

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulonline.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

SOBRE EL LIBRAMIENTO DEL CHEQUE SIN FONDOS

RESUMEN: En el presente informe se incorporan varios conceptos a pedido del usuario como son: el libramiento de cheques sin fondo, la comisión del delito de este tipo penal y la posición del Poder Judicial ante este delito, los mismos se desarrollan a través de la doctrina, normativa y jurisprudencia disponible que más se adecua al tema en específico y que desarrolla los conceptos y su estructura general.

Índice de contenido

1 DOCTRINA.....	1
a)Análisis de libramiento del cheque sin fondo	2
El cheque: su concepto y naturaleza.....	2
El bien jurídico tutelado y algunas características del ilícito penal.....	2
¿Delito formal o no?.....	3
b)Desarrollo del Principio de insignificancia.....	5
c)Comisión del Delito de libramiento de cheque sin fondos.....	7
Delito propio por Omisión.....	7
2 NORMATIVA.....	8
Ley Orgánica del Ministerio Publico.....	8
3 JURISPRUDENCIA.....	11
a)Definición y alcances del principio de Insignificancia del Hecho. .	11
b)Bien Jurídico protegido en el libramiento de cheque sin fondos. . .	30

1 DOCTRINA

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

a) Análisis de libramiento del cheque sin fondo

[CAMPOS]¹

El cheque: su concepto y naturaleza

"El cheque, desde el punto de vista mercantil, es un título valor cambiario destinado a servir como medio de pago. Así concebido, el cheque es un documento sustitutivo del dinero y busca satisfacer dos intereses comerciales bien definidos: para el girador, que el mismo cumpla su cometido, una vez presentado al banco, de servir como instrumento de pago; para el beneficiario o endosatario, que con él le sea realizado el pago pretendido. Su naturaleza cambiada le confiere como una de sus características principales su destinación a circular, de ahí su implícito formalismo.

El artículo 803 del Código de Comercio define al cheque como "una orden incondicional de pago girada contra un banco y pagadera a la vista".

Bastan los anteriores elementos para adentrarnos en algunas breves consideraciones del delito de libramiento de cheques sin fondos.

El bien jurídico tutelado y algunas características del ilícito penal

Abundante jurisprudencia patria y una profusa elaboración doctrinal, han determinado que el delito de libramiento de cheques sin fondos, tipo contenido en el artículo 243 del Código Penal, es un delito que busca proteger dos bienes jurídicos concretos: por una parte, la confianza pública y, por la otra, el patrimonio de un sujeto específico; por afectar la comisión de tal ilícito penal la tutela de ambos bienes jurídicos, se ha sostenido que el delito de marras es un delito pluriofensivo. No cabe duda que al buscar

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la protección a tales bienes jurídicos, se han de considerar las características que el cheque tiene de ser un medio de pago destinado a circular en el medio de los hombres.

Ubicando el delito que nos ocupa con los anteriores atributos característicos, también se hace necesario resaltar que se considera el delito de libramiento de cheques sin fondos como un delito de peligro abstracto, y es quizá este elemento caracterizador, el que con más propiedad permite resaltar la naturaleza cambiaria que reviste el cheque por su destinación a circular: si el cheque se considera como una orden incondicional de pago y puede ser transmitido por endoso (artículo 805 del Código de Comercio, recién reformado por Ley N° 7732, Ley Regulaadora del Mercado de Valores, restringiendo el endoso a uno solo, permitiendo transmitir el cheque al portador por simple tradición y prohibiendo la transmisión de un cheque girado a una persona jurídica), permite que circule sin la certeza de su bondad al momento de ser presentado al banco para su pago, constituye un verdadero peligro potencial para terceros.

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, cabe preguntarse si un cheque entregado en condiciones a su finalidad cartular de servir como medio de pago, o bajo cualquier otra circunstancia distinta que impida al beneficiario cobrarlo, deja de lado la posibilidad de que la conducta de su girador encuadre dentro del tipo penal previsto y sancionado por el aludido artículo 243 del Código Penal.

¿Delito formal o no?

Nuestra Constitución Política, en su artículo 39 obliga a nuestros juzgadores a lograr una inexcusable demostración de culpabilidad en las acciones de cualquier imputado para imponer una pena.

En el delito de libramiento de cheques sin fondos, sólo dos posiciones pueden adoptarse al respecto: o se considera que la responsabilidad del girador de un cheque, bajo cualquiera de los supuestos de los tres incisos del artículo 243 del Código Penal, es de tipo objetiva, considerándose así que -indistintamente de cualquier razón que mediara- el simple hecho de girar un cheque

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sin que su beneficiario final pueda hacerlo efectivo, representa el hecho generador que justifica la comisión del ilícito aludido; o se considera que, ante la denuncia en sede penal de que un cuentacorrentista giró un cheque sin haberse podido cobrar, deben analizarse ciertas circunstancias que pueden, eventualmente, provocar que el delito no se haya configurado.

En el primero de los criterios esbozados, se presume la existencia de una responsabilidad objetiva y sus seguidores consideran que el delito tantas veces mencionado, es de naturaleza formal. Algunos de los defensores de esta postura parten de la consideración de que el cheque es un medio de pago y que su utilización para fines distintos contraría su propia naturaleza mercantil que en sede penal no puede cuestionarse.

Para los que sostienen la tesis segunda, el delito de libramiento de cheques sin fondos NO es un delito formal. Valga aclarar en este punto que esta tesis es la seguida actualmente por nuestra jurisprudencia y se señala el voto 15-F dictado por la SALA TERCERA a las 09:55 horas del 12 de enero de 1990, como la resolución que dio un viro radical al otrora criterio sostenido. Para esta postura acogida sin mayor discusión en nuestro medio, sostener que el referido delito es un delito formal, viola el artículo 39 de nuestra Constitución Política que obliga, como se vio, a la necesaria demostración de culpabilidad en la acción del imputado, y pensar que la sanción debe ser aplicada de forma automática a quien gire un cheque sin provisión de fondos por esa sola razón, por supuesto deviene en un análisis a todas luces inconstitucional. No son pocas las ocasiones suscitadas en nuestro país, en que el girador de un cheque que resultó sin fondos, sostiene en la vía penal que el cheque entregado al ofendido, lo fue con la clara intención de servir como garantía de un pago ulterior, o advirtiéndole que en ese momento no tenía fondos o bajo cualquier supuesto que permitiera desvirtuar su naturaleza de ser una orden incondicional de pago. Esto, que no pocos problemas nos traen a los litigantes, ha de obligarnos a esbozar, entonces, cuales aspectos considera en la actualidad nuestra Sala Tercera para tener por configurado el delito de libramiento de cheques sin fondos.

Primero que todo, han de analizarse las circunstancias, en cada caso, bajo las cuales se ha girado un cheque, y si efectivamente se puso o no en peligro el bien jurídico tutelado de la confianza

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

pública (4). Por ello, v.gr., si el imputado giró y entregó el cheque al ofendido advirtiéndole que el mismo no tiene fondos y que lo retenga como garantía de pago, el delito en referencia no se constituirá por no haber afectado al bien jurídico tutelado: tal acción no pone en peligro ni afecta la confianza pública, ni el patrimonio del denunciante-ofendido.

Ha sido la misma Sala Tercera, en el citado Voto 366, la que ha establecido que "...la acción culpable en este tipo penal consiste en girar un cheque con conocimiento y voluntad de que se hace sin tener provisión de fondos, poniéndolo a circular como si se tratara de un documento de pago, y ocultando que no tiene ni tendrá fondos suficientes para ser cubierto".

No obstante, qué sucede si el cheque girado a su primer beneficiario con las advertencias del caso por parte del girador acerca de su falta de fondos, o entregado como garantía de pago, circula a través del endoso correspondiente y es recibido por un tercero que desconoce totalmente lo anterior. ¿Puede el girador del cheque alegar en sede penal los mismos argumentos en su defensa que opondría al primer beneficiario a quién sí se enteró de ello? Este tema será motivo de otro ensayo."

b) Desarrollo del Principio de insignificancia

[FEOLI VILLALOBOS]²

"El principio de insignificancia, se ubica dentro de un grupo de conceptos jurídicos, los cuales requieren para su determinación de un necesario proceso valorativo, el cual conducido con auténtico compromiso científico, garantiza una definición plausible y razonada, que disipa resquemores alarmistas y muchas veces fácilmente debatibles. Ello sin olvidar, que de esta característica adolece prácticamente toda la ciencia del derecho. Como quedó descrito en el capítulo segundo del título anterior, nuestro sistema de derecho penal, parte de una premisa básica:

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

entender que toda norma represiva de cualquier índole que ésta sea, requiere para su validez y legitimidad, una directa vinculación con algún bien jurídico, al que está llamado a tutelar. Hemos insistido en la obligatoria prohibición de tipos abstractos en cuanto que no es posible la imposición de sanciones punitivas, con independencia de si la conducta ha atentado o no contra un bien jurídico. Dice el Dr. Zaffaroni que la irracionalidad de la sanción penal no puede llegar al límite de pretender imponerse sin la previa afectación (a título de lesión o puesta en peligro) de un bien jurídico. De esta forma se sobrepasaría el mínimo soportable, cuando la conducta que opera como presupuesto de la pena, es de lesividad ínfima o despreciable. Así, en tratándose de materia penal el límite a la injerencia del Estado, residiría en dos vértices básicos. En primer término en sancionar sólo conductas que violen o intenten violar un bien jurídico y en segundo lugar en la exigencia que esa violación o intento de violación tengan cierta importancia.

[...]

Puede entenderse, de lo hasta ahora examinado, que el principio de insignificancia se instala como una garantía fundamental de derecho penal democrático, la cual consiste en que sólo pueden ser perseguidos los hechos que afecten de manera significativa a un bien jurídico tutelado, excluyéndose las conductas cuya lesión por nimia y exigua se vuelven intrascendentes para el derecho represivo. Sobre esta misma línea de pensamiento, Chirino define como insignificantes: "...aquellos hechos que por su nimia lesión al bien jurídico, o su escasa entidad desde el punto de vista de su dimensión en términos político-criminales, no deban ser perseguidos, a fin de mantener un nivel mínimo de racionalidad en el ius puniendi estatal...". A mayor abundamiento, afirma García Vitor: "...las conductas que afectan en forma mínima el bien jurídico protegido por el tipo penal, deben ser excluidas del ámbito de lo que se considera delictivo, por no revestir la entidad suficiente que requiere el ilícito para demandar la intervención del Estado por su acontecer..." Resulta de suyo aclaratoria la nota al pie de página número 53, del libro "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal" de Claus Roxin, en cuanto sostiene que el principio de insignificancia "...es un principio de validez general para la determinación del injusto..." el cual, además de soporte interpretativo tiene una misión de carácter social, contribuir en la disminución de la criminalidad."

c) Comisión del Delito de libramiento de cheque sin fondos

[CUBERO]³

Delito propio por Omisión

“La consideración del delito de libramiento de cheque sin fondos como un delito propio de omisión es dada por Enrique Bacigalupo .

