

Informe de Investigación

Título: Delitos sobre estupefacientes

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras clave: Delitos, Ley 8204, Transporte de drogas para el tráfico, Legitimación de Capitales, Agente encubierto, Venta de drogas, Tenencia de Drogas.	
Fuentes: Normativa, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 03 – 2012.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	3
a) El Bien Jurídico Protegido.....	3
El tipo penal del tráfico de drogas consideraciones generales.....	3
Las acciones típicas.....	4
1- Cultivar, producir y extraer.....	5
2- Fabricar, refinar, transformar y elaborar.....	6
3- Almacenar.....	7
4- Transportar.....	7
5- Vender.....	8
6- Distribuir y suministrar.....	9
7- Comerciar.....	11
b) Naturaleza jurídica de los delitos.....	11
I: Delitos de peligro abstracto.....	12
A) Idea de peligro.....	12
B) Delitos de peligro abstracto delitos de peligro concreto.....	13
II: Crítica a los delitos de peligro abstracto: Exigibilidad de un límite en la formulación de los delitos de peligro.....	15
A) Crítica:.....	15
B) Límite a los delitos de peligro:.....	17
c) Análisis particular de los delitos y el ciclo del narcotráfico.....	18
El proceso de tipificación y la alternativa del "ciclo del narcotráfico".....	19
La actividad del narcotráfico y la dificultad en la tipificación de las acciones delictivas.....	19
A) El principio de legalidad:.....	19
B) La estructura del tipo.....	20
C) Recurso al empleo del tipo abierto y de la norma penal en blanco.....	20



3 Normativa	22
Título IV: Delitos y Medidas de Seguridad.....	22
Capítulo I: Delitos.....	22
4 Jurisprudencia.....	28
a) Transporte de drogas para el tráfico.....	28
b) Agente encubierto: la actuación de la policía en delitos relacionados con drogas.....	30
c) Legitimación de capitales provenientes del narcotráfico.....	33
d) Fundamentación de la sentencia penal: Nulidad por falta de fundamentación al ordenar el comiso en caso de transporte de drogas.....	39
e) Tráfico de drogas: Diversas conductas descritas en las normas tienen como eje común el traficar drogas.....	40
f) Tenencia de drogas para la venta: Concepto y alcances de "crimen organizado".....	41
g) Infracción a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas.....	42
h) Venta de drogas: Imputación de cargos debe versar sobre la actividad desarrollada con anterioridad por los imputados.....	43
i) Introducción de droga en centro penitenciario: Enunciado y consideraciones acerca del principio de lesividad e insignificancia del hecho.....	46
j) Tenencia de drogas para el tráfico: Análisis sobre su carácter de delito de peligro abstracto y distinción con los delitos de peligro concreto.....	52
k) Tenencia de drogas para la venta: Análisis sobre participación y autoría.....	54
l) Delito permanente: Acción de suministrar droga a menor de edad como forma de delito permanente.....	56
m) Agente provocador: Definición del delito provocado y función del informante o colaborador.....	57
n) Asociación ilícita: Análisis del tipo y comparación con la figura de grupo organizado en delitos de drogas.....	59
o) Venta de drogas a consumidores: Análisis sobre la legalidad y pertinencia del uso de colaboradores en las compras controladas.....	61
p) Drogas, fármacos y otras sustancias relacionadas: Normativa aplicable con respecto a las sustancias precursoras y químicos esenciales.....	63

1 Resumen

De los delitos sobre estupefacientes se crea el presente informe, con doctrina nacional sobre estos delitos, citando los delitos y jurisprudencia sobre el título cuarto de la *"Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo"* en su capítulo primero que describe los delitos como tal.

2 Doctrina

a) *El Bien Jurídico Protegido*

[Espinoza]¹

El derecho penal de un Estado democrático exige, mínimamente, que todas las conductas que se describan como delito, presupongan un atentado contra un bien jurídico, fundamentalmente para evitar el riesgo de que las regulaciones penales, obedezcan a criterios de orden formal o mera desobediencia.

En el caso de los delitos de tráfico de drogas, la jurisprudencia nacional es pacífica en reconocer que el bien jurídico tutelado por los delitos contemplados, en la Ley de Drogas 8204, es la salud pública, y así lo ha reafirmado en múltiples resoluciones. Igualmente, tratados internacionales suscritos por Costa Rica, en materia de tráfico de drogas, aluden a la salud de los seres humanos, como uno de los factores que exigen dictar leyes dirigidas a reprimir y evitar su comercialización.

Respecto del concepto de salud pública, se indica que no consiste únicamente en la salud individual de los ciudadanos que componen la colectividad, sino que abarca todas aquellas manifestaciones que inciden sobre el bienestar físico, psíquico y social de la persona y de la comunidad, entendida esta como el conjunto de personas que conviven de manera estructurada e interdependiente.

Al igual que la doctrina y la jurisprudencia citadas, estimamos que el bien jurídico tutelado es la salud pública. No obstante, nos parece conveniente señalar que algún sector doctrinal señala que el interés social protegido, se identifica más bien con la libertad, los intereses fiscales, económicos, políticos, con la seguridad, con el orden socioeconómico o se trata de un delito pluriofensivo.

El tipo penal del tráfico de drogas consideraciones generales

La conducta, por ser el objeto de regulación de la norma jurídico-penal, representa la esencia del tipo penal y, a su vez, el punto de partida de la reacción estatal.

Además, puede entenderse, tanto desde el punto de vista de las acciones, como de las omisiones. Por los alcances del documento, nos interesan fundamentalmente las primeras que concebimos, en términos sencillos, como aquellos comportamientos voluntarios dirigidos a un fin. Para que esta acción sea penalmente relevante, además de infringir la norma, debe coincidir con la descripción abstracta del hecho (tipicidad) que hace la ley penal.

En el caso del delito de tráfico de drogas, el legislador nacional, siguiendo recomendaciones y modelos internacionales, se decantó por describir o tipificar una serie de conductas de manera escalonada o en cascada, influido por el afán de abarcar todas las fases del ciclo comercializador del narcotráfico, desde etapas iniciales del fenómeno, como el cultivo, hasta estadios terminales de la acción "finalísticamente" concebida, como la venta del producto elaborado al consumidor. Esto obedece al ánimo de evitar la aparición de lagunas regulatorias que provoquen la impunidad de

eventos relacionados con el ciclo comercializador, pues la tipificación escalonada permite que ante la ausencia de elementos que acrediten que el agente encuadró su conducta, dentro de una de las acciones previstas, como puede ser la venta, su conducta siempre se reprima, recurriendo a otros de los descriptores o verbos incluidos en el tipo. (Vg. almacenamiento o el transporte).

El tipo penal base de la estructura general de delitos, que incorpora la Ley N.º. 8204 Sobre Estupefacientes, Sustancias Psico-trópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas, (en adelante Ley de Drogas o Ley 8204), se encuentra en el artículo 58, cuyo contenido literalmente señala:

Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, retine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos.

La misma pena se impondrá a quien, sin la debida autorización, posea esas drogas, sustancias o productos para cualquiera de los fines expresados, y a quien posea o comercie semillas con capacidad germinadora u otros productos naturales para producir las referidas drogas.

La sola observación del tipo penal, nos ubica frente a una descripción de conductas de orden amplísimo, cuya estructura está constituida por un primer párrafo destinado a conminar conductas "acabadas" (almacenar, transportar, vender), y un segundo acápite dirigido a reprimir la posesión del objeto del delito, con cualquiera de las finalidades típicas previstas en el primer párrafo (posesión para la venta, posesión para la distribución etc.). Esta determinación legislativa es acorde con lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psi-cotrópicas de 1998, suscrita por Costa Rica el 25 de abril de 1989 (en adelante Convención de Viena o Convención de 1988), cuyo artículo tercero obliga a las partes suscribientes a adoptar medidas dirigidas a tipificar como delitos, los actos de posesión de drogas y las acciones consumadas de transporte, venta, producción, cultivo y otras.

