

LA ACCIÓN ITERATIVA EN EL DERECHO PENAL.

Ricardo Salas Porras*

Fecha de recepción: 8 de agosto del 2024

Fecha de aprobación: 2 de setiembre del 2024

RESUMEN: En las siguientes páginas se abordará el tema de la acción iterativa, la unidad natural de acción, la unidad legal, la infracción única y la pluralidad de infracciones. La acción iterativa, que es la que se realiza mediante actos homogéneos, sucesivos y equivalentes, cada uno de los cuales llena el tipo penal, constituye una única acción y, salvo que haya pluralidad de víctimas en bienes personalísimos, una única ofensa al bien tutelado.

ABSTRACT: In the following pages the topic of the iterative action, the natural unity of action, the legal unity, the single infringement and the plurality of infringements will be addressed. The iterative action, which is the one carried out through homogeneous, successive and equivalent acts, each of which fills the criminal category, constitutes a single action and, unless there is a plurality of victims in highly personal interests, a single infraction.

PALABRAS CLAVES: Acción iterativa, unidad natural de acción, unidad legal de acción, infracción única, pluralidad de infracciones, actos homogéneos y sucesivos, típicamente equivalentes.

KEYWORDS: Iterative action, natural unity of action, legal unity of action, single infraction, plurality of infractions, homogeneous and successive acts, equivalent to the criminal category.

* El autor es profesor catedrático de la Universidad de Costa Rica. Se ha desempeñado por tres décadas como docente en el campo del Derecho Penal, de la Criminología y de las Ciencias Políticas. Correo electrónico: salascr@gmail.com. Orcid:0009-0003-8499-1111.

ÍNDICE: 1. Introducción; 2. Desarrollo; 2.1 La acción penal; 2.2 La acción iterativa; 2.3 Resolución de casos; 2.4 La participación; 3. Conclusiones; 4. Bibliografía.

1. Introducción:

A continuación, algunos casos frecuentes en los estrados judiciales costarricenses, cuyas soluciones no siempre resultan uniformes, sino que se acude a confusas y variopintas consideraciones, las cuales revelan un pobre manejo de las categorías que serán desarrolladas.

(i) Utilizando ganzúas, un sujeto ingresa a un hogar cuyos ocupantes están ausentes. Se lleva el televisor y lo deposita en el camión que dejó en la esquina. Regresa y hace lo mismo con la computadora y así sucesivamente hasta llevarse diez objetos por valor de quinientos mil colones cada uno.

(ii) Dos personas discuten en una sesión de trabajo. Inusitadamente, una le dice a la otra que es un sinvergüenza estafador. De seguido le espeta que es un agresor de ancianos y que, por sus perversiones mentales, nadie debería darle trabajo.

(iii) Un individuo ingresa a un comercio para agredir sexualmente a la vendedora. La obliga a introducirse el pene en su boca, pero al escuchar que llega un cliente, la obliga a callarse hasta que segundos después éste se retira. Entonces la penetra vaginalmente. Unos segundos después, la accede por vía anal.

(iv) Durante una gresca, uno de los contendientes acomete a su rival con un cuchillo, quien logra esquivarlo. Aquél lo intenta tres veces más, sin éxito.

(v) En un ataque sorpresivo, un transeúnte ataca a otro, para lesionarlo. Le propina una puñalada que lo incapacita por veinte días, otra que incapacita por treinta y cinco días y una que le ocasiona la pérdida de un brazo.

Todos estos son ejemplos de acciones iterativas.

De no ser por el mal tratamiento o mala comprensión que de algunas de ellas se ha hecho sobre todo en la jurisprudencia¹, sus calificaciones penales no nos resultarían dificultosas e incluso se podrían intuir.

¹ Para poner dos ejemplos, en la resolución 472, de las 8:51 horas del 8 de abril del 2015, la casación penal indicó que las múltiples penetraciones ocurridas en una violación, son constitutivas de un concurso material. "...el tipo penal de violación sanciona el 'acceso carnal por vía oral, anal o vaginal', de donde se tiene que la misma puede ser cometida de varias formas, sin que pueda derivarse de tal redacción que de la primera penetración quedarán subsumidas las posteriores. Por tanto, desde una perspectiva jurídica el concepto de acción no necesariamente coincide con el mismo equivalente físico o natural, una acción jurídica puede estar compuesta de varios movimientos corporales. Por lo que, al estar en presencia de varios actos típicos se establecería un concurso material de delitos, así lo contempla el ordinal 22 de la misma normativa: 'Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos.' [...] se considera que no es factible, ya que no es necesario que los accesos carnales se realicen al mismo instante o se encuentren separados por una cantidad considerable o significativa de tiempo, sino que basta que éstos se ejecuten para considerar la existencia de pluralidad de acciones, en sentido jurídico. En vista de lo anterior, no es suficiente que se acceda carnalmente una vez para que otras penetraciones resulten subsumidas por el dolo y la acción inicial, sea únicamente lesiva del bien jurídico, aun cuando la separación espacio-temporal entre ellas sea nula o casi nula. El bien jurídico de la autodeterminación sexual protege concretamente la esfera de decisión frente a las relaciones sexuales, de tal manera que las mismas se produzcan por una decisión libre del participante, es decir se reconoce a la persona ofendida el derecho a decidir sobre sus contactos sexuales, sobre con quién, cómo y cuántas veces y en qué forma decide tener encuentros íntimos, en una esfera que sólo ella —y con quien lo desee hacer— tiene libertad de elegir." Esa posición tuvo que ser corregida por el voto 873, de las 10:50 horas del 28 de noviembre del 2018, con voto salvado que persistió en la anterior postura. En esta ocasión, se estableció que se trata de una sola acción. "...las penetraciones que se producen como parte de un solo acto sexual y que persiguen una misma finalidad, ejecutadas de forma cercana en el tiempo y espacio, de manera inmediata o sucesiva, con identidad de sujeto pasivo, constituyen un solo acceso carnal, ya que evidencian una sola resolución criminal, no interrumpida por factor alguno, pues los diferentes movimientos ejecutados por el sujeto activo, se encontraban dirigidos a satisfacer su libido sexual, que permiten establecer que estamos en presencia de una acción en sentido jurídico-penal y no natural". Aunque el resultado es el correcto, el fundamento no, porque sí se trata de una unidad natural de acción, como se verá adelante. Si se trata de agresiones contra la vida, en la resolución 1005, de las 15:28 horas del 10 de noviembre del 2017, se dijo que efectuar varios disparos contra los ocupantes de un vehículo, constituía un concurso material, porque eran varias acciones. "...lo que expresamente se tuvo por establecido fue que, con su arma de fuego, efectuó varios disparos seguidos —descartándose la mencionada ráfaga—, y contra la humanidad de los ocupantes del automotor. Es posible entonces, como bien lo refiere la representante fiscal, establecer una autonomía de cada uno de los disparos en el actuar del justiciable, pues resulta patente que el accionar de manera reiterada el arma de fuego que dirigió contra el vehículo y sus ocupantes, pone de manifiesto que su intención era la de acabar con la vida de los ofendidos. Se comprende entonces que, según lo establecido en sentencia

