



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° **43**
2015

RESOLUCIÓN

Resolución N°: 2015-00819
Órgano emisor: Sala de Casación Penal
Fecha resolución: 25 de junio del 2015
Recurso de: Casación

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

⇒ **Descriptor:** **Bien jurídico en delitos de peligro abstracto**
⇒ **Restrictor:** Delitos tipificados en Ley de Psicotrópicos (art. 58)

SUMARIO

- Se reitera la tesis sostenida en el voto 2013-0146 de la Sala de Casación Penal (Boletín de Jurisprudencia Penal N° 32-2015) en cuanto a que 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

Bien jurídico en los delitos de peligro abstracto

"Pese a que como se expuso, el aspecto medular desarrollado en la resolución recurrida está ausente en los precedentes invocados por el recurrente, el recurso se declara con lugar. La venta de drogas, es una de las quince modalidades en que se puede configurar el delito tipificado en el artículo 58 de la ley 8204. El

recurrente parte de una premisa cierta cual es que, una sola venta configura el delito, y eso es así porque de acuerdo con la posición que ha sostenido esta Sala, esa única venta implica un riesgo, en este caso abstracto al bien jurídico salud pública".

"Nuevamente, el tema central desarrollado por este fallo es la configuración del ilícito de venta de





droga, o cualquiera otra de las modalidades típicas, a partir de un solo evento e independientemente de la cantidad de droga transada, todo ello bajo la inteligencia de que por tratarse de un delito de peligro abstracto no requiere la concreción del peligro, bastando con la realización de la conducta riesgosa. En el presente caso, no se ha hecho depender la configuración del delito de la cantidad de droga comercializada o del número de transacciones, [...]”.

“[...] el Tribunal de Apelación no consideró, al confirmar el fallo de instancia, aspectos tales como la habitualidad en la conducta ilícita de los justiciables, de requerimientos de prueba tasada, ni de cantidades determinadas de droga para tener por acreditado el delito, por lo que, para esta Sala, no existe contradicción entre los precedentes citados y el fallo recurrido”.

Libre valoración de la prueba

“Para el Tribunal de Apelación de Sentencia, las compras controladas son una actividad que permite determinar si se está desarrollando una actividad ilícita en los términos señalados por la notitia criminis, pero que por sí sola no representa un peligro para el bien jurídico dado que la sustancia nunca llegará a ser consumida. Aunque ciertamente para esta Sala en tales supuestos no hay afectación al bien jurídico, se trata de indicios del desarrollo de una actividad ilícita y como tales deben ser debidamente valorados en conjunto con el resto de elementos probatorios.

En ese sentido se ha dicho: “Si bien es cierto, como se indicó supra, la jurisprudencia ha reconocido la nula afectación del bien jurídico tutelado en el tipo penal –expendio de droga– ante las vigilancias y compras controladas, no les resta relevancia, pues su objetivo es contribuir a demostrar la tenencia de estupefacientes con fines de tráfico, situación que pone en evidencia el peligro para el bien jurídico “salud pública”, de ahí su trascendencia en la determinación de la actividad delictiva” # 2013-1487, de las 10:43 horas, del 11 de octubre de 2013”.

“En cada caso la determinación del valor que se asigna a las compras experimentales, debe ser el producto de un detallado análisis del conjunto de elementos probatorios producidos en el contradictorio, pues como ya se ha establecido “No existe un procedimiento formal o preestablecido, a efecto de otorgar legitimidad a las compras de droga con carácter probatorio, o bien al operativo final en asuntos como el que se encuentra bajo examen... Respecto a la prueba que resulte válida para verificar la actividad ilícita de venta de drogas, esta Sala ha indicado que no es factible establecer requisitos a priori, sino que debe analizarse cada caso concreto a efecto de valorar si los problemas de visibilidad, la no declaración en debate del colaborador policial, la falta de hallazgo de droga en el allanamiento, entre muchísimos otros supuestos, resultan en la falta de sustento probatorio para tener por acreditado





el hecho." 2010-606, a las 10:25 horas, del 4 de junio de 2010".