Cuando el tipo penal de comentario alude al término "sin autorización legal", hace referencia a que la conducta se realiza en discordancia con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico general, por lo que requiere ser completado con elementos situados fuera del mismo tipo, mediante un proceso de integración normativa, en particular porque algunas conductas de producción, venta o distribución de drogas son permitidas, cuando el fin de la posesión no sea el tráfico ilegal, sino más bien conductas vinculadas con objetivos médicos o terapéuticos.

Las acciones típicas

Como señalamos, el tipo penal del artículo 58 de la Ley 8204, regula todas las áreas relacionadas con el proceso de tráfico, pues abarca desde los actos de cultivo o preparación de drogas, hasta acciones finales de facilitación de sustancias a terceros. Por la estructura bipartita que presenta el tipo base al que no referimos, estimamos conveniente, en primera instancia, aludir al modo cómo las distintas conductas incluidas en su contenido, pueden entenderse desde el punto de vista de la acción, recordando siempre que para considerarse típica, cualquiera de ellas, debe estar predeterminada al tráfico, puesto que estas mismas conductas, cuando están orientadas al propio consumo, están expresamente despenalizadas.

Aun cuando la ordenación de verbos típicos que contempla nuestra legislación, es disímil al planteamiento que exponemos en este apartado, decidimos realizar el análisis de las acciones, acudiendo a criterios de "proximidad" o "lejanía", con el fin último (tráfico) al que deben propender las conductas para considerarse prohibidas, ubicando nuestro comentario, en primera instancia,

sobre las figuras relacionadas con los ciclos de producción o fabricación de las sustancias, luego se mencionan las acciones "intermedias" y, por último, se refieren las más cercanas a la satisfacción del consumidor del producto.

Desde ahora estimamos conveniente apuntar que el delito de tráfico de drogas, no admite comisión culposa, pues el elemento subjetivo del tipo, no solo requiere que el sujeto activo conozca expresamente que las sustancias con que trafica son drogas, sino, además, que su tráfico es contrario a derecho, y que no obstante ese conocimiento, realice voluntariamente los actos prohibidos. Por tanto no puede entenderse perfeccionado el delito, cuando el sujeto activo desconoce la presencia de cualquiera de los elementos de la parte objetiva o la significación antijurídica de su acción.

1- Cultivar, producir y extraer

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra cultivo, como la acción de dar a la tierra y a las plantas, las labores necesarias para que fructifiquen. En tanto la Convención de Viena, cuando se refiere a este mismo concepto, alude particularmente a la necesidad de evitar el cultivo de la adormidera, al arbusto de la coca o la planta de cannabis, con el objeto de producir estupefacientes. Esta escogencia obedece, quizá, a que estas plantas son las comúnmente utilizadas como materia prima, para producir drogas, pese a que a partir de otras, también pueden sintetizarse sustancias psicotró-pícas o estupefacientes susceptibles de caer dentro de la esfera comprensiva del tipo incluido en el artículo 58 de la Ley de Drogas.

Para efectos de tipicidad, son indiferentes el método de cultivo (sistemas tradicionales, hidropónicos etc.), el lugar donde se realice el plantío (suelo, macetas, jardín exterior o interior) o la extensión del cultivo. Lo que siempre resultará trascendente es que la acción de cultivo esté preordenada al tráfico, o sea dirigida a satisfacer la demanda de consumidores, con independencia de que el producto sembrado, requiera posterior refinación o procesamiento para poder ser puesto en manos de terceros.

Estimamos que la recolección de los frutos, la recolección de las hojas o cualquier otro proceso que se realice sobre la planta, integran el concepto de cultivo, puesto que cultivar implica sembrar, plantar y cosechar.

La producción es cualquier proceso de transformación que se aplique sobre hojas, tallos o frutos, con el fin de destinar lo obtenido al tráfico, pero también se identifica con la síntesis de drogas, a partir de elementos químicos precursores (drogas sintéticas). Tanto el cultivo como la producción, son actividades preparatorias, cuyo objetivo es la obtención final de la droga, independientemente de que el tráfico apenas aparezca como una posibilidad remota en la mente de quien ejecuta tales conductas. No obstante, a nivel empírico, sería harto difícil imaginar un plantío de marihuana sembrado con fines de conservación o esparcimiento, por lo que las reglas de la experiencia indican que estas acciones usualmente están impregnadas por el ánimo de intervenir en el giro comercial de la drogas.

El término extraer se identifica fundamentalmente con acciones relacionadas con la obtención de alcaloides, a partir de las plantas cultivadas, y apareja un proceso de producción o transformación de la materia prima base. Además, es una conducta prohibida, aun cuando el producto obtenido no sea susceptible de consumo inmediato, sino materia para el procesamiento ulterior de la sustancia estupefaciente o droga.

La estrategia del legislador con la prohibición de las fases iniciales del tráfico, fue estructurar un espectro punible de amplia extensión que se inicia en momentos anteriores a la existencia de la

droga "consumible", que es la fase cuando se ejecutan las actividades de producción, cultivo o extracción. Sin embargo, exige la demostración de que las acciones ejecutadas, están determinadas por el ánimo de intervenir en el giro comercial del narcotráfico.

2- Fabricar, refinar, transformar y elaborar

Estas operaciones de síntesis de drogas u estupefacientes, se ubican en un estadio posterior a las fases de cultivo o producción, por lo que implican la existencia de materia prima que requiere transformarse para convertirse en productos prohibidos no terminados (vg. pasta de cocaína), o en sustancias que ya puedan ser comercializadas para satisfacer el interés del consumidor.

Cuando el tipo penal alude al término fabricar, se refiere a los procesos mecánicos de construcción o procesamiento de drogas sintéticas, a partir de químicos de diversa naturaleza (Vg. MDMA o éxtasis).

La voz refinar está relacionada con el proceso de transformación de la materia prima en un objeto susceptible de ser consumido por quien demanda la sustancia (en términos latos, el clorhidrato de cocaína, por ejemplo, requiere para su refinación de un proceso que implica someter sus hojas a purificación química, mediante el uso, entre otras, de sustancias tales como: acetona, ácido sulfúrico, permanganato de potasio o ácido clorhídrico). Además, la elaboración está relacionada igualmente con procesos de cambio de productos primarios en otro tipo de sustancias.

Pese a que los fonemas mencionados no son absolutamente sinonímicos, en lo fundamental todos ellos se vinculan con procesos de conversión de un objeto en otro, y están dirigidos a regular una de las fases más importantes del esquema general del tráfico de drogas, que es la fase de producción del material que ulteriormente será proveído al consumidor. Tanto la elaboración, la fabricación o la refinación, son acciones de carácter intermedio que implican procesos de transformación que provocan cambios físicos y químicos a la materia base, los cuales pueden ser tan complejos, como la transformación de las hojas de coca en un clorhidrato, hasta acciones más llanas, como la elaboración del crack o liar cigarrillos de marihuana para la venta.

Respecto de este tema, el autor Rodríguez Devesa señala que en cuanto al termino elaboración hay que considerarlo más extenso que el de fabricación; este comprende todos los procedimientos distintos a la producción, que permiten obtener estupefacientes incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes en otros La elaboración incluirá además la obtención de cualquier producto mediante mezclas u otro tipo de combinaciones, que tengan propiedades de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas,. Siempre que en tales combinaciones se utilice todo o en parte alguno de esos productos.

En concreto, los procesos de fabricación, transformación, elaboración, fabricación, refinamiento o extracción, aluden a procesos constructivos, preordenados al tráfico de drogas. Todos ellos implican mutar sustancias de una naturaleza en otra. Esta estructura legislativa obedece igualmente al ánimo de regular cualquier actividad relacionada con procesos de transformación de sustancias o extracción de alcaloides, puesto que el proceso de fabricar, usualmente apareja refinar, transformar o extraer. La refinación lleva consigo la idea de transformar o elaborar, y la elaboración igualmente puede implicar acciones de extracción y fabricación. Como anteriormente señalamos, esta técnica legislativa revela la intención de trasladar la punición de conductas a eventos, en donde aún ni siquiera existen drogas materialmente consideradas como "consumibles".