Espero que el tema resultará más comprensible después de las siguientes reflexiones, en las cuales se intentará trazar las características distintivas entre nociones que, aunque cercanas, son de diferente clase y se ubican en planos diversos.

He ejemplificado, con casos ocurridos contra diferentes bienes penalmente tutelados, para hacer visible que la acción iterativa cabe en cualquiera de ellos.

2. Desarrollo.

I. La acción penal

Sé que este no es el lugar para desarrollar el tema de la acción penal. Sin embargo, haré algunas digresiones previas indispensables, para entrar en la cuestión de la *acción iterativa*.

Hablar de acción penal implica tres cosas:

A) Una acción u omisión² que no puede sino exteriorizarse. Los acontecimientos internos al ser humano, los que no se exteriorizan, pueden tener relevancia para otras áreas de conocimiento (como la psicología o la medicina) u otros campos de valoración (como la moral o la religión), pero carecen de interés para el Derecho. Al no afectar la convivencia, están fuera de su rango de interés.

de primera instancia, de acuerdo con el arsenal probatorio allegado al contradictorio, el imputado efectuó varios disparos uno tras otro, de manera independiente, contra los agraviados que iban dentro del vehículo, y no de una sola vez como parece entenderlo el Tribunal de Apelación, de manera que es perfectamente válido concluir que en la presente causa, conforme el cuadro fáctico establecido en el debate, la acción de disparar en reiteradas oportunidades de parte del encartado, se enmarca como acciones separadas e independientes entre sí y con finalidades específicas, que afectaron bienes jurídicos homogéneos, como son la vida de las víctimas, justificándose así que se aplicaran las reglas del concurso material". Como al final de estas páginas será patente, se trata de una posición claramente equivocada.

² En adelante, el término "acción" o "conducta" se empleará en su sentido amplio, es decir que incluirá tanto la acción (actuación positiva) como la omisión (actuación negativa).

Al tener que exteriorizarse, adquieren una dimensión fenoménica (se manifiestan), lo que necesariamente los ubica dentro de coordenadas espacio/temporales. De manera que, si algo se manifiesta en diferentes coordenadas espacio/temporales, no es una sola acción.

Hasta aquí, lo que tenemos en una concepción rudimentaria o mecanicista de acción, como mera manifestación de fuerza física o puesta en movimiento de una cadena causal, en la que ser humano es la fuente. Si no fuera la fuente, sino un componente más de ese mecanismo causal, ni siquiera estaríamos hablando de un “sujeto”, sino de un objeto más que forma parte de ese mecanismo causal, lo que le restaría el carácter de acción humana.

B) Luego, al hablar de *acción penal*, también estamos hablando de una acción voluntaria. Es decir, en la que el sujeto conoce y quiere algo. En consecuencia, esa acción se encuentra dirigida a una finalidad.³ De suerte que, si se tratara de una acción ciega o involuntaria, no estaríamos ante una acción con relevancia penal. Si, dada la misma comunidad fenoménica o contextual, hay una sola finalidad, solo puede haber una sola acción. Si hubiera más de una finalidad,

³ No debe confundir esa finalidad con la intencionalidad propia de los delitos dolosos. La finalidad también existe en los delitos culposos, pero apunta a algo diferente del resultado que castiga la figura culposa. Si un sujeto quiere dar muerte a su enemigo, la finalidad concuerda con la intencionalidad propia del homicidio doloso. Aunque, si yendo para su casa en su vehículo, lo atropella mortalmente, la finalidad (conducir para llegar a la casa) no concuerda con el resultado previsto por aquel tipo penal. Entonces esa finalidad, que puede ser típica por sí misma (tenía una orden de alejamiento del hogar) o atípica (no tenía impedimento alguno), no es el resultado que se castiga; sino uno que, siendo previsible y evitable, está tipificado como no deseado y toma la forma de homicidio culposo. Haciendo referencia de Welzel, señala Stratenwerthn (2005, p115) “...la conducta humana es un acontecer dominado por la voluntad, que actúa según fines, es decir, que es conducido finalmente - en dirección a una meta-. Su estructura se muestra de modo más claro en la acción voluntaria conformada racionalmente hasta en sus particularidades: en su inicio, se halla una representación de la meta surgida de impulsos, tendencias e intereses; le sigue la elección de los medios que parezcan apropiados para realizar la meta, la ponderación de las posibles consecuencias colaterales y, por último, la decisión de actuar, que luego se transforma en el hecho por medio del empleo de los medios (sic) escogidos.”

estaríamos al menos ante dos acciones; aun cuando hubiera comunidad fenoménica entre ambas.⁴

Esta es la denominada *unidad de acción en sentido natural o unidad natural de acción*. Acerca de la postura que al respecto prevalece en las doctrinas española y alemana, la profesora Caruso Fontán (2015, p. 39), explica con claridad,

Existe consenso en la doctrina en definir a la ‘unidad de acción en sentido natural’ como un movimiento corporal dirigido por una manifestación de voluntad (Willensbetätigung) es posible hablar de una única ‘resolución volitiva’ (Willensentschluß) que se transforma en un movimiento corporal y donde dicha resolución sólo hace alusión al impulso de la voluntad. Se trataría del supuesto en el que un autor dispara sobre una persona provocándole la muerte. De acuerdo a la legislación alemana —o incluso a la española en caso de interpretar el concepto de ‘hecho’ como sinónimo de ‘acción’—, resultaría indiferente a cuantas personas alcanza el disparo. De esta manera, si el movimiento corporal que realiza el disparo lograra lesionar a dos o más personas, es decir, si concurriera más de un resultado, seguiríamos hablando de una ‘unidad de acción en sentido natural’.

