



Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

Tel. 2222-0501 / Fax 2222-0531 / faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr

I Circuito Judicial de San José, de la esquina sureste de la Corte Suprema de Justicia, 100 m. sur y 50 m. este. Av.10, C.21-23. Edificio AFE, 5° piso.
Ministerio Público, Costa Rica



EL PRESENTE BOLETÍN está dirigido a fiscales y fiscalas del Ministerio Público y tiene como finalidad exclusiva el servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. Sin embargo, no debe interpretarse que el Ministerio Público necesariamente comparte los criterios jurídicos vertidos en los votos referidos. Periódicamente se enviará también una actualización de los índices numéricos, alfabéticos o temáticos respectivos. **SE ADJUNTA EL VOTO COMPLETO** con las restricciones establecidas en la ley N° 8968, Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y en el "Reglamento de actuación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial (Ley No. 8968)" (Circular N° 193-2014). Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **32**
2015

RESOLUCIÓN

Resolución N°: **2013-01246**

Órgano emisor: Sala de Casación Penal

Fecha resolución: 12 de setiembre del 2013

Recurso de: Casación



UNIFICA CRITERIOS

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

⇒ **Descriptor:** **Bien jurídico en delito de peligro abstracto**

⇒ **Restrictor:** Delitos tipificados en Ley de Psicotrópicos (art. 58)

SUMARIO

- Los delitos tipificados en el artículo 58 de la ley 8204 son de peligro abstracto, razón por la que, tanto la cantidad de droga como la habitualidad de la conducta, son irrelevantes para su comisión.

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

“Ante las dos posiciones opuestas entre los Tribunales de Apelación de Sentencia Penal y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, referentes a la magnitud de la lesión al bien jurídico de la salud pública en los casos en donde se vulnere la ley de psicotrópicos vigente, y en aras de mantener la coherencia de la interpretación de la ley frente a los casos como éste, y en una interpretación armónica de la legislación y la jurisprudencia constitucional; esta Cámara se decanta por mantener la postura

jurisprudencial consolidada de que la lesión al bien jurídico protegido se produce cuando la comercialización (venta) es ínfima”.

“i) En primer lugar, se debe hacer énfasis en que el tipo penal en cuestión prevé una tutela de la salud pública, y al ser un delito de peligro abstracto, implica –incuestionablemente– una directa posibilidad de lesión con sólo la comprobación de la acción”.

“ii) En segundo lugar, la realización de alguno de los actos que se encuentran previstos en el ordinal 58 de la Ley N°





8204, hace que se produzca su configuración, independientemente de la porción de sustancias prohibidas que se utilice”.

“iii) En tercer lugar, y en íntima relación con el anterior, el operador de justicia deberá tener prudencia para evitar calificar como insignificante o – inclusive- como bagatela, una conducta por la simple constatación de que se poseen pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, ello dependerá de la investigación policial en el que se acredite una predisposición al comercio de drogas, pues, en estas circunstancias carece de relevancia que se incauten cantidades ínfimas de drogas”.

“iv) En cuarto lugar, el tipo penal en cuestión no contempla la habitualidad como elemento indispensable para que se configure la venta de drogas”.

“Es importante acotar, a fin de aclarar aún más las posiciones disidentes entre

esta Sala y ambos Tribunales de primera y segunda instancia, en relación a la vulneración de la ley de psicotrópicos, dirigida en el sentido de que no resulta imprescindible realizar varias ventas controladas de droga, pudiéndose comprobar el hecho punible mediante un sólo operativo (con participación de un juez de garantías) u otros medios probatorios conforme al principio de libertad probatoria, sin que sea necesario acreditar la habitualidad de la actividad ilícita como se ha acotado en líneas precedentes”.

“Asimismo, se unifican ambos criterios y se mantiene la postura que ha acogido esta Sala, en cuanto a que la cantidad decomisada de sustancias prohibidas y la habitualidad de la actividad, resultan irrelevantes para considerar que el bien jurídico tutelado de la salud pública se puso en riesgo, en virtud de ser un delito de peligro abstracto, el cual se vulnera con sólo su puesta en peligro”.

VOTO INTEGRO N°2013-01246, Sala de Casación Penal

Res: 2013-01246. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cincuenta y ocho minutos del trece de setiembre dos mil trece.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra **001**; por el delito de **venta de drogas**, en perjuicio de **la Salud Pública**. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Magda Pereira Villalobos, Doris Arias Madrigal y Rafael Sanabria Rojas, este último como Magistrado Suplente. Además, en esta instancia, la licenciada Cynthia Solano Porras, como defensora pública del encartado. Se apersonó la representante del Ministerio Público, la licenciada Fabiola Luna Durán.