3- Almacenar

La voz almacenar alude a las acciones de poner o guardar objetos en un edificio o local. Significa entonces, poner bienes o cosas bajo la custodia o guarda de persona determinada, quien asume la obligación de responder por ellos, cuando se los pidan.

Un sector de la doctrina argentina, señala que el almacenamiento es una conducta de tráfico que significa reunir, acopiar, guardar, o tener drogas, pero en mucha cantidad, con el propósito de ponerla en circulación por, si o por otro, en el tráfico ilícito.

Cuando se exige como requisito, la importancia cuantitativa de la droga resguardada para considerar configurado el almacenamiento, se hace con el afán de distinguir esa acción de actos de mera tenencia o posesión de pequeñas cantidades. Este factor, en nuestro ordenamiento, es indiferente (siempre que se haya establecido el destino tráfico), en razón de que el legislador no estableció cuantía determinada para asumir como perfeccionada una u otra conducta, y porque las penas con que se sancionan ambos actos, son idénticas, aunque debemos admitir que el factor cantidad, es importante a efecto de esclarecer el propósito de la tenencia, como indicaremos luego.

Al igual que con las figuras de cultivo, fabricación u elaboración, es imprescindible que el ánimo tendencial del almacenador se identifique con el interés de traficar con la sustancia. Este elemento subjetivo no necesariamente debe estar sembrado únicamente en la psiquis del almacenador, sino que también puede encontrarse en autores mediatos del hecho criminal.

4- Transportar

Implica la acción de trasladar el objeto de un lugar a otro. Puede realizarse mediante la utilización de cualquier medio de locomoción (mecánicos, animales y humanos) que permita el cambio de sede del producto, con independencia de la distancia de desplazamiento. Para la configuración del delito, es indistinto que los consumidores a quienes esté destinada la droga, estén en nuestro territorio o no, pues el concepto de tutela es la salud pública general y no la particular de un Estado.

El transporte es una de las actividades más importantes del giro comercial del narcotráfico, pues permite enlazar los centros de producción y de consumo. Es usual que el propietario de la droga o el coordinador del desplazamiento, no intervenga directamente en la acción de transporte de drogas o llegue siquiera a poseer materialmente el cargamento. No obstante, aun en este evento, es factible atribuirle el transporte, si es dable demostrar que tuvo disponibilidad sobre el estupefaciente.

Desde la perspectiva subjetiva, para la configuración del transporte, se requiere que el sujeto tenga conocimiento y voluntad sobre:

- La conducta que lleva a cabo.
- El objeto del delito.

Aun cuando no parece requerir aclaración, tanto las acciones de traslado o guarda de hojas, frutos o plantas que facilitan la producción de drogas (cuando estén preordenadas al tráfico ilícito), también perfeccionan el delito.

El transporte o el almacenamiento puede ser realizado por cuenta propia o por terceras personas, siempre y cuando el que efectúe la conducta directa, conozca que lo que almacena o transporta es droga, puesto que sí el sujeto que comete el tipo objetivo, desconoce la existencia del objeto material, podríamos encontrarnos ante supuestos de autoría mediata que provocarían que la conducta del ejecutor material, quede impune por falta de dolo. Sin embargo, el delito sí sería



atribuible a la persona que lo utilizó para ejecutarlo.

5- Vender

Vender implica transmitir el dominio de un objeto a otra persona a cambio de dinero. Esta es una de las acciones finales del ciclo comercial del narcotráfico y una de las fases del ciclo que garantizan la obtención de ganancias. No incluye las acciones de dación en pago o permuta que son figuras contractuales utilizadas, también para intercambiar droga (englobadas más bien en el concepto general de comercio que también prevé el tipo en comentario).

Uno de los aspectos interesantes que se plantea en relación con la venta de drogas, es la discusión en torno a si para el perfeccionamiento del delito, es necesario que opere la consignación o entrega del objeto del vendedor al comprador. Este problema desde la perspectiva típica, no existe respecto al vendedor, puesto que él ya ha poseído la sustancia y ha manifestado su destino con la oferta de venta. El verdadero problema surge en torno al comprador que aún no ha adquirido la droga, puesto que la adquisición puede ser para uso propio o para destinar a terceros.

En este sentido Rey Huidobro señala que si se logra establecer que el comprador gestionó la droga con la finalidad de actuar como traficante, podría ser suficiente para su punición, el encuentro de voluntades, seguido de actos inequívocos dirigidos a adquirir la sustancia, los cuales manifiesten el inicio de la comisión del delito, puesto que la entrega de la cosa no es exigida en derecho privado, ni mucho menos en el ámbito penal, para declarar la responsabilidad del sujeto.

La tesis expuesta es apoyada por otros autores, quienes en relación con el mismo tópico plantean que si la droga ofrecida es incautada en poder del vendedor, sin que haya ejecutado la entrega material del objeto, no existe obstáculo para considerar al adquirente responsable de delito, siempre y cuando se establezca que la finalidad de la posesión, estaba orientada al tráfico y se hayan ejecutado actos inequívocos dirigidos a adquirir la sustancia que manifiesten el inicio de la comisión del delito.

El tema planteado no ha sido discutido extensamente por la jurisprudencia nacional. No obstante, existe un precedente que se decantó por absolver, a quien había pactado la adquisición de cierta cantidad de cocaína y fue detenido sin que se efectuara la entrega material del objeto. En este sentido, la Sala Tercera señaló lo siguiente:

Por economía procesal, esta Sala entra directamente a resolver el motivo de fondo interpuesto por el acusado W. R. R., quien alega la atipicidad de su conducta, la cual consistió en haber pactado una compra de droga, cosa que no se realizó ni pudo siquiera desarrollarse en virtud de la intervención policial. Los suscritos coinciden con el alegato planteado. Efectivamente, si se observa la actuación acreditada del coencartado R. R. (folios 1017 y 1157 y siguientes), esta se limitó, por la inoportuna interferencia policial, a pactar la compra de medio kilo de cocaína, pues M. C., el vendedor, fue detenido con anterioridad al encuentro; de tal suerte que a R. R. , lo que se le sanciona es una intención manifiesta, un acuerdo y una espera infructuosa, sin que haya siquiera desarrollado actos de ejecución de algún verbo típico (traficar, comerciar, poseer, etc.). En consecuencia, la actuación de R. R. se restringió a actos preparatorios, los cuales por tesis de principio de un ordenamiento penal liberal (o "democrático", como suele convencionalmente llamársele), son impunes; ello no sólo por un asunto de tipificación específica, o de política criminal normada, sino esencialmente en respeto al principio de lesividad que debe entenderse contenido en los preceptos fundamentales, es decir que el Estado no puede intervenir o sancionar acciones que no dañen a otra(s) persona(s) (recogida tímidamente en el artículo 28 de



la Constitución Política). [...]. En consecuencia, tener como típico el simple acuerdo para traficar drogas, amén de un riesgoso precedente para otros casos, tanto a efectos probatorios como de política punitiva, es un error y va contra los principios básicos de las garantías liberales del derecho penal, dado que no se ha causado lesión a ningún bien jurídico ni esta se encuentra en marcha; lo cual haría ilegítima la intervención estatal. Por otra parte, esas meras actuaciones, no están dispuestas para la realización inmediata del tipo delictivo, conforme al plan del autor, que sólo se daría en el acto mismo de la posesión del tráfico o comercio (que plausiblemente habría tenido lugar de no haber sido por la ingenua actuación policial), y no antes. En razón de lo anterior, debe procederse a absolver a W. R. R. por el delito de tráfico de drogas, que en perjuicio de la salud pública le ha sido achacado.

