voto mayoritario estableció la posibilidad de juzgar hechos que se adecuen a un delito continuado, " *posterior a una sentencia ya firme que contempla hechos del mismo delito continuado, sin que por ello haya operado la cosa juzgada*". Agrega la impugnante que, la Sala de Casación Penal, en ese fallo avaló la imposición de una nueva sanción penal por los hechos evacuados en el segundo debate, siempre en aplicación estricta del artículo 77 de la ley penal sustantiva, análisis soslayado por el Tribunal de Apelación de Sentencia. Concluye, que lo dirimido en segunda instancia, contraviene el pronunciamiento de mayoría de la Sala en resolución n° 444-F-96, que permite el juzgamiento posterior de supuestos fácticos, que integren el delito continuado " *sobre el cual ya existía sentencia*", además de la viabilidad de decretar una pena por esas delincuencias, pero únicamente cuando en el primer fallo no se haya fijado el máximo de acuerdo con las reglas previstas para la penalidad del delito continuado. Solicita declarar con lugar el reclamo, en aras de hacer cumplir el " *fin unificador de jurisprudencia*", en lo relativo a las implicaciones y efectos del delito continuado, en relación con el instituto de la cosa juzgada. Enfatiza la representante del Ministerio Público que, contrario a lo resuelto por el Tribunal de Apelación de Sentencia (al afirmar que existe una resolución previa firme, en la cual se determinaron algunas conductas propias del ilícito de estafa mayor en la modalidad de delito continuado, no sería posible juzgar hechos que constituyen parte de tal delito continuado, al emerger la cosa juzgada material), dicho pronunciamiento es opuesto al voto de mayoría de esta Sala. De ahí el advenimiento de un agravio irreparable, en claro detrimento de la pretensión punitiva estipulada, perjuicio que se materializó con la revocatoria parcial del fallo condenatorio del *a quo*, al eximir de toda pena y responsabilidad a Michael González Espinoza y a Luis A Milanés Tamayo Coto. Pretende que se declare ineficaz la resolución en lo que atañe a la absolutoria, y se conserve incólume el fallo de primera instancia, que estableció la declaratoria de culpabilidad de Luis A Milanés Tamayo Coto, a quince años de prisión; y de González Espinoza, a una sanción privativa de libertad, de seis años, por la delincuencia de estafa agravada (cfr. folios 25127 a 25140). En el segundo motivo alega la representante del Ministerio Público errónea aplicación del *Non bis in idem* artículo 11 del Código Procesal Penal, lo anterior de conformidad con el artículo 468 inciso b) del mismo cuerpo de leyes. Estima que el vicio surge al inobservar el Tribunal de Apelación de Sentencia, los tres elementos básicos a fin de que opere la cosa juzgada. En ese orden de ideas, reprocha la falta de análisis en lo atinente con las excepciones sobre la cosa juzgada que formuló la defensa técnica. Agrega que propiamente en el considerando I, se observa la exposición de motivos que justificaron el rechazo del *a quo*, de las excepciones incoadas, al punto de transcribir un segmento del fallo del procedimiento abreviado que, de forma expresa advierte los nombres de las víctimas por las cuales se llevó a cabo el juicio especial. En ese sentido, indica la recurrente que, en primera instancia se precisó que en el presente asunto no mediaban los elementos constitutivos de la cosa juzgada, es decir, no existía identidad de hechos, ni identidad de pretensión punitiva. La licenciada Solís Loría, dentro de su técnica recursiva, transcribe parte de la resolución n° 2016-0185, de las 10:59 horas, de la Sala, sobre la identidad de sujeto, de objeto y de causa, -como necesarias desde su óptica- para que pueda operar la cosa juzgada (En similar sentido, sentencias números 2012-0722, de las 09:16 horas, de 27 de abril del año 2012, y 2013-00592, de las 10:44 horas, de 24 de mayo de 2013). Puntualiza que en el caso concreto, si bien es cierto, pese a existir el elemento de identidad personal por tratarse de los mismos endilgados, Michael Anthony González Espinoza y Luis Ángel Milanés Tamayo Coto, no se origina la identidad de hechos, ni la identidad de pretensión punitiva, por lo que no ha operado la cosa juzgada, en razón de no imperar los mismos hechos, " *... es necesario resaltar que la pieza acusatoria es única y no puede deslindarse (sic) ningún hecho, máxime cuando el requerimiento acusatorio consta de dos partes claramente establecidas, como en el caso concreto, ya que en una primera parte se describe un cuadro fáctico que establece el modus operandi de los encartados, podríamos decir que es la parte general de la acusación, para inmediatamente continuar con una segunda parte*

donde se describen los hechos relacionados con cada ofendido, en los cuales se establece el desprendimiento patrimonial que operó mediante el engaño al que fueron inducidos por los encartados". Añade la Fiscal que, para el procedimiento abreviado, se empleó el segmento genérico de la pieza acusatoria, que correspondió a la descripción de la forma de actuar, pero deslindando en la parte específica a las personas ofendidas, cuyos nombres se aprecian de folios 25147 a 25148. Asimismo subraya que, en la sumaria que nos ocupa "no existe el elemento de identidad de hechos u objeto del proceso, por cuanto tal y como se dijo no son los mismos hechos", debido a que comprende circunstancias fácticas en las cuales se vinculan otras personas como víctimas (cfr. folios 25148 a 25154). Reitera la falta de identidad de pretensión punitiva, pues en el actual proceso penal, resulta totalmente diferente al procedimiento especial abreviado, "ya que en este se ventiló el comportamiento humano (acción u omisión) jurídicamente valorado [...], en relación con ofendidos completamente diferentes a los incluidos en el procedimiento abreviado, lo cual se constata de una simple revisión de cada una de las acusaciones (abreviado y este proceso)". En respaldo de su tesis, cita el voto n° 2015-0341, de las 14:30 horas, de 5 de marzo del año 2015, del Tribunal de Apelación de Sentencia, del Segundo Circuito Judicial de San José. Argumenta que, la ausencia de valoración completa en la sentencia del *ad quem*, en lo atinente a las piezas acusatorias que, corresponden al abreviado y el presente proceso, generan un perjuicio, porque el Tribunal de Apelación, al acoger el reclamo de la defensa, de revocar parcialmente el fallo n° 1059-2015, de las 9:00 horas, de 10 de diciembre de 2015, del *a quo*, al absolver a los mencionados imputados, propició la impunidad, en daño de diversos ofendidos. Solicita declarar con lugar el alegato, se deje sin efecto el fallo impugnado, y se mantenga incólume la sentencia condenatoria, que estableció contra Luis Milanés Tamayo Coto, la pena de quince años de prisión, y contra Michael A González Espinoza, la sanción privativa de libertad de seis años de prisión, por el ilícito de estafa agravada en la modalidad de delito continuado (cfr. folios 25140 a 25156).