Este autor afirma que para poder estructurar al delito como compuesto de una acción más una omisión sería necesario poder establecer que el tipo tiene detrás de sí una norma prohibitiva, es decir, que prohíbe librar un cheque sin tener provisión de fondos para ser pagado en el momento de su presentación al cobro. Esta misma exigencia rige para la consideración del delito como agotado en el libramiento mismo del cheque. Ninguna norma exige, según él, que el cheque tenga provisión de fondos total desde el libramiento, por lo que esta acción no es antijurídica. El libramiento de un cheque no define la acción típica; el tipo es de naturaleza impositiva, uno de aquellos que se componen de un determinado mandato de acción; nos encontramos así entonces con la imposición del deber de pagar un cheque que se ha librado en un plazo y en circunstancias determinadas, las cuales son:

a) El acto de librar o entregar un cheque, el rechazo por falta de fondos y la comunicación o intimación de pago constituyen los elementos que concretan la situación de la cual surge el deber de actuar.

b) La obligación legalmente impuesta de pagar el importe del cheque en el término establecido, es el deber de actuar resultante de la norma impositiva que sostiene este tipo penal.

c) La omisión, conociendo todos los elementos que configuran

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la situación descrita en "a", determina la realización del tipo penal.

Terán, no acepta lo conceptuado por Bacigalupo al tratar el delito como propio de omisión por la existencia en el sujeto de un deber de actuar, seguido por su incumplimiento. Dice el autor: "El deber de actuar caracteriza, es cierto, a los delitos de omisión. Ello se reconoce desde la definición del delito de Hobbes, que se refiere a la omisión de lo que la ley ordena. Los delitos de omisión no pueden ser conceptualizados en una forma naturalista: Sólo pueden serlo normativamente, ya que consisten en el incumplimiento de un específico deber jurídico". A título ilustrativo, no está prevista ninguna acción previa del funcionario que faltando a la obligación a su cargo dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes. Los ejemplos citados por Bacigalupo como delitos de omisión, lo son tales, pero los mismos no son precedidos por otra acción integrativa del tipo.

Tal crítica me parece acertada, evidentemente si el legislador hubiese querido la constitución de un delito omisivo su estructura hubiese sido distinta."

2 NORMATIVA

Ley Orgánica del Ministerio Público.

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁴

CAPÍTULO V

DE LOS FISCALES ADJUNTOS, FISCALES Y FISCALES AUXILIARES

Artículo 27.- Del ingreso y del ascenso. Corresponde al Fiscal General el nombramiento por nómina de los fiscales adjuntos,

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

fiscales y fiscales auxiliares, los cuales deberán ser mayores de edad, costarricenses, de reconocida solvencia moral, poseer idoneidad para el puesto y el título de abogado.

De existir línea de ascenso se podrá autorizar la promoción de un servidor a un puesto de grado superior sin necesidad de concurso.

Para ingresar al Ministerio Público se procurará cumplir con el programa de ingreso que reglamentará la Corte, a propuesta del Fiscal General y de la Escuela Judicial. Este programa podrá desarrollarse con instituciones públicas o privadas.

Para ser nombrado en propiedad como Fiscal Adjunto se requerirá un mínimo de dos años de experiencia efectiva como fiscal; para ser nombrado fiscal se requerirá una experiencia efectiva de un año como fiscal auxiliar.

Artículo 28.- Del régimen disciplinario. Los funcionarios y empleados del Ministerio Público estarán sometidos al régimen disciplinario y laboral que establece la ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, corresponde al Fiscal General conocer del recurso de apelación de la resolución del Tribunal de la Inspección Judicial que revoque el nombramiento a un fiscal adjunto, fiscal o fiscal auxiliar.

Artículo 29.- Funciones generales. Los fiscales adjuntos, fiscales y fiscales auxiliares actuarán en representación del Ministerio Público en todas las fases del procedimiento penal. En los casos de su conocimiento podrán actuar en todo el territorio nacional, sin perjuicio del auxilio mutuo que deben prestarse.

Estos funcionarios podrán actuar en forma conjunta y en coordinación con los órganos fiscalizadores de las instituciones públicas cuando estas realicen investigaciones de interés público y haya sospecha de la comisión de delitos.

El fiscal a cargo de la investigación de un delito debe identificar y reunir los elementos de convicción de forma que permita el control del superior, la defensa, la víctima, el querellante, las partes civiles y del juez.

Artículo 30.- Funciones específicas. Corresponde al fiscal adjunto

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

dirigir y coordinar la fiscalía adjunta que se establezca ya sea territorial o especializada. De él dependerán los fiscales y fiscales auxiliares adscritos a la fiscalía.

En especial el fiscal adjunto distribuirá las labores y los casos entre los funcionarios a su cargo, siguiendo las directrices del Fiscal General.

Corresponde al fiscal asumir, personalmente, las labores de investigación y el ejercicio de las acciones que correspondan al Ministerio Público. De ellos dependerán directamente los fiscales auxiliares que se le adscriban, según la distribución de trabajo que disponga el Fiscal General.

Los fiscales auxiliares actuarán en las etapas preparatoria e intermedia, sin perjuicio de participar excepcionalmente en las fases sucesivas del procedimiento.

Artículo 31.- Fiscalías especializadas. Las fiscalías especializadas intervendrán, en todo o en parte, en las etapas del proceso penal, con las mismas facultades y obligaciones de las fiscalías adjuntas territoriales, en actuación separada o en colaboración con estas.

Existirán al menos dos fiscalías especializadas, una en los hechos ilícitos, cuya competencia corresponde a la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública y otra en los hechos relacionados con el narcotráfico.

(Así adicionado su párrafo final por Ley N° 8221 de 8 de marzo de 2002, Ley de Creación de la Fiscalía Penal de Hacienda y de la Función Pública).

Artículo 32.- Unidades especializadas. El Fiscal General podrá crear unidades especializadas que actuarán, temporalmente, en parte o en todo el territorio nacional, en forma conjunta o separada con las fiscalías de la circunscripción correspondiente.

Dichas unidades podrán ser designadas en relación con uno o varios casos, o para funciones específicas.

A estas unidades podrán adscribirse los investigadores policiales que designe el Fiscal General.

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

3 JURISPRUDENCIA**a) Definición y alcances del principio de Insignificancia del Hecho**

[SALA TERCERA]⁵

Exp: 04-000808-0063-PE

Resolución: 2006-00404

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cincuenta minutos del cinco de mayo de dos mil seis.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Edwin López Vega, mayor de veintiocho años de edad, casado, cédula de identidad número 7-121-791, comerciante vecino de Limón, Cahuita, Barrio El Cacao y José Henry Murillo Gamboa, mayor de cuarenta y tres años de edad, casado, cédula de identidad número 8-077-864, chofer informal, por el delito de posesión de droga para el tráfico, en perjuicio de la salud pública. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados José Manuel Arroyo Gutiérrez, Presidente; Jesús Alberto Ramírez Quirós, Ramírez, Rodrigo Castro Monge, Magda Pereira Villalobos y Jorge Arce Víquez, este último como Magistrado Suplente. Interviene además los licenciados Yelba M. Mairena Bermúdez y Eduardo Barboza Orias, como defensores particulares por su orden de los encartados. Se apersonó el representante del Ministerio Público.

Resultando:

1.- Que mediante sentencia N° 130-2005 de las dieciocho horas veinte minutos del siete de abril de dos mil cinco, el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, Limón, resolvió: " POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1, 30, 45, 71 a 74 y 110 del Código Penal; 58 y 87 de la Ley numero 7786, reformada

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

mediante Ley 8204; 175, 258, 360, 361, 363, 364, 365 y 367 del Código Procesal Penal; se declara con lugar la protesta por actividad procesal defectuosa interpuesta por la defensa técnica del encartado Edwin López Vega en relación con el hallazgo de droga en la motocicleta marca Suzuki, modelo GX6, chasis o serie JSIGN79A612104321, consecuentemente se declara ineficaz el mismo. Se declara sin lugar todas restantes gestiones por Actividad Procesal Defectuosa interpuestas. Se ABSUELVE DE PENA Y RESPONSABILIDAD a FELIX MORENO ROSE por el delito de POSESION AGRAVADA DE COCAINA PARA EL TRAFICO. Se le exime del pago de las costas de juicio. Se impone a EDWIN LOPEZ VEGA y JOSE HENRY MURILLO GAMBOA DIEZ AÑOS DE PRISION A CADA UNO como Coautores Responsables de POSESION DE DROGA PARA EL TRAFICO en perjuicio de la Salud Pública. Se les condena igualmente al pago de las costas del juicio. La pena de prisión la cumplirán, previo abono de la preventiva sufrida, en el lugar y forma previsto por los Reglamentos Carcelarios. Por el término de seis meses que vence el ocho de octubre del año dos mil cinco, se prorroga la Prisión Preventiva de los encartados López Vega y Murillo Gamboa.- Se ordena a favor del Instituto Costarricense Sobre Drogas, el comiso de la suma de Diez Millones Trescientos Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Quince Colones en dinero efectivo, así como la suma de Cuatro Mil Doscientos Veintiún Dólares, moneda de Estados Unidos de América. Del mismo modo, se ordena el comiso de una romana marca Pelouze e igualmente a favor del Estado un arma de fuego Tipo Fusil AK 47, el cargador de la misma y la munición respectiva. Se ordena la devolución del resto de bienes decomisados a quien corresponda ser el propietario de los mismos. Firme esta sentencia en lo que interesa, inscribábase en el Registro Judicial.- Si otro causa no lo impide, póngase en inmediata libertad al encartado Félix Moreno Rose , " (sic) . Fs. CARLOS PORRAS CASTRO COORDINADOR .WILBERTH MONTENEGRO REYES ROSA ELENA GAMBOA HAEBERLE JUECES DEL TRIBUNAL.-

2- Que contra el anterior pronunciamiento presentaron recurso de casación la licenciada Yelba Mairena Bermúdez, el acusado Edwin López Vega, el licenciado Eduardo Barboza Orias, así como el acusado Edwin López Vega, por la forma y por el fondo. - Solicitan se anule la sentencia, así como el debate que le dio origen y se ordene el reenvío de la presente causa para su nueva sustanciación.-

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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

4.- Que se celebró audiencia oral a las 14:00 horas del 20 de setiembre de 2005.-

5.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa el Magistrado Arroyo Gutiérrez; y,

Considerando:

I.- Se hace constar que no todos los Magistrados que concurrimos a votar en el presente asunto estuvimos en la audiencia oral, situación que no afecta ninguno de los intereses de las partes, porque en la vista se reiteraron las argumentaciones ya planteadas por escrito y no se recibió prueba, lo que permite que estemos en capacidad de resolver los alegatos, de conformidad con lo señalado de la resolución de esta Sala número 21-A-95 de las 10:15 horas del 17 de febrero de 1995, y en la resolución de la Sala Constitucional número 6681-96 de las 15:30 horas del 10 de diciembre de 1996.