Resultando:

1.- Mediante sentencia N° 2012-2315 de las once horas del dieciséis de noviembre del dos mil doce, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, resolvió: **“POR TANTO:** Por mayoría, se declara sin lugar el recurso del Ministerio Público. La jueza García Vargas salva el voto. **NOTIFÍQUESE. Lilliana García Vargas Rosaura Chinchilla Calderón Edwin Salinas Durán Juezas y juez del Tribunal de Apelación.**” (sic)

2.- Contra el anterior pronunciamiento la licenciada Fabiola Luna Durán, como representante del Ministerio Público, interpuso recurso de casación.

3.- Verificada la deliberación respectiva, la Sala entró a conocer del recurso.

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





Informa la **Magistrada Arias Madrigal**; y,

Considerando:

I. Mediante resolución N° 2013-000355, de las 11:22 horas, del 15 de marzo de 2013 (cfr. folios 288 a 291), esta Sala admitió para su trámite, el único motivo del recurso de casación incoado por la licenciada Fabiola Luna Durán, representante del Ministerio Público (cfr. folios 273 a 274 fte. y vto.), contra la resolución número 2012-2315 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, sede Goicoechea, de las 11:00 horas, del 16 de noviembre de 2012 (cfr. folios 264 a 268 fte. y vto.), la cual, a su vez confirmó por mayoría, la sentencia N° 737-2012, dictada por el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, a las 08:30 horas, del 07 de agosto de 2012, en donde absolvió a 001 del delito de venta de droga, en perjuicio de la salud pública (cfr. folios 233 a 240).

II. En su **único** motivo del libelo del recurso, la fiscal Fabiola Luna Durán reclama precedentes contradictorios dictados entre los Tribunales de Apelación de Sentencia y la Sala de Casación Penal. Señala que el *ad quem*, en la sentencia recurrida determinó que no existió el delito de venta de droga y confirmó la absolutoria del encartado porque la cantidad decomisada era escasa y no afectaba al bien jurídico tutelado, argumentando en lo de interés: “...*aún teniéndose por demostrados los hechos acusados, no es posible condenar al encartado, al faltar el elemento de la antijuricidad material, necesario para que se de el injusto penal. Nótese que, en el presente caso no hubo vigilancias previas, seguimientos o, en general, cualquier actividad probatoria que permita determinar que el encartado desempeñaba esa como una actividad habitual. Aunque es probable que así sea, resulta que tales probabilidades deben acreditarse y no, simplemente, quedarse en el fuero interno de los operadores jurídicos. Simplemente sucedió que un policía lo vio haciendo un “pasón de manos” a un tercero y decomisó la sustancia adquirida por este (una piedra), determinándose que era droga tipo crack y encontrándose el dinero en manos del encartado, lo que determina que se trató de una venta...*” (cfr. folio 274). En contraposición, manifiesta que esta Sala, mediante pronunciamiento N° 2005-000041, de las 08:55 horas, del 4 de febrero de 2005, estableció que basta una sola transacción para que se produzca el ilícito de venta de droga sin importar la cantidad que se incaute. Ello, en razón de ser un delito de peligro abstracto, así se fundamentó: “...*Independientemente de si la cantidad específica de droga era o no capaz de poner en peligro la salud o bienestar de alguien, debe recordarse que lo tutelado en este tipo de delitos es la salud pública, entendida como bien abstracto. Es decir, no se trata de aquel tipo de ilícitos de peligro concreto, para cuya*

configuración se requiere la comprobación de que, efectivamente, la acción los lesionó o hizo cernirse sobre ellos un riesgo comprobado. En los delitos de peligro abstracto, el legislador ha dispuesto que la mera comisión del hecho tipificado es de por sí lesiva al bien jurídico (piénsese en el delito de corrupción de menores, la asociación ilícita, la posesión de arma prohibidas, entre otros); sin que se precise de una comprobación de que, en ese caso en particular, hubo una afectación efectiva...” (cfr. folio 273 vto.). Refiere la existencia de precedentes contradictorios que generan perjuicio a las pretensiones punitivas del Ministerio Público, en virtud de la inseguridad jurídica que suscitan. Por un lado, está la tesis del Tribunal de Casación Penal, la cual promulga que no basta acreditar la acción típica de venta de droga, sino que debe acreditarse su afectación al bien jurídico tutelado. Por otro lado, la Sala Tercera sigue la hipótesis acerca de que, basta demostrar la acción típica de la venta de droga para que se perfeccione el hecho delictivo. Por ende, solicita se uniforme la jurisprudencia y se imponga la posición de la Sala de Casación Penal. Asimismo, pide también que se case la sentencia y se ordene el reenvío del presente asunto.