C) Hasta aquí, tenemos una acción voluntaria, lo cual es imprescindible, mas no suficiente para tener en claro el concepto de acción penal. El siguiente componente tiene ineludiblemente que ser el normativo.

⁴ “para determinar el carácter unitario de la acción se requiere el doble requisito de la contextualidad de los actos y de la unicidad del fin. En otros términos, varias acciones en sentido naturalista componen una acción jurídicamente unitaria si su único objetivo las sostiene y si se suceden en el tiempo sin una apreciable interrupción.” Giovanni Fiandaca et al (2019, p. 703).

Estándose ante una acción penal, no solo debe tener una dimensión fenoménica y voluntaria, sino que no puede escapar a tener una dimensión normativa, la cual estará marcada por el ámbito de relevancia que el sistema jurídico le atribuye.⁵ En el ramo penal, ese ámbito de relevancia debe estar delimitado claramente por el tipo penal, pues debe atenerse al principio de legalidad. Entonces, una acción humana (que es voluntaria y se exterioriza), puede ser irrelevante (me detengo a ver el cielo en el patio de mi casa), parcialmente relevante (converso con un amigo, pero en esa misma acción le pregunto por los resultados del fútbol y le levanto un falso a un vecino) o totalmente relevante (hurto un teléfono de la tienda de electrónicos).

Entonces, ¿cuándo se está en presencia de una única acción? Para responder al interrogante, hay que colocarse ya no solo desde una perspectiva de índole naturalística o fenoménica, sino en la óptica de la especie fáctica legal que en cada ocasión es de interés. Desde ese punto de vista, se tendrá una acción cuando se realizan los presupuestos mínimos que integran la especie fáctica incriminante, incluso si la conducta típica -desde una consideración naturalística- resulta en el cumplimiento de más actos: piénsese por ejemplo en la acción homicida que sigue siendo, por obra del Derecho, unitaria aun cuando en concreto sea cometida con una pluralidad de puñaladas. (G Fiandaca y E Musco, 2019, pp.702-703)

⁵ “La acción no es, simplemente, la reunión de un hecho físico (movimiento corporal) y otro mental (voluntad) que el hombre realiza. Lo relevante es el significado de lo que hace, entendiéndolo como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Se trata de atribuir al comportamiento del sujeto un significado, un sentido comunicativo, social y/o jurídico, en un contexto determinado.” Carmen Gómez, at el (2019, p.160)

También podría suceder que, por disposición legal, la acción típica vaya más allá de esa acción natural (voluntaria y enmarcada en ciertas coordenadas espacio/temporales), como sucede con los delitos compuestos (en los que el tipo penal está integrado por dos o más acciones), los delitos mixtos alternativos (en lo que más de una acción conforman solo una agresión al tipo penal), los delitos habituales (en los que hay conductas o acciones homogéneas espaciadas en el tiempo) o los delitos permanentes (en los que el tipo penal prevé que una secuencia de acciones se prolongue en el tiempo, manteniendo el estado consumativo).⁶

Esa *unidad legal de acción* no representa ningún quiebre respecto a la noción prejurídica de la acción, porque ya dijimos que esta es el sustrato de la acción penal, la cual requiere del complemento normativo. En ese caso, el complemento normativo, está en la valoración conjunta que se hace de una secuencia de acciones.

Al decir del maestro Zaffaroni, nada obsta para que así sea. Solo por citar algunos ejemplos, al igual que la psicología elabora su concepto de la acción (que no demanda la exteriorización) o la física puede tener su propia noción de acción (que dispensa la voluntariedad), o la sociología contempla la mera acción exterior voluntaria (sin necesidad de acudir a un marco normativo), el Derecho Penal puede elaborar su propio concepto de acción, en consonancia con su cometido y requerimientos.

Lo que de ningún modo cabe admitir es que, ante una sola conducta humana (voluntad exteriorizada), el Derecho estime que (mágicamente) hay dos acciones. El Derecho no puede crear una acción humana. Puede valorarla o incluso considerar, por el interés político-criminal o por técnica legislativa, que más de una constituyen solamente una acción típica, mas no al revés. No puede decir que,

⁶ Para ahondar en la diferencia entre unidad natural de acción y unidad legal de acción, ver Eric Hilgendorf, et al (2019, p.384-386). También, Viana Caruso (2015, pp. 40-41).

estándose ante una sola acción humana, hay dos acciones penales. El Derecho puede valorar la realidad, pero no puede crearla. Por definición, una manifestación externa ubicada en una misma coordenada espacio/temporal y que expresa una sola voluntad, es una sola acción. Entender que se trata de más de una acción, es confundir el plano ontológico con el axiológico. O sea, confundir el plano de la acción con el de la valoración. Esta es una diferencia básica que se opacó por mucho tiempo y cuyo esclarecimiento actual se lo debemos a un profesor de filosofía y jurista, Hans Welzel (1956, p. 47).

II. La acción iterativa.

Pues bien, conforme al esquema de acción antes esbozado, para hablar de la acción iterativa debemos señalar que sus características radican en que:

A) Se manifiesta en un solo espacio/tiempo. O sea, hay unidad fenoménica.

B) Obedece a una sola finalidad.

C) Esa acción se manifiesta en una sucesión inmediata de actos homogéneos, cada uno de los cuales cumple el tipo penal. Esta es la novedad respecto a la genérica unidad natural de acción.