II. Mediante sentencia N° 130-2005, dictada por el Tribunal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, a las 18:20 horas del 7 de abril de 2005, se declaró a Edwin López Vega y José Henry Murillo Gamboa coautores responsables del delito de posesión de droga para la venta, cometido en perjuicio de la salud pública. Por dicha delincuencia, a cada uno de ellos se le impuso la pena de diez años de prisión. Asimismo, por medio de dicho fallo, visible a folio 414, se absolvió de toda responsabilidad y pena a Félix Moreno Rose por el delito de posesión agravada de cocaína para el tráfico, que se le atribuía en agravio de la salud pública. Contra dicha resolución fueron interpuestos cuatro recursos de casación. El primero, visible a folio 506, por la licenciada Yelba Mairena Bermúdez a favor de Edwin López Vega. El segundo, visible a folio 537, por el licenciado Eduardo Barboza

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Orias a favor de José Henry Murillo Gamboa. El tercero, visible a folio 604, por el imputado Edwin López Vega en su carácter personal. El cuarto, de nuevo por la licenciada Yelba Mairena Bermúdez en su calidad de defensora particular de Edwin López Vega. Respecto de este último, es pertinente recordar lo que se señaló en la resolución de esta Sala N° 2005-00784 del 15 de julio de 2005 (ver folio 751), en el sentido de que esta cuarta impugnación es idéntica a la primera, excepto por un motivo referido a la falta de individualización de la participación de López Vega en los hechos que aquí interesan y se ofreció prueba para ser evacuada en casación. En virtud de lo expuesto en ese auto en cuanto a la identidad casi total de esos dos recursos (aserto nunca objetado por la parte interesada), debe entenderse que en este fallo, a la hora de resolver los puntos contenidos en el primer libelo, se estarán resolviendo simultáneamente los puntos del cuarto; cuando se resuelva ese motivo adicional incluido en el último escrito, que no se incluye en el primero, así se especificará. Por aparte, se emitirá pronunciamiento respecto del segundo recurso, el interpuesto a favor de José Henry Murillo Gamboa, así como del tercero, por el imputado Edwin López Vega.

III. De previo a resolver los cuatro recursos de casación, estima pertinente esta Sala reseñar brevemente los hechos que el a quo tuvo por demostrados, con el fin de sentar los presupuestos fácticos en torno a los cuales giró la sentencia de mérito. A partir del folio 431 se observa lo que el Tribunal estimó debidamente acreditado, lo que puede resumirse así: en mayo de 2004, oficiales del Organismo de Investigación Judicial realizaban una vigilancia estacionaria (lo que popularmente se conoce como "un fijo") de la vivienda de Sammy Alvarado Molina (imputado en otra causa que en nada se relaciona con los hechos por los cuales se condenó a López Vega y Murillo Gamboa). Sobre Alvarado Molina recaía la sospecha de que estaba involucrado en un homicidio. En el curso de esa vigilancia estacionaria, los agentes Roy Rojas Estrada y Ronny Romero Ruiz observaron cómo, el 15 de mayo de 2004, luego de aproximadamente las 21:00 horas, llegaban, a la vivienda aledaña a la de Alvarado Molina, vehículos cuyos ocupantes bajaban con maletines, primero vacíos y luego cargados. En esa actividad observan a Alexander Córdoba Solano (imputado en esta causa, que se acogió a un procedimiento abreviado) y en la acera a López Vega y Córdoba Solano. Cuando se practicó el

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

allanamiento de la vivienda de Alvarado Molina por el homicidio, el agente José Vargas López observó a López Vega y Córdoba Solano observando la diligencia en actitud nerviosa. Mientras se practicaba dicho allanamiento, los oficiales de la Fuerza Pública que colaboraban en la actuación, tuvieron que asistir a Ana del Carmen Rojas Rojas, empleada doméstica de una vivienda ubicada dos casas al norte de aquella ocupada por López Vega y Córdoba Solano (propiedad del imputado absuelto Félix Moreno Rose), quien dijo que en la vivienda en que laboraba ingresó un sujeto (el imputado José Henry Murillo Gamboa); atendiendo la solicitud, los oficiales lograron la detención del acusado, quien llevaba un arma visible a simple vista y que había pedido a la servidora doméstica que le permitiera esconderse y no le haría daño. Se determinó, que esta persona ingresó a la vivienda donde laboraba Rojas Rojas, proveniente de la casa de Delia Doyley. Así, la policía pidió permiso a la señora Doyley para ingresar a su casa. Ella consintió y se encontraron dos paquetes de cocaína (aproximadamente de un kilo cada uno), una bolsa con dinero en efectivo, dos salveques conteniendo treinta y un paquetes de cocaína, de aproximadamente un kilo cada uno y una cantidad de dinero en efectivo cercana a los nueve millones de colones. Asimismo, se detuvo, escondido en una habitación a Edwin López Vega y, en el cielo raso, a Alexander Córdoba Solano, localizándose cerca de éste otros dos paquetes de cocaína (de aproximadamente un kilo cada uno). Se allanó entonces la vivienda de Moreno Rose y se halló un paquete de cocaína, también de aproximadamente un kilo. Asimismo, se decomisó un fusil de asalto "Kalashnikov" y dinero en efectivo por la suma de un millón de colones. En total, a los imputados le fueron decomisados once millones veintisiete mil cuatrocientos quince colones en efectivo y cuatro mil doscientos veintiún dólares, también en efectivo. Asimismo, en total fueron decomisados: a) diecinueve paquetes que contenían, en conjunto, 19.0 kilos de clorhidrato de cocaína con una pureza del 86%; b) doce paquetes que contienen en conjunto 11.99 kilos de clorhidrato de cocaína con una pureza del 91%; c) dos paquetes que contienen en conjunto 2,0317 kilos de clorhidrato de cocaína; d) un paquete con 0,9113 kilos de clorhidrato de cocaína con una pureza del 88%; e) dos paquetes que contienen en conjunto 2,0097 kilos de clorhidrato de cocaína con una pureza del 88%; f) un paquete de 4,08 gramos de polvo blanco con clorhidrato de cocaína.

IV. Sobre las impugnaciones interpuestas a favor de Edwin López

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Vega: En el escrito visible a folio 506 (idéntico, salvo en un punto, como ya se dijo, al que se observa a folio 672), la licenciada Yelba Mairena Bermúdez alega: 1) que se aplicó erróneamente la ley sustantiva, en el tanto la conducta de su representado es atípica; sostiene que al no darse vigilancia alguna, no se puede tener certeza de que López Vega se dedicara al tráfico de drogas y que en realidad se desconoce por qué salió de la vivienda; agrega que no se acreditó con certeza que la droga decomisada estuviese destinada al tráfico o que López Vega tuviese conocimiento de su existencia; 2) que se vulneró el principio de derivación suficiente a la hora de valorar la prueba; sostiene que en el vehículo de Moreno Rosé no se halló droga, pese a lo cual se afirma que López Vega lo utilizaba en su actividad; cuestiona por qué se afirma que el movimiento vehicular observado en la vivienda en que se vio a López Vega la noche previa a su detención, es propio del tráfico de droga; señala que no hay prueba alguna que permita determinar que la droga decomisada en casa de la señora Doyley estuviese en posesión de este imputado, ni mucho menos que estuviese destinada al tráfico; 3) que se irrespetó el in dubio pro reo, toda vez que si el encartado López Vega salió huyendo de la vivienda, ello obedece a que se asustó por el operativo policial efectuado en el caso del homicidio (el asunto de Alvarado Molina), pues en el allanamiento participaron agentes vestidos de civil, fuertemente armados, lo que no permitía identificarlos como policías; 4) que se irrespetó la ley sustantiva, específicamente el artículo 71 del Código Penal, pues no se solicitó ni se tuvo en cuenta un estudio psicológico y social del imputado. El reclamo adicional que se incluye en el escrito de folio 672 y no en el del 506, será identificado aquí como número 5) y consiste en lo siguiente: se alega falta de fundamentación de la individualización de la participación de López Vega en los hechos por los que se le condenó (ver folio 698; cabe precisar que en el libelo de folio 672 aparece como el motivo tercero).

V. Como primer reclamo, visible a folio 508, la licenciada Mairena Bermúdez alega que en la especie se aplicó erróneamente la ley N° 8204, específicamente los numerales 57 y 58 de la misma, toda vez que los hechos atribuidos a su representado los considera atípicos. Sostiene, que hay una total ausencia de investigación previa a la detención de su patrocinado y que el "descubrimiento de la droga y el dinero decomisados fue simplemente producto de azar o la casualidad; pero este hallazgo, como único elemento

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

probatorio allegado al proceso, aún cuando la cantidad de droga haga presumir lo contrario, no puede en modo alguno, ser suficiente para arrojar un juicio de certeza absoluta de que mi defendido Edwin López Vega se dedicara al Tráfico de Drogas y más concreta y específicamente, que ésta sea de su propiedad, o que tuviera dominio del hecho y por ende conocimiento de que las misma fuere destinada al tráfico, como mal lo interpreta el Tribunal juzgador " (Sic., folio 512). Señala, que ninguno de los testigos puede señalar con certeza que su representado se dedicase al tráfico de droga. El reclamo no es atendible: Aunque en el acápite dedicado a los hechos que el a quo tuvo por demostrados (visible de folio 431 a folio 436) no se aprecia con claridad cuál es la delictiva por la que se condena a López Vega, pues allí sólo se describe su presencia en un sitio y su detención en otro, lo cierto es que visto el fallo recurrido, se lee con toda claridad a folio 491 que a este imputado se le declara penalmente responsable porque el día en que ocurrieron los hechos que aquí interesan, huyó de la vivienda que ocupaba llevando consigo droga que estaba destinada al tráfico. Entonces, sí se describe un hecho que se enmarca en los presupuestos de la Ley N° 7786 (tal cual fue reformada mediante Ley N° 8204), específicamente en el artículo 58 de la misma, pues se señala que López Vega huyó de una vivienda llevando consigo (es decir, poseyendo) droga que tenía por destino la venta. En ese sentido, no se da la atipicidad alegada. Lo referente a si de la prueba se podía derivar esa conducta ilícita, será analizado en los Considerandos siguientes, en que se emitirá pronunciamiento respecto de los reclamos por la forma. En cuanto a la "ausencia de investigación" que señala la licenciada Mairena Bermúdez, debe recordarse que conforme al elenco de hechos probados, López Vega fue aprehendido prácticamente en flagrancia, pues mientras se efectuaba un allanamiento, varias personas informan a la Fuerza Pública de la presencia sospechosa de varios hombres (siendo uno de ellos el imputado que ahora interesa) en viviendas cercanas a aquella en que se realizaba la diligencia mencionada, quienes además llevaban consigo la droga incautada (lo mismo que gran parte del dinero en efectivo). Ante este hecho, ninguna investigación previa era necesaria, pues la posesión de tan importante cantidad de clorhidrato de cocaína para la venta, acción en que fue sorprendido el acusado, es constitutiva del delito previsto en el artículo 58 de la Ley 7786, tal como fue reformada mediante Ley N° 8204. Por lo anterior, se declara sin lugar el reclamo .