Aun cuando en el precedente jurisprudencial citado, se descartó la posibilidad de considerar consumado el delito, creemos que es posible considerar que el delito está perfeccionado, cuando el comprador haya expresado actos que indefectiblemente ilustren el ánimo de poseer la sustancia para destinar al tráfico. Cuando la entrega material del objeto, no forma parte del tipo, existe una aprehensible manifestación de voluntad de participar en el giro comercial. Además, se descarta el ánimo de adquirir para el propio consumo y abstractamente se puso en peligro el bien jurídico tutelado, sobre todo cuando como consecuencia de las acciones de petición y tratativas negociales preliminares, se propició y ejecutó el traslado de la sustancia hacia el adquirente, aunque este nunca haya alcanzado la posesión material de la sustancia.

6- Distribuir y suministrar

Aunque podemos tratar de establecer diferencias semánticas entre una y otra categoría conceptual, ambas aluden a la acción de entregar objetos a personas. Sin embargo, la acción de distribuir se entiende más relacionada con un número indeterminado de personas, en tanto el suministro está referido a la facilitación de objetos a un tercero determinado.

De idéntica manera al resto de los verbos típicos incluidos en el artículo 58, cuando se establezca que la distribución o el suministro está preordenado al tráfico, el delito se consume, con independencia de que la entrega sea onerosa o gratuita. El propósito del distribuidor o suministrador, cuando de entrega gratuita se trata, puede extraerse de actos de donación dirigidos a sembrar la adicción, en quienes se mantienen alejados del consumo, a fomentarla en quienes apenas empiezan a verse afectados por esa patología, que es un método al que suelen recurrir los traficantes para garantizarse nuevos clientes y propiciar un mercado que a posteriori les brinde ganancias. El suministro o la distribución tiene carácter oneroso, aun cuando lo recibido a cambio de la droga, no sea dinero, sino un pago en especie.

Algún sector de la doctrina y la jurisprudencia extranjera, aboga por considerar que no es punible la acción de quien provee a otro la sustancia estupefaciente cuando la facilitación obedezca al interés de satisfacer su adicción. Además, el peligro de difusión se elimina, cuando la entrega se hace a persona concreta, ya consumidora de las mismas y con el ánimo de evitarle los efectos del síndrome de abstinencia que sufrirá, en caso de carecer de drogas, y cuyo consumo está habituada. En estos casos de suministro directo, la conducta, no genera riesgo para el bien jurídico. Según este criterio, para que el suministro gratuito se pueda considerar impune, deben cumplirse al menos, los siguientes requisitos:

- No se debe realizar la facilitación a persona o personas indeterminadas.
- La persona concreta que recibe la droga debe ser consumidora para aliviar sus carencias.



- La donación debe evitar sufrimiento y angustias generadas por el síndrome de abstinencia.
- El consumidor debe proceder a tomaren forma inmediata, la droga suministrada.
- No puede admitirse ninguna contraprestación.

El tema relacionado con el suministro, linda con el fenómeno del consumo compartido de drogas que, por su manifestación conductual, apareja el intercambio y el suministro gratuito y mutuo de dosis de drogas de distinta naturaleza. En este caso, es válido decantarnos por afirmar la atipicidad de la conducta, pues la posibilidad de afectación al bien jurídico, no es siquiera remota, ya que el consumo queda referido a toxicómanos que, por tal condición, se ven impelidos a consumir, sin que exista riesgo alguno de incidir en la salud de otras personas.

En este mismo sentido, la Sala Tercera de la Corte, mediante voto n.º 616-F de las 11:05 horas, del 13 de octubre de 1995, señaló que el suministro ocasional de droga con tendencia de consumo inmediato, excluye el riesgo para el bien jurídico tutelado, en los siguientes términos:

De acuerdo con los hechos que la sentencia tuvo por ciertos, el veinte de febrero de mil novecientos noventa y tres, varios oficiales de la Policía Antidrogas del Ministerio de Seguridad Pública y del Organismo de Investigación Judicial se hallaban en Jacó realizando operativos en materia de drogas y en horas de la madrugada del día siguiente, estando dichos investigadores en la Guardia Rural de dicha localidad, el imputado J.L.S.B. se acercó al oficial C.O., con quien había hablado antes, y desconociendo que era Policía, entabló conversación con él y le ofreció que fueran a fumar marihuana cerca de ahí. Al observar ese movimiento, el oficial V.Z. se les acercó, por lo que el justiciable sacó un cigarro de marihuana y le dijo: "Tomé compita, hacete uno para la fiesta"[sic]; pero al percatarse que eran de la policía tiró en un callejoncillo un envoltorio que contenía seis cigarrillos de marihuana y 0.30 gramos de picadura de esa misma droga. Según lo expuesto, la conducta de S.B. aparece como un acto ocasional, propio de las circunstancias, aislado, que se lleva a cabo en una sola oportunidad, es decir, sin reiteraciones ni insistencia, de manera que no se relaciona con ningún otro comportamiento similar atribuible a esta persona, ni mucho menos con la intención dolosa de distribuirla droga. El imputado no va más allá de la simple acción impremeditada de ofrecer el cigarrillo de marihuana, sin consecuencias de ninguna otra índole, que pudieran atentar contra la Salud Pública. En esas especiales circunstancias, es evidente que no se produjo ningún peligro para el bien jurídico protegido. Ha quedado demostrado que la conducta del justiciable, por haberse realizado en las condiciones de excepción ya señaladas, resulta en sí misma inocua, no produce ningún riesgo para la Salud Pública. Las conductas propias del tráfico de drogas, como por ejemplo, la distribución o el suministro, son delitos de peligro (Sala Tercera, voto 683-F de las 9:05 horas del 13 de diciembre de 1991), lo cual no exime del deber de analizar en cada caso la conducta acusada, para determinar si representa un peligro para los bienes tutelados por la ley. En el presente caso, vistas las particulares características que presenta el hecho y al excluirse todo riesgo para el bien jurídico protegido, la acción desplegada por S.B. resulta atípica, toda vez que no encuadra en ninguna de las figuras penales propias del tráfico de drogas. Es decir, no constituye suministro o distribución, tampoco estímulo ni promoción del consumo de la sustancia ilícita. III.- Debe quedar claro que el presente asunto es distinto de aquéllos en que la Policía interviene por medio de un "agente encubierto" para demostrar la

actividad ilícita que está realizando una determinada persona involucrada en el tráfico de drogas. En estos casos, el sujeto activo ya ha consumado una conducta delictiva, o sea, la posesión de droga para el tráfico, [...].

7- Comerciar

De los verbos típicos incluidos en el artículo 58 de la Ley de Drogas, el que alude al concepto de comercio, es uno de los más amplios incluidos en la descripción típica, puesto que abarca todas las posibilidades de trasiego que impliquen acciones de transmisión de droga, siempre y cuando concurra una contraprestación económica o en especie, o la obtención de provecho. De esta manera, dentro de esta denominación genérica, pueden incluirse las figuras de permuta, consignación, dación en pago y cualquier otra que implique la transmisión del producto, a cambio de un provecho económico de cualquier especie.

El concepto de tráfico o comercio debe alejarse de connotaciones mercantilistas, pues por ser el bien jurídico, la salud pública, haya o no haya contraprestación, siempre debe entenderse perfeccionado el tipo. En este sentido, Rey Huidobro señala lo siguiente Al infundirnos la idea de mercantili-dad, cabría pensar que el tráfico de drogas posee la estructura de un delito habitual, para cuya existencia es necesaria una pluralidad de conductas, por lo que un único acto de tráfico no daría lugar al delito, debiendo el comercio de la droga tener cierto carácter reiterativo; pero precisamente porque el derecho penal es una rama independiente y autónoma del resto del ordenamiento jurídico, la expresión tráfico no hay que entenderla en un sentido mercantil: en consecuencia no es preciso la habitualidad ni el lucro, sino que penalmente el delito se perfeccione con la realización de un solo acto de los que los componen.