III. Se unifican criterios contradictorios, sin embargo el reproche se debe declarar sin lugar.

Previo a exponer las razones por las cuales esta Sala considera mantener la tesitura que ha prohijado con respecto a que resulta suficiente comprobar la acción de la venta de drogas para poner en peligro la salud pública, aunque ésta sea en pequeñas cantidades y no se demuestre la habitualidad de la conducta, esbozaremos algunas consideraciones relevantes en torno al tema en cuestión.

a) Posiciones disímiles entre los Tribunales de Casación Penal (Tribunales de Apelación de Sentencia Penal) y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

En reiterada jurisprudencia, los Tribunales de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, ahora denominados Tribunales de Apelación de Sentencia Penal del mismo Circuito, han manifestado la tesis de que la actividad de venta de drogas no constituye una conducta antijurídica cuando la transacción sea ínfima y ocasional, en razón de que no se lesiona el bien jurídico tutelado. Así fundamentó el *ad quem* en la sentencia recurrida: “...*habida cuenta que, aún teniéndose por demostrados los hechos acusados, no es posible condenar al encartado, al faltar el elemento de la antijuricidad material, necesario para que se dé el injusto penal (...)* Lo que sucede es que la cantidad decomisada, tanto al comprador como al vendedor, era tan escasa, que no hay una puesta en peligro significativa del bien jurídico tutelado, aún sea este de peligro abstracto y no hay elementos adicionales para establecer que, por lo reiterado del comportamiento, se tratara de un delito de “hábito”...” (cfr. folios 265 vto.).

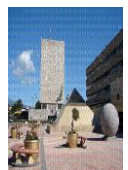
b) La acción típica: La Ley N° 8204, denominada “Ley





sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso No Autorizado, actividades Conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo”, la cual reformó integralmente la normativa número 7786, llamada “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas”, del 30 de abril de 1998. Dentro de este marco jurídico, los parámetros de tipicidad contenidos – específicamente- en el artículo 58, se contempla las siguientes prohibiciones: a quien **venta**, distribuya, comercialice, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte o almacene; estupefacientes, psicotrópicos, sustancias inhalables, drogas, y fármacos susceptibles de producir dependencias físicas o psíquicas, contemplados en los Tratados o convenios internacionales que han sido firmados y ratificados por nuestro país. Acciones que resultan típicas y son sancionables con pena de ocho a quince años de prisión. Sin embargo, es necesario advertir que a fin de acreditar la ilicitud de la venta de drogas, no son indispensables las compras vigiladas (con independencia de que estén bajo el control de la policía, el Ministerio Público o un Juez) en virtud del principio de libertad probatoria. También es relevante señalar, que dicha norma no distingue -como erróneamente lo hace el Tribunal de Apelación en el fallo impugnado- entre si el sujeto activo vende habitual u ocasionalmente la droga a los consumidores, o si la cantidad decomisada resulta considerable. El legislador solamente contempló la acción por el comercio de drogas o sustancias prohibidas. En ese sentido, esta Sala ha referido: “...el tipo penal no es de hábito, y para su configuración no requiere que el autor se dedique habitualmente a la venta de drogas, en forma reiterada y permanente, sino que basta que lo haga aún de manera ocasional como se tuvo por cierto en el caso de autos...” (Resolución 646-97, de las 15:10 horas, del 08 de julio de 1997). **c) Lesividad al bien jurídico tutelado:** La lucha contra el flagelo de las drogas ha sido una tarea ardua que los legisladores han tenido que enfrentar en la protección de los bienes jurídicos de orden constitucional, como son la vida y la salud, según numerales 21 y 46 (último párrafo) de la Carta Magna. Lo que se apoya en el orden convencional, pues nuestro país ha suscrito y ratificado varios instrumentos internacionales a fin de penalizar dichas conductas y actuar con firmeza en la lucha por erradicarlas. Entre ellas se destaca, la Convención Única sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, de 30 de mayo de 1961, aprobada por nuestro país mediante la Ley N° 4544, de 18 de marzo de 1970, enmendada a la vez por el Protocolo de Modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes, Ley N° 5168, de 25 de enero de 1973; el Convenio de Viena sobre Sustancias