"También se ha reconocido la posibilidad de que la actividad se acredite aún en aquellos casos en que el colaborador que realiza las compras no comparece a rendir declaración en el debate: "el justiciable plantea, que no hay forma de corroborar que el material entregado por el colaborador de la policía, y llevado posteriormente para ser analizado en el laboratorio, hubiere sido vendido por xxx. Sin embargo, dicha conclusión procede de una lectura sesgada de la prueba, además de ajena a las reglas de la sana crítica, pues como ya se advirtió, no nos hayamos dentro de un sistema tasado de valoración de la prueba que obligue a que el juez sea testigo directo de la transacción, a efecto de otorgar validez a lo que se obtenga de

ella. Si bien en el caso particular no se presentó al debate, a rendir declaración, el colaborador de la policía que se ocupó de realizar las compras con fines probatorios en diversas oportunidades, a éste siempre se le requisó para verificar que no llevara oculta droga o dinero, y fue seguido por policías judiciales, entre ellos el oficial xxx., quien se presentó al juicio a rendir su declaración. De la misma, el Tribunal logró extraer que, al menos en dos oportunidades (cfr. f. 198 fte.), debido al sitio en el cual el imputado se colocó para realizar la venta, pudo observar el intercambio de objetos entre sentenciado y colaborador, amén del trayecto seguido por este último, hasta la entrega a las autoridades del material obtenido de manos del sindicado." (Sala Tercera # 2010-606)".

VOTO INTEGRO N°2015-00819, Sala Casación Penal

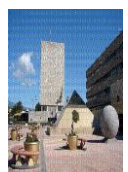
Res: 2015-00819. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas y ocho minutos del veinticinco de junio del dos mil quince.

Recurso de Casación, interpuesto en la presente causa seguida contra **001, 002, 003, y 004** por el delito de **infracción a la ley de psicotrópicos y otro**, en perjuicio de **La Salud Pública y otro**. Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Ramírez Quirós, Magda Pereira Villalobos, María Elena Gómez Cortés y Rafael Ángel Sanabria Rojas. Estos últimos dos en su condición de Magistrados Suplentes. También participan en esta instancia los licenciados Luis Eduardo Venegas Mora abogado particular de 001, el licenciado Nelson Salazar Salazar en su condición de defensor público de los imputados 002 y 003 y el licenciado Jesús Quirós Obando en su condición de defensor público del encartado 004. Se apersonó el licenciado Greivin Fuentes Montoya, como representante del Ministerio Público.

Resultando:

1. Mediante sentencia N° 425-2014, dictada a las diez horas quince minutos del diecinueve de setiembre de dos mil catorce, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, sección segunda, resolvió: "**POR TANTO:** Se declara sin lugar el motivo de impugnación del Ministerio Público en relación con el delito de venta de drogas, por lo cual este extremo de la sentencia se mantiene incólume. Se declara con lugar el motivo de apelación de la representación fiscal referido al delito de portación ilegal de arma acusado en contra de 001 y, en consecuencia, se ordena la ineficacia parcial de la sentencia recurrida, únicamente en cuanto a este extremo, para la cual se ordena el reenvío con el fin de que se realice un nuevo debate con una integración distinta del Tribunal. Notifíquese. **Gustavo Chan Mora, Marco Mairena Navarro y Jorge Arturo Rojas Fonseca. Jueces del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal.** (sic)".

2. Contra el anterior pronunciamiento, el licenciado Greivin Fuentes Montoya en su condición de fiscal y en





representación del Ministerio Público, interpuso Recurso de Casación.

3. Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

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

Informa la Magistrada **Pereira Villalobos**; y,

Considerando:

I. En resolución 2014-1891, de las 11:20 horas, del 10 de diciembre de 2014, esta Sala acogió para estudio de fondo, el único motivo de casación formulado por la representación fiscal, contra la resolución del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, número 2014-425, de las 10:15 horas, del 19 de setiembre de 2014. Se alegó la existencia de precedentes contradictorios entre el fallo impugnado y jurisprudencia de esta Sala, concretamente los votos 2005-41, de las 8:55 horas, del 4 de febrero de 2005 y 2013-1246, de las 10:58 horas, del 13 de setiembre de 2013. El punto de contradicción se concretó en que, según el recurrente, el Tribunal de Apelación utiliza un criterio de prueba tasada al señalar que no basta con que se de la acción típica de venta de drogas, sino que es necesario además la afectación al bien jurídico, sea a la Salud Pública, para lo cual se requeriría acreditar la venta a terceros. La posición contraria es la que de acuerdo al recurrente ha sostenido la Sala Tercera en los votos mencionados, según la cual basta una sola transacción para que se produzca el ilícito de venta de droga sin importar la cantidad que se incaute.

II. En cuanto a los precedentes contradictorios. Los razonamientos del Tribunal de Apelación están orientados a establecer la imposibilidad de acreditar el delito de venta de drogas por medio de actas de vigilancia en las que se hace referencia a la observación de contactos entre los encartados y terceros a las que les entregaban “algo”, si no se cuenta con pruebas que acrediten que era lo que los justiciables entregaban a esas personas. Este punto no es abordado en los fallos de esta Sala citados por el recurrente. Nótese que en el voto 2005-41, de las 8:55 horas, del 4 de febrero de 2005 se dice: “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 armas prohibidas, entre otros); sin que se precise de una comprobación de que, en ese caso en particular, hubo una afectación efectiva. De ahí que el tema probatorio recriminado por la defensora carece de relevancia con miras a la resolución de este asunto.” Conforme a esta posición el delito se configura con solo una venta de droga, independientemente de la cantidad de que se trate. El voto 2013-1246, de las 10:58 horas, del 13 de setiembre de 2013, señala en lo pertinente: “*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.”* Nuevamente, el tema central desarrollado por este fallo es la configuración del ilícito de venta de droga, o cualquiera otra de las modalidades típicas, a partir de un solo evento e independientemente de la cantidad de droga transada, todo ello bajo la inteligencia de que por tratarse de un delito de peligro abstracto no requiere la concreción del peligro, bastando con la realización de la conducta riesgosa. En el presente caso, no se ha hecho depender la configuración del delito de la cantidad de droga comercializada o del número de transacciones, de ahí que, contrario a lo alegado por la representación fiscal, el Tribunal de Apelación no consideró, al confirmar el fallo de instancia, aspectos tales como la habitualidad en la conducta ilícita de los justiciables, de requerimientos de prueba tasada, ni de cantidades determinadas de droga para tener por acreditado el delito, por lo que, para esta





Sala, no existe contradicción entre los precedentes citados y el fallo recurrido.

III. Con lugar el recurso. Pese a que como se expuso, el aspecto medular desarrollado en la resolución recurrida está ausente en los precedentes invocados por el recurrente, el recurso se declara con lugar. La venta de drogas, es una de las quince modalidades en que se puede configurar el delito tipificado en el artículo 58 de la ley 8204. El recurrente parte de una premisa cierta cual es que, una sola venta configura el delito, y eso es así porque de acuerdo con la posición que ha sostenido esta Sala, esa única venta implica un riesgo, en este caso abstracto al bien jurídico salud pública. De una lectura cuidadosa del fallo impugnado, se advierte que ese tema no fue el que motivó la decisión de los juzgadores de mantener la absolutoria como tampoco lo fueron las razones esbozadas en la sentencia de primera instancia. Para el Tribunal de Apelación de Sentencia, las compras controladas son una actividad que permite determinar si se está desarrollando una actividad ilícita en los términos señalados por la *notitia criminis*, pero que por sí sola no representa un peligro para el bien jurídico dado que la sustancia nunca llegará a ser consumida. Aunque ciertamente para esta Sala en tales supuestos no hay afectación al bien jurídico, se trata de indicios del desarrollo de una actividad ilícita y como tales deben ser debidamente valorados en conjunto con el resto de elementos probatorios. En ese sentido se ha dicho: “*Si bien es cierto, como se indicó supra, la jurisprudencia ha reconocido la nula afectación del bien jurídico tutelado en el tipo penal –expendio de droga- ante las vigilancias y compras controladas, no les resta relevancia, pues su objetivo es contribuir a demostrar la tenencia de estupefacientes con fines de tráfico, situación que pone en evidencia el peligro para el bien jurídico “salud pública”, de ahí su trascendencia en la determinación de la actividad delictiva”* # 2013-1487, de las 10:43 horas, del 11 de octubre de 2013. En cada caso la determinación del valor que se asigna a las compras experimentales, debe ser el producto de un detallado análisis del conjunto de elementos probatorios producidos en el contradictorio, pues como ya se ha establecido “*No existe un procedimiento formal o preestablecido, a efecto de otorgar legitimidad a las compras de droga con carácter probatorio, o bien al operativo final en asuntos como el que se encuentra bajo examen... Respecto a la prueba que resulte válida para verificar la actividad ilícita de venta de drogas, esta Sala ha indicado que no es factible establecer requisitos a priori, sino que debe analizarse cada caso concreto a efecto de valorar si los problemas de visibilidad, la no declaración en debate del colaborador policial, la falta de hallazgo de droga en el allanamiento, entre muchísimos otros supuestos, resultan en la falta de sustento probatorio para tener por*