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

VI. Como segundo motivo , la licenciada Mairena Bermúdez alega falta de fundamentación del fallo recurrido, específicamente en lo que se refiere a la derivación que se hace de la prueba, en el sentido de que su patrocinado poseía droga para fines de tráfico. Señala que no hay un solo elemento de prueba que permita concluir que López Vega tuviese en su poder la droga hallada. Indica que los testigos que intervinieron en el operativo policial (se refiere a los policías Ronny Romero Ruiz, José Fernando Vargas López, Roy Alberto Rojas Estrada y Luis Oviedo Moreno) no pueden acreditar que López Vega llevase consigo la droga incautada; expresa que en el mismo sentido consta la declaración de Delia Doyley Black (la recurrente la identifica como Doyley Black; de igual manera la identifica el Tribunal en el fallo a folio 253, pero a folio 484 se la señala como Doyley Hendricks, lo cual es un error material, pues de las restantes piezas -ver por ejemplo folios 270 y 295- se desprende que su segundo apellido es Black) y Eduardo Drummond Drummond. Estima que es posible que el clorhidrato de cocaína perteneciese realmente a estas dos últimas personas. Manifiesta que no se halló ni droga ni residuos de ella en el vehículo de su defendido. El reclamo no es de recibo: A partir del folio 477 se aprecia el razonamiento expuesto por el cuerpo juzgador para determinar la responsabilidad penal de López Vega. Básicamente, la condena se sustenta en la observación por parte de oficiales de policía (Ronny Romero Ruiz y Roy Alberto Rojas Estrada, quienes realizaban una vigilancia estacionaria de una vivienda en que pretendían ubicar a Sammy Alvarado Molina, quien era perseguido por un homicidio) de movimientos que se hacen durante la noche, consistentes en la llegada y salida de varios vehículos de la vivienda aledaña a la vigilada. Es en esa casa contigua a la observada por la policía, que se aprecia a López Vega la noche previa a su detención en otra residencia cercana. Aparte de los vehículos, los agentes detallan que de los mismos se extraen maletines y se introducen en la vivienda. Además, el cuerpo juzgador considera el hecho de que cuando se realiza el allanamiento para detener a Alvarado Molina, en la vivienda aledaña fueron vistos muy nerviosos López Vega y otras personas, tras lo cual huyeron -conducta que reviste particular importancia en el fallo de mérito- de la misma. Entonces, López Vega ingresó - junto con otras personas- a la propiedad de Drummond Drummond y Doyley Black, donde fue detenido (escondido en una habitación) y en donde se encontraron más de treinta kilos de clorhidrato de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

cocaína y gran cantidad de dinero en efectivo (tanto en colones como en dólares estadounidenses). Así, es con base en lo anterior que el a quo deriva que López Vega tenía la droga consigo. Y a juicio de esta Sala, tal razonamiento es correcto. Esto porque en efecto, la huída de Edwin López Vega desde la vivienda donde fue visto muy nervioso por oficiales de policía el día del allanamiento para detener a Alvarado Molina (tema que no cuestiona la defensa) y su detención cuando se ocultaba en una habitación de la vivienda de Drummond Drummond y Doyley Black, son indicios inequívocos que permiten atribuirle sin duda alguna la posesión de la droga que fue hallada en dicha residencia. El Tribunal creyó a Drummond Drummond y Doyley Black que el clorhidrato de cocaína no era de ellos (lo cual también es razonable, pues su decisión de permitir el ingreso de la policía a la casa es indicativa de que no tenían ninguna relación con la actividad ilícita) y el primero de estos testigos fue claro al indicar que tras el ingreso de López Vega, otro sujeto arrojó los maletines en que venía gran cantidad de droga y dinero, lo cual evidencia que todos ellos - incluido López Vega- huían en conjunto y trataban de proteger la mercancía ilícita. Lo anterior es lo que se sanciona como posesión de droga para el tráfico, delito que no se descarta por el no hallazgo de droga o residuos de la misma en el vehículo del encartado, por lo que este último tema carece de relevancia para el caso concreto. Por todo lo anterior, se declara sin lugar el reproche .

VII. Como tercer motivo , sostiene la licenciada Mairena Bermúdez que en la especie se da el vicio de falta de fundamentación, toda vez que no se explica de dónde se deriva la responsabilidad penal de su patrocinado, lo cual, dice, conlleva una errónea inaplicación del principio in dubio pro reo. Reitera que no se ha demostrado que la droga decomisada en casa de Drummond Drummond y Doyley Black estuviese en poder de Edwin López Vega. Agrega que no se ha acreditado que la droga decomisada tuviese como destino el tráfico. Sostiene que no se explica por qué se estimó que los movimientos nocturnos descritos por los oficiales de policía se califican como típicos de trasiego de droga. El reclamo no es atendible: Como se indicó en el Considerando precedente, la huída de López Vega aunada a su intento de ocultarse y vista a la luz del hecho de que el grupo con que él huyó transportó más de treinta kilos de clorhidrato de cocaína y gran cantidad de dinero en efectivo hasta la casa de Drummond Drummond y Doyley Black, son

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

todos elementos suficientes para sustentar con plena certeza la responsabilidad penal de los encartados por el delito de posesión de droga para el tráfico. Esto porque es evidente, por la reacción del grupo cuando observaron el allanamiento mediante el cual la policía intentaba detener a Sammy Alvarado Molina en la vivienda aledaña a la que ellos ocupaban, que Edwin López Vega y sus acompañantes tenían en su poder la droga decomisada. Sólo eso explica que huyeran a través de patios y tapias, dejando abandonado en casa de Moreno Rose incluso el vehículo de López Vega. Además, ese tipo de huída y el hecho de que se preocuparan de llevar la droga consigo, evidencia su conocimiento del desarrollo de la actividad ilícita. Además, la cantidad de droga (más de treinta kilos de clorhidrato de cocaína, con niveles de pureza que oscilan entre el 86% y el 91%) hace posible preparar una cantidad increíble de dosis, por lo que es impensable que la misma fuera para el consumo de quienes la poseían. A ello debe aunarse el hecho de que se decomisó una suma importantísima de dinero en efectivo, lo que refuerza la tesis de que la droga tenía como fin el tráfico, pues esta es una actividad para cuyo desarrollo se requiere de moneda en billete o en metálico, con lo que se procura no dejar rastros de las transacciones efectuadas. Todo lo anterior se puede apreciar en los razonamientos expuestos por el a quo a folios 493 y 494. Además, si bien el Tribunal no dice expresamente de dónde deriva que la actividad nocturna observada y descrita por los oficiales que vigilaban a Alvarado Molina es propia del narcotráfico, estima esta Sala que del contexto en que se hace tal manifestación (ver folios 479 in fine y 480), queda claro que la misma se sustenta en el dicho de los agentes y que la valoración se hace con base en las reglas de la experiencia. Siendo esto así, considera este Despacho que no hay yerro alguno en la apreciación, pues ciertamente el movimiento de vehículos a altas horas de la noche y el trasiego de maletines de los mismos a la casa, mientras varias personas miran a los alrededores, todo hace sospechar que se desarrolla una actividad ilícita, la cual, en este caso, a la luz de las restantes pruebas, queda claro que era propia del narcotráfico. Por todo lo expuesto, se declara sin lugar el reproche .

VIII. Como cuarto motivo , la licenciada Mairena Bermúdez alega que en la especie se da el vicio de falta de fundamentación de la pena. Indica que en este caso no se ha solicitado en ningún momento un estudio psicológico, psiquiátrico y social de su

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

defendido Edwin López Vega. Sostiene que no se ha demostrado que su patrocinado se dedicase al trasiego de droga. El reclamo no es atendible: A folio 494 puede apreciarse el razonamiento expuesto por el a quo para imponer la sanción de diez años de prisión a Edwin López Vega. Consta allí que el argumento central consiste en que se trata de muchísima droga y del grave riesgo en que los imputados -incluido López Vega- pusieron a personas inocentes - como, por ejemplo, Drummond Drummond y Doyley Black- al ingresar intempestivamente por los patios a sus viviendas. Además, ciertamente treinta y tres kilos de clorhidrato de cocaína con los niveles de pureza ya señalados, constituye una cantidad de droga sumamente alta, por lo que la actividad desarrollada por los encartados en efecto es muy peligrosa y ello justifica que se le imponga una sanción superior a la mínima correspondiente al delito por el que se les halló responsables. En lo que respecta al reclamo de que no se habrían efectuado estudios psicológicos, sociales o psiquiátricos en el caso de López Vega, debe decirse que la recurrente no señala qué se derivaría de los mismos, ni por qué ellos eran necesarios en este caso, por lo que el alegato resulta infundado. Además, recuérdese que los temas respecto de los cuales la licenciada Mairena Bermúdez reclama la realización de pericias, son todos atinentes a la imputabilidad del justiciable. Mas resulta que ese carácter se presume (aparte de que puede demostrarse por cualquier medio lícito y no sólo a través de pericias) y en este caso (ver folio 494) el Tribunal fue claro al indicar que no apreciaba la concurrencia de causa alguna que excluya o atenúe la imputabilidad. Así, si la defensora pretendía en juicio o persigue ahora acreditar alguna causal de las dichas, a ella corresponde sustentar su posición, cosa que no hizo entonces ni hace en esta oportunidad, pues se contenta simplemente con enunciar la no realización de exámenes que el ordenamiento no exige y que no se ha demostrado resultasen necesarios para resolver lo relativo a la pena. Así las cosas, procede declarar sin lugar el reclamo .

IX. Como quinto motivo , sostiene la licenciada Mairena Bermúdez (ver folio 698) que no se individualizó la participación de su patrocinado en los hechos que se le atribuyen. Estima que el a quo no determinó con claridad cuál es la conducta ilícita por la responsabiliza penalmente a su defendido, agregando que él simplemente huyó de la casa, pero que no consta que portara droga. El reclamo no es atendible: Este tema fue tratado ya en los

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Considerandos VI y VII precedentes, donde se explicó por qué es válido sostener que López Vega poseía consigo la droga decomisada y que la misma tenía por destino el tráfico, ya que era mucha cantidad con un muy alto nivel de pureza, aparte de que el manejo de altas sumas de dinero en efectivo reafirma el fin ilícito, toda vez que permite la realización de transacciones ilegales dificultando el rastreo de los movimientos de dinero. Se explicó ya la relevancia que tiene en este caso el que huyera junto con las demás personas que fueron vistas muy nerviosas cuando se realizó un allanamiento en la casa contigua a la ocupada por los imputados. Además, se consideró lo desesperado de la huída (a través de patios y cruzando tapias), así como el ocultarse en casas de los vecinos y la preocupación del grupo por acarrear en la huída tanto la droga como el dinero en efectivo que fueron decomisados. En virtud de que todos estos puntos ya fueron objeto de pronunciamiento en esta sede, sólo queda agregar que la actuación descrita se atribuye a la actuación conjunta de los imputados. Y es que ellos actuaron como grupo, de modo que no hace falta individualizar una conducta específica de su parte, sino que basta con acreditar su pertenencia al mismo y que lo actuado fuese producto de la decisión conjunta. En este caso, ello es precisamente lo que se deriva del fallo impugnado, ya que ciertamente la presencia de los encartados en una sola vivienda, la actitud evidenciada durante el allanamiento, la actividad durante la noche previa a la detención, la huída de todos en conjunto, lo desesperado de la huída, el preocuparse por transportar la droga y el dinero, y la intención de ocultarse en las viviendas de varios vecinos, son todos indicios clarísimos, inequívocos y concordantes de que se trataba de un grupo que tenía en su poder droga para el tráfico. En ese sentido, no es necesario detallar qué hizo en particular López Vega, pues está claro que él, junto con los demás, tenían todos la droga que fue decomisada y que la misma estaba destinada al tráfico. Estando este punto debidamente fundamentado, deviene igualmente legítima la determinación de responsabilidad penal del acusado. Por lo anterior, se declara sin lugar el reproche .