Psicotrópicas, de 21 de febrero de 1971, aprobado por Costa Rica mediante la Ley N° 4990, de 10 de junio de 1972; la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 19 de diciembre de 1988 (Convención de 1988), aprobada mediante la Ley N° 7198, de 25 de setiembre de 1990. Ante estos compromisos, el Estado costarricense ha tenido la misión fundamental de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, es por ello que se han expedido varias normativas, entre las que se destacan: la Ley N° 8204, del 26 de diciembre de 2001, denominada “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo”; Ley número 8719, del 4 de marzo de 2009, llamada “Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo”. Asimismo, en los delitos de drogas siempre ha existido una constante, y es la pluralidad de agentes que intervienen en su consecución, lo cual afecta no sólo al ser humano, consumidor final, sino que también tiene un impacto social de gran envergadura en otras conductas como: la delincuencia, prostitución, pandillaje, corrupción, entre otros. La experiencia forense enseña que una de las razones por las que el negocio ilícito del narcotráfico resulta tan lucrativo, es precisamente porque se aprovecha de la necesidad mental y fisiológica que experimentan los adictos, de consumir constantemente la droga, necesidad que lejos de saciarse se acrecienta con el tiempo, al punto de que las personas adictas no sólo experimentan una severa degradación física y moral, sino que la ansiedad por la droga puede impulsarlos a cometer hechos ilícitos a fin de obtener recursos para financiar su consumo, especialmente tratándose de sustancias conocidas por ser altamente adictivas, como la denominada “piedra” o “crack” y la marihuana. Ésta última considerada actualmente como la sustancia ilícita de mayor demanda: “...La marihuana es la droga ilícita de mayor consumo en todo el mundo. Se calcula que entre 119 y 224 millones de personas entre 15 y 64 años –lo que equivale entre 2,6% y 5% de la población en ese grupo- han consumido marihuana alguna vez en el último año. Esto quiere decir que los usuarios de marihuana pueden llegar a representar entre el 75% y el 80% de los consumidores de drogas controladas a nivel mundial (...) El uso de marihuana (...) En Centroamérica el valor promedio es alrededor de 2,4% de la población, cifra muy similar al observado como promedio en Sudamérica (...) Todo indica que las personas que consumen marihuana se inician mayoritariamente a muy temprana edad, un fenómeno que tiende a repetirse particularmente en el caso del tabaco...” ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (O. E. A.). Secretaría General. Informe “El problema de las drogas en las Américas”. Año 2013, pp. 69 a 70).





Consecuentemente, los delitos relacionados con las drogas y los que estos generan, son el origen de una serie de actos ilegales con los que el Estado o la Administración tiene que lidiar, y en consecuencia, destinar una gran cantidad de recursos económicos para combatirlos. De ahí surge la necesidad de implantar una política criminal y efectiva, a fin de proteger la salud y la vida. Es por ello que la ilicitud de venta de drogas es de peligro abstracto. Asimismo, la doctrina ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y los delitos de peligro abstracto, en donde ese riesgo efectivo no es necesario. Así lo manifiesta Enrique Bacigalupo, al señalar: “...en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción...” (Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis - ILANUD. Madrid. 1984. pp. 102). En jurisprudencia, esta Sala ha referido lo siguiente: “...La doctrina dominante ha distinguido entre delitos de lesión y de peligro, atendiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico. En los delitos de lesión se exige para la tipicidad del hecho la producción de la lesión del bien jurídico o del objeto que lo representa, mientras que en los de peligro no se exige ese efecto, produciéndose un adelantamiento de la protección del bien a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión (...) Así, en los delitos en los que se tutelan bienes colectivos como la salud pública, la seguridad del tráfico, etc.; si se considera la afectación que las conductas suponen para el bien jurídico colectivo, pueden tenerse como delitos de lesión; sin embargo, frente a los bienes jurídicos individuales, sólo suponen un peligro. La diferenciación entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, tampoco es fácil en algunos casos, ya que en ambos se requiere un desvalor de acción, mientras que sólo los delitos de peligro concreto exigen un verdadero desvalor del resultado, que consiste precisamente en esa concreta puesta en peligro. Según la opinión doctrinal mayoritaria, los delitos de peligro abstracto sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. No se exige una efectiva puesta en peligro -juzgada ex post- para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido, aunque sí que la realización de ese comportamiento suponga -desde una perspectiva ex ante- un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico. Se trata de un bien jurídico colectivo o supraindividual, cuya titularidad no recae en una persona sino que es compartida por todos los ciudadanos