D) Infringe una sola vez el bien o bienes jurídicos, profundizando la ofensa, pero sin que sea otra agresión,

debe partirse de una unidad de acción típica cuando diversos comportamientos activos de la misma clase se basan en una única manifestación de la voluntad y realizan dentro del mismo suceso el mismo tipo penal (incluyendo sus variaciones agravantes o atenuantes) en sucesión inmediata, ya sea de modo progresivo o repetido, o sea, solo tiene como consecuencia un incremento cuantitativo del único injusto en una determinada situación fáctica. (Johannes Wessels, et al, 2018, p.18)

Lo anterior significa que cuando, ubicándose en un mismo espacio/tiempo (dato fenoménico), el agente dirige su voluntad (dato finalístico), a la transgresión del mismo o mismos bienes jurídicos (dato normativo), tendremos una sola acción y una sola infracción. Esa acción, en virtud de estar compuesta por actos homogéneos y equivalentes, que vienen a profundizar el daño, mas no a producir un daño aparte, no reciben un desvalor (ni desvalor de acción ni desvalor de resultado) separado, sino que solo ahondan el injusto.⁷

Admitiendo las dificultades que en ocasiones se pueden presentar al deslindar los casos, la literatura establece criterios claves con ese propósito, los cuales ya nos resultan familiares.

1) Unidad espacio-temporal. En virtud de este requisito será necesario que los distintos actos que componen la unidad se desarrollen en un reducido espacio de tiempo, de forma que puedan ser vistos como una unidad por un tercero imparcial. . . . 2) Unidad de injusto. De acuerdo a este requerimiento, para proceder a aplicar la figura será necesario que con la repetición del comportamiento típico la lesión o puesta en peligro del bien jurídico sólo llegue a experimentar una progresión cuantitativa. En consecuencia, el resultado de dicho comportamiento debe poder ser definido como un resultado delictivo conjunto. Esta situación solo podrá verificarse atendiendo a la naturaleza del bien jurídico afectado y cuando el injusto sea susceptible de graduación o ampliación cuantitativa. . . . 3) Unidad de culpabilidad. Esta

⁷ “Si el delito es, por regla, una voluntad en cuanto realización, se debe deducir que, también cuando la voluntad se realiza gradualmente, se tiene siempre una sola voluntad y, en consecuencia, un solo contenido de delito”. Antonio Pagliaro (2020, p.677)

expresión se refiere a la necesidad de que concurra una situación motivacional unitaria. La doctrina se refiere también a una 'unidad de voluntad', que no debe referirse necesariamente a un fin concreto del autor. (Caracuso, 2015, p. 44)

El criterio de la unidad fenoménica (espacio/temporal) nos permite distinguir la acción iterativa de dos o más acciones; de la unidad legal de acción constitutiva del delito habitual, que contiene acciones intervaladas; de los delitos permanentes, que se prolongan en su estado consumativo; o de uno continuado, que obedece a un plan u oportunidad delictiva (eso varía según cada legislación penal).

Aunque una acción iterativa es compatible con un delito habitual (digamos el sujeto que vende sustancias contaminadas sistemáticamente a lo largo del tiempo), entre uno y otro existe un intervalo. Mientras que en la acción iterativa su realización es una sucesión inmediata o contextual, en el delito habitual hay un margen de tiempo entre una acción y otra. En aquellas situaciones, estamos ante una unidad natural de acción. En éstas, se habla de *unidad legal de acción*, porque ya no es una unidad natural, sino por disposición de ley.

Por último, la unidad finalística nos permite distinguirla de la configuración de dos acciones en el mismo espacio y tiempo, pues si hubiera finalidades distintas, se trataría de al menos dos acciones diferentes, dando pie a un concurso material.

¿Significa lo anterior que la acción iterativa solo es dable tratándose de delitos culposos? No. Como explicamos antes, también en los delitos culposos existe una dirección o finalidad en la conducta. Lo que sucede es que es menos probable que se presente esa clase de acción en los delitos culposos, porque éstos son muchos menos; y porque, lo usual, es que no contengan ofensas progresivas, sino que, una vez que se concreta la ofensa, el sujeto suspenda su accionar.

De todos modos, podríamos imaginar el caso del funcionario encargado de custodiar objetos que servirán de prueba, pero que por descuido no los embala debidamente y los deja a la intemperie, ocasionando que se mojen y se vuelvan ilegibles, amén de ser fatalmente manipulados por un curioso. Indudablemente, ambos actos culposos componen una sola acción típica, constitutiva del delito de facilitación culposa (artículo 321 del Código Penal).

O, todavía más común, que un sujeto efectúe sucesivos disparos contra lo que cree que es una nueva mata de plátano en su finca, pero es su socio, a quien hiere en varias ocasiones causándole diversas incapacidades superiores a cinco días, pero sin causarle la muerte. Desde la primera, se habrá consumado un delito de lesiones culposas (artículo 128 del Código Penal). No obstante, las sucesivas no constituyen otras acciones delictivas ni nuevas infracciones al tipo penal, sino una profundización del daño.

Quien, confiando que la sustancia sea inocua, durante una exhibición ambulante, vende en la esquina una sustancia adulterada presuntamente contra la calvicie, que en realidad es previsiblemente peligrosa, incurrirá en una única circulación culposa de sustancias envenenadas o adulteradas (artículos 270 y 272 del Código Penal), y no en tantas acciones cuantas ventas hizo en esa ocasión.

Por otra parte, si con esa acción iterativa solo se quebranta una disposición (un hurto efectuado mediante sucesivas e inmediatas sustracciones), estaremos simplemente ante una acción penal que genera una única transgresión o delito.⁸

En este punto hay que tener cuidado, porque no faltará el impulso a pensar que se pueda estar ante un concurso ideal. Es cierto que hay una sola acción, lo

⁸ “En determinado grupo de casos, algunas formas de comportamiento de igual naturaleza se verifican conjuntamente en el plano de la tipicidad y no simplemente condensadas como unidad de acción fáctica en el plano del concurso. Eso acontece, en primer lugar, en el caso de la comisión iterativa, o sea, de acciones de igual naturaleza y típicamente equivalentes. Es el caso, por ejemplo, que la misma víctima reciba varias bofetadas sucesivas o sea injuriada con varias ofensas seguidas, hay desde el punto de vista típico, solo una lesión corporal o solo una injuria”. Hilgendorf et al (2019, p. 385)

que pasa es que también hay una sola ofensa al bien jurídico (o a los bienes jurídicos, si se trata de un tipo penal pluriofensivo). No integra un concurso ideal.