La jurisprudencia nacional acertadamente indica que la habitualidad no es un requisito del tipo. Por tanto, no es un elemento de necesaria presencia para la configuración del hecho punible, en este sentido, la jurisprudencia, esencialmente señala lo siguiente:

I. Contrario a lo señalado por quien recurre, en el fallo cuestionado se logró comprobar- lejos de toda duda razonable - que el imputado O.N. incurrió en la conducta ilícita de trasegar drogas. La circunstancia de "habitualidad" en el expendio (desde cuándo se encontrase vendiendo, o a qué momento se remontaba la afluencia de O. N. al punto donde se reunían a vender droga los coencartados) resulta intrascendente, desde un punto de vista de configuración del ilícito, pues la habitualidad o permanencia en la actividad no es requisito del tipo penal aplicado al caso en cuestión, siendo que dicha delincuencia concurre aún tratándose de una única venta (al respecto, entre otras, la resolución de esta Sala número 646 de 15:10 horas del 8 de julio de 1997)".

b) Naturaleza jurídica de los delitos

[Alvarado]²

Analizaremos en el presente capítulo la naturaleza jurídica de los delitos clásicos o tradicionales en materia de drogas, tales como el cultivo y fabricación ilícitos, el tráfico y suministro de las sustancias ilegales. Denotamos desde ya, que otras figuras delictivas relacionadas con la actividad delictiva del narcotráfico, tales como las variadas formas de encubrimiento y el denominado "lavado

de dólares", tienen una naturaleza jurídica diversa y lesionan o ponen en peligro otros bienes jurídicos, distintos a la salud pública. El estudio de su naturaleza jurídica se realizará en el análisis particular de dichas figuras, en el segundo título del presente trabajo de investigación.

Habíamos dejado patente que los delitos de tráfico y conexos pertenecen al género de los delitos contra la seguridad común.

Efectivamente, los mismos lesionan dicho estado ideal, siendo su característica principal la creación de un riesgo para diversos bienes. El fundamento de su punibilidad es por tanto la provocación de un riesgo para el bien jurídico salud pública: una posibilidad objetiva de lesión.

Es así como iremos desentrañando la naturaleza jurídica de estas figuras delictivas, desde el punto de vista de la lesión real o potencial al bien jurídico, de su menor o mayor probabilidad para la materialización del daño y del "grado" de peligro que lleva intrínseca la acción en sí misma.

Precisada su naturaleza jurídica, advertiremos, no obstante, los riesgos que conlleva una extensión arbitraria de las barreras de protección penal en la incriminación de comportamientos con fundamento en el peligro que representan para el bien jurídico, máxime si este último posee una naturaleza abstracta e imprecisa. Se trata de un riesgo para la seguridad jurídica, para el individuo.

I: Delitos de peligro abstracto

A) Idea de peligro

Los delitos contra la Salud Pública pertenecen a los delitos contra la seguridad común. La lesión a la seguridad se perfecciona con la creación del "riesgo" para los bienes de un número indeterminado de personas, en este caso concreto, para el bien salud. Mas son acciones delictivas que ponen en peligro la seguridad común, no la seguridad individual o la seguridad jurídica. No es la salud individual la que se trata de tutelar, sino la salud pública y por ello se sancionan dentro de las acciones que atentan contra este bien las que signifiquen en sí mismas un "estado de peligro" para un número indeterminado de personas y para diferentes esferas de la salud pública: salud individual, libertad de autodeterminación, seguridad vial, en fin: seguridad de los ciudadanos en general.

Por ello se establece en la doctrina que estos delitos son de peligro común, y no interesa el consentimiento del consumidor.

Para un análisis objetivo de esta categoría de acciones delictivas debemos empezar por dominar qué se entiende por peligro.

Peligro en sentido jurídico significa la mayor o menor probabilidad de producción de un resultado lesivo al bien jurídico tutelado, comprobada objetivamente.

No hablamos de peligro cuando la producción de dicha lesión es imposible o ya se ha materializado.

Peligro es por ende, un estado objetivo de probabilidad de daño, lleva implícita la idea de riesgo. Mas no se debe confundir dicho estado con la alarma social que provocan las acciones delictivas en mayor o menor grado; la cual obedece más bien, a factores de orden psicológico.

El Derecho se adelanta mediante la sanción de los comportamientos "peligrosos" para los bienes jurídicos. Es evidente la idea preventiva de esta política, idea que se ve reflejada en la tipificación de muchas acciones delictivas.

Así nos dice SOLER: "Peligro es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso. El derecho opera con esa idea con toda frecuencia, y hasta tal vez con frecuencia mayor que con la idea de daño, precisamente por la voluntad de prevención que lo inspira".

La idea de peligro va muy unida a la noción de riesgo: probabilidad mayor o menor de lesión a la salud pública, a la salud de la colectividad, ello determina el momento de la consumación del delito:

Para JIMENEZ DE ASUA lo mismo que para FERRER SAMA son delitos de peligro aquellos en los que basta para la realización típica de la acción y la consumación, que haya ocurrido un estado de riesgo o probabilidad de daño al bien jurídico protegido.

Definido sumariamente qué se entiende por peligro, debemos acotar que se puede hacer una diferencia entre peligro común y el peligro particular con referencia a la determinación o indeterminación de las personas o cosas sobre las que recae la acción. Los delitos contra la salud pública son de peligro común. Ya lo dice SOLER: "La ley en este capítulo no toma en consideración ni el interés de un determinado sujeto en particular ni una determinada clase de bienes".

B) Delitos de peligro abstracto delitos de peligro concreto

La idea de probabilidad es básica no sólo para fundamentar la categoría de los delitos de peligro, sino para distinguir en una relación gradual, los delitos de peligro abstracto de los delitos de peligro concreto: "...si respecto a la producción de un acontecimiento caben distintos grados de probabilidad, ello nos llevará a afirmar que también caben distintos grados de peligro".

Es precisamente el criterio de la probabilidad el que ha servido de base a algunos tratadistas para justificar y caracterizar los delitos de peligro y luego para distinguir dentro de estos, los delitos de peligro concreto en los que el peligro va intrínseco en la acción y por ende debe comprobarse en el caso concreto, de los delitos de peligro abstracto donde la lesión al bien jurídico se vislumbra más lejana, pero no deja de ser probable dada la consideración de una serie de circunstancias objetivas y datos de la experiencia de la vida que llevan al legislador a sancionar la conducta, aunque luego se demuestre en el caso concreto que no se produjo la lesión.

Sobre la idea de probabilidad estructura BERISTAIN dos definiciones diversas del peligro: "se puede definir el peligro como la alteración desfavorable de las probabilidades de riesgo jurídicamente permitido, como la lesión potencial de un bien jurídico mediante la perturbación actual de la seguridad por la probabilidad de un daño".

La diferencia esencial entre los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto radica en que en los primeros el peligro acompaña a la acción descrita en el tipo de manera real y no potencial: la lesión ocurrirá con mayor grado de probabilidad. La consecuencia es que la acción no será típica si objetivamente no representó peligro para el bien jurídico, diverso al caso del peligro abstracto, donde la tipicidad de la acción no depende de la existencia en el caso concreto de una situación de peligro inmediato. El mismo se presume, dado que la acción descrita en la ley normalmente llevará a la lesión del bien jurídico y ese es el motivo de su incriminación.

"La mayor parte de la doctrina suele entender por delitos de peligro concreto aquellos en que la exigencia del peligro viene contenida en el tipo, como elemento del mismo, mientras que en los

delitos de peligro abstracto el peligro constituye el motivo de su introducción por el legislador, pero en el tipo no aparece la exigencia de un peligro como elemento típico (SCHONKE- SCHROEDER). Por tanto, en los delitos de peligro abstracto no se exigiría una comprobación del peligro por parte del juez, mientras que tal comprobación sería necesaria en los delitos de peligro concreto".