X. Sobre el recurso interpuesto por el imputado Edwin López Vega . En el libelo visible a partir de folio 604, el imputado en mención alega, como primer motivo , que en la especie se da el vicio de falta de fundamentación. Cuestiona lo relativo a la determinación de su responsabilidad penal. Indica que de la vigilancia efectuada

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la noche previa a su arresto no se deriva que él tuviese en su poder droga para el tráfico, máxime si no aparecieron rastros de la misma en su vehículo. Agrega que él no fue visto cargando bultos durante la huída, por lo que no puede determinarse que él cometiese delito alguno. Explica que la huída de la vivienda se debió a lo exagerado del operativo policial para detener a Sammy Alvarado Molina, pues muchos policías vestían de civil y con armamento pesado, aparte de que alguien gritó que en esa vivienda vivía un asesino. Así que se asustó y tuvo la normal reacción de huir para proteger su vida. El reproche no es atendible: En todo lo referente al criterio del Tribunal sobre por qué estima que la droga era poseída por López Vega, así como en lo relativo a la justificación hecha por el a quo de dicha decisión, debe estarse el recurrente a lo aquí resuelto cuando se emitió pronunciamiento respecto del recurso de su defensora, pues lo relacionado con lo que se deriva de la vigilancia estacionaria y de la huída de los imputados, así como la relevancia del no hallazgo de droga en el vehículo de López Vega, lo que se deriva de la forma que se ocultaron los justiciables y del decomiso de droga y dinero en efectivo, todo ello ya fue objeto de análisis. En cuanto a este motivo, sólo queda por resolver el tema de por qué huyó de la vivienda. La excusa que plantea es absolutamente inadmisibles. El que haya gran cantidad de policías armados en un operativo no es causa razonable para huir de la manera como lo hicieron el justiciable y sus compañeros, salvo que se tema su propia detención. Precisamente esto último es lo que se ha acreditado en este caso, pues no solamente López Vega huyó, sino que además se ocultó en una vivienda cercana y esto revela que no se trató de un "susto normal", sino que trataba de evitar ser capturado con la droga que él y sus compañeros tenían en su poder en la casa que ocupaban. La experiencia enseña que ninguna "impresión" generada por un operativo policial justifica salir corriendo de una residencia (mucho menos si no es en esa vivienda donde ingresan los oficiales), subir y bajar tapias de propiedades vecinas, cruzar patios e introducirse en una vivienda ajena para ocultarse en un closet o entre el techo y el cielo raso, y lo injustificado de la conducta se hace aún más patente si se considera que en este caso el grupo se preocupó por llevar en la huída más de treinta kilos de clorhidrato de cocaína y grandes sumas de dinero en efectivo. Esta conducta sólo refleja la intención de evitar el encuentro con los agentes policiales; jamás constituye una "reacción normal" y, más bien, sólo incrimina al encartado, razón por la cual la derivación hecha por el a quo en ese sentido

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

deviene acertada. Por lo anterior, procede declarar sin lugar el reproche .

XI. Como segundo motivo , López Vega alega que en la especie se ha vulnerado su derecho a la defensa. Señala que en la apertura del debate, la defensa solicitó que se aceptara como testigos a Alexander Córdoba Solano y Marlon Stewart Eaves. Indica que el primero se acogió a un procedimiento abreviado y que al segundo se le concedió un criterio de oportunidad, agregando que este acuerdo era importante conocerlo en cuanto a sus alcances, pues la Fiscalía nunca puso en conocimiento de las partes el convenio con Stewart Eaves. Agrega que Stewart Eaves optó por no declarar en juicio, por lo que se prosiguió con la causa en contra suya. Indica que incluso se ofreció la sentencia condenatoria contra Córdoba Solano, pues lo que interesaba, a efectos de ejercer la defensa de López Vega, era acreditar que aquél había manifestado en el procedimiento abreviado que la droga hallada era de su exclusiva propiedad. Además, reclama que no se aceptara el testimonio de Sammy Alvarado Molina, pues él hubiera declarado que en efecto el allanamiento para detenerlo fue desarrollado con una exagerada presencia policial. El reproche no es atendible: En lo que respecta al convenio entre el Ministerio Público y Stewart Eaves, debe decirse que por la naturaleza de tal acto, el mismo es confidencial, siendo de interés sólo para la Fiscalía y quien se beneficia del mismo. Este tema fue ya resuelto expresamente por esta Sala, específicamente en la sentencia N° 2006-00114, dictada a las 15:05 horas del 20 de febrero del año en curso. El criterio que se sostuvo en ese fallo, el cual se reitera en esta resolución, es el siguiente: " El artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal admite la figura del denominado "testigo de la corona" únicamente en "asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja" , de allí que es imperioso que el procedimiento que se lleve a cabo a partir de esa disposición, cuide -en la medida de lo posible- a ese testigo, sin dejar de lado -claro está- el derecho de todo imputado de conocer cuál es la prueba que tiene en su contra. Las negociaciones que hace el Ministerio Público con el fin de aplicar un criterio de oportunidad al "testigo de la corona", no deben formar parte del expediente principal, precisamente porque esa publicidad, razonablemente podría poner en riesgo la integridad personal del testigo. Así, el hecho de que no conste dentro del expediente principal la resolución que se pronuncia sobre la

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

aplicación del criterio y la suspensión del ejercicio de la acción penal, tal circunstancia no puede llevar a afirmar -como erróneamente lo hace el recurrente- que este control no existió. El acuerdo para aplicar un criterio de oportunidad, la solicitud que realiza el Ministerio Público en ese sentido, así como la respectiva aquiescencia del órgano jurisdiccional y la resolución en la que se suspende el ejercicio de la acción penal, y -eventualmente- la que la extingue en el caso de que la información haya satisfecho las expectativas del Ministerio Público, debe integrar un legajo aparte y ser custodiado por el ente acusador con el fin de que se garantice su carácter confidencial. " Así, queda claro que el artículo 22 del Código Procesal Penal dispone la confidencialidad del convenio mediante el cual se acuerda la aplicación de un criterio de oportunidad. Entonces, el hecho de que este documento no haya sido hecho público, en nada lesiona los derechos de López Vega, pues no tenía posibilidad de conocer lo pactado entre el Ministerio Público y Stewart Eaves. En todo caso, al final Stewart Eaves no declaró, por lo que el convenio no se hizo efectivo, evidenciándose así la intrascendencia del problema que se plantea, pues en nada incide respecto de la condenatoria dictada contra López Vega. En lo que respecta a si se rechazó adecuadamente la declaración en juicio de Alexander Córdoba Solano, debe indicarse que la petición de la defensa no fue acogida por el Tribunal porque estimó que la condena impuesta a ese imputado mediante aplicación de un procedimiento abreviado no estaba en firme. En efecto, a folio 404 consta que esa es la razón por la cual el órgano de mérito no avaló que ese imputado declarara en esta causa, situación que, a juicio de esta Sala, es correcta, ello porque los hechos atribuidos a López Vega son los mismos atribuidos a Córdoba Solano y en esa condición ambos son imputados. En ese sentido, Córdoba Solano no es testigo de hechos atribuidos a López Vega. Pero además, en este caso, lo determinante es que la condena contra Córdoba Solano no estaba en firme y no podría haber declarado en el proceso ordinario, respecto de hechos que aún no se habían acreditado en el abreviado. Ahora bien, como parte de la tramitación de este recurso, se admitió (ver resolución que consta a folio 751; en particular, el folio 755) tener a la vista el expediente relativo al procedimiento abreviado al que se acogió Córdoba Solano. Lo que consta en el respectivo expediente (ver folio 334 en el expediente N° 05-000002-516-TP) no es que Córdoba Solano hubiese indicado que la droga decomisada fuese de su propiedad, sino más bien que acepta los cargos que se le atribuyen en la acusación, que es la

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

misma planteada contra López Vega. Entonces, lo que aceptó fue posesión de droga para la venta, lo cual fue corroborado mediante la respectiva sentencia, dictada por un Tribunal unipersonal, tal como consta a folio 344 en el mismo expediente. Así, no es cierto que manifestase ser el único "dueño" de la droga, pero, en todo caso, aún si lo hubiese manifestado, debe decirse que ello en nada incidiría respecto de la condena de Edwin López Vega, pues en este caso lo que se determinó es que él y sus compañeros tenían la droga para el tráfico, hecho que no se descartaría en esta causa aún si se acreditase que sólo uno de ellos era el propietario, ya que todos en conjunto la poseían a sabiendas de que tenía como destino ser comerciada. Finalmente, en lo que respecta a la declaración que se extraña de Sammy Alvarado Molina, debe indicarse que la no aceptación de este testimonio en nada perjudicó el derecho de López Vega de defenderse. Esto porque, tal como lo expone el recurrente, Alvarado Molina declararía sobre las características del operativo policial para allanar el sitio donde fue detenido. Sin embargo, ello en nada se relaciona con el tema de la posesión de droga para el tráfico por el que fue condenado el impugnante. Además, ya se expuso en un Considerando precedente que lo espectacular que pueda haber resultado el allanamiento para capturar a Alvarado Molina en nada justifica la huída del encartado, quien escaló tapias y cruzó patios para terminar escondido en un closet en una vivienda ajena, reacción que no resulta razonable, salvo si se observa en relación con la conducta ilícita que se le atribuye. Por lo anterior, se declara sin lugar el reproche .

XII. Como tercer motivo , alega que se vulneró el principio in dubio pro reo , toda vez que considera los indicios con base en los cuales se determinó su responsabilidad penal, son anfibológicos. Señala que a él nadie lo vio cargando los maletines en que se encontró droga, ni se le encontró dinero ni droga (ni residuos de ella) en su cuerpo. Habiéndose resuelto supra en los Considerandos VII, VIII, IX y X por qué es razonable sostener en este caso que Edwin López Vega poseía, junto con sus compañeros, la droga indicada para fines de tráfico, debe atenderse el impugnante a lo ya decidido.