Es menester tener presente que se trata de planos diversos: uno es el óntico (cuántas acciones hay) y otro es el axiológico (cuántas infracciones o afectaciones al bien jurídico hay).

Solo habría concurso ideal si es que, mediante esa repetición de actos homogéneos y equivalentes, constitutivos de una sola acción, se violentan varias disposiciones distintas (como en el primer caso, en que los múltiples actos homogéneos y equivalentes de ingreso al hogar y de sustracción de cosas, constituyen una acción que violenta dos disposiciones distintas, como son el delito de hurto agravado y violación de domicilio); o bien porque tratándose del mismo bien personalísimo, hay más de un ofendido (en un mismo pleito, el sujeto causa múltiples lesiones a cada uno de sus oponentes). Incluso así, sigue habiendo solamente una acción penal.⁹

Para decirlo de manera más sencilla: en la acción iterativa, estamos ante una voluntad que se manifiesta en más de un acto o movimiento, realizado de forma

⁹ “En otros casos también hay que aceptar la unidad de acción, de conformidad con la disposición penal correspondiente, cuando el autor va más allá de la simple realización del tipo (unidad natural de acción). Aquí hay que tener en cuenta, en primer lugar, la comisión reiterada del mismo tipo penal que se sucede en un corto espacio de tiempo. Muchas disposiciones penales incluyen ya en la descripción de la acción un número indeterminado de actos individuales; así sucede, por ejemplo, en las actividades de espionaje (§§ 98, 99), en la falsificación de moneda (§ 146), en la ejecución de acciones sexuales (§§ 174 ss.) (BGH 1, 168), en el acoso (§ 292) o en la riña tumultuaria (§ 227). Pero, en segundo lugar, también entra en consideración la unidad de acción ante el cumplimiento repetido del tipo aun cuando éste no lo prevea expresamente; este es el caso, verbigracia, de la redacción y envío de un escrito con diversas injurias (RG 34, 134 [135]), de la inducción a distintos autores a través de una conversación común (RG 70, 26 [31]), de la ejecución de un hurto a través de una pluralidad de acciones de sustracción (BGH 10, 230) y de la injuria llevada a cabo por medio de varios insultos. Presupuesto para la aceptación de unidad de acción en estos casos es que la infracción del bien jurídico mediante la múltiple repetición del tipo experimente sólo un aumento cuantitativo (injusto unitario) y que el hecho, además, descansa sobre una situación motivacional unitaria (culpabilidad unitaria). La unidad natural de acción no queda excluida por el hecho de que sean lesionados bienes jurídicos personalismos con diferentes titulares (BGH 1, 20 [22]; RG 27, 19 [21]).” Hans-Heinrich Jescheck, et al (2014, pp. 1063-1064).

homogénea y sucesiva, cada una de las cuales ya integra la figura típica, que violentan una sola vez el bien jurídico. Por eso esos actos o movimiento son equivalentes. La posibilidad de que se transforme en un concurso ideal, estriba en que haya quebranto de más de una disposición jurídica; o que, siendo la misma, se trate de bienes personalísimos y esa acción sea en detrimento de más de una persona ofendida.

La justificación interna para admitir unidad natural de acción resulta de que tales supuestos son equivalentes en todos los aspectos relevantes a los casos de unidad típica de acción en los que varios actos concretos ya son abarcados por el tenor de la ley. Aquí como allí se trata de una intensificación de una y la misma violación de la ley, que conlleva en sí misma un aumento cuantitativo de injusto y culpabilidad, pero no fundamenta unidades de valoración jurídica diferentes. (Roxin, 2014, p. 950)

Me explico. La excepción a la regla de que, siendo una única acción y una misma disposición, sea una única infracción, sino que se pueda tratar de un concurso ideal, radica en los bienes jurídicos personalísimos, en los cuales hay una transgresión de la norma respecto a cada titular del bien. Si alguien se lleva los paraguas de treinta personas, será un único hurto, en daño de treinta víctimas. Aunque, si las encierra, serán treinta privaciones de libertad, cometidas en una sola acción (concurso ideal).¹⁰ Dicho sea de otra forma, si el agente ingresa varias veces

¹⁰ “Si los bienes atacados corresponden a distintas personas, hay que distinguir: Si la correspondencia a una determinada persona es casual para el bien en el sentido de que éste podría transmitirse a otro titular, o al menos cederse su aprovechamiento a otro para ejercitarlo, la diversidad de titulares no impide la valoración como resultado conjunto. No obstante, si se trata de un bien no transmisible, o que no puede cederse para su disfrute, sino de un bien personalísimo, cabe vincular en un resultado conjunto su menoscabo con su ulterior menoscabo, pero no con el menoscabo de un bien que corresponda a otro titular, porque el bien personalísimo, a diferencia de los bienes

al vestuario de la empresa y vacía sucesivamente los casilleros, estaremos ante un hurto efectuado iterativamente. Lo mismo si se enfrenta con uno de los trabajadores del lugar, por reyertas personales, causándole tres lesiones distintas. Es una única acción y un único delito de lesiones. Pero, si por otras circunstancias, en el acto se enfrenta a dos sujetos, causándoles varias lesiones a cada uno, estaríamos ante dos delitos de lesiones, uno en daño de cada ofendido, efectuadas en forma iterativa. En síntesis, un concurso ideal de lesiones.¹¹

Resumiendo, la ausencia de contextualidad o de la existencia de más de una finalidad, nos llevará a una pluralidad de acciones. De darse esa contextualidad y esa única finalidad estaremos ante una única acción. Empero la pluralidad de víctimas en los hechos contra bienes personalísimos, nos llevará a una pluralidad de infracciones. En aquel caso se tratará de un concurso material; mientras que en el segundo estaremos ante un concurso ideal. Sin embargo, en ambas situaciones se estará ante una pluralidad de delitos, esto según las ideas de Giorgio Manucci y otros (2023, p. 640). La diferencia está en si esa pluralidad conforma un concurso material (por pluralidad de acciones) o un concurso ideal (por ser una sola).