QUINTANO nos brinda una clasificación de las acciones delictivas en atención a su riesgo

inmediato o remoto que nosotros consideramos perfectamente asimilable a la distinción entre delitos de peligro concreto y abstracto: "...ha clasificado las infracciones contra la comunidad social, distinguiendo, en su primera parte, que abarca las infracciones contra la seguridad material, aquellas de resultado o riesgo inmediato (donde incluye terrorismo, explosivos, estragos e incendios) de las de riesgo remoto (en las que recoge la tenencia de armas, salud pública, omisión de socorro y seguridad en las comunicaciones)".

La idea de los delitos de peligro abstracto se termina de perfeccionar con base a la clara intención preventiva de la lesión, que fundamenta su establecimiento e incriminación. Normalmente se trata de un adelantamiento de las barreras de protección penal hasta la sanción incluso de acciones que son en la realidad "actos preparatorios" de otras, pero que por sí mismas representan un peligro para el bien jurídico.

Los delitos que aquí analizamos son delitos de peligro abstracto, el riesgo o peligro que provoca la acción se presume, no se exige su comprobación en el caso concreto a fin de establecer la tipicidad y consumación del delito. Tal presunción tiene su origen en la ley, que a su vez, la ha forjado y fundamentado con base en el dato de la experiencia, de la estadística, del sentido común que señala al legislador que determinadas acciones con mucha frecuencia desembocan en una lesión al bien jurídico.

La presunción opera "iure el de iure", aunque el caso concreto represente alguna excepción, opera una regla general.

En el mismo sentido se manifiesta BACIGALUPO: "mientras que los delitos de peligro concreto requieren la comprobación del peligro concreto sufrido por el bien jurídico, en los de peligro abstracto basta la comprobación de la acción, al punto que estos últimos en la realidad no se diferencian de los delitos de pura actividad.

Zaffaroni por el contrario, sólo admite que hay delitos de peligro presunto, en los que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al imputado demostrar que en realidad el bien jurídico no corrió peligro alguno, operando una presunción "iuris tantum" y no "iure et de iure".

"Son delitos de peligro abstracto por la probabilidad de una situación de peligro para la salud de los ciudadanos en cuanto posibles víctimas de futura drogodependencia (paralelismo con los delitos de falso testimonio... y en cuanto la posible subsecuente pérdida de autodirección personal o del poder de inhibición en los actuales drogodependientes (por paralelismo con la embriaguez), y también -aunque secundariamente- por la probabilidad de una puesta en peligro de la seguridad de los ciudadanos en cuanto posibles sujetos pasivos de posibles delitos futuros cometidos por los drogadictos (víctimas estos, a su vez, de la drogodependencia)".

Nuestra posición en torno al objeto material del delito refuerza la categoría de los delitos de peligro abstracto, en vista de que se presumen los diversos daños y efectos negativos que provoca el consumo de cualquier tipo de droga. Como creemos haber comprobado en el primer capítulo de esta investigación: toda droga ocasiona dependencia ante su consumo, una dependencia al menos psicológica y el consumo de las mismas, por demás se traduce en serios daños a nivel orgánico. Claro está, el delito se presentaría ante acciones de producción o tráfico de droga "ilegal".

II: Crítica a los delitos de peligro abstracto: Exigibilidad de un límite en la formulación de los delitos de peligro

A) Crítica:

En la doctrina se observa una tendencia desfavorable hacia la categoría de los delitos de peligro y especialmente hacia los delitos de peligro abstracto. Ello va en íntima relación con la idea de la función que debe tener el Derecho Penal. Habíamos denotado que los delitos de peligro obedecen a una idea de prevención, en el tanto el resultado o la lesión aún no se ha producido.

No obstante, autores como Hassemer ven en la categoría de los delitos de peligro y sobre todo de peligro abstracto una desnaturalización del derecho penal:

"Estrechamente relacionada con lo anterior está la técnica de tutela de la criminalización del peligro, es decir, la "criminalización anticipada". Los motivos de punibilidad no son las lesiones a un bien jurídico, sino las acciones que de un modo típico ponen en peligro un bien jurídico (falsear un balance, poseer estupefacientes). Con ello el delito pierde la visibilidad del mal, la ocasión del miedo. El control penal cesa de ser una respuesta a acciones malignas y, tendencialmente, se convierte en una protección colateral del derecho administrativo".

En contraposición con esta opinión nos dice SOLER:

"Peligro es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso. El derecho opera con esa idea con toda frecuencia, y hasta tal vez con frecuencia mayor que con la idea de daño, precisamente por la voluntad de prevención que lo inspira".

Autores como RODRIGUEZ DEVESA y BELLING no admiten la categoría de los delitos de peligro abstracto. El primero manifiesta que: "el tipo de injusto no admite más que delitos de concreto. Lo cual no es obstáculo para que el llamado peligro abstracto constituya el motivo que induce al legislador a incriminar una determinada conducta... desde un punto de vista técnico no es posible más que la configuración del peligro concreto. O se exige para que una conducta constituya delito que se haya producido efectivamente una situación peligrosa o no se exige. Pero en este último caso la existencia del delito es independiente de que haya habido, efectivamente, un peligro".

"Habrá un delito de peligro abstracto, en la opinión de BELLING "cuando la ley penal sanciona una acción en virtud del peligro que ésta normalmente representa, incluso en el caso que no haya sido peligrosa en concreto, de tal manera que el juez, naturalmente no necesita comprobar una puesta en peligro e, inclusive, la clara prueba de la carencia de peligrosidad de la acción no excluirá la aplicación de la ley penal. De ello deduce Belling que los delitos de peligro abstracto no serían sino "tipos de lesión y sin peligro".

Para dicho autor tales delitos carecen de toda existencia justificada. En el mismo sentido RODRIGUEZ DEVESA: "los tipos no están técnicamente contruidos como delitos de peligro, porque no se requiere que éste se haya producido para imponer las penas que se señalan. Son delitos, por consiguiente, de resultado, aunque éste no sea, ciertamente, atentatorio a la vida o la salud corporal de una persona concreta y determinada".

En nuestra opinión los delitos de peligro obedecen a una finalidad preventiva, ciertamente el resultado no interesa para su consumación. Mas es dable que el derecho se adelante hasta la sanción de comportamientos que constituyan un estado objetivo de peligro para el bien jurídico. Ciertamente es reprochable la conducta del que por ejemplo, vende la droga con conocimiento de lo que hace. Es allí donde interviene el derecho, aunque luego el consumidor en el caso concreto decida no usarla.



Por otro lado, la justificación de la incriminación y establecimiento de los delitos de peligro obedece a las reglas de la experiencia, al sentido común, a la estadística las que señalan que determinados comportamientos normalmente se traducen en una lesión a los bienes jurídicos.

El autor del delito sabe esto y por ello actúa irresponsablemente, a semejanza del dolo eventual. Al sancionarse el comportamiento que normalmente desembocaría en una lesión, la ley no permite la prueba en contrario.

Así nos dice RODRIGUEZ MOURULLO: "La experiencia enseña que de determinadas causas derivan, con uniformidad de establecer la aptitud, la capacidad, la idoneidad general de un hecho para causar un determinado efecto... La no producción del efecto- concluye ANTOLISEI -no desmiente el pronóstico, porque la naturaleza del caso concreto no altera el carácter general de los casos de la misma especie".

Siguiendo a BERISTAIN, el autor del delito de peligro abstracto, también ha alterado desfavorablemente las probabilidades del riesgo jurídicamente permitido.

La formulación de delitos de peligro abstracto en materia de drogas, tiene una evidente finalidad preventiva. Por lo general se trata de actos preparatorios de otras acciones. Sin embargo, el derecho ha querido adelantar sus "barreras de protección" hasta la incriminación de los mismos con el fin de atacar desde sus bases el ciclo empresarial del narcotráfico; así se dispone la sanción de la posesión de materiales, equipo, instrumentos, con el fin de fabricar la droga, la posesión de la droga con fines de tráfico, etc.

Desde este punto de vista no criticamos la formulación de los delitos de peligro abstracto y concretamente de los delitos contra la salud pública que pertenecen a esta categoría.