acreditado el hecho.” 2010-606, a las 10:25 horas, del 4 de junio de 2010. También se ha reconocido la posibilidad de que la actividad se acredite aún en aquellos casos en que el colaborador que realiza las compras no comparece a rendir declaración en el debate: “*el justiciable plantea, que no hay forma de corroborar que el material entregado por el colaborador de la policía, y llevado posteriormente para ser analizado en el laboratorio, hubiere sido vendido por xxx Sin embargo, dicha conclusión procede de una lectura sesgada de la prueba, además de ajena a las reglas de la sana crítica, pues como ya se advirtió, no nos hayamos dentro de un sistema tasado de valoración de la prueba que obligue a que el juez sea testigo directo de la transacción, a efecto de otorgar validez a lo que se obtenga de ella. Si bien en el caso particular no se presentó al debate, a rendir declaración, el colaborador de la policía que se ocupó de realizar las compras con fines probatorios en diversas oportunidades, a éste siempre se le requisó para verificar que no llevara oculta droga o dinero, y fue seguido por policías judiciales, entre ellos el oficial xxx., quien se presentó al juicio a rendir su declaración. De la misma, el Tribunal logró extraer que, al menos en dos oportunidades (cfr. f. 198 fte.), debido al sitio en el cual el imputado se colocó para realizar la venta, pudo observar el intercambio de objetos entre sentenciado y colaborador, amén del trayecto seguido por este último, hasta la entrega a las autoridades del material obtenido de manos del sindicado.”* (Sala Tercera # 2010-606). El Tribunal de Apelación de Sentencia califica como un defecto de la investigación la falta de constatación del tipo de sustancia que era transada por los imputados, lo que para los juzgadores impidió acreditar la supuesta actividad delictiva. Tal posición no es compartida por esta Cámara, según se ha establecido en anteriores oportunidades: “*...para concluir válidamente que lo negociado por el acusado es droga, no resulta indispensable la práctica de prueba a la sustancia adquirida por terceras personas en el intercambio con el investigado, siempre que se cuente con otros elementos probatorios que sustenten ese hecho, como puede ser una pericia positiva sobre el material que se obtuvo por medio del colaborador o el agente encubierto producto de las compras controladas. Lo anterior ya que existe un elemento de realidad que no puede ignorarse, ni los adictos que dependen de los expendedores para abastecerse de droga, ni los vecinos del investigado, resultan ser, normalmente, fuentes asequibles para la policía en todos los casos, por el contrario, la naturaleza de la delincuencia por sí misma impone una barrera para la búsqueda de información, dada la peligrosidad y la violencia con que actúan estos grupos delictivos.* (Sala Tercera, # 2013-1487, a las 10:43 horas, del 11 de octubre, en el mismo sentido #2007-795, de las 08:50 horas, del 10 de agosto de 2007). En el presente caso, se