XIII. Como cuarto motivo , sostiene que en la especie se quebrantó el debido proceso, toda vez que el fallo recurrido se basa en

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

prueba ilegítima. En concreto, sostiene que no es posible que el Fiscal Hubert Solís Araya redacte una solicitud de allanamiento mientras practica una diligencia del mismo tipo en la vivienda donde se detuvo a Sammy Alvarado Molina. Agrega que no es posible que la Jueza Carolina Martínez Solano redactara la orden de allanamiento de la vivienda de Félix Moreno Rose mientras se allanaba la vivienda de Alvarado Molina, diligencia en que ella intervino. Estima que no es viable que una Jueza reciba una solicitud de allanamiento, la estudie y la resuelva con observancia plena de las garantías de los justiciables, en tan sólo diez minutos. El reclamo no es de recibo: En primer término, obsérvese que aún suprimiéndose el allanamiento a casa de Moreno Rose, subsisten todos los elementos de convicción esenciales para sostener la condena de López Vega, como lo son lo observado durante la vigilancia estacionaria nocturna en el caso de Alvarado Molina, los testimonios de Drummond Drummond y Doyley Black, las declaraciones de los oficiales que participaron en el arresto del encartado (que fue en otra vivienda y no en la de Moreno Rose), así como la evidencia (clorhidrato de cocaína y dinero en efectivo) decomisada. Lo anterior, porque ninguno de esos elementos depende de dicho allanamiento, lo que evidencia la intrascendencia del reproche. En segundo lugar, la solicitud de folio 28 y la resolución de folio 31, revelan que la decisión de la Jueza Penal sí se encuentra fundamentada, ello por cuanto era evidente la necesidad de realizar el allanamiento en vivienda de Moreno Rose, pues la policía había ingresado (con consentimiento de los respectivos derechohabientes) a dos viviendas en las que fueron detenidas personas que huyeron de la morada de Moreno Rose, cuando se allanaba la casa donde se aprehendió a Sammy Alvarado Molina. Además, a estas personas se les detuvo en posesión de gran cantidad de clorhidrato de cocaína con un muy alto nivel de pureza, así como con una muy elevada suma de dinero en efectivo, razones que fueron expresamente consideradas por la Jueza (ver folio 32 frente) a la hora de ordenar el allanamiento de comentario y que son válidas para sustentar el mismo, lo que demuestra que sí analizó la situación que se le presentaba, de modo que su decisión sí deviene debidamente motivada. Por todo lo expuesto, se declara sin lugar el alegato .

XIV. Como quinto motivo , Edwin López Vega reclama que no se individualizó adecuadamente cuál es la conducta por la que se le sanciona y que, en consecuencia, no se aplicó correctamente el

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

artículo 71 del Código Penal. Señala que no se indica por qué se le impuso una pena superior a la mínima prevista para el delito que se le atribuye. El reclamo no es de recibo: El recurrente no hace más que enunciar el vicio y citar jurisprudencia, sin concretar en ningún momento cuáles elementos de los previstos en el artículo 71 del Código Penal tendría una especial incidencia a su favor, de modo que resultase necesario imponerle la pena mínima que reclama. En esas condiciones, su reclamo deviene infundado y por ello debe ser rechazado. Además, debe tenerse presente que en este caso, ya se explicó (ver supra Considerando VIII) por qué en este caso sí se fundamentó adecuadamente la imposición de una pena más alta que la mínima prevista para el delito que aquí interesa. Por lo expuesto, procede declarar sin lugar el reparo .

XV. Sobre el recurso interpuesto por el licenciado Edwin Barboza Orias a favor del imputado José Henry Murillo Gamboa . Como primer motivo , alega que la sentencia impugnada incurre en el vicio de falta de fundamentación, toda vez que indebidamente se rechazó la solicitud formulada en su momento para que declarase en juicio Alexander Córdoba Solano o que, en su defecto, se contase con la sentencia condenatoria dictada contra él, pues habría manifestado que la droga encontrada era de su exclusiva propiedad. Además, cuestiona que no se incorporara en debate el convenio entre el Ministerio Público y Marlon Stewart Eaves para aplicarle a este último un criterio de oportunidad. Asimismo, indica que se rechazó indebidamente la petición de que compareciera Sammy Alvarado Molina para que declarara sobre el operativo desarrollado para detenerlo. Debe atenderse el recurrente a lo resuelto supra en el Considerando XI, toda vez que se trata de idénticos reclamos a los allí planteados y la solución que debe darse en el caso de Murillo Gamboa es la misma aplicable a López Vega, pues su situación es igual.

XVI. Como segundo motivo , alega que no se ha determinado con precisión cuál es la conducta punible desplegada por Murillo Gamboa. Estima que no se ha demostrado que el justiciable transportara droga. Como tercer motivo indica que en la especie se quebrantó el principio in dubio pro reo, reiterando que no fue visto transportando droga. Los reclamos no son atendibles: El imputado José Henry Murillo Gamboa es una de las personas que fueron vistas en actividades propias del narcotráfico (ver lo

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

expuesto en el Considerando VII de este fallo sobre ese punto) la noche previa al allanamiento en casa de Alvarado Molina. Además, él fue detenido en casa de Ricardo Moyano Sanclemente, cuando la empleada doméstica fue a avisar a la policía de que dentro de la misma se encontraba un sujeto desconocido, quien resultó ser el aquí imputado. Además, él fue visto minutos antes en la vivienda de Drummond Drummond y Doyley Black; por cierto, estos dos testigos también lo señalan como uno de los sujetos que ingresó a su residencia (junto con Córdoba Solano y López Vega). Así, se debe resolver su situación de igual forma que la de López Vega, pues ambos fueron vistos antes del allanamiento y luego, huyeron preocupándose por llevar droga y dinero en efectivo consigo, saltaron tapias y cruzaron patios hasta ocultarse en viviendas ajenas, todo lo cual, visto en conjunto, evidencia la conducta ilícita por la que fue hallado responsable penalmente. Por lo expuesto, se declara sin lugar el reclamo .

XVII. Como cuarto motivo , manifiesta que se quebrantó el debido proceso, toda vez que el allanamiento en casa de Félix Alvarado Rose es ilegítimo, ya que la resolución que lo autoriza es infundada (este motivo es casi idéntico al alegado en igual sentido por López Vega). En virtud de que este punto ya fue analizado en el Considerando XIII precedente, debe atenderse el impugnante a lo allí resuelto.

XVIII. Como quinto motivo , con base en alegatos prácticamente iguales a los planteados por López Vega, Murillo Gamboa sostiene que no se individualiza su responsabilidad pena y que, por ende, la pena deviene infundada, pues no se explica por qué se le impuso una pena superior a la mínima. Debido a que el reclamo es idéntico al de Edwin López Vega y de que la conducta de ambos imputados es casi idéntica (únicamente difieren en cuanto al sitio final donde se ocultaron y fueron detenidos), debe estarse el recurrente a lo resuelto en los Considerandos VIII y IX.

Por Tanto:

Se declaran sin lugar los recursos de casación.

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

b) Bien Jurídico protegido en el libramiento de cheque sin fondos

[SALA CONSTITUCIONAL]⁶

Voto No. 2994-92

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, a las catorce horas cincuenta y cinco minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Acción de Inconstitucionalidad promovida por Manuel Antonio Portugués Benedettini, mayor, casado una vez, abogado, cédula de identidad número uno- cuatrocientos treinta y seis-trescientos diecinueve, vecino de San José, contra la ley Número 6726 de diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y dos, corregida por fe de Erratas de 27 de mayo del mismo año, que reformó el artículo 243 del Código Penal.

RESULTANDO

1) El señor Manuel Antonio Portugués Benedettini interpuso acción de inconstitucionalidad contra el artículo 243 del Código Penal, por considerarlo contrario a los artículos 7, 36, 39, 41 y 129 de la Constitución Política. En cuanto a la violación del numeral 7 constitucional, expone el accionante que al ser el delito de libramiento de cheques sin fondo un delito "formal" impide aplicar lo dispuesto en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques -aprobada por el Estado de Costa Rica-, la que al ser norma de carácter internacional está por encima de la Ley, por lo que su no aplicación con base en el artículo 243 del Código Penal contraviene lo dispuesto en el artículo constitucional referido que da a los Tratados Públicos, los Convenios Internacionales y los concordantes, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, rango superior a la ley, De igual modo, estima que la concepción de delito formal recogida en el tipo penal del artículo citado violenta el Derecho de Defensa y el debido Proceso que establecen los artículos 36 y 39 constitucionales, toda vez que la única defensa posible es el pago del monto del cheque en el término de cinco días a partir de la notificación de la prevención respectiva, sin que sea posible alegar circunstancia de justificación alguna. Específicamente,

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

señala que la violación al artículo 36 citado se ha producido en la tramitación de las causas que por libramiento de cheque sin fondos se siguen en su contra en el Juzgado Cuarto de Instrucción de San José, bajo los expedientes 565-5-87 y 2875-5-86, en las cuales consta que la Compañía de Inversiones Conolidadas Conversión S.A. -de la que el accionante es el representante- ha sido declarada en quiebra, razón por la cual no puede satisfacer el monto de los cheques girados en su calidad de representante de la fallida, toda vez que ello equivaldría a favorecer a uno de los acreedores en perjuicio del resto, con lo que se configuraría el delito de Quiebra Fraudulenta. De manera que se le coloca en una situación de virtual indefensión donde su posible defensa -el pago de los cheques- implicaría actuar en su propio perjuicio al configurar el ilícito de Quiebra Fraudulenta. Asimismo, considera que lo actuado por el juez instructor es contrario al artículo 41 constitucional pues al resolver su situación jurídica -con el dictado de un Auto de Procesamiento en su contra- antes de que el Tribunal de Apelaciones resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que declaró sin lugar las excepciones de Falta de Acción alegadas y que son de previo y especial pronunciamiento, se produce una denegación de justicia que torna nugatorio el derecho de apelación. En fin, estima que en el trámite de publicación de la Ley impugnada se contravino el artículo 129 de la Constitución Política. Esto dado que la Ley reiterada cita se publicó una primera vez en el Diario Oficial La Gaceta, número 73, del 19 de abril de mil novecientos ochenta y dos, pero por encontrarse un error en esa publicación- en cuanto a la redacción dada al inciso primero del numeral 243 del Código Penal, artículo que por medio de esa Ley se reformó-, se procedió a corregirlo por medio de la publicación de una Fe de Erratas en la Gaceta del veintisiete de mayo del mismo año, corrección que fue autorizada únicamente por el Presidente de la Asamblea Legislativa, sin participación alguna del Poder Ejecutivo, con lo que el Poder Legislativo asume funciones propias de otro de los Poderes de la República- al que le corresponde la publicación de las leyes- con lo que se quebrantó el trámite que el artículo 129 constitucional establece para la publicación de las Leyes, facultad que de conformidad con el artículo 7 inciso g) de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, número 6739, requiere la autorización de ese Ministerio.