IV. Recurso de casación interpuesto por el licenciado Ewald Acuña Blanco, en su condición de Apoderado Especial Judicial de los Querellantes. En el primer motivo acusa el licenciado Ewald Acuña Blanco, con base en el artículo 468 inciso b) y 469 del Código Procesal Penal, la incorrecta aplicación del artículo 11 del Código Procesal Penal, en razón de que, los hechos objeto de la resolución correspondiente al procedimiento abreviado número 392-2012, de las 16:25 horas, de 25 de abril de 2012, no son los mismos, pues "..... los hechos -en sentido procesal- tenidos por acreditados en una y otra sentencia recaen sobre objetos materiales del delito (sic) diferentes, de lo que deviene la inexistencia de identidad en los hechos ...". En ese sentido enfatiza que, para sostener "la identidad del hecho ya juzgado y del hecho acusado", a fin de aplicar el ordinal 11 del Código Procesal Penal, necesariamente debe darse la identidad completa o parcial, en los actos de ejecución del tipo penal, y en virtud de que, en el delito de estafa, el elemento objetivo necesita del actuar engañoso que produce el error en la víctima, ésta, debido a ese yerro desarrolla la disposición patrimonial que provoca el daño de naturaleza patrimonial, por cuanto el ilícito de estafa constituye un delito de autolesión. Así las cosas, desde el ámbito lógico y jurídico, no es viable que los hechos demostrados en el procedimiento especial abreviado, resulten "idénticos a los contenidos en la sentencia 1059-2015", -objeto de apelación-, porque versa sobre un conglomerado de personas agraviadas diferentes, cuyo desempeño produjo en un error "- estado psicológico personalísimo-", en detrimento de su patrimonio, el cual dista al de las demás víctimas. Pretende que, debido a todo lo expuesto, la Sala de casación penal aplique de modo correcto el citado precepto 11 de la ley penal adjetiva, y así se decrete la inexistencia de la cosa juzgada, anulando el dictado de la absolutoria a favor de Michael González Espinoza, y Luis Ángel Milanés Tamayo-Coto, en virtud de que no ha operado la cosa juzgada (cfr. folios 25169 a 25175). En el segundo motivo de conformidad con el inciso b) del artículo 468 del Código Procesal Penal, alega el representante de la parte querellante, la incorrecta aplicación en la sentencia recurrida de las reglas establecidas para la penalidad del delito continuado, previsto en el artículo 77 del Código Penal. Refiere el litigante que, el Tribunal de Apelación en su fallo absuelve a los querellados Michael González Espinoza y Luis Ángel Milanés Tamayo-Coto, según el citado numeral 77 de la ley penal sustantiva, pues sus acciones (supuestamente) ya habían sido juzgadas, y correspondía decretar "la existencia de la cosa juzgada", y en consecuencia, eximirlos de toda pena y responsabilidad. Afirma que, el error del *ad quem* se circunscribe en sostener que, el delito continuado configura un solo ilícito, yerro del que deviene el dictado de la cosa juzgada material, olvidando la Jueza y los Jueces de Apelación, que de la estricta literalidad de la disposición normativa contenida "-en la sección de la fijación de las penas-", se determina según el espíritu del legislador, la concurrencia mínima de dos delitos en concurso, requisito infaltable para así aplicar (en el instante de estipular la sanción, en aquéllos casos donde surgen dos delincuencias que menoscaban bienes jurídicos de naturaleza patrimonial, siempre cuya realización revista una sola finalidad o designio común del autor), la penalidad del delito continuado. Insiste Acuña Blanco, que por ubicarse el artículo 77 del código penal, en la sección VII, de fijación de penas, "se trata de una forma especial de penalidad del concurso material o real y no de una única acción como afirma la resolución que se recurre". Concluye que, si se hubiese aplicado de forma correcta la ley sustantiva, se hubiese determinado la inexistencia de la cosa juzgada emitida en la resolución de apelación, siendo la sentencia del *a quo* número 1059-2015, la apegada al marco de legalidad. Estima que la errada interpretación del Tribunal de Apelación, da al traste con la pretensión punitiva ejercida en la respectiva querrela, constituyéndose un agravio irreparable contra su representada, al denegarles contra *legem* el ejercicio de la acción penal "como víctimas y ofendidos directos". Solicita anular la absolutoria y declare la inexistencia de la cosa juzgada (cfr. folios 25175 a 25181). En el tercer alegato, reclama según los artículos 468 inciso b) y 469, la inobservancia del numeral 36 párrafos 4° y 6° del Código Procesal Penal.

Explica el abogado querellante que, la sentencia cuestionada, contrario al ordenamiento jurídico determinó que el objeto litigioso contenido en la pieza acusatoria del Ministerio Público, y en las querellas presentadas, que fueron examinadas en la resolución número 1059-2015, del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, deben excluirse del fallo condenatorio, al acreditarse *"..... la misma base fáctica, referida a las operaciones ficticias y engañosas desarrolladas por SAVING UNLIMITED de 1999 a 2002 . En ese primer fallo, aplicando el trámite abreviado y partiendo de la misma calificación jurídica, se impuso a ambos acusados una sanción de tres años de prisión. No obstante, si posteriormente se apersonaron otros ofendidos (víctimas del mismo aparato engañoso diseñado por los aquí imputados), es claro que los hechos en su perjuicio forman parte de la continuación, razón por la cual no podrían juzgarse nuevamente ni tampoco podría modificarse esa pena ya firme, pues no sería dable realizar una nueva fijación"*. Situación que le acarrea a la parte querellante un irreparable perjuicio, al conculcar de modo definitivo sus pretensiones. Enfatiza el litigante que, si el ad quem hubiese valorado el artículo 36 en los párrafos 4º y 6º, *"habría conocido la imposibilidad -obstáculo procesal de conocer en una sola sentencia de todos los hechos atribuidos a los Querellados Luis Angel (sic) Milanés Tamayo Coto y Michael González Espinoza (sic) en lugar de afirmar, como incorrectamente lo hace, la imposibilidad de imposición de la pena establecida en la sentencia 1059-2015 ..."*, impidiendo el acceso al análisis de la pretensión punitiva que, han ejercido por medio de la querella las víctimas directas contra ambos querellados. Solicita declarar *" que sí es posible por haber existido un obstáculo procesal- la suspensión de la acción penal durante la conciliación fallida- realizar los juzgamientos respecto de los hechos que se atribuyen a los querellados [.....] anulando la sentencia 2016-0832 aquí impugnada y dejando subsistente la sentencia 1059-2015 dictada por el Tribunal Penal de I Circuito Judicial de San José en los aspectos atinentes a la pretensión punitiva y la pena impuesta en dicha sentencia"*. Además solicita vista oral de acuerdo con el artículo 472 CPP (cfr. folios 25181 a 25185).

V. Por presentar conexidad, se resuelven de manera conjunta los motivos primero y segundo del recurso de casación presentado por la representante del Ministerio Público y los motivos primero y segundo del recurso de casación presentado por el abogado representante de la querella, en la forma en que se dirá. Las inconformidades que plantean los recurrentes, se refiere a los alcances de la figura del delito continuado, específicamente en relación con situaciones en las por cuestiones propias del proceso, los hechos son juzgados en momentos distintos, así como la injerencia de ello en la aplicación del principio de cosa juzgada. Previo a dar respuesta a las demandas de los interesados, se hace necesario plantear algunas consideraciones: a.) Sobre el delito continuado. La figura del delito continuado está contemplada, en el ordenamiento jurídico costarricense, en el artículo 77 del Código Penal que señala: *"... Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto..."*. El numeral citado rebela la naturaleza del delito continuado, resultando en una figura que contempla la comisión de una multiplicidad de hechos, por parte de un imputado, cuya naturaleza patrimonial e igual fin, permiten que se le imponga *" ... la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto..."*, independientemente del espacio temporal en el que se sucedan. La figura resulta entonces en una construcción jurídica que permite la imposición de una pena que responda al delito más grave y que pueda ser aumentada por el Juez, hasta en otro tanto igual. Ello sin duda, resulta en una sanción beneficiosa para el encausado, pues no se le impondrá pena por cada una de las delincuencias cometidas, sino de la forma ya señalada. Al respecto de la naturaleza del delito continuado, la Sala Tercera ha establecido lo siguiente: *"...Es claro que tanto en el concurso material, como en el caso del delito continuado, se produce un (sic) pluralidad de acciones típicas. Es por ello que algunos se refieren al delito continuado como "concurso continuado", o "concurso material aparente". Puede decirse, que se trata de un concurso material de delitos, en el que concurren aspectos que lo diferencian de éste. Francisco Castillo, en su obra "El concurso de delitos en el derecho penal costarricense", afirma que el delito continuado es una excepción a las reglas del concurso real en el ámbito de los delitos que afecten bienes jurídicos patrimoniales. En efecto, lo que establece la diferencia entre uno y otro, es que los ilícitos en el delito continuado, han de ser de la misma especie, afectar bienes jurídicos patrimoniales, y que el sujeto activo persiga una misma finalidad, tal como establece el artículo 77 del Código Penal. Es decir, la conducta debe ser homogénea y con un fin unitario, que engloba todos los ilícitos, lo que lleva a valorarla como un solo delito, para efectos de sanción : "Para construir la figuraa (sic) del delito continuado, el legislador utiliza un elemento subjetivo, que une entre sí todos los delitos de la continuación: el agente debe perseguir con todos ellos "una misma finalidad"...En la hipótesis se trata, pues, de una ficción: el legislador traslada los efectos de un hecho (delito único) a otro hecho (pluralidad de delitos, en los que el agente persigue una misma finalidad). Pero tampoco la ley considera éstos unidos por la misma finalidad como una total unidad; por el contrario, restringe los efectos de los hechos así unidos, solamente a la consecuencia jurídica, que es la pena. Desde este punto de vista, podremos (sic) definir el delito continuado en nuestro derecho como una ficción restringida "quod poenam" (Francisco Castillo, obra citada, página 89). La figura surgió para atemperar la sanción en aquellos casos de reiteración delictiva en corto espacio de tiempo, y de forma semejante, pues se consideró que esas conductas repetidas son más reprochables que una sola, pero tienen menor contenido injusto que la suma de todas."* (Res. N° 148-06, de las 09:00 horas, del 24 de febrero de 2006). b.) Sobre el principio de Non bis in dem. Otro de los supuestos que debe ser retomado, previo a la resolución del recurso, es el principio de *Non Bis in Idem*. Este principio, contemplado en el artículo 11 del Código Procesal Penal, que señala *"...Nadie podrá ser juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho..."*, lo que resulta en la imposibilidad legal de que el imputado sea procesado por los mismos hechos en más de una ocasión. Este principio se relaciona directamente con