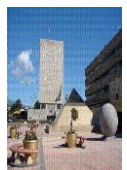
o, al menos, por una colectividad de personas, con independencia de que esa protección sirva individualmente a cada uno de ellos para lograr su pleno desarrollo como individuo. El principio de lesividad no se determina por la lesión ni inmediata ni directa a la salud individual -aunque sí de forma mediata o indirecta- sino que se vincula con la peligrosidad y gravedad de las conductas susceptibles de afectar la salud de un número indeterminado de personas (...) El legislador costarricense ha seguido en la legislación contra el tráfico de estupefacientes las líneas generales de esta política criminal, y ha decidido que estos delitos se castiguen aún en aquellos casos en que no se ha producido un efectivo o concreto peligro para la Salud Pública, bastando la realización de alguno de los verbos -incluidos también en las frecuentes descripciones de tipos penales mixtos-alternativos del derecho comparado- para que se tenga por configurada la conducta típica. Esto es así, por cuanto no se ha aceptado admitir que se tengan que producir efectivas lesiones a la Salud Pública para castigar este tipo de conductas humanas cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen.”...” (Votos N° 2006-000218, de las 15:56 horas, del 18 de enero de dos mil seis y N° 2009-001451 de las 14:40 horas, del 16 de octubre de dos mil nueve.). También, el máximo órgano Constitucional en reciente pronunciamiento, se ha referido en relación al interés difuso que aquí se protege: “...el narcotráfico constituye una actividad ilícita aún más lesiva, pues afecta tanto la salud de la población como las bases mismas de la sociedad y del Estado, al penetrar en todas las esferas públicas y privadas, genera un alto grado de violencia que trasciende las fronteras, pues apareja la creación de verdaderos imperios que luchan por el control del mercado y la obtención de beneficios económicos. El narcotráfico se asocia a fenómenos de corrupción de las estructuras políticas y judiciales de las naciones, control de los medios de comunicación masiva, lavado de activos, violencia, sicariato, terrorismo y drogadicción...” (Resolución N° 2013-008214, de las 14:30 horas, del 19 de junio de dos mil trece). Se puede apreciar que la protección del bien jurídico de la salud pública reviste gran relevancia en nuestra sociedad, en virtud del impacto de su vulneración, tanto en pequeña, mediana o en gran escala. **d) Comercio de drogas en pequeñas cantidades:** Es oportuno también mencionar una de las modalidades de comercio de estupefacientes que está tomando auge, es el tráfico en pequeñas cantidades, encaminado comúnmente al narcomenudeo o tipo “hormiga” nos referimos al llamado “venta hormiga”, el cual se caracteriza precisamente, porque el sujeto activo porta consigo pequeñas cantidades de droga para facilitar su distribución, ya sea a destinatarios específicos o desconocidos. No obstante, actualmente no existe una





política-criminal de prevención, dirigida en contra del tráfico ilegal de drogas en pequeña escala, cuyas conductas ponen en peligro el bien jurídico de la salud pública. Tal hipótesis ha sido aceptada por la doctrina, la cual ha sostenido que “...puede haber casos en los que el legislador considera que la técnica más adecuada y necesaria para la protección de bienes jurídicos es la de prohibir comportamientos generalmente peligrosos para el bien jurídico en cuestión, considerando el comportamiento de peligro abstracto, en cuanto tal, como merecedor y necesitado de pena, sin que en principio exista posibilidad de “privilegiar punitivamente” aquellas formas de actuación que revisten una peligrosidad escasa...”. (AGUADO CORREA, TERESA: El principio de proporcionalidad en Derecho Penal, Edersa, España, 1999, págs. 403-404). Así también, lo ha admitido esta Cámara en un caso similar: “...debe tenerse presente las siguientes aclaraciones: a.- En principio, por la ofensividad genérica que implican las conductas delictivas reprimidas en la ley que rige la materia, cabe excluir la aplicación generalizada del principio de insignificancia en tales infracciones. Su vigencia debe reservarse a supuestos excepcionales, por ejemplo, en casos en los que el suministro, la posesión o la venta no revelen una actitud reiterada de desprecio a la Salud Pública. b.- El operador judicial debe estar atento a no incluir en el principio de insignificancia, conductas en las que sí se lesiona de manera significativa el bien jurídico en cuestión. Esto sucederá por ejemplo, en todos aquellas hipótesis en las que a través de la investigación policial se acredita una predisposición para el tráfico de drogas, pues en estos casos carece de importancia que al final se incauten cantidades ínfimas de droga, o que del todo en el operativo realizado con intervención del juez no se obtenga ni el dinero utilizado ni más droga que la obtenida por el colaborador...” (Voto N° 2001-000074, de las 10:10 horas, del 19 de enero del dos mil uno.). Extrayéndose con total claridad que debe tenerse prudencia para no menospreciar o considerar como bagatela un hecho punible en donde se determine esta forma de comercialización, aunque sea en mínimas cantidades de sustancias ilícitas, pues puede suceder que sea esa la forma ideada por el sujeto activo para lograr sus propósitos delictivos. **e) Pronunciamiento de la Sala Constitucional por la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta en contra del extremo mínimo del tipo penal, aplicado en el presente asunto. Se resuelve que no contraviene la Constitución Política:** En reciente resolución, la Sala Constitucional resolvió la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta en contra del extremo mínimo, previsto en el ordinal 58 de la Ley N° 7786 y sus reformas, por estimarse contrario al principio de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, al establecer el mínimo de la pena de este delito en 8 años, parámetro que estima