Tales conductas delictivas, son a mi juicio estados objetivos de riesgo, de una gran probabilidad de lesión. "Ratigla rechaza la confusión entre peligro futuro y peligro abstracto, al que prefiere calificar de presunto, pues estima que el peligro futuro es un peligro de peligro, mientras que el abstracto es un peligro de lesión".

La idea de riesgo opera incluso ante la presencia del resultado, en esta clase de delitos: "En los casos en que el resultado se concrete en una lesión, importará más el valor sintomático de ésta que el aspecto material de ella en cuanto a detrimento".

No se admite la prueba en contrario de la no presencia del peligro, en estos delitos: aduciendo la no producción de la lesión o el resultado, en vista de que el juez lo que valora es la conducta inicial del riesgo objetivo para el bien jurídico.

El juicio de probabilidad se realiza sobre una situación de hecho real, de acuerdo con normas de la experiencia y conforme a criterios fruto de la observación sistemática de los hechos. Por ello se prescinde luego de los efectos históricos concretos, producidos con posterioridad a la realización de la acción.

Se postula también la incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de culpabilidad.

"La argumentación con la que se sostiene este punto de vista por Arthur Kaufmann parte de la comprobación -ya señalada, como vimos, por Beling- de la falta de relevancia del peligro para decidir sobre la tipicidad del comportamiento "Esto tiene por consecuencia que no beneficia al autor suponer -correcta o erróneamente- que su acción no representa peligro alguno. De esta manera también la culpabilidad se presume sin prueba en contrario o, incluso es fingida".

No estamos de acuerdo con esta posición, en primer lugar, la relevancia del peligro en estos delitos

tiene su base en un estado real y no imaginario. El comportamiento "peligroso" normalmente se traduce en una lesión, de ahí que sí se toma en cuenta la "relevancia" del peligro. En segundo lugar, consideramos que el sujeto que conociendo el peligro que representa su acción, E. j. un suministro de psicotrópicos, y pudiendo determinarse de otra manera, siempre realiza tal conducta, configura el requisito de la reprochabilidad como elemento integrador del delito y por ende su conducta resulta culpable y sancionable.

En todo caso, si el autor ignora que su conducta puede poner en peligro el bien jurídico Salud Pública, su conducta no sería reprochable: "o estaríamos en el caso de un error de hecho": No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre alguna de las exigencias para que el delito exista, según su descripción" (Artículo 34 del Código Penal) o en el caso de un inimputable. En otras palabras, la formulación de los delitos de peligro no excluye la necesidad de la comprobación de la reprochabilidad de la conducta (puede presentarse también el caso de un error de la prohibición que excluya la responsabilidad)".

"El juicio de probabilidad se realiza a posteriori por el juez, sobre la situación presentada al momento en que el imputado realizó su acción, sin dejar de tomar en cuenta los conocimientos que este tenía sobre el desarrollo del curso causal y valorarlos conforme a la experiencia general.

Esta misma postura es adoptada a nivel jurisprudencial en España: (Sentencias del Tribunal Supremo del 10 de octubre de 1982, del 28 de marzo de 1983) donde se establece que los delitos establecidos en el artículo que sanciona las diversas formas que asume el tráfico de drogas, son de peligro abstracto, donde basta que se presenten dos elementos: el externo, representado por la ejecución de actos de tráfico de drogas y el interno o psicológico (conocimiento del agente del carácter de autorización legal para realizar la acción).

B) Limite a los delitos de peligro:

El bien jurídico salud pública es claramente puesto en peligro con la realización de las conductas de tráfico y comercio de la droga. El peligro se vislumbra más lejano en el caso de las acciones de cultivo y fabricación de la droga y en el caso de otra serie de actos

preparatorios que al ser considerados delitos por la ley pasan a tener su propia autonomía, como es la figura de la posesión o comercio con semillas con capacidad germinadora para la producción de la droga (segundo párrafo del artículo 16 de la "Ley de Sustancias Psicotrópicas) NQ 7093.

La criminalización anticipada, va muy unida a la idea del peligro. ¿Hasta dónde podemos llegar con esta política de finalidad "preventiva"? ¿Hasta dónde pueden adelantarse las barreras de protección penal? Parece claro que sólo se deben penar las acciones, no las ideas o el pensamiento. El legislador ha retrocedido en el tiempo, sancionando los actos preparatorios de la actividad del narcotráfico. Tal es el caso de la última Convención contra el Tráfico Ilícito de Drogas de las Naciones Unidas, de diciembre del 988, ratificada por Costa Rica donde se dispone la sanción de actos previos y preordenados a la fabricación de la droga, que a su vez es un acto previo a la comercialización.

Así se establece como delito: "La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines".

La mencionada Convención también dispone como delictivo el: "instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio a cometer alguno de los delitos...

...la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados. .. la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión".

A juicio del autor DIEZ RIPOLES: esto "conlleva un desmesurado adelantamiento de las barreras de protección penal,... "pasa a considerarse delito ciertos actos que ni siquiera es seguro que debieran merecer el calificativo de preparatorios".

Debe denotarse, sin embargo, que para cualquier acción delictiva, nuestro Código Penal plantea la posibilidad de la sanción del instigador, del cómplice y de la tentativa, mediante la formulación de reglas generales en la parte general de dicho cuerpo normativo. Ello se traduce en la necesidad de un análisis del caso concreto. En todo caso el mismo Convenio de la O.N.U. establece la incriminación de las citadas figuras delictivas: "Con sujeción a los principios constitucionales y a los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada parte".

La incriminación del instigador, el cómplice, la tentativa, el que asesora, etc. para la comisión de la acción de fabricación de equipos o materiales, por ejemplo, debe estar sustentada en una comprobación efectiva de la reprochabilidad de la conducta y de la posibilidad de lesión al bien jurídico.

La formulación de delitos de peligro abstracto, debe tener un límite, no sea que se lesione la seguridad jurídica o el principio de inocencia.

ZAFFARONI rechaza la posibilidad de admitir la tentativa en los delitos de peligro abstracto, dado que a su juicio ello constituiría la incriminación de un peligro de peligro. También rechaza la posibilidad de tipificar en forma independiente un acto preparatorio de estos delitos.

Por el contrario, nosotros consideramos que los delitos de peligro abstracto son delitos que reflejan un peligro de lesión y no un peligro de peligro. La acción en sí misma representa un estado objetivo de riesgo de lesión al bien jurídico.

Finalmente debemos decir que la configuración de los delitos de peligro abstracto encuentra un límite en el dominio policial de la producción del resultado en el caso concreto, supuesto en el cual sería absolutamente imposible la consumación del delito y al menos en nuestra normativa (artículo 24 del Código Penal) la consecuencia sería la impunidad. En síntesis, la presencia del llamado "delito imposible" es un límite a la configuración plena del delito de peligro abstracto ya que en este caso la probabilidad estadística de ocación del resultado es igual a cero, y el inicio del "delito", visto objetivamente, es el inicio de una acción inofensiva para el bien jurídico.

El caso del agente provocador es un típico ejemplo de imposibilidad de producción del resultado por dominio policial. No obstante lo cual, esta figura es un instrumento apto para la obtención de prueba sobre la presencia de actividad delictiva antecedente.

c)Análisis particular de los delitos y el ciclo del narcotráfico

[Alvarado]³

Como el nombre del título lo indica, esta segunda parte de la presente investigación, se centrará en el análisis específico de las figuras delictivas que conforman, de acuerdo a nuestra visión, la

actividad ilícita del narcotráfico.

Denotaremos en primer lugar, las dificultades que se presentan a fin de tipificar de manera exhaustiva, clara y ordenada las distintas acciones delictivas a que da lugar la mencionada actividad. Para ello realizaremos un estudio de derecho comparado y de nuestra legislación pasada y presente sobre la materia.