la cosa juzgada, sea, que una vez que la sentencia se encuentra firme, los hechos no pueden juzgarse nuevamente. Varios requisitos deben cumplirse para determinarse la existencia de cosa juzgada material, a saber: “...a) *Identidad personal: que consiste en verificar que se trata del mismo imputado en uno y otro proceso, en su condición de autor o partícipe, que esté siendo o haya sido perseguido penalmente por las autoridades establecidas legalmente, con el objeto de imputarle el mismo hecho.* b) *Identidad de hechos u objeto del proceso: se refiere a la identidad de imputación, lo que implica, tener por objeto el mismo comportamiento atribuido al mismo sujeto; sin que sea relevante la calificación jurídico penal que se le atribuya, en uno u otro proceso. Se trata entonces, de la misma acción u omisión, imputada dos o más veces.* c) *Identidad de pretensión punitiva: caso de excepción, en el que pese a que exista identidad personal y de objeto, en dos o más procesos, por unos mismos hechos, procede su conocimiento. Sucede porque las decisiones judiciales no versan sobre el valor jurídico de un acontecimiento, sino acerca del comportamiento humano (acción u omisión) jurídicamente valorado, posible de ser atribuido a una persona determinada, a quien se le impone una consecuencia jurídica por dicho comportamiento, sobre el cual no es posible una doble imputación....” (MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., Tomo I, Fundamentos, 2ª. Edición, 1996, pp. 603-630*)...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Res. N° 1221-12, de las 12:10 horas, del 17 de agosto de 2012).*

c.) Sobre el caso concreto. Partiendo de las reseñas de los conceptos y aplicación de los conceptos anteriores, tenemos como antecedentes del caso los siguientes: 1.) en la sentencia que admitió el procedimiento abreviado, N° 392-12, de las 16:25 horas, del 25 de abril de 2012, del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, se dictó condena contra los acusados Luis Angel Milanés Tamayo Coto y Michael González Espinoza en los siguientes términos: “...se declara a **LUIS MILANEZ TAMAYO-COTO, JOSE MILANEZ TAMAYO-COTO, ENRIQUE PEREYRA OCEGUERA, ENRIQUE PEREYRA SILVA Y MICHAEL ANTHONY GONZALEZ ESPINOZA**, autores responsables del delito de **INTERMEDIACION FINANCIERA ILEGAL Y ESTAFA MAYOR EN SU MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO**, en concurso ideal, cometido en perjuicio de Rosa Carrillo Batres, Sydney Eyrl, María Emilia Campos Castro, Belanger Jacques, Silvana Montero Barrantes, Elayne Hannintong, Mercier Claude Jacques, John Howard Milde, Alain Joubert, Andre Landry, Irvin Harvey Mason, Andre Coulombe, Claire Roberge, Curtis Alan Stefeen, Randolph Frank Zoborniak, Shell Axel Johanson, Mitchell James Kevin, Sara Phelps Clark, Hank Peter Anthony Kloosterman, Andre Josep Tessier, Jose Antonio Guillemo Moreno, Paul Orlando Salvatore, Miressex Membreño Chavarría, William Michael Newhouse, Donald Charles Coale, Carlos Jones Sower, Joyce Lee Samuelson, Jose Gododredo Sosa, Ana Isabel Monge Rojas, Dale George Henderson, Juan Pablo Maria Piscione, Brian Cordell Emlslie, Joan Norms Loewenstein, Johane Brault, Jerone Braxter Jhonson, Hortie Pierrette, Anne Roberge, Paolo Pavesi, James Job Andrews, George Daniel Knutkowski, Donni Launge Cook, Larry Kendall, Roland Hugh, Nonnie Knutkowski, Donald Kendall, Joseph Francis de Loach, Steven Allen Bucelato, Geraldine Christhensen Blake, Dennis Fullerton, Vivian Sarah Gifford, James Carlyle Thompson, Brook William Vinezt, Jean Deslandes, Raymond Lewis Copeland, Orin Douglas Strenstrom, James Maxwell Mckliven, Ernes Alvin Ratzlaff, Chris Van Buren, Olivier Thierry Chassot, Raymond Carl Billicki, Jennings James Burges, Cristina Alcalde Garatoa, Freddy Bolaños Rojas, Extra Ixtra S.A, Cumberland Castles S.A, Dos-Zero Entrando S.A, Blue Spectrum S.A, Thomas Antony Sazani Herrera, Arturo Jiménez Dooling, Dorothy Margaret Galton, Ricardo Manzini, Sidney Eyrl, Ronald Ortiz Caraway, Raymond Alfini, John March, Gudrum Elizabeth Nopper, Gertrud Amiet Djelassi, Alvin E. Mann, Robert y Pamela Foster, Ronald Gene Peck, John Ralph Sciarrino, Randall Leo Smith, Herman Haugen, Dino Guisseppe Remidi Fontaive, Carlos Renowitzky, Alan Lindberg, Mc Cain John William, Daniel Pacciorini-Job, Wendell Lodair Brunton, Massimo Contini, Martin West, Claudette Bernard, Marta Idelissa Ramírez, Herman Walter Shutte, Ronald Eugene Veza, Douglas W. Rea, Jack Lewis Elbe, Conrad Hahn, Gerald Walter Hunter, Ronald Jerry Nain, Shernaz Johnson, Dennis Delane Pettys, Donnie Laughn Cook, John Wesley Anderson, Alonso Justo Orestes, Guiselle Mora Arce, Arthuer Erick Flather, Violeta Alicia Sol Pineda, María Julia Alfaro Morales, Pittman Jerry Dale, Thompson James Carley, Marcia Britvan, Dorothy Britvan, Anya y Leonora Britvan, Carmine Di Lorenzo, Birgit María Emma Iske, David Tonkin y Karen Samuelson, Scott Smith, Barry Jay Needman, James Mc Clean, Joseph Mc Clean, David Anthony Shaw, James Hunter Goin y Elsa Marcela Alvarez Gonzalez, Edward Ernest Baker, Orfeo Figus Piras, Richard David Landowsky, James derk, Joel Prah, Angie Bogantes, Wood Bruce Charles, Ronald Lee Allen, John Wagner, Joseph Albert Sullivan, William John Rybasky, Mars Albert Morris, Lewis Earl Hills, Robert David Willis Haas, Mette Bruun, Patrick Lumes, Jocelyn Begin, Carlos Alberto Batista Odio y Emily Ann Rapp y Lilliana Torres Murillo y en tal carácter se les impone una pena de TRES AÑOS DE PRISION, pena que deberán descontar en el lugar y forma que determinen los reglamentos penitenciarios. Son las costas del proceso penal a cargo del Estado...” (Lo resaltado es del texto.). 2.) Posteriormente, tras la realización del debate para juzgar a los imputados por los hechos no contemplados en el procedimiento abreviado, en resolución N° 1059-15, de las 9:10 horas, del 10 de diciembre de 2015, del Tribunal Penal de San José, se condenó los imputados Luis Angel Milánes y Michael González Espinoza a 15 y 6 años de prisión, por los delitos de intermediación financiera en concurso ideal con el delito de estafa agravada en su modalidad de delito continuado, en perjuicio de Mario Verardo y otros. El Tribunal de Juicio, además, consideró la figura del delito continuado, señalando que “... en aplicación del instituto del Delito Continuo retrospectivo se unifica esta sentencia en relación con los condenados **LUIS ANGEL MILANES TAMAYO** y **MICHAEL GONZALEZ ESPINOZA** con la sentencia Número 392-12, dictada a las 16:25 del 25 de abril de 2012 por este mismo Tribunal, quedando la pena definitiva en la aquí impuesta, sea quince años de prisión para **LUIS ANGEL TAMAYO MILANES** y seis años de prisión para **MICHAEL GONZALEZ ESPINOZA**...” (F. 24845). 3.) Finalmente, en la resolución N° 2016-0832, de las 10:00 horas, del 6 de junio de 2016, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, de determinó lo siguiente: “...se anula parcialmente el fallo de instancia, sólo en cuanto se condenó