III. Resolución de casos.

Volvamos a los casos con lo que abrimos estas reflexiones.

Respectivamente nos encontramos ante: (i) un hurto agravado y una violación de domicilio, cometidos en concurso ideal (artículos 204 y 209 del Código Penal); (ii) una acción de injurias (artículo 145 del Código Penal); (iii) una acción de

transmisibles, no cabe definirlo sin su titular. Por tanto, las lesiones a bienes personalismos de distintas personas nunca constituyen una sola infracción.” Günther Jakobs, (1997, p.1081-1082)

¹¹ “Se tiene un solo delito cuando la repetición contextual acaece contra el mismo sujeto pasivo (por ejemplo, golpes, heridas, injurias). Se tiene pluralidad de delitos cuando se trata de una repetición contextual de la especie fáctica que tutela un bien altamente personal (vida, integridad física, libertad personal o sexual, honor, etc.), y es en daño de sujetos pasivos diversos (por ejemplo, acciones repetidas de lesiones o injurias cometidas contra personas diferentes). Sin embargo, respecto a los bienes de otra naturaleza, aun cuando las víctimas sean más de una persona, nos encontramos ante un único delito, cuando, correctamente interpretada, de la norma surge la indiferencia de los titulares.” Ferrando Mantovani (2002, p.249)

violación (artículo 156 del Código Penal); (iv) una acción de agresión con arma (artículo 140 del Código Penal); y (v) una acción de lesiones gravísimas (artículo 123 del Código Penal).

Son una exteriorización espacio/temporal (fenoménica) de una misma finalidad. Los diferentes actos homogéneos y equivalentes que las componen, no rompen esa unidad natural, sino que, al estar enmarcados en esa comunidad fenoménica y finalística, son precisamente expresión de que se trata de una sola acción.

Además, según Wessels (2018, p.540), cada uno de esos actos que conforma la acción realiza por sí mismo el tipo penal, de manera homogénea y equivalente, por lo que conforman una unidad valorativa.

En resumen, en todos los casos expuestos, la multiplicidad de actos compone una sola acción y recibe una unidad valorativa por parte de la norma. Es una única acción y una única infracción.

Ahora bien, tratándose de una sola acción y una sola afectación, para el juicio de tipicidad, en ocasiones puede ser importante determinar el monto o gravedad del daño. Si no tienen importancia para tal juicio de tipicidad, los actos individuales solo tendrán peso en el juicio de reprochabilidad y eventualmente en la indemnización civil. Eso sucede en los casos (ii), (iii) y (iv). Con independencia del número de ofensa proferidas en presencia del agraviado, del número de penetraciones sexuales o de acometidas con el cuchillo, se tratará de una sola acción injuriosa, de agresión sexual y de atentado a la integridad física de las personas, en ese orden. Cada una de esas conductas tiene un solo marco espacio/temporal (fenoménico) y una sola finalidad. Es una sola acción, resultando irrelevante para el juicio de tipicidad el número de ofensas, de penetraciones o de acometidas.

En caso contrario, según Jakobs (1997, p. 1084), esto es, cuando el monto o la gravedad de ese daño tuvieran relevancia, su magnitud la establecerá la totalidad,

si es que se puede cuantificar; o la afectación más grave, si se trata de afectaciones no sumables.

Eso es lo que acaece en los casos (i) y (v). Como puede entenderse, el monto total del daño en el primero de ellos, será la sumatoria del valor de los bienes sustraídos. No estaremos frente a varios hurtos agravados de quinientos mil colones cada uno, sino de un único hurto agravado por un valor de cinco millones, lo que lo hace un hurto agravado mayor (artículo 209 del Código Penal). En lo que toca a la violación de domicilio de ese primer caso, el número de ingresos no tiene relevancia típica, pues sigue siendo una sola acción de violación de domicilio. En el quinto caso, aunque haya lesiones leves (la que incapacitaron al perjudicado por un mes), lesiones graves (la que lo incapacitó por treinta y cinco días), la que marca la gravedad de la acción es la más seria, que es la que le hizo perder el brazo, por lo que se le aplicaría el tipo penal de lesiones gravísimas (artículo 123 del Código Penal). En ambos casos, se está ante una unidad valorativa.

Podría intentarse otros ejemplos, por puro afán ilustrativo. Pongamos el del robo que se está realizando en varias descargas de un camión abierto por la fuerza, que al aparecer su chofer se transforma en un robo agravado, cuando éste es apuntado y doblegado con un arma de fuego. Estaríamos ante una acción de robo agravado (artículo 213.2 del Código Penal). Nunca ante un robo simple (por las descargas efectuadas sin uso de armas) y otro agravado (las posteriores a la aparición del chofer). O cuando en el tercer viaje del camión en que se están llevando las cosas hurtadas en una casa, se añade un coautor, la sustracción deja de ser un hurto simple y pasa a ser un hurto agravado (artículo 209.7 del Código Penal). Ciertamente, no nos hallaríamos frente a un hurto simple (por las sustracciones efectuadas por un solo individuo) y un hurto agravado (por las que se dieron con la intervención del segundo sujeto).

Cambiando un poco el caso de la violación, imaginemos que con la tercera penetración (anal) se genera un daño a la salud de la víctima. También resulta

evidente que estaríamos ante una violación calificada (artículo 157.5 del Código Penal). Nunca ante una violación simple por las dos penetraciones previas y una violación agravada por la penetración anal. Mucho menos ante tres violaciones, porque, para la ley se trata de agresiones equivalentes y homogéneas, que profundizan el daño, mas no constituyen una nueva agresión. Y muchísimo menos de tres acciones diferentes, en cuyo caso lo que se revela, ya no solamente un desconocimiento normativo, sino un desconocimiento del carácter fenoménico y finalístico de la acción humana.