el recurrente, desproporcionado con relación a otras ilicitudes. Dicho órgano constitucional apuntó en lo de interés: “...la norma cuestionada no resulta irrazonable, ni puede ser comparada con los otros delitos señalados también aquí por el accionante, por cuanto se tipifica como punible una actividad desplegada por un sujeto en forma dolosa, que consiste en la distribución, comercialización, suministro, fabricación, elaboración, refinera, transformación, extracción, preparación, cultivo, producción, transporte, almacenamiento o venta de drogas o de las sustancias o los productos referidos en la ley. Esas actividades atentan no solo contra la salud pública, sino también producen un grave perjuicio a la paz social, resquebrajan el orden público, socavan las economías lícitas, los lazos familiares, la soberanía de los Estados y en general, los cimientos de toda la sociedad. Lo anterior justifica que los parámetros dados por el legislador para que un Juez pueda imponer la pena ante la comisión de un delito como el tipificado en el artículo de estudio, no resulte discriminatorio, irrazonable, ni desproporcionado, en lo que respecta a esta jurisdicción. Recordemos que la Sala está destinada únicamente a tutelar la supremacía del Derecho de la Constitución y que es al legislador, a quien corresponde propiamente el diseño de la política criminal en el Estado...” (Sentencia N° 2013-08941, de las 14:30 horas, del 3 de julio del dos mil trece.). **f) Conclusiones:** Ante las dos posiciones opuestas entre los Tribunales de Apelación de Sentencia Penal y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, referentes a la magnitud de la lesión al bien jurídico de la salud pública en los casos en donde se vulnera la ley de psicotrópicos vigente, y en aras de mantener la coherencia de la interpretación de la ley frente a los casos como éste, y en una interpretación armónica de la legislación y la jurisprudencia constitucional; esta Cámara se decanta por mantener la postura jurisprudencial consolidada de que la lesión al bien jurídico protegido se produce cuando la comercialización (venta) es ínfima. Ello, por las razones que se resumen a continuación: i) En primer lugar, se debe hacer énfasis en que el tipo penal en cuestión prevé una tutela de la salud pública, y al ser un delito de peligro abstracto, implica –incuestionablemente– una directa posibilidad de lesión con sólo la comprobación de la acción. ii) En segundo lugar, la realización de alguno de los actos que se encuentran previstos en el ordinal 58 de la Ley N° 8204, hace que se produzca su configuración, independientemente de la porción de sustancias prohibidas que se utilice. iii) En tercer lugar, y en íntima relación con el anterior, el operador de justicia deberá tener prudencia para evitar calificar como insignificante o –inclusive– como bagatela, una conducta por la simple constatación de que se poseen pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, ello dependerá de la investigación





policial en el que se acredite una predisposición al comercio de drogas, pues, en estas circunstancias carece de relevancia que se incauten cantidades ínfimas de drogas. iv) En cuarto lugar, el tipo penal en cuestión no contempla la habitualidad como elemento indispensable para que se configure la venta de drogas.g) **En el caso bajo estudio:** El marco fáctico acusado por el Ministerio Público se transcribe a continuación: “1) El día 26 de setiembre del 2008, al ser aproximadamente las 18:30 horas, en Avenida seis, calle cuatro, de esta ciudad, en vía pública el imputado 001, se encontraba realizando venta de droga cocaína base crack al señor 002, situación que fue observada por oficiales de la Fuerza Pública, mientras 001 realizaba el intercambio de dinero por un envoltorio de aluminio que contenía dicha droga con la persona en mención, generó la detención del imputado 001. 2) Una vez realizada la detención del encartado, los oficiales de policía procedieron a realizarle una revisión superficial al encartado Montero Amador, y él mismo sacó de la bolsa delantera derecha de su pantalón, dos cajas de fósforos, las cuales contenían un envoltorio de la droga tipo cocaína base crack y aparente marihuana, siéndole decomisada inmediato. De la misma forma se le decomisó la suma de tres mil quinientos cincuenta colones, dinero producto de la venta de droga.” (cfr. folio 37). Ante esta relación de hechos atribuidos al encartado 001, el *a quo* optó por absolverlo de toda pena y responsabilidad de un delito de venta de drogas, en virtud del principio *in dubio pro reo*. Dudas que surgieron durante el debate y le permitieron arribar a dicha conclusión debido a que el “intercambio de manos” efectuado entre el acusado y el supuesto cliente que se le acercó entre avenida seis y calle cuatro de la ciudad de San José, el día 26 de setiembre del año 2008, no correspondía a una venta de drogas. Tal y como se ha enunciado en líneas precedentes y luego de analizado el contenido de lo resuelto por los Tribunales de primera y segunda instancia, en relación con las protestas que se establecen en el recurso, estima esta Sala que lleva razón la impugnante, al indicar que ambos incurrieron en los vicios que señala, los cuales inciden en forma esencial en la fundamentación de ambos fallos, al contradecir la tesis que ha mantenido esta Sala con respecto a la lesividad de los bienes jurídicos (la vida y la salud pública). Asimismo, se advierte que el Tribunal de Juicio realizó una valoración sesgada de la prueba que obliga a declarar la nulidad de lo resuelto, de acuerdo con lo que se expone a continuación. A pesar de que el *a quo* -efectivamente- acreditara la entrega de la droga por parte del aquí imputado al supuesto cliente, se advierte una inconsistencia en su razonamiento de fondo, pues, para arribar a dicha conclusión, por un lado, tomaron en cuenta la siguiente prueba documental de relevancia: el informe de la Fuerza Pública N° 34163-08 (cfr. folios 1 a 2), acta de decomiso número 33972-08 (cfr. folio 3), el