penalmente a los coimputados Milánes y González por los delitos de estafas en modalidad de delito continuado en concurso ideal con intermediación financiera ilegal. En esta misma sede, por haber operado la cosa juzgada, se les absuelve de toda pena y responsabilidad por dichas conductas delictivas, según la base fáctica que se incluye en la nueva imputación que se le viene formulando en este proceso, la cual (pese a referirse a otros ofendidos) en realidad forma parte e integra el delito continuado que ya fue conocido y sancionado en la sentencia abreviada N° 392-2012, dictada por el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José a las 16:25 horas del 25 de abril de 2012..." (f.25046 reverso). D.) Sobre la posición de la Sala de Casación Penal. En su recurso, la representante del Ministerio Público hace eco del voto N° 444-f-96, de las 15:00 horas, del 21 de agosto de 1996, de esta Sala de Casación Penal. Dicha resolución, de extensa pero necesaria cita, sobre la posibilidad de juzgar el delito continuado en varios procesos independientes entre sí y la posible afectación al principio de Non bis in idem, indicó: "... la acumulación de causas no implica por sí misma la configuración de una modalidad delictiva continuada entre todos los delitos objeto de acumulación, como parece interpretar el recurrente. En principio, la acumulación de causas facilitaría la apreciación de las circunstancias contempladas por el numeral 77 del Código Penal, es decir, la existencia, entre la totalidad o algunos de los delitos conocidos, de la triple unidad -ser de la misma especie, afectar bienes jurídicos patrimoniales y perseguir en su ejecución una misma finalidad, mediando entre ellos homogeneidad en la ejecución y proximidad temporal-, que permite conceptualizar que se está frente a un delito continuado, pero esa virtud no se desprende sin más de la simple acumulación, que persigue otros objetivos, según se ha expuesto. Al indicar el artículo 77 del Código Penal, que "los delitos en concurso", fueren de una misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se les aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto, no puede entenderse que los hechos que integran el delito continuado constituyen una unidad jurídica de acción», sino, por el contrario, se trata efectivamente diversas acciones (que aisladamente consideradas constituirían delitos independientes), cuya particularidad es precisamente la de concurrir y poseer ciertos caracteres comunes, que permiten configurarlos como una excepción a las reglas del concurso material únicamente para establecer una modalidad distinta de penalidad, que, según se ha interpretado, debe redundar en beneficio del imputado.- IX.- En sentencia anterior, dictada por esta misma Sala (N° 565-F-94 de 16:15 horas de 12 de diciembre de 1994), al resolver Recurso de Casación presentado en algunas causas de la totalidad integrante del primer juicio celebrado con relación al Fondo de Emergencias, se consideró que existía delito continuado de peculado y no un sólo ilícito, como lo había estimado el Tribunal de Juicio, en la totalidad de las acciones que se atribuía a los acusados en las causas comprendidas en los Tomos I a V. Partiendo de esa determinación, que la Sala ahora reitera, debemos resolver entonces, cómo han de aplicarse las reglas procesales de la acumulación, a los supuestos de delito continuado, cuando, como en el caso en estudio, ha habido causas originalmente acumuladas que por una u otra circunstancia, no fueron objeto de juzgamiento simultáneo y respecto de los cuales se ha constatado, en la primera de las sentencias, el vínculo de continuación. Es decir, es necesario establecer cómo ha de enfrentarse el problema del delito continuado y la concurrencia de una primera sentencia en la que se ha fijado pena por delitos considerados como continuados y tiene carácter de cosa juzgada, no obstante, quedaron pendientes de juzgamiento otros hechos, respecto de los cuales se constata con posterioridad la existencia de los mismos vínculos respecto de los anteriores. ¿Es posible imponerle a estos delitos una pena, a pesar de aceptar que integran el delito continuado ya declarado en la primera sentencia, sin lesionar el principio de cosa juzgada? En otras palabras, resulta válido cuestionarse sobre la penalidad del último delito de peculado acreditado, para resolver: A) si este hecho ya fue sancionado con la pena impuesta en la primera sentencia; B) si debe sancionarse con una pena independiente de aquella, o; C) si aquella primera condena debe adecuarse con la consideración del delito acreditado en esta segunda sentencia. El tema de la sancionabilidad o no de los hechos constitutivos de un delito continuado precedentes a la sentencia pero juzgados con posterioridad a esta, encuentra en la doctrina diferentes posiciones. Sin embargo, la concepción que se tenga acerca de la naturaleza misma del delito continuado, o la teoría que se siga, reviste importancia secundaria ante la principalidad de la solución normativa, pues bien puede suceder que una conceptualización lleve en doctrina a soluciones inviables en nuestro ordenamiento o no compartible, o que ninguna se muestre idónea para resolver el punto. Por eso ha de estimarse que el debate en cuanto a la naturaleza del delito continuado es una disquisición circunstancial, porque, debiéndose resolver el caso conforme a derecho, ha de estarse ante todo a lo dispuesto con la normativa, la cual sólo toma partido en cuanto a las consecuencias prácticas de la figura, mas no en cuanto a su conceptualización. Por eso ha de estimarse que el examen del punto en entredicho debe dirigirse a buscar la solución que otorga esa normativa, y sólo adicionalmente, dentro del margen de esa solución, buscar la conceptualización dogmática que permita aclarar su interpretación. Como se señaló, bien puede suceder que se deba obtener la respuesta fuera de esas teorías o corrientes, independientemente de si se acomoda alguna doctrina o a ninguna, por cuanto estas no son las únicas vías de solución, sino algunas. Aclarado lo anterior, debe examinarse si nuestra legislación prevé una solución clara para el asunto. Cuanto sucede en otras legislaciones, como en Italia, Argentina y Alemania, las disposiciones existentes en cuanto al delito continuado son modestas y dejan de regular explícitamente el tema que nos ocupa. Así, el artículo 81 del Código Penal Italiano, se limita a señalar los elementos constitutivos del delito continuado y a prescribir la aplicación de la pena más grave, aumentada hasta el triple. Por su parte, el de Argentina, en su artículo 54, se restringe a decir que cuando un hecho cayere bajo más de una sanción, se aplicará solamente la pena mayor, en lo cual la doctrina y jurisprudencia local identifican, amén del concurso ideal, el delito continuado. Finalmente, el STGB alemán, a pesar de sus modificaciones tampoco lo regula, quedando la cuestión con carácter consuetudinario. Siendo de este modo, y tratándose el delito continuado, como se explicó en el considerando anterior, de una modalidad de