Aun así, en situaciones como estas, el monto o la gravedad efectivamente alcanzada o concretada únicamente sería típicamente irrelevante cuando se pudiera determinar que el propósito del sujeto apuntaba a uno mayor, el cual por causas ajenas a su voluntad no pudo alcanzar u ocasionar, aunque ejecutó (total o parcialmente) los actos necesarios para lograrlo. Estamos hablando de la tentativa.

En esta situación no es que haya una voluntad de lograr una posible progresión delictiva, a través de la ejecución contextual de una serie de actos homogéneos que cumplen cada uno el tipo penal, por lo que son equivalentes e infringen una vez el bien tutelado. La situación es diversa, porque ya hay una ofensa predeterminada, que no es que se asume como progresiva, sino que se asume o desea como resultado final (según se esté ante dolo indirecto o directo). Si, como en el caso (i) y el caso (v) ese monto o gravedad son decisivos, la calificación que recibirá el hecho será el de del tipo penal ejecutado; a pesar de que, por cuestiones ajenas a la voluntad del agente no pudiera consumarse. Se le aplicará el dispositivo extensivo de la tentativa (artículo 24 del Código Penal).

Imaginemos que un sujeto desea cometer un hurto en una bodega, porque sabe que allí hay diez lingotes de plata por valor de diez millones de colones, de los cuales quieren apropiarse. Una vez puesta en ejecución su maniobra, logra sacar del lugar cinco de esos lingotes, los cuales envía en el camión para que sean escondidos y queda a la espera de que el automotor regrese pronto, para cargar los

otros cinco. Sin embargo, resulta descubierto por el vigilante y capturado. En dicha situación, podríamos haber dicho que el daño ascendía a cinco millones de colones, si es que no existiera un propósito (asumido o directo) de apoderarse de los diez millones de colones en plata, sino que trataban de ver cuánto sacaban. Si bien, al estarse ante un dolo que apunta a un daño diferente al efectivamente generado, será éste el que (si es factible y no un delito imposible o tentativa inidónea) marque el monto del daño típico. A pesar de que su fallida concreción deje el hecho en tentativa de hurto agravado mayor (artículo 209 del Código Penal).

Vamos a otro ejemplo cercano al caso (v). Ya vimos que el atacante hiere a su víctima, generándole heridas que lo incapacitan por diferentes plazos cada una. El asunto, sin embargo, se resolverá conforme al tipo penal que describa la de mayor seriedad que se le infligió. Modificando la escena, digamos que todas esas heridas estaban preordenadas para sacarle los dos ojos al ofendido, dejándolo ciego. Entonces, la primera cuchillada le incapacita para veinte días de ocupaciones habituales y la segunda le deja una marca indeleble en el rostro. Si se estuviera ante una conducta de ataque progresivo contextual, la figura a aplicar sería la de lesiones graves (artículo 124 del Código Penal), que absorbería las lesiones leves (artículo 125 del Código Penal). A pesar de lo cual, al hallarnos frente a una voluntad de producir un daño final superior al del tipo objetivo, será ese tipo subjetivo el que marque la tipicidad, configurándose un delito de lesiones gravísimas (artículo 123 del Código Penal), por apuntar a la pérdida el órgano visual o un sentido, rebajada a tentativa porque el ataque ejecutado, siendo viable, fracasó por condiciones independientes a la decisión del agente.

A modo de postulado, puede decirse que, en las acciones iterativas en las que el monto o la gravedad, ya sea de uno de sus actos o del daño total tienen relevancia para el juicio de tipicidad, se pueden tener dos posibilidades de calificación. La diferencia yacerá en el tipo subjetivo, dado que si (a) se trata de actos progresivos sin que se logre identificar la búsqueda de un resultado final

mayor al efectivamente alcanzado, el monto o gravedad de éste será el que indique cuál es la calificación legal procedente. Al contrario, (b) si esos actos homogéneos y sucesivos apuntan a un resultado mayor al que se pudo en verdad realizar, la calificación adecuada es la del tipo penal previsor del resultado que se pretendió, y que por razones extrañas a la voluntad del sujeto activo no se pudo lograr, dejando esa calificación en el grado de tentativa.

En lo tocante al desistimiento, se hace palpable que solo aplicaría a esta segunda hipótesis (b), en la que el propósito excede el daño o gravedad efectivamente alcanzados, por lo que ese sujeto activo se vería exento de la pena correspondiente al tipo penal que tenía en mira el tipo subjetivo, mas no de las afectaciones ya concretadas. O, para volver al caso de la sustracción de los lingotes de plata y del intento de ocasionarle la ceguera a otro individuo, se respondería del hurto agravado consumado por quinientos mil colones y por lesiones graves, respectivamente.

IV. La participación.

Para terminar, analicemos el tema de la participación. Recordemos que en nuestro país la autoría o coautoría pueden ser con dolo directo, dolo eventual o incluso culpa, de acuerdo a la descripción típica correspondiente. Por su parte, la instigación y la complicidad solo pueden ser con dolo directo (artículos 46 y 47 del Código Penal).

Como ya se ha recalcado, en la acción iterativa los actos cumplen el tipo penal, por lo que consuman el delito. Aunque es difícil que en esa sucesión inmediata de hechos se dé una participación sobrevenida (o sucesiva, como la denominan algunos autores), nada la impide. Esto es, que haya un sujeto que, incluso si es difícil que intervenga en solo uno de los actos y no en todos (visto su carácter de sucesión inmediata), así ocurra. Ya antes pusimos el ejemplo del individuo que se incorpora a un robo en marcha. Cambiemos un poco el ejemplo y digamos que, en un hurto a un hogar efectuado por dos individuos, a la segunda

carga del camión, se suma un transeúnte que solo contemplaba los hechos y que decide ganarse algún dinero ilícitamente.