dictamen de Análisis Criminalístico DLCF N°5539-QDR-QUI-2008 (cfr. folios 50 a 51), dictamen médico legal DML N° 2012-07455 (cfr. folios 200 a 201), así como la prueba testimonial de cargo de la cual refirieron que: “...los oficiales coincidieron en manifestar que el imputado 001 procedió a mostrarles lo que portaba, sacando dos cajas de fósforos, una conteniendo un envoltorio de aluminio con aparente cocaína base crack, y la otra un pucho de marihuana, además de un cuchillo y la suma de tres mil quinientos cincuenta colones. Estas declaraciones vertidas en juicio son congruentes con lo indicado en Informe de la Fuerza Pública de folios 1 y 2, el cual refiere el motivo de la detención del acusado y una descripción de los eventos similar a la narrada por los testigos en el debate con relación a los hechos. Lo mismo que el acta de secuestro de folio 3 que deja constancia del decomiso de un cuchillo, la aparente droga mostrada por el encartado y la suma de ₡3,550.00 que don 001 tenía en su poder y que según se consignó, correspondiente aparentemente a la actividad ilícita de venta de droga...” (cfr. folio 237). Por otra parte, los juzgadores indicaron que los relatos de ambos testigos no son confiables, al señalar que: “...Si bien ambos testigos de cargo sostuvieron haber visto el intercambio de un billete de mil colones entre los dos sujetos, en manos de uno y luego del otro, estas afirmaciones no resultan absolutamente confiables porque no encuentran apoyo en otros indicios o elementos probatorios que permitan constatar objetivamente este dato que solamente se apoya en una percepción. Los hechos acusados acontecieron, según los testigos, a eso de las seis o siete de la noche, apreciando el pasón de manos a unos cinco a diez metros de distancia, de frente y con luz artificial que según ellos permitía la visibilidad. Pese a la convicción de los testigos sobre lo que presenciaron, el Tribunal tiene serias dudas de lo que pudieron percibir real y objetivamente, tomando en consideración que se trata de una zona frecuentada por adictos y que lo que pudieron haber asimilado como una venta de droga, se tratase de la entrega de un adicto a otro de droga para su consumo...” (lo subrayado no pertenece al original) (cfr. folio 238). Igualmente, se tuvo por cierto en el juicio oral y público, el decomiso de droga (una piedra de aparente droga crack y un pucho de aparente marihuana) y de dinero (tres mil quinientos cincuenta colones) que le efectuaron al endilgado 001, así como el decomiso efectuado al supuesto comprador de droga, a quien se le incautó un envoltorio de aparente droga crack, según el acta de decomiso visible a folio 3. Presunciones que se disiparon luego del análisis de la Sección de Química Analítica del Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses, según la experticia N° DLCF 5539-QDR-QUI-2008, visible a folios 50 a 51, en la cual se confirmó su naturaleza ilícita. Sin embargo, dichos indicios tienen prueba testimonial que, en apariencia respaldan la