concurso real o material, toda vez que se parte de que cada uno de los hechos constituye por sí mismo un ilícito, modificado el concurso únicamente a efectos de imponer una pena (CASTILLO, Francisco. "El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense". Facultad de Derecho U.C.R., San José, 1981, p.p. 90 y 92; BETTIOL, Giuseppe. "Diritto Penale". Parte General. CEDAM, Padua, 1986, p. 622) -y no como apuntaba la doctrina y jurisprudencia española de los años treinta como un recurso facilitador del juzgamiento de hechos que se sabe cometidos pero de difícil comprobación (ONECA, Antón. "Derecho Penal". AKAL, Madrid, 1986, p. 499), y que empezó a abandonarse a finales de los sesenta por considerar que se estaba reputando la indeterminación como elemento constitutivo de la figura, en defecto de los que sí lo son, o sea supeditando su configuración o no al éxito de la práctica probatoria (CASTIÑEIRA, María. "Delito Continuado". BOSCH. Barcelona, 1977, p.p. 27 y 174), es necesario, en consecuencia, remitirse a la regulación conducente que respecto a este, el concurso real, se halla establecida. Al respecto, el artículo 80 del Código Penal Italiano, prescribe que las disposiciones relativas al concurso de material (puesto que alude a los artículos precedentes), "se aplicarán aun en el caso en que, después de una sentencia o de un decreto de condena, haya que juzgar a una misma persona por una infracción anterior o posterior a dicha condena...", de lo cual lleva a BETTIOL a indicar que: "...que una sentencia penal condenatoria firme haya juzgado hechos continuados con otros, no significa que para los otros hechos, cometidos antecedentemente pero venidos a la luz con posterioridad a la condena, esté precluida la acción penal. Esta está excluida con relación al mismo hecho, pero no se puede hablar de mismo hecho cuando nos encontramos frente a hechos nuevos los cuales, desde el punto de vista formal y sustancial, tienen autonomía propia. En consecuencia, correctamente puede promoverse la acción penal respecto a los hechos nuevos cometidos con anterioridad. Ello llevará, si la sentencia es condenatoria, a una modificación de la pena ya impuesta dentro de los límites permitidos por la ley, en caso de que en la primera sentencia el juez no haya aplicado el máximo previsto" (BETTIOL, p.p. 622 y 623). Similarmente, el Código Penal Argentino en su artículo 58, prevé que las reglas precedentes (esto es las de los concursos que, como se apuntó, incluye al delito continuado) "se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor, dictar, a pedido de parte, su única sentencia sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras", lo cual la jurisprudencia local ha interpretado que no significa la absorción de una pena por otra, sino incluso hasta la suma de ambas o de unificarlas aunque una haya sido agotada, lo que significa que la segunda no está contenida en la primera (MANIGOT, Marcelo. "Código Penal de la Nación Argentina, Anotado y Comentado". Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, p.106). A pesar de lo anterior, Zaffaroni, apoyándose en la doctrina alemana, concluye en sentido contrario a BETTIOL ("Tratado de Derecho Penal". Parte General. Tomo IV. EDIAR, Buenos Aires, 1982, p. 543), arguyendo que la consideración del delito continuado no es sólo una cuestión de penalidad, sino el reconocimiento de la desvaloración unitaria del comportamiento. Sin embargo, esta misma razón podría esgrimirse para afirmar la necesidad de adecuar la pena primeramente impuesta en vista de los hechos ulteriormente condenados, que también deben ser sopesados para precisar la citada desvaloración unitaria. La unitariedad del hecho y la misma conclusión que Zaffaroni es sostenida por Hans Jeschek, para quien la condenatoria dictaba alcanzará todos los actos parciales, indiferentemente de si el Tribunal los conoció o no ("Tratado de Derecho Penal". Parte General. Tomo II. BOSCH. Barcelona, 1981, p. 1004), lo cual es tesis de principio en la doctrina y jurisprudencia alemanas. No obstante, el Tribunal Supremo Alemán, cuya jurisprudencia no es vinculante, ha querido hacer una excepción a la regla en aquellos casos en que los actos parciales de un delito continuado fallado tienen relación con delitos graves, de forma que pueda estimarse que están ligados a aquellos. A estos actos parciales no puede ampliarse la cosa juzgada SCHÖNKE - SCHÖDER. "Strafgesetzbuch. Kommentar", Ed. C. H. Beck, Munich, 1991, p. 690). Nótese entonces cómo en esos sistemas jurídicos la ley abre la posibilidad de posteriores juzgamientos de hechos constitutivos de un delito continuado ya sentenciado. Luego, en lo que respecta propiamente al Código Penal costarricense, puede acotarse que carece de regulación explícita sobre la problemática, y la doctrina costarricense no se ha planteado el punto. No obstante, debe entenderse que, al igual cuanto sucede en los sistemas aludidos, la normativa prevé la potestad (entendida como poder-deber) del Tribunal de proceder a unificar las penas y determinar una sola proporcional al daño. En efecto, actualmente, el concurso real retrospectivo se acepta sin cuestionamiento y, a pesar de no estar expresamente previsto por el Código Penal, sí lo está por el artículo 23 del Código de Procedimientos Penales, que ordena la unificación de penas en el fallo ulterior cuando las causas acumuladas deban separarse para evitar atrasos, cual es el caso que nos ocupa. Siendo así, no hay motivo para limitar esta regla sólo a los hechos contenidos en las causas acumuladas, negando su aplicación a los tramitados por aparte, toda vez que, una circunstancia procesal no puede incidir en la configuración o no del concurso o en la sanción a imponer. Por ende, tratándose el delito continuado de una variedad de concurso real, la ley prescribe su aplicación retrospectiva, en los que podría denominarse un delito continuado retrospectivo, ya que no hace diferencia alguna en lo correspondiente a la especie que genera la unificación de penas. Debe admitirse que esta es la solución que, conforme a la normativa nacional, se da a la vicisitud, puesto que, si el sentido de la ley hubiera sido, en cuanto al delito continuado, tener por contenida la segunda sanción en la primera, no habría hablado de "unificación", pues ninguna cabría, sino una absorción o decreto de impunidad. Pero, no siendo así, en el segundo fallo, se impone reconsiderar la calidad o cantidad de la pena primeramente impuesta en consideración de los hechos posteriormente juzgados para efectos de calibrar la pena unificada, lo cual surge de la letra expresa del artículo 71 del Código Penal, el que en su letra b) ordena apreciar la lesión causada. De lo contrario, piénsese en el absurdo que significaría la impunidad de una serie apreciable de actos delictivos (estafas, por ejemplo), ejecutados en su variedad de delito continuado, cuya sanción

debe entenderse incluida en la primera sanción impuesta, que bien puede referirse únicamente a dos de ellos, con una modesta pena proporcional a estos solamente, cuyo juzgamiento quizá pudo ser agilizado por el mismo encartado a fin de procurarse una garantía contra los fallos posteriores relativos a los demás hechos constitutivos del citado delito continuado. Ciertamente, la magnitud de esta lesión será diferente si sólo se considera los primeros hechos condenados a si se considera la globalidad de ellos; aunque en algunos casos, la diferencia no justifique una modificación en la pena. Argumentar que ello sería interpretar la figura en contra del imputado es erróneo, pues la alternativa sería aplicarle una pena independiente, lo cual ciertamente lo perjudicaría, y como en efecto bien podría hacerlo el Tribunal si estima que no hay continuidad entre ambos conjuntos de hechos. Ahora bien, en lo que se refiere específicamente al caso en estudio, establecido que los hechos sancionados en la sentencia recurrida están contenidos en la primera sanción impuesta por el delito continuado de peculado, estima la Sala que no amerita modificar la pena ya dictada agravándola, puesto que el daño ahora juzgado no representa, en comparación al monto cuya sustracción fue conocida en el primer proceso, una lesión adicional desmedida que justifique la modificación de la pena comentada, sino una porción cuya reprochabilidad puede considerarse incluido en el cuántum de quince años de prisión dictado contra Durán Bolaños por esta Sala mediante el voto 565-F-94. Por consiguiente, se declara con lugar el motivo alegado como primero por el Licenciado William Guido Madriz, sólo en cuanto condena a Rafael Angel Durán Bolaños a descontar la pena de prisión de cinco años como autor responsable del delito de peculado.- **NOTA DE LOS MAGISTRADOS CHAVES Y FALLAS.** Los suscritos Magistrados coinciden con las conclusiones de la mayoría de la Sala, no así respecto a los motivos o fundamentos que le sirven de sustento, por las siguientes razones. En sentencia anterior, dictada por esta misma Sala (N° 565-F-94 de 16:15 horas de 12 de diciembre de 1994), al resolver el Recurso de Casación presentado en algunas causas de la totalidad integrante del primer juicio celebrado con relación al Fondo de Emergencias, se consideró que existía delito continuado de peculado y no un sólo ilícito, como lo había estimado el Tribunal de Juicio, en la totalidad de las acciones que se atribuía a los acusados en las causas comprendidas en los tomos I a V. Partiendo de esa determinación, que la Sala ahora reitera, debemos resolver entonces, cómo han de aplicarse las reglas procesales de la acumulación, a los supuestos de delito continuado, cuando, como en el caso en estudio, ha habido causas originalmente acumuladas que por una u otra circunstancia, no fueron objeto de juzgamiento simultáneo y respecto de los cuales se ha constatado, en la primera de las sentencias, el vínculo de continuación. Es decir, es necesario establecer cómo ha de enfrentarse el problema del delito continuado y la concurrencia de una primera sentencia en la que se ha fijado pena por delitos considerados como continuados y tiene carácter de cosa juzgada, no obstante, quedaron pendientes de juzgamiento otros hechos, respecto de los cuales se constata con posterioridad la existencia de los mismos vínculos respecto de los anteriores. ¿Es posible imponerle a estos delitos una pena, a pesar de aceptar que integran el delito continuado ya declarado en la primera sentencia, sin lesionar el principio de cosa juzgada? En otras palabras, resulta válido cuestionarse sobre la penalidad del último delito de peculado acreditado, para resolver: A) si este hecho ya fue sancionado con la pena impuesta en la primera sentencia; B) si debe sancionarse con una pena independiente de aquella, o; C) si aquella primera condena debe adecuarse con la consideración del delito acreditado en esta segunda sentencia. Para los suscritos Magistrados estas son las tres hipótesis que -en principio- parecen responder a esa interrogante, y de ellas las opciones "B" y "C" tienen en común la posibilidad de aumentar la cantidad de pena que descontará el condenado por el delito continuado, mientras que la hipótesis "A" simplemente extiende el fundamento fáctico de la primera pena impuesta para absorber los nuevos hechos acreditados, pero sin modificar la cuantía de aquella penalización. Para despejar esta duda resulta necesario tomar posición respecto a la naturaleza jurídica del delito continuado. El autor español José Antón Oneca, en su obra titulada "Derecho Penal" (2ª edición, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1986, págs. 497 a 504), ha reducido las múltiples posiciones doctrinales que intentan explicar su naturaleza en tres grandes teorías, a saber, la teoría clásica, la teoría realista o de la realidad natural y la teoría de la realidad jurídica. La teoría clásica, es seguida por Bettiol para quien no se puede negar que en el delito continuado estamos en presencia de una pluralidad de lesiones jurídicas (violaciones diversas a una misma norma) cada una de las cuales resulta de un proceso ejecutivo propio. Dada esa multiplicidad de delitos debería aplicarse el criterio del cúmulo material de penas. Pero ello es precisamente lo que el legislador ha querido evitar, por lo que, mediante una ficción jurídica, se considera el delito continuado como un delito único, a los fines de aplicación de una pena menos grave. El punto de apoyo para la ficción es el común designio o plan que guía al autor durante toda su conducta (ver al respecto, CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. El concurso de delitos en el derecho penal costarricense, San José, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981. p.89.). Respecto a la cosa juzgada, debe tenerse en cuenta que la acción penal puede ser ejercida en cuanto a los hechos nuevos cometidos precedentemente a la sentencia pero para ser juzgados con posterioridad a ésta. Ello permitirá modificar, "dentro de los límites que la ley permite, si la sentencia fuese de condena, cuando el juez no haya aplicado, con la primera sentencia, el máximo consentido" (BETTIOL Giuseppe e PETTOELLO MANTONAVI Luciano, Diritto Penale Parte Generale, Padova, CEDAM Casa Editrice, 1986. Dodicesima Edizione. pp.706 y ss). Por su parte, la teoría realista o de la realidad natural proclama en el hecho continuado una unidad real de acción, en cuanto las varias acciones son manifestaciones de una misma resolución criminal, de un solo designio criminal (unidad subjetiva) y producen una sola lesión jurídica (unidad objetiva). Que la resolución única se actúe en una o varias veces afecta exclusivamente a los modos de ejecución. La consecuencia, respecto a la cosa juzgada es que, al dictarse sentencia sobre el delito continuado, se juzgaron todas las varias acciones que lo componen, aunque con posterioridad a ese fallo, se descubran otras acciones o partes de esa continuación. Por ello no es dable ni modificar la primera sentencia, ni siquiera reabrir la causa. Finalmente, podemos señalar como tercera teoría, seguida por penalistas alemanes, la de la realidad jurídica. Para una mejor comprensión, basta transcribir