II) Por resolución de las quince horas del nueve de julio de mil

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

novecientos noventa de la acción de inconstitucionalidad promovida por Manuel Antonio Portugués Benedettini, contra el artículo 243 del Código Penal, por considerarlo contrario a los artículos 7, 36, 39, 41 y 129 de la Constitución Política, se confirió audiencia por el plazo legal a la Procuraduría General de la República.

III) El licenciado Adrián Vargas Benavides, Procurador General de la República, al contestar la audiencia conferida, indicó que si bien el Poder Ejecutivo tiene una competencia exclusiva en la publicación y ejecución de las Leyes, artículo 140 inciso 3) constitucional, debe rechazarse la tesis sostenida por el recurrente respecto a la necesaria autorización por parte del Ministerio de Justicia para la publicación de las Leyes, ya que el artículo 7 de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia no se refiere al pronunciamiento de edición de las leyes, sino a la publicación de colecciones y recopilaciones oficiales, por lo que resulta improcedente alegar con base en él la inconstitucionalidad del artículo 243 del Código Penal. Agrega que no obstante lo anterior, la práctica actual de corrección de los errores en que se haya incurrido durante el trámite de promulgación de las leyes es anómalo, ya que en él no interviene el Poder Ejecutivo y al respecto el Reglamento de Orden y Dirección Interior de la Asamblea Legislativa no prevé mecanismo alguno. Con ello se quebranta la competencia exclusiva que en materia de publicidad y ejecución de leyes corresponde al Poder Ejecutivo y se permite que por esa vía se pueda suprimir en una ley esencial y, una vez publicada, la Asamblea ordene a la Imprenta Nacional la incorporación del texto faltante con el consecuente quebranto de las formalidades que los artículos 124 y 140 inciso 3) constitucionales establecen para la promulgación de leyes y se afecta seriamente la facultad constitucional de veto, que consagra el artículo 126 de la Constitución Política. Señala que en el caso del artículo cuya constitucionalidad se cuestiona, se observan las irregularidades apuntadas, pues las reformas del Código Penal fueron aprobadas en tercer debate por la Asamblea Legislativa el catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y uno con los errores que posteriormente trataran de corregirse. De manera que el Poder Ejecutivo promulgó la ley el diez de marzo de mil novecientos ochenta y dos conforme al texto que le envió la Asamblea Legislativa, que efectivamente sucedió el diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y dos en la Gaceta número 73. En

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

virtud de una comunicación de la Corte Suprema de Justicia en la que se señalaban errores en la publicación de la reforma legal, la Comisión de Redacción y de Relaciones Interparlamentarias decidió acoger algunas de las observaciones y ordenó publicar la fe de erratas correspondiente, por lo que el Director Ejecutivo envió comunicación a la Imprenta Nacional y le ordenó la publicación de la fe de erratas. En la Gaceta 102 de veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y dos se publicó un acuerdo de fecha catorce de mayo de ese mismo año -de cuya existencia no hay antecedentes en el Expediente Legislativo y no se conservaron las Actas de la Comisión de Redacción de ese período- firmado por el Presidente de la Asamblea Legislativa en el que se detallan los errores que contiene la anterior publicación de la reforma al artículo 243 del Código Penal. Que con ello la Comisión de Redacción de la Asamblea Legislativa vario el contenido esencial del texto aprobado en plenario. Sin embargo, la Fe de Erratas no tiene ningún valor jurídico, ya que se efectuó con prescindencia de los trámites que para la promulgación de las leyes establecen los artículos 134 y 140 inciso 3) de la Constitución Política en lo relativo a la necesaria participación del Poder Ejecutivo en ese proceso. Considera en consecuencia, que el texto vigente del inciso 1) del artículo 243 del Código Penal es el que se publicó en la Gaceta Número 73 de diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y dos. Por otra parte, estima que la aceptación por parte de la jurisprudencia penal de cierto tipo de delitos catalogados como formales choca abiertamente con los postulados fundamentales de nuestro sistema de Derecho, por cuanto en ellos basta la realización de una determinada conducta para que el delito se configure planamente, lo que es contrario a los artículos 39 y 41 constitucionales y 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Que en el año mil novecientos cincuenta y cuatro, la Corte Suprema de Justicia, por resolución de las dieciséis horas del veinticinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, declaró contrarios a la Constitución Política los delitos formales donde el dolo o la voluntariedad del actor no habría de tomarse en cuenta para la determinación de su responsabilidad. Que el alegato del recurrente en el sentido de que el Juzgado Cuarto de Instrucción -en las causas que se tramitan en su contra- ha incurrido en violación de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, aprobada por Ley número 6165 de dos de diciembre de mil novecientos setenta y siete y publicada en el Alcance número 186 de la Gaceta número 241 de veintiuno de diciembre de ese mismo

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

año, no es de recibo, toda vez que de dicho instrumento no se deriva ampliación alguna del bloque de derechos fundamentales vigentes en Costa Rica; además, la interpretación específica que para el caso concreto se ha aplicado no es impugnabile por vía de inconstitucionalidad, pues el artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional excluye de la acción de inconstitucionalidad los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, por lo que el perjudicado tiene a disposición otras vías para hacer valer su reclamo. Que en virtud de lo expuesto considera que se debe declarar inconstitucional la práctica jurisprudencial que acepta la existencia de los delitos formales, por ser contrario a los artículo 39 y 41 de la Constitución Política y 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, debe declararse que la norma impugnada se encuentra vigente en los términos en que fue publicada la reforma legislativa por el Poder Ejecutivo en la Gaceta número 73 de diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y dos y que la publicación de la corrección publicada en la Gaceta número 102 de veintisiete de mayo del mismo año -al no ser promulgada conforme lo ordenan los artículos 124 y 140 inciso 3) constitucionales- carece de los requisitos mínimos para tenerse como expresión de la voluntad legislativa. Que la pretensión del recurrente de revisar en esta vía la correcta aplicación al caso concreto de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques es improcedente por lo que debe declararse sin lugar. Ha de instarse a la Asamblea Legislativa para que en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior se regule:

a) A quién corresponde establecer la existencia de errores en la publicación de las leyes y su calificación como errores materiales o de fondo y en qué casos cabe su corrección por fe de erratas. B) La participación que en el proceso de rectificación debe darse al Poder Ejecutivo y las condiciones en que operará la facultad constitucional de veto y definir si el término de diez días para la vigencia de la ley corre nuevamente a partir de la publicación de la corrección y, de ser así, si es para la totalidad de la ley o sólo para los aspectos corregidos.

C) Si la nueva publicación debe ser de la ley en forma integral o sólo de las correcciones. D) Si la ley rige a partir del texto corregido o rige parcialmente para la publicación carente de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

errores.

IV) Por resolución de las catorce horas treinta minutos del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa, se previno al señor Braulio Hernández Marín que de previo a tenerlo como coadyuvante, aportara siete juegos de copias de su escrito de apersonamiento, bajo apercibimiento de no atender sus gestiones. Por resolución de las quince horas cuarenta y cinco minutos se tuvieron por hechas las manifestaciones del Licenciado Christian Hess Araya, abogado defensor del señor Hernández Marín, en que comunicó que renunció a su cargo de defensor de dicho señor, renuncia que hacía extensiva a la coadyuvancia presentada.

V) El Doctor Francisco Castillo González, en su condición de defensor particular del imputado Amadeo Chavarría Argüello, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 243 del Código Penal, acción promovida bajo el expediente número 660-90, por considerarlo contrario a los artículos 7, 38 y 39 de la Constitución Política y 7 inciso 7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considera que al establecer la falta de pago del importe del cheque como único criterio que fundamenta la represión, el artículo 243 se convierte en un tipo penal que consagra la prisión por deudas, pues la represión en el caso del no pago de un cheque no es la violación a un bien o interés jurídico tutelado -la Confianza Pública-, que también lo lesiona quien paga, sino la falta de pago, con lo que se contradice abiertamente lo dispuesto en los artículos 38 y 7 de la Constitución Política, este último por violación al artículo 7 inciso 7) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otra parte, argumenta que el artículo 39 constitucional establece el principio de culpabilidad como fundamento de la represión estatal, el que viola el numeral en examen, toda vez que la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia Represiva costarricense lo ha considerado un delito formal, que se consuma con el sólo hecho del giro del cheque sin provisión de fondos, independientemente de la intención del agente a la hora de girarlo. Agrega, que entre el inciso 1) y 3) del artículo 243 cuestionado existe una antinomia, pues en tanto el primero tipifica un delito formal, el segundo es un delito intencionado que requiere que el agente actúe a sabiendas de que al tiempo de la presentación del cheque no podrá ser legalmente pagado. Que tal antinomia ha sido zanjada por los

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Tribunales con violación del principio constitucional del In Dubio Pro Libertatis al escoger la norma más represiva e interpretando erróneamente el concepto de delito formal, con lo que ha convertido en delictuosos comportamientos que son lícitos conforme al inciso 3) del artículo 243 del Código Penal.

VI) Por resolución de las catorce horas del veintidós de mayo de mil novecientos noventa de la acción de inconstitucionalidad promovida por el Licenciado Francisco Castillo González, en representación del señor Amadeo Chavarría Argüello, contra el artículo 243, párrafos primero, incisos 1º, 2º y 3º párrafo último del Código Penal, por considerarlo contrario a los artículos 7 y 38 de la Constitución Política y 7 inciso 7) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además el inciso 1º del artículo 243 del citado cuerpo legal, por contravenir el artículo 39 de la Constitución Política, se confirió audiencia por el plazo legal a la Procuraduría General de la República.

VII) El licenciado Adrián Vargas Benavides, Procurador General de la República, al contestar la audiencia conferida indicó que el artículo cuya constitucionalidad se objeta protege como bien jurídico la Confianza Pública, y la situación jurídica en la que se excluye la penalidad no consagra la prisión por deudas, pues no es más que la oportunidad que el Ordenamiento Jurídico otorga al librador para que dé contenido real a la orden de giro que él voluntariamente emitió y en la extensión que él mismo determinó. Con lo que, por razones de política criminal, el último párrafo del artículo 243 del Código Penal confiere la oportunidad de un arrepentimiento activo, lo que no significa que la conducta concreta no sea merecedora de pena o que por el pago se revierte la lesión jurídica, sino que el legislador lo que hizo fue establecer una separación entre la concretización de la acción lesiva y la posibilidad de materializar la sanción penal para no castigar a quien de contenido real a su orden de giro emitida con fraude. Que lo que objeta el promovente en relación con el artículo 39 de la Constitución Política no es el contenido mismo del inciso 1) del artículo 243 del Código Penal, sino la interpretación que de él hace la jurisprudencia costarricense lo que -de conformidad con la Ley de la Jurisdicción Constitucional, especialmente de los artículos 74 y 78- no constituye objeto de impugnación en esta vía, por lo que la Sala Constitucional carece

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de competencia para referirse a la interpretación jurisprudencial del inciso 1) del artículo 243 de reiterada cita. Que a pesar de que el accionante manifiesta que existe una antinomia entre los incisos 1) y 3) de la norma impugnada, no alega conflicto alguno entre la presunta antinomia y el contenido del artículo 39 de la Constitución Política. Que para su Representada es claro que la aplicación de la Ley Penal no puede hacerse prescindiendo de lo dispuesto en el artículo 39 constitucional, parcialmente reiterado por el artículo 30 del Código Penal. Que en virtud de lo expuesto, al no existir los motivos de inconstitucionalidad acusados por el accionante, la acción en relación con la objeción de la interpretación jurisprudencial del inciso 1) del artículo 243 del Código Penal debe declararse inadmisibles y, en relación con los demás extremos, solicita sea declarada sin lugar.