realizaron varias compras controladas a los encartados, cada una de ellas debidamente descrita en un acta. Así por ejemplo, el justiciable 002, en dos ocasiones distintas, los días 23 de noviembre y 10 de diciembre, ambos de 2012, le vendió droga al oficial 005 quien actuaba como agente encubierto (informes de investigación C-E-2323-DRCN-2012 y C-E-2668 DRCN-2012 folios 1 y 6, y actas de comprobación de venta de droga folios 5 y 11). Al encartado 003, se le atribuyó haber vendido dos envoltorios de marihuana al colaborador policial el 14 de diciembre de 2012 (informe de investigación C-E-2668-DRCN-2012 folio 6, y acta de comprobación de venta de droga folio 12). El imputado 001 realizó dos ventas controladas a un colaborador policial, ello los días 18 y 26 de diciembre de 2012 (informes de investigación C-E-2668-DRCN-2012 folio 6, y C-E-057-DRCN-2013 folio 15 y actas de comprobación de venta de droga folios 13 y 20). A 006, se le realizaron dos compras controladas, los días 10 y 11 de enero de 2013 (informe C-E-130-DRCN-2013 folio 22 y actas de comprobación de venta de droga de folios 34 y 35); por último, el día 17 de enero de 2013, se realizó el operativo final previo marcaje de billetes, con asistencia de la fiscal a cargo y el defensor público, ocasión en la cual fue el menor de edad 007, quien vendió al colaborador policial la sustancia ilícita, luego de lo cual si bien no fue posible hallar el dinero marcado, si se logró decomisar en diferentes puntos cercanos al lugar, envoltorios conteniendo picadura de marihuana. Es importante señalar que en todos los casos, antes de realizar las compras controladas, se efectuaron vigilancias, que están debidamente asentadas en las actas respectivas, en las que los oficiales a cargo de la investigación dejaron constancia de haber observado la actividad típica de venta de drogas, lo que ratificaron en el debate. Tanto las actas de vigilancia como las declaraciones rendidas en juicio por los oficiales y los análisis químicos practicados a las sustancias adquiridas mediante las compras controladas, constituyen elementos

indiciarios válidos que no pueden ser excluidos de la valoración probatoria sin vulnerar el principio de libertad probatoria. Para cada una de las compras realizadas por colaboradores o agentes encubiertos, existe un acta de vigilancia previa, en la que se describe la interacción de los encartados con otros sujetos, con típicos movimientos de manos, después de los cuales los supuestos compradores se alejan del sitio, mientras que los encartados continúan desplegando la misma actividad con otras personas que se les acercan. Todos esos elementos fueron obviados en la resolución impugnada, y a pesar de que en ella se advirtió lo incorrecto del razonamiento del Tribunal de Juicio, al fundamentar la absolutoria en supuestas deficiencias en la dirección funcional que hacían ilegal toda la prueba -lo que correctamente se identificó en la resolución impugnada como errores conceptuales de los juzgadores de instancia en cuanto a las competencias y potestades de la policía judicial-, en lugar de anular el fallo optan por mantener la absolutoria por razones distintas que esta Sala no comparte, tal como ya se expuso. Por lo anterior, evidenciándose defectos de fundamentación en ambas instancias, lo procedente es anular la resolución del Tribunal de Apelación así como el fallo del Tribunal de Juicio, y disponer el reenvío para la realización de un nuevo debate con diferente integración.

Por Tanto:

Se declara con lugar el recurso de casación formulado por el Ministerio Público. Consecuentemente se anula la resolución del Tribunal de Apelación así como el fallo del Tribunal de Juicio, y se remiten los autos para nueva sustanciación del debate con diferente integración. **Notifíquese.** *Carlos Chinchilla S., Jesús Ramírez Q., Magda Pereira V., María Elena Gómez C. (Mag. Suplente.), Rafael Angel Sanabria R. (Mag. Suplente.)*