el pensamiento de Jescheck: "El tratamiento del delito continuado responde al hecho de que sus actos parciales forman sin excepción un único hecho punible. Se siguen de ello distintas consecuencias. Hay que imponer una sola pena en base a la penalidad del delito más grave, pero la gravedad y número de los actos parciales pueden tomarse en consideración en sentido agravatorio". "... El efecto de cosa juzgada de la sentencia alcanza a todos aquellos actos parciales cometidos antes de su notificación, con independencia de si el tribunal los conoció o pudo conocerlos" (JESCHECK Hans Heinrich Tratado de Derecho Penal Parte General, Tomo II, Barcelona, BOSCH Casa Editorial S.A., 1981. p.1004. En igual sentido CASTILLO GONZÁLEZ, op.cit. pp. 84). Según ella, el delito continuado surge del derecho consuetudinario y su fundamento no es el principio humanitario de los antiguos prácticos o de los modernos autores italianos, sino razones de conveniencia. Una vez afirmada la realidad jurídica, esta doctrina ve en el hecho un solo delito cualesquiera que sean los resultados. Incluso muchas de las críticas que hoy se levantan contra esta figura es precisamente el haberse convertido en un remedio para solucionar problemas procesales de prueba de una multiplicidad de hechos que se sabe «cometidos por el autor pero de los cuales no existe prueba total, de allí que el declarar en sentencia la existencia de un delito continuado» solventa esos problemas sin impedir el dictado de una sentencia condenatoria en la que se suponen incluidos todos los hechos, aún aquellos no conocidos (al respecto, CASTIÑEIRA María, Delito continuado, Barcelona, BOSCH Casa Editorial, 1977. pp. 16 y ss.). A la luz de nuestra legislación, la teoría de la realidad jurídica es inaceptable, toda vez que al rechazar el designio o plan común del autor, choca con la previsión del artículo 77 del Código Penal, la cual exige que el agente persiga una misma finalidad al realizar los delitos en concurso, elemento subjetivo del cual prescinden los alemanes. La teoría clásica tampoco es atendible, pues la persecución de una misma finalidad por parte del agente no es una simple ficción sino un elemento subjetivo de la realidad exigido expresamente por el mencionado artículo 77, entre otros supuestos, para configurar el delito continuado. La existencia real de este elemento subjetivo no solo le da sentido al delito continuado sino que además es el factor que determina la diferencia entre esta figura y la del mero concurso material de delitos (por ser estos subjetivamente inconexos). Tal como lo señala Antón Oneca, el juzgar los hechos venidos a conocimiento después de pronunciada la condena por delito continuado, frustraría la unidad de pena y causaría notables perturbaciones jurídicas (sería "inconveniente" desde el punto de vista alemán), cualidad que ilustra con el siguiente ejemplo: Piénsese en la dificultad de determinar la multitud de acciones realizadas o en la perturbación que a la Justicia produciría si, una vez condenado un adulterio, fuera preciso abrir un nuevo proceso cada vez que se viniera en conocimiento de un acceso carnal entre los culpables ignorado en el momento del juicio» (ANTON ONECA, Op. cit., p. 499, cfr. ídem p. 504). Haciendo las salvedades del caso -en vista de que en nuestro ordenamiento el adulterio ni siquiera es delito-, el ejemplo es válido si lo referimos a los delitos que afectan bienes jurídicos patrimoniales, previstos en nuestro Código Penal. La teoría de la ficción jurídica -dice el autor argentino Zaffaroni- tiene respetable abolengo, pero no puede negar que hace de la teoría del delito continuado un simple instrumento para evitar una pena aberrante. Para nosotros, el delito continuado no es una pura cuestión de penalidad, que haría de ella una ficción sin base legal cierta, aplicable únicamente cuando favorece al procesado, pero que no podría aplicarse cuando le perjudica, porque configuraría un ataque a la legalidad penal» (Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. IV, Argentina, Ediar, 1982, p. 543). Queda determinar si la teoría realista o de la realidad natural, según la cual -como se dijo- el hecho continuado constituye una verdadera unidad real, en cuanto las varias acciones son manifestaciones de una misma resolución criminal y producen una sola lesión jurídica, es la que mejor se aviene con nuestro ordenamiento jurídico. Así parece ser, por las siguientes razones: En primer lugar, a manera de antecedentes históricos, no debe perderse de vista que el anterior Código Penal de 1941, en su artículo 50, disponía que Se considerará también como un solo delito la infracción repetida de la misma ley penal, cuando revelare ser ejecución de un designio único, y tal repetición podrá ser apreciada como circunstancia agravante». Y aunque en el Código Penal vigente, no se hable de que el delito continuado se considera una sola acción o un solo hecho a efectos de pena, en su exposición de motivos se señala: Si hay relación de propósito las distintas infracciones quedan unidas en un solo delito, que es precisamente el continuado». Estos criterios afirman -como lo hace la teoría realista- que, para nuestro sistema jurídico, en el delito continuado la diversidad o pluralidad de infracciones, a primera vista, no es más que aparente o accidental, pues todas las conductas del agente tienen un punto de coincidencia donde se unen para integrar una sola conducta delictiva: la dispersión de esa conducta en diferentes acciones (que aisladamente constituirían delitos) es simplemente el resultado del modo querido y conocido por el autor para realizar el delito continuado. De ahí que Zaffaroni califique el delito continuado como un caso de concurso real aparente (cfr. Op. cit., p. 541). En criterio de los suscritos, al conjugarse la doctrina con el tratamiento que nuestra legislación da a la figura en comentario, resulta que el delito continuado además de ser una realidad es una garantía penal y se convendrá en ello si se repara en que la estructura del artículo 77 del Código Penal es la de una típica norma jurídica que a determinada especie fáctica o supuesto de hecho (una pluralidad de delitos de la misma especie que afectan bienes jurídicos patrimoniales y en los cuales el agente persigue una misma finalidad) atribuye un determinado efecto jurídico (la aplicación de la pena prevista para el más grave aumentada hasta en otro tanto). Incluso podría compararse la estructura del artículo 77 a la de un tipo penal doloso que se configura a partir de la concurrencia aparente de otros particulares tipos penales que afectan bienes jurídicos patrimoniales (tipo objetivo), siempre que el agente persiga una misma finalidad (tipo subjetivo). Desde este punto de vista podemos afirmar con Zaffaroni que una de las consecuencias prácticas más notables que tiene el delito continuado sería que: ...cuando recaiga sentencia sobre un delito continuado, quedarán juzgadas todas sus partes, sin que quepa reabrir la causa, aunque con posterioridad a la sentencia se descubran nuevas partes del mismo» (Op. cit., p. 543). Ello implicaría también concluir que si no se puede reabrir la causa, con mucho mayor razón tampoco se podría imponer pena por este nuevo hecho que se juzga, pero que forma