Guardando las distancias estructurales del caso, en la acción iterativa acontece en materia de participación lo mismo que en los delitos permanentes o habituales, en lo que un coautor o partícipe secundario puede intervenir en la totalidad del acontecimiento o solamente en algunos de sus actos. Claro está, es menos probable tratándose de la acción iterativa, por el carácter inmediato de un acto respecto al precedente, más conceptualmente nada lo impide.

En virtud del principio de responsabilidad penal personalísima, el coautor, instigador o cómplice que solo ha intervenido en uno de esos actos, responderá solo por ese injusto al efectuarse el juicio de su reprochabilidad. Luego, si es que la gravedad o el monto del daño fuera importante también para el juicio de tipicidad, solamente responderá por aquella gravedad o monto producida por el hecho en que él hubiera tomado parte.

Aunque existen posturas doctrinarias que pretenderían atribuirle [al nuevo partícipe] responsabilidad por la totalidad de lo sucedido, arguyendo que, al aceptar su participación en el delito permanente, también aceptaría lo ya acontecido (si es que es de su conocimiento), me parece que es una tesis errónea, porque no puede ser retroactivamente responsable de lo ya acaecido. No cabe el dolo sucesivo o retroactivo. No puede ser responsable del hecho ya cometido por otro. Tampoco de los hechos posteriores a su participación, en los cuales no haya tenido intervención alguna. Será responsable de sus propios hechos o de los que, a partir de su intervención en la trama delictiva, puedan suceder con su intervención delictiva, en los

términos del artículo 48 del Código Penal, el cual postula que: ‘Los partícipes serán responsables desde el momento en que el hecho se haya iniciado, según lo establecido en el artículo 19. Si el hecho, fuere más grave del que quisieron realizar, responderán por aquél, quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida.’ Habiéndose iniciado para ese [partícipe] el hecho en el momento en que interviene, no debe responder por lo acaecido con antelación ni con posterioridad a su participación. (Ricardo Salas, 2024, p. 8)

Entonces, en el caso recién expuesto del hurto a un hogar, al que se incorpora el tercer sujeto, los otros dos responderán por la totalidad de la sustracción; pero ese tercer sujeto solo lo hará por las sustracciones que se dieron con su intervención, lo que podría llevar a que aquellos sean pasibles de ser sentenciados por hurto agravado mayor, mientras que el tercer sujeto únicamente por hurto agravado menor.

Igual sucede si, durante una pelea, un sujeto le causa a otro lesiones graves y lesiones leves. No obstante, su amigo (sin acuerdo previo) solo intervino en la pelea cuando ya se habían producido las primeras, contribuyendo exclusivamente en las segundas. El autor de ambas heridas será sancionado por lesiones graves, en tanto que el coautor lo será por lesiones leves.

Respecto a la participación secundaria es lo mismo. Un individuo puede instigar o ayudar a otro a cortarles los dedos al enemigo que tienen en común. Si el autor decide seguir hiriéndolo hasta hacerle perder el brazo, responderá de lesiones gravísimas, mientras que al instigador o al cómplice solo les será endilgable un delito de lesiones graves, por instigación o complicidad.

3. Conclusiones.

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



El concepto penal de acción solo se puede construir a partir del dato óptico (prejurídico) de un fenómeno que se externaliza en un marco espacio/temporal, y que responde a una finalidad del agente. En otras palabras, se requiere considerar tanto el aspecto objetivo cuanto el subjetivo. No obstante, tratándose de una categoría jurídica, aquel dato óptico (prejurídico) no es suficiente para llenar ese concepto de acción, sino que debe acudir al dato normativo, para determinar cuál es el ámbito de relevancia que (en adhesión al principio de legalidad criminal) le otorga el tipo penal. Esta relevancia puede ser simple, parcial o compuesta.

Tratándose de la acción iterativa, se ubica en el subconcepto de unidad natural de la acción, porque expresa una sola voluntad o finalidad, se realiza en un mismo contexto (espacio/temporal). Además, mediante actos homogéneos e inmediatos, cada uno de los cuales llena el tipo penal, infringe una sola vez el bien jurídico.

Su estudio y apropiación por parte de la doctrina y jurisprudencia nacionales inobjetablemente llevarán a una mejor comprensión del concepto de acción. Asimismo, a corregir posturas judiciales en las que, equivocadamente, se entiende que en una sola acción iterativa hay más de una infracción o (todavía peor) varias acciones, con la consiguiente imposición de penas a más drásticas.

4. Referencias bibliográficas.

Caruso, Viviana. (2015) Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la 'unidad natural de acción' y el delito continuado. *Revista Penal*, N° 36, 35-59.

Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo. (2019). *Diritto Penale. Parte Generale*. Boloña, Italia: Zanichelli.

Gómez, Carmen, Elena Núñez e Isabel Martínez. (2019). *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, España: Tecnos.

Hilgendorf, Eric y Brian Valerius. (2019). *Direito Penal. Parte Gerãl*. Madrid, España: Marcial Pons.

Jakobs, Günther. (1997) *Derecho Penal. Parte General*. 2da. ed. España, Madrid: Marcial Pons

Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Mantovani, Ferrando (2002). *Principi di Diritto Penale*. Padua, Italia: CEDAM

Manucci, Giorgio, Emilio Dolcini y Gian Luigi Gatta. (2023). *Manuale di Dirittto Penale*. Milán, Italia: Giuffrè.

Pagliaro, Antonio. (2020). *Principi di Diritto Penale*. Milán, Italia: Giuffrè.

Roxin, Claus (2014). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Madrid, España: Editorial Civitas.

Salas, Ricardo. (2024). El delito permanente y el delito habitual. *Revista de Ciencias Jurídicas*. no 164, 1-24.

Stratenwerth, Günther. (2005). *Derecho Penal. Parte General I*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Welzel, Hans. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma Editor.

Wessels, Johannes, Werner Beulke y Helmut Satzger. (2018). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Jurisprudencia.

Sala Tercera de la Corte de Justicia de la Republica de Costa Rica. Resolución 00472-2015 de las 8 horas con 51 minutos del 8 de abril del 2015. Recuperado de Nexus.