actividad ilícita, así refirió el testigo 003, policía administrativo: “...Entre nosotros y estas dos personas no había nada que nos impidiera la visibilidad, solamente la acera. El joven le entrega mil colones al señor mayor y el señor mayor le dio un envoltorio al menor. Yo asevero que eran mil colones porque los vi. El joven tenía los mil colones en la mano y se los da al señor y éste a su vez le entrega un envoltorio. Fue de inmediato que intervenimos. Él al ver que nosotros lo captamos en el hecho y que me está mostrando una piedra que tiene en la mano él manifiesta que se la está comprando a don 001...” (cfr. folio 235). Mientras que el testigo 004, también policía, relató: “...Un día que andábamos de recorrido mi compañero 003 y yo, íbamos en una esquina y vimos un señor mayor y uno joven y se pasaban algo. El muchacho le daba al señor un billete de mil colones y el señor un envoltorio de aluminio con aparente piedra crack...” (cfr. folio 235). Además, es necesario advertir que, según las reglas de la experiencia el método más común para efectuar ventas de droga en lugares públicos, es precisamente a través de “intercambio de manos” entre comprador y vendedor, no obstante, un gesto de esa naturaleza, valorado en forma aislada o luego de haberse comprobado la entrega de una piedra de crack de parte de uno de los sujetos como en este caso, ciertamente puede tener muchas significaciones. Sin que esta Cámara prejuzgue sobre la responsabilidad penal del encartado, lo cierto es que la absolutoria dictada por los juzgadores no resulta ser acorde con las reglas de la fundamentación que se requiere en toda sentencia penal. Más que desvirtuar el eje central de la acción atribuida por la fiscalía al imputado, el fallo se centra en establecer argumentaciones que no se ajustan a una adecuada valoración de las probanzas incorporadas al contradictorio. Es importante acotar, a fin de aclarar aún más las posiciones disidentes entre esta Sala y ambos Tribunales de primera y segunda instancia, en relación a la vulneración de la ley de psicotrópicos, dirigida en el sentido de que no resulta imprescindible realizar varias ventas controladas de droga, pudiéndose comprobar el hecho punible mediante un sólo operativo (con participación de un juez de garantías) u otros medios probatorios conforme al principio de libertad probatoria, sin que sea necesario acreditar la habitualidad de la actividad ilícita como se ha acotado en líneas precedentes. Las precompras son un tipo de diligencias útiles (indicios) en la demostración de la actividad delictiva cuando se unen a otros elementos, verbigracia, vigilancias o seguimientos policiales que refuercen la sospecha de que el sujeto está cometiendo el delito, y cumplan con determinados requisitos formales en su despliegue logístico, sin que se puedan tasar o asignarle un valor de previo, lo cual

resultaría a todas luces erróneo y atentaría contra el principio de independencia del juez, quien debe decidir la causa sometida a su conocimiento conforme a las pruebas que disponga para tal efecto. También, es relevante mencionar que esta Sala no comparte los razonamientos esgrimidos por ambos órganos jurisdiccionales, en cuanto a que si se hubiera acreditado la venta de drogas, aunque la cantidad decomisada fuese pequeña, por si sola se desvirtúa la posibilidad de que el endilgado se dedicara a la venta ilegal de esta clase de sustancias, en razón de lo que se promulgara líneas atrás, acerca de la posibilidad de que si existiera al menos una sola venta, aunque ésta sea en mínima cantidad se vulnera el bien jurídico tutelado por ser de peligro abstracto, ya que basta la comprobación de la acción. En virtud de lo anteriormente expuesto, se declara con lugar el recurso de casación incoado por el Ministerio Público, al considerar que las sentencias del Tribunal de Juicio y de Apelación resultan contradictorias con los precedentes dictados por esta Sala de Casación, en relación a la infracción a la ilicitud de venta de drogas. Asimismo, se unifican ambos criterios y se mantiene la postura que ha acogido esta Sala, en cuanto a que la cantidad decomisada de sustancias prohibidas y la habitualidad de la actividad, resultan irrelevantes para considerar que el bien jurídico tutelado de la salud pública se puso en riesgo, en virtud de ser un delito de peligro abstracto, el cual se vulnera con sólo su puesta en peligro. En consecuencia, se anulan los fallos de primera y segunda instancia, y se dispone el reenvío de la causa para que el Tribunal de Juicio, con diferente integración, proceda a realizar un nuevo debate conforme a Derecho.

Por Tanto:

Se declara **con lugar** el recurso de casación presentado por la fiscal Fabiola Luna Durán, al considerar que las sentencias del Tribunal de Juicio y de Apelación resultan contradictorias con los precedentes dictados por esta Sala de Casación, en relación a la infracción a la ilicitud de venta de drogas. Asimismo, **se unifican criterios** y se mantiene la postura que ha acogido esta Sala, en cuanto a que la cantidad decomisada de sustancias prohibidas y la habitualidad de la actividad, resultan irrelevantes para considerar que el bien jurídico tutelado de la salud pública se puso en riesgo, en virtud de ser un delito de peligro abstracto, el cual se vulnera con sólo su puesta en peligro. En consecuencia, se anulan los fallos de primera y segunda instancia, y se dispone el **reenvío** de la causa para que el Tribunal de Juicio, con diferente integración, proceda a realizar un nuevo debate conforme a Derecho. **Notifíquese.** Carlos Chinchilla S. Jesús Alberto Ramírez Q. Magda Pereira V. Doris Arias M. Rafael Sanabria R. (Mag. suplente).