parte de la continuación de delitos, pues se aumentaría la pena, modificándose la sentencia y atentando así contra la cosa juzgada. Recuérdese que en la primera sentencia, se condenó a Durán Bolaños a descontar quince años de prisión como autor responsable del delito continuado de Peculado y que el hecho de presente juzgamiento, como ya se dijo, forma parte también de esa figura. Y por la existencia de ese primer fallo, debe deducirse, que se efectuó la operación respectiva para la fijación de la pena en esta clase de hechos, consistente en que cuando se habla de pena prevista como en el caso del artículo 77 del Código Penal, esa no es la aplicada en concreto (como en el caso del concurso real) sino la establecida por la ley. "La consecuencia inmediata de lo anterior es que el juez, después de multiplicar el mínimo y el máximo de la pena del delito más grave por dos, debe hacer la operación de medición de la pena, conforme al artículo 71 Cód. Pen." (CASTILLO GONZÁLEZ, op. cit., pp. 104 y 105). Así, tratándose del delito de Peculado (artículo 352 del Código Penal) la pena prevista es de tres a doce años de prisión, y por darse la continuación, debe efectuarse la multiplicación por dos (aumentada hasta en otro tanto, dice la Ley), por lo que los extremos menor y mayor pasan a seis y veinticuatro años de prisión, respectivamente, y luego de establecidos debe determinarse la pena, siguiendo los lineamientos del artículo 71 ibídem. Si se impusieron quince años de prisión, por el delito continuado, lo que se encuentra dentro de los límites dichos, debe deducirse que por los respectivos juzgadores (en este caso esta Sala), se efectuó el procedimiento señalado y se optó por ese monto de sanción. Si posteriormente debe juzgarse un hecho no juzgado anteriormente, pero que forma parte de la continuación, no puede modificarse esa pena, pues no sería dable realizar una nueva fijación. Lo contrario atentaría contra la cosa juzgada pues se estaría imponiendo dos veces la pena (aunque sean distintos montos) a un mismo delito y además se modificaría la primera sentencia (en cuanto a la pena impuesta), la que ya se encuentra firme. Como el hecho acreditado en la sentencia impugnada forma parte de una conducta que ya fue tipificada como constitutiva de delito continuado por una sentencia anterior, el único efecto de esta última determinación fáctica será la de formar parte de la cosa juzgada en aquella primera resolución, entendiéndose sancionada bajo la misma pena que aquella impuso. Consideran los suscritos que las razones expresadas por la mayoría para motivar su decisión resultan oscuras y contradictorias. Por ejemplo, argumentan que su tesis no es una interpretación de la figura en contra del imputado "pues la alternativa -dicen- sería aplicarle una pena independiente", desconociendo así la solución propuesta por quienes suscriben esta nota aclaratoria. Por otra parte, no resulta aplicable a la especie el artículo 23 del Código de Procedimientos Penales, pues resulta evidente que la no acumulación ahí supuesta como condición para la unificación de penas procede entre delitos conexos (conforme a los criterios del artículo 21 de ese mismo texto), no entre hechos que constituyen un solo delito como sucede en la especie, por estarse ante un delito continuado de peculado. De ahí que estimamos que el fundamento de la mayoría no satisface el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales (en vista de la amplia interpretación que hacen de su artículo 23)...". Esta resolución de la Sala, que se ha reiterado en el voto N° 1148-07, de las 14:30 horas, del 8 de octubre de 2007, presenta dos supuestos encontrados entre sí: en tanto el voto de mayoría afirma que al tratarse del delito continuado, es factible juzgar los hechos que, siendo parte del delito continuado no se conocieron en un primer proceso, en un segundo debate, siendo lo procedente aplicar una unificación de penas, en forma retroactiva, siempre que en el primer debate el Juez no aplicara las penas máximas, de acuerdo al artículo 77 del Código Penal. Por su parte, la nota emitida por los Magistrados Chavez y Fallas, señala que ello violenta la garantía procesal que representa el delito de continuado para el imputado, en razón de la pena a imponer, lo mismo que el principio de Cosa Juzgada, pues al tratarse el delito continuado una sola infracción unida por la finalidad del autor, revalorar la sanción en un segundo proceso, atentaría contra el principio de cosa juzgada. Ahora bien, en la resolución venida en alzada y al respecto del juzgamiento del delito continuado en dos procesos separados en el tiempo, el Tribunal de Apelación determinó: "... Del contenido de esta resolución (que a pesar de ser extensa se considera necesario reproducir) se comprende con claridad que, siguiendo el desarrollo del autor Antón Oneca, sobre este tema en particular (centrado en las implicaciones y alcances del delito continuado de cara a la cosa juzgada) existen tres tesis que lo abordan, a saber, las teorías clásica (cuyo exponente es Bettiol), la realista (o de la realidad natural) y la de la realidad jurídica (seguida por los alemanes, por ejemplo Jescheck). La primera de ellas (que, al parecer, es a la que se adhiere -y aplica- el tribunal de juicio en este caso) es la que propone aplicar, para aquel supuesto en el cual, luego de dictada una sentencia que alcanzó firmeza, aparezcan más hechos que forman parte del delito continuado, una suerte de concurso real retrospectivo en donde simplemente se adecue la nueva sanción con la precedente (siempre y cuando ésta no haya sido impuesta en su extremo la máximo), tal y como se hizo en este caso por parte del órgano de instancia. Estos jueces de apelación comparten la crítica que se le formula a esta postura (y por ello no la siguen), pues -en efecto- la figura del delito continuado (que valora las distintas partes como una unidad real) no parte de una mera ficción jurídica sino de varias condiciones objetivas y subjetivas que terminan englobando y unificando los distintos delitos, esto es, que éstos sean de la misma especie, afecten bienes jurídicos patrimoniales, y que (como elemento subjetivo aglutinador) el agente activo persiga una misma finalidad. Además, es claro que esa adecuación punitiva que propone la teoría clásica (que finalmente viene a generar más inconvenientes de los que pretende solucionar, pues lo que determina es una notoria inseguridad jurídica para quien, ya juzgado, podría ser perseguido nuevamente, cada vez que aparezca o se tenga conocimiento de una parte del todo), lejos de limitar la sanción (que es precisamente el objetivo que busca el legislador) más bien permite ampliarla, en todo lo cual se parte de que los delitos en continuación configuran en concurso material puro simple, cuando en realidad se trata de uno especial o sui géneris, por las particularidades antes referidas, perdiendo así de vista su carácter unitario. Lo anterior lleva a estos jueces de apelación a decantarse más bien por las soluciones que, al final de cuentas, proponen las teorías realistas (tanto la natural como la jurídica), en el sentido de que una vez firme una sentencia