VIII) Por resolución de las diecisiete horas del diez de julio de mil novecientos noventa se ordenó acumular -de conformidad con lo dispuesto en artículo 84 de la Ley que regula esta jurisdicción- la acción de inconstitucionalidad promovida por el Doctor Francisco Castillo González, como representante del señor Amadeo Argüello, que se tramita bajo expediente número 660-90, a la antes indicada, presentada por el Licenciado Manuel Antonio Portugués Benedettini, ambas contra el artículo 243 del Código Penal.

IX) Por resolución de las diez horas veintiséis minutos del cinco de agosto de mil novecientos noventa y uno, en virtud de la acumulación acordada, se tuvo por ampliada la acción de inconstitucionalidad que se tramita bajo expediente número 87-89 promovida por el Licenciado Manuel Antonio Portugués Benedettini, en cuanto a los razonamientos de inconstitucionalidad alegados por el Doctor Francisco Castillo González, de lo que se dio audiencia por el término de quince días al Licenciado Portugués Benedettini. Asimismo, se rechazó la petición del señor Sherwin Cosiol Cohen de ser tenido como coadyuvante, toda vez que el período para coadyuvar, que establece el artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a la fecha de presentación de su gestión había transcurrido sobradamente.

X) El diez de setiembre del año en curso se efectuó la comparecencia oral que prescribe el artículo 10 de la Ley de la

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Jurisdicción Constitucional.

XI) En los procedimientos se han observado los términos y prescripciones de Ley.

Redacta el Magistrado Baudrit, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Por reforma contenida en la Ley número 6726 del veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos, publicada en la Gaceta (Diario Oficial) número 73 del diecinueve de abril de ese mismo año, el inciso 1) del artículo 243 del Código Penal quedó redactado así: "Artículo 243.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años...el que librare un cheque, si concurrieren las siguientes circunstancias...1) Si lo girare sin tener provisión de fondos o autorización expresa del banco, y si fuere girado para hacerlo en descubierto:...". Este texto -aprobado por el plenario de la Asamblea Legislativa y sancionado por el Poder Ejecutivo- fue corregido por Fe de Erratas, según publicación que se hiciera en La Gaceta (Diario Oficial) del veintisiete de mayo del año citado, por el Presidente de la Asamblea Legislativa, sea sin participación alguna ni del Plenario ni del Poder Ejecutivo, así: "Artículo 243.- El contenido del inciso 1) debe tener el siguiente texto: Si lo girare sin tener provisión de fondos o autorización del banco girado para hacerlo en descubierto". Es evidente que ese nuevo texto modificó el aprobado y le dio un sentido diferente, por lo que con esa actuación se violaron los procedimientos establecidos en los artículos 121 inciso 1) y 124 constitucionales para la reforma de leyes -lo que en definitiva, en la práctica viene a ser la supuesta corrección-. Este procedimiento anómalo, de aceptarse, otorgaría de hecho al Presidente de la Asamblea Legislativa una potestad ilimitada para reformar leyes sin someterse a las formalidades que para ello prescribe la Constitución Política y le permitiría asumir competencias propias de otros Poderes -tanto de la Asamblea Legislativa, como se dijo, como del Poder Ejecutivo al que corresponde, en forma exclusiva, la promulgación de las leyes-.

De manera que por ser inconstitucional esa actuación no puede tener la virtud de reformar el texto tal y como fue aprobado por

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

el Plenario de la Asamblea Legislativa y sancionado y promulgado por el Poder Ejecutivo, por lo que el vigente, del inciso 1) del artículo 243 del Código Penal, es el que se publicó en La Gaceta (Diario Oficial) número 73 del diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y dos.

Segundo: El artículo 39 constitucional establece la necesidad de la comprobación legal de la responsabilidad del inculpado, por lo que excluye la imposición de una pena por la simple adecuación de la conducta a un tipo penal específico sin análisis de los elementos subjetivos que motivaron al indiciado a actuar en una forma determinada. Pero esto no debe confundirse con los llamados delitos formales en los que no se requiere de un resultado para su consumación -en contraposición con los delitos de resultado- sino que se agotan en la acción misma, por lo que también se les ha llamado delitos de peligro o de mera acción. El artículo 39 constitucional establece "...la necesaria demostración de culpabilidad" como uno de los requisitos indispensables para la imposición de una pena, lo que implica el análisis de la conducta del indiciado -para determinar si actuó en forma dolosa o culposa-. Ahora bien, el la demostración de que se actuó o no con dolo o culpa es requisito para establecer la inocencia o la responsabilidad del indiciado dicha demostración no forma parte del tipo penal, por lo que a pesar de que los incisos 1) y 2) del artículo 243 del Código Penal no hacen referencia a este elemento subjetivo eso no basta para considerar que se trata de tipos penales que establezcan una responsabilidad objetiva, sino que deben integrar con lo dispuesto en la parte general del Código, cuyo artículo 30 establece, claramente, la necesidad de aquellos presupuestos. No ha, pues, enfrentamiento alguno del citado artículo con el 39 de la Constitución Política o con sus Principios. Que el tipo penal no contenga en sí un elemento subjetivo específico -como es el caso de los incisos 1) y 2) del artículo cuya constitucionalidad se cuestiona- no significa que -por lo anteriormente dicho- establezca un sistema de responsabilidad penal objetiva con exclusión de todo análisis de la voluntad o de la intención.

Tercero: Tampoco encuentra esta Sala que el referido tipo penal atente contra la prohibición constitucional de prisión por deudas, también recogido en el inciso 7) del artículo 7 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, pues si bien el párrafo final del artículo 243 del Código Penal contiene una excusa legal absolutoria -de la que se ve beneficiado quien satisface el monto

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

del cheque dentro del plazo allí indicado- ello no implica la existencia del delito, sino la impunidad para quien lo cometió por razones de política legislativa. El tipo penal del libramiento de cheques sin fondos -en sus diferentes modalidades- protege el bien jurídico "Confianza Pública", que es lesionado por quien libra un cheque sin tener los fondos necesarios para su pago, independientemente de que en el término de la prevención haya o no satisfecho su monto. Si el no pago del cheque, por sí solo, fuera el fundamento punitivo, entonces su pago en cualquier momento antes de la sentencia aprovecharía al indiciado, a fin de no ser penado, lo que no resulta cierto, toda vez que en este caso no operaría la excusa legal absolutoria, por haber precluido la oportunidad para hacerlo, preclusión que no tendría sentido que se produjera si el fundamento de la represión penal fuese la deuda como tal. Como lo que se excluye es la pena, en el supuesto de pago dentro del término, el indiciado siempre comete delito pero por disposición del legislador se le exime de su sanción. Se trata de una oportunidad dada al librador, cuyo incumplimiento acarrea caducidad, de modo que si la satisfacción del monto del cheque no se lleva a cabo dentro del término fijado, independientemente de las razones para ello, no opera la excusa legal absolutoria y el proceso debe seguir adelante, sin perjuicio de que el indiciado resulte posteriormente absuelto por no haber culpabilidad en su actuación, aún cuando no haya cancelado en ningún momento el importe del título valor. Así las cosas, el recurso resulta también improcedente en cuanto a la acusada inconstitucionalidad del artículo 243 del Código Penal por violación a los artículos 7 y 38 constitucionales.

Cuarto: Los otros alegatos, que contra el artículo 243 del Código Penal por violación del 7, 36 y 39 constitucionales, se hacen lo son contra su aplicación en el caso específico, por una supuesta interpretación jurisprudencial que en esta vía se pretende discutir en contravención con lo que expresamente establece el artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por lo que en cuanto a ello el recurso resulta improcedente; desde luego sin perjuicio de lo expresado en los dos considerandos anteriores.

Quinto: En virtud de lo expuesto, procede acoger la acción y declarar inconstitucional la modificación que a la ley número 6726 de diez de marzo de mil novecientos ochenta y dos (publicada en La Gaceta (Diario Oficial) del diecinueve de abril del mismo año) -en cuanto al inciso 1) del artículo del Código Penal- por Fe de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Erratas -publicada en La Gaceta (Diario Oficial) del veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y dos- ordenó la Presidencia de la Asamblea Legislativa, por violar el procedimiento que para la creación, sanción y promulgación de las leyes establecen los artículos 121 inciso 1), 124 y 140 inciso 3) de la Constitución Política. Debe conferirse a esta declaratoria efecto retroactivo a partir de la publicación de la modificación que se declara inconstitucional, sea a partir del veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y dos, para que quienes hayan descontado o estén descontando penas por su aplicación puedan plantear el respectivo recurso de revisión, siempre que el plazo para interponerlo no haya prescrito.

POR TANTO

Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula la modificación que del inciso 1) del artículo 243 del Código Penal (reformado por Ley número 6726 del diez de marzo de mil novecientos ochenta y dos), por Fe de Erratas -publicada en La Gaceta (Diario Oficial) del veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y dos- ordenó la Presidencia de la Asamblea Legislativa, por lo que su texto debe leerse así: "1) Si lo girare sin tener provisión de fondos o autorización expresa del banco, y si fuere girado para hacerlo en descubierto." La anulación se hace en forma declarativa y retroactiva a la fecha de publicación de la modificación que se declara inconstitucional, sea a partir del veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y dos. Quienes hayan descontado o estén descontando penas por aplicación de la modificación que se anula podrán plantear el respectivo recurso de revisión, siempre que el plazo para interponerlo no haya prescrito. En lo demás se declaran sin lugar las acciones. Notifíquese a las partes y a la Asamblea Legislativa. Reséñese y publíquese.

FUENTES CITADAS

- 1 CAMPOS E, Edgardo. El libramiento de cheques sin fondos como delito no formal. Artículo de revista publicado en IVSTITIA No. 149-150 Año 13 Mayo-junio 1999. pp 41-42.
- 2 FEOLI VILLALOBOS, Marco. El principio de insignificancia en materia penal. Tesis para optar por el título de licenciatura en Derecho. U.C.R Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 2002 101-106
- 3 CUBERO CAMPOS, José. Delito de libramiento de cheque sin fondos. Tesis para optar por el título de licenciatura en Derecho. U.C.R. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 1995. pp 25-27
- 4 Asamblea Legislativa. Ley de Orgánica del Ministerio Público. Ley N° 7442 de 25 de octubre de 1994.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2006-00404. San José, a las diez horas cincuenta minutos del cinco de mayo de dos mil seis.
- 6 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No. 2994-92, San José, a las catorce horas cincuenta y cinco minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y dos.