que se pronunció en cuanto a las conductas en modalidad continuada, ya no es posible reabrir la causa ni sancionar por delitos que, apareciendo con posterioridad al dictado de aquella, conforman también una unidad con el delito continuado que ya se juzgó. Tal solución no sufre variación alguna si, conforme a la teoría de la realidad natural, se asumiera que los distintos delitos que entran en la modalidad continuada constituyen un concurso material que, pese a ello, conforma una verdadera unidad real en la cual las varias acciones (si bien independientes) son manifestaciones de una misma resolución criminal y producen una sola lesión jurídica; o si, por el contrario, se estimara que en términos reales constituyen un solo delito, es decir, una unidad de acción, conforme lo entiende la teoría de la realidad jurídica (lo cual, al final de cuentas, vaciaría de contenido y utilidad la figura del delito continuado, dando paso a un simple concurso ideal). La diferencia entre ambos postulados es tan sutil, que en la nota separada de los magistrados Chaves y Fallas, incluida en la citada resolución de la Sala Tercera N° 444-F-96, pese a que se critica a la teoría de la realidad jurídica, se termina indicando que los distintos hechos que conforman el delito continuado constituyen un solo delito. Partiendo de estas premisas teóricas, aplicadas al presente caso, se tiene que en la primera sentencia (fallo abreviado N° 392 2012 de las 16:25 horas del 25 de abril de 2012) se condenó a los aquí imputados a descontar tres años de prisión como autores responsables de los delitos de estafa mayor en su modalidad de delito continuado e intermediación financiera ilegal, ambas figuras en concurso ideal, siendo que el hecho objeto del presente juzgamiento, como ya se dijo, forma parte también de esa figura. En efecto, salvo la diferencia en cuanto a las personas que se citan como ofendidos, así como algunas sutiles modificaciones en cuanto a la redacción, en esta sentencia abreviada, lo mismo que en el fallo ordinario que ahora se impugna, se conoció (en esencia) exactamente la misma acusación formulada por el Ministerio Público, siendo que a partir de ella en ambas sentencias se tuvo por demostrada (y se juzgó) la misma base fáctica, referida a las operaciones ficticias y engañosas desarrolladas por SAVING UNLIMITED de 1999 a 2002. En ese primer fallo, aplicando el trámite abreviado y partiendo de la misma calificación jurídica, se impuso a ambos acusados una sanción de tres años de prisión. No obstante, si posteriormente se apersonaron otros ofendidos (víctimas del mismo aparato engañoso diseñado por los aquí imputados), es claro que los hechos en su perjuicio forman parte de la continuación, razón por la cual no podrían juzgarse nuevamente ni tampoco podría modificarse esa pena ya en firme, pues no sería dable realizar una nueva fijación. Lo contrario atentaría contra la cosa juzgada pues se estaría imponiendo dos veces la pena (aunque sean distintos montos y con respecto a otros ofendidos) a un mismo delito continuado y además se modificaría la primera sentencia (en cuanto a la pena impuesta), la que ya se encuentra firme. Como el hecho acreditado en la sentencia aquí impugnada forma parte de una conducta que ya fue tipificada como constitutiva de delito en su modalidad continuada, según así se definió por una sentencia anterior (la abreviada), el único efecto de esta última determinación fáctica será la de formar parte de la cosa juzgada en esa primera resolución, entendiéndose sancionada bajo la misma pena que aquella impuso...” (f. 25039 a 25040). Visto lo anterior, esta Sala de Casación procede a unificar el criterio sobre la posibilidad de juzgar el delito continuado en dos o más procesos separados en el tiempo, de la siguiente manera: el delito continuado, de conformidad con el artículo 77 del Código Penal, es una figura que para su aplicación, responde a tres características específicas: que se trate de delitos de la misma especie cometidos a lo largo del tiempo, que el autor persiga una finalidad común específica y que afecte bienes jurídicos de orden patrimonial. Con base en ello, tenemos que sin duda se está ante una pluralidad de acciones, que para efectos de pena, entran a calificar como delito continuado, lo que implica que el imputado, ante este instituto, se ve beneficiado al momento de la imposición de la sanción, pues para esos efectos “...se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto...”. Se decanta esta Sala por afirmar que, bajo las características de esta figura y la garantía de una pena única para el conjunto de infracciones delictivas, cuando los hechos constitutivos de un delito continuado se juzguen y posteriormente se conozcan en sede judicial otro conjunto de hechos que pertenezcan al mismo, lo procedente es dictar también sentencia sobre los segundos, para que sobre los mismos pese la cosa juzgada cuando la sentencia se encuentre firme, pues aún tratándose de casos en los que se cuente con uno o varios ofendidos y la misma acusación fiscal, cada hecho es independiente en el tiempo y debe determinarse la autoría del acusado en los mismos. Aún cuando la requisitoria fiscal relate el *modus operandi* de los autores para obtener en forma ilícita los dineros de los ofendidos –como en este caso–, cada una de los ofendidos vio afectados sus bienes jurídicos patrimoniales por ese medio de acción y plan de autor allí descrito, por lo que no es factible afirmar que todos los hechos descritos en la acusación ya fueron juzgados si hubo un fallo previo que definió la situación jurídica solo para algunos de los ofendidos y no para la totalidad de ellos, no operando así el principio de *non bis in idem* y con ello la inexistencia de cosa juzgada. Esto, atendiendo también al principio de seguridad jurídica, pues las partes cuentan con el derecho a obtener una respuesta al conflicto que han planteado ante la Administración de Justicia, tanto en la parte penal, como en la parte civil, de haberse planteado los reclamos civiles respectivos. Sobre la penalidad. Esta Sala de Casación igualmente mantiene el criterio de mayoría establecido en la resolución N°444-F-96. La penalidad del delito continuado que se juzga en un segundo momento procesal y del que mana un segundo fallo, debe atenerse, ciertamente, a las reglas del artículo 77 del Código Penal, más procede unificar la misma, de manera retrospectiva con la sanción impuesta de previo, siempre y cuando no se hayan superado en la primera sentencia los máximos de pena que se señala el artículo 77 en cuestión, sea, “...la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto...”, y la unificación se dé dentro de éstos márgenes. Lo contrario – no penalizar el delito continuado en el segundo fallo condenatorio y determinar que existe cosa juzgada con respecto a la sanción impuesta en la primera sentencia–, dejaría en desaplicación la norma relativa al delito continuado ya indicada y se tornaría la figura en una doble garantía para el imputado, al que se le aplica, en

el primer fallo, la sanción adecuada al delito continuado, la cual quedaría firme, sin importar cuántos otros hechos queden pendientes de juzgar y la posible pena a imponer. Así las cosas, concluye esta Sala lo siguiente: a.) se declaran con lugar los recursos de casación sobre la inexistencia de cosa juzgada y aplicación del delito continuado, únicamente en cuanto al juzgamiento de los hechos de estafa en modalidad de delito continuado. Por ello, se anula el fallo en cuanto a la absolutoria por los delitos de estafa en modalidad de delito continuado; b.) por no haber sido objeto de impugnación, se mantiene incólume la absolutoria por el delito de intermediación financiera a favor de los imputados así como el reenvío a la etapa de debate para nueva sustanciación de los montos de la indemnización del daño material incoados contra Michael Anthony González Espinoza; c.) se ordena el reenvío al Tribunal de Apelación de Sentencia para que se resuelvan los alegatos de los recursos de apelación que no se resolvieron en dicha sede, en tanto no tengan relación con el delito de intermediación financiera. Por innecesario, se omite resolver el tercer motivo del recurso de casación presentado por el representante de la querella.

Por tanto:

Se declaran con lugar los recursos de casación sobre la inexistencia de cosa juzgada y aplicación del delito continuado, únicamente en cuanto al juzgamiento de los hechos de estafa en modalidad de delito continuado. Por ello, se anula el fallo en cuanto a la absolutoria por los delitos de estafa en modalidad de delito continuado. Por no haber sido objeto de impugnación, se mantiene incólume la absolutoria por el delito de intermediación financiera a favor de los imputados así como el reenvío a la etapa de debate para nueva sustanciación de los montos de la indemnización del daño material incoados contra M.A.G.E.. Se ordena el reenvío al Tribunal de Apelación de Sentencia para que se resuelvan los alegatos de los recursos de apelación que no se resolvieron en dicha sede, en tanto no tengan relación con el delito de intermediación financiera. Por innecesario, se omite resolver el tercer motivo del recurso de casación presentado por el representante de la querella. Notifíquese.

Carlos Chinchilla S.

Jesús Ramírez Q.

Doris Arias M.

Celso Gamboa S.

Jorge Enrique Desanti H.
(Mag. Suplente.)

Dig.imp/ffm.-
Exp. N° 803-3/14-5-16

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 02-01-2019 10:22:43.
Clasificación elaborada por SALA DE CASACIÓN PENAL del Poder Judicial.
Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.