Luego, el análisis desarrollado en el primer título de esta investigación, acerca de la realidad que rodea a estos delitos, el bien jurídico protegido, su naturaleza jurídica, etc, constituirá la base a partir de la cual iremos analizando cada delito en particular de acuerdo a su ubicación dentro de la actividad ilícita del narcotráfico: ubicación que hemos establecido mediante una observación de la realidad, lo mismo que el establecimiento de las fases en que a nuestro entender, se descompone la misma.

La actividad del narcotráfico se desarrolla en forma semejante al ciclo propio de una organización empresarial completa. Tomando como punto de referencia este marco "ideal" serán analizadas las figuras delictivas fruto de la política criminal imperante en nuestro país y a nivel internacional.

El proceso de tipificación y la alternativa del "ciclo del narcotráfico"

El presentecapítulo tiene como finalidad, resaltar las dificultades que se presentan en la tipificación de las acciones delictivas conformadoras de la amplia actividad delictiva del narcotráfico, dadas las diversas fases en que se descompone la misma. Denotaremos a través del mismo, la forma adoptada por numerosos países para la descripción legal de las acciones delictivas; los recursos a los que recurre el legislador y la importancia y necesidad de protección y garantía al principio de legalidad.

Con base a este planteamiento, realizaremos un análisis crítico de nuestra legislación y en especial del artículo 16 de la anterior "Ley de sustancias psicotrópicas No. 7093"; para finalmente proponer un esquema teórico de interpretación legal, apto a la vez para la estructuración de una reforma legislativa en la materia.

La actividad del narcotráfico y la dificultad en la tipificación de las acciones delictivas

A) El principio de legalidad:

El legislador al tipificar las acciones delictivas debe hacerlo en forma exhaustiva, clara y precisa, a fin de garantizar el cumplimiento efectivo del Principio de Legalidad: "Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente".

"A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad".

El principio de legalidad criminal encuentra sustento en la observancia de estos aspectos: sólo la ley es fuente de creación de delitos (exclusividad), la ley debe tener existencia anterior al hecho sobre el que se pretenda su aplicación (irretroactividad), se prohíbe la analogía si bien el recurso a esta última es considerado válido en materia de interpretación.

El hecho o acción que la ley pene, debe ser exhaustivamente descrito, de manera tal que no de lugar a confusión. En la medida de lo posible se debe tratar de eliminar cualquier intervención

jurisprudencial en la configuración legal del delito y sus características, lo cual no quiere decir que se trate de eliminar la interpretación, en búsqueda de un proceso de subsunción del hecho en la norma: perfecto y automático, que es imposible, dadas las variables que presenta la conducta humana en la realidad.

La vigencia del principio de legalidad se comprueba vista la forma en que aparecen configurados los delitos en la normativa. No basta la declaración formal del mismo a nivel constitucional o legal.

Con la definición clara y exhaustiva del precepto y la sanción se asegura también el respeto al principio general del derecho de la seguridad jurídica.

El proceso de estructuración de la norma a través del tipo y luego la actividad de interpretación, pueden presentar grandes dificultades.

En la materia que nos corresponde analizar, el narcotráfico, estas dificultades son aún mayores, dada la amplitud y complejidad de la misma.

B) La estructura del tipo

El tipo penal es un instrumento legal que utiliza el poder estatal, a fin de que, mediante la aplicación de una sanción el individuo se abstenga de realizar una acción o deba realizarla en el caso concreto.

Es además "un instrumento que evidencia y delimita la prohibición y refleja, por ende, de manera exacta la zona o zonas protegidas (bienes jurídicos)". Lo mismo que el ámbito del injusto penalmente relevante.

A través del tipo podemos descubrir la norma subyacente protectora del bien jurídico; una estructuración del tipo en forma clara y concisa permite al intérprete de la ley captar el sentido de la norma, la intención del legislador y su significado frente a los nuevos cambios de la vida social.

Ahora bien, "se hace justo en este momento reconocer que no resulta sencilla la tarea legislativa de crear tipos penales; no es un ejercicio fácil plasmar toda la plasticidad y variabilidad de las conductas humanas en una fórmula que, en principio, debe ser tan parca y sencilla como sea posible. De esta manera, el legislador necesita recurrir a las palabras más representativas, a conceptos que posean una carga semántica fuerte, de tal manera que especifiquen de modo concreto los datos necesarios de la acción que se quiere castigar, del sujeto activo y de la persona o cosa sobre la que recae la acción penalmente conminada".

La formulación detallada del precepto y de la sanción significa la verdadera descripción de la acción en toda su amplitud y características.

A pesar de todo, la realización de la acción típica no significa automáticamente, la atribución de un delito. La adecuación al tipo es el primer estadio para la constatación del mismo. Debe constatarse, además, que no se obró en forma justificada (antijuricidad) que la conducta es reprochable, e incluso para alguna parte de la doctrina: "que la conducta no sea socialmente adecuada", circunstancia que según el punto de vista excluye la tipicidad o la antijuricidad. Todo lo cual hace necesario e indispensable una labor dinámica y de interpretación del juzgador.

C) Recurso al empleo del tipo abierto y de la norma penal en blanco

Habíamos establecido la conveniencia de una estructura del tipo clara, precisa y completa. Cuando se presentan estas características se habla de tipos cerrados:

"En estos casos para determinar la tipicidad, el juez sólo tiene que comprobar sensorialmente la presencia o ausencia de ciertos datos fácticos".

Sin embargo, no siempre la complejidad de la vida social permite crear tipos cerrados, de manera que como último recurso debe acudir al "buen criterio" del juez a fin de que este determine la adecuación típica en el caso concreto y termine de completar o integrar el tipo de cara a la situación específica que se presenta. En otras ocasiones, se hace una remisión a disposiciones normativas de otros cuerpos legales o reglamentarios a fin de integrar el tipo, dadas las dificultades que presenta determinada materia, especialmente de orden técnico-científico.

Surgen de esta forma los denominados tipos abiertos y las "leyes penales en blanco".

"Son tipos abiertos o necesitados de completación aquellos en los que la ley describe sólo parte de las características de la conducta prohibida, reenviando al juez el cometido de completar las restantes. Desde este punto de vista aparecen como tipos abiertos aquellos que son portadores de elementos normativos o contienen cláusulas generales... En estos casos, la determinación definitiva de la tipicidad queda confiada a la valoración o a la -en mayor medida- libre apreciación del Juez".

En esta materia de los delitos conformadores de la actividad ilícita del narcotráfico el recurso al tipo abierto y a la norma penal en blanco mediante la remisión a otros cuerpos normativos a fin de completar e integrar el tipo, sucede con relativa frecuencia.

Ejemplo de esta situación es el artículo 20 de la vigente "Ley de sustancias psicotrópicas"... "a quien por cualquier medio, estimule o promueva el consumo no autorizado de las drogas o productos a que se refiere esta ley". Evidentemente se trata de un tipo abierto, lo mismo que el dispuesto en el artículo 16 ibídem: "...participe, en cualquier forma, como autor, coautor o instigador en el tráfico internacional...".

Para RODRIGUEZ MOURULLO "son leyes penales en blanco únicamente aquellas que remiten, expresa o tácitamente, la determinación concreta del precepto o una autoridad distinta y de rango inferior siendo aconsejada su introducción cuando la materia objeto de prohibición es de regulación variable, y por parte de autoridades de categoría inferior al Poder Legislativo, por ejemplo, ejecutivo, administración". Esta situación impera comúnmente en los delitos contra la salud pública, y específicamente relacionados con las drogas, en cuanto a los tipos de medicamentos y sustancias controladas, los requisitos para su transporte, almacenaje, comercialización, etc.

En lo referente a las drogas estupefacientes y sicotrópicas, habíamos determinado en el primer capítulo de esta investigación, que su precisión se realiza a través del sistema de listas, que poseen los Convenios Internacionales respectivos. (Véase artículo 1 de la ley 7233) Ello se traduce en una mayor garantía para el Principio de legalidad, siendo que el sistema de listas permite modificaciones, a proposición de las partes.

Con los términos estupefacientes y psicotrópicos se cubren prácticamente todas las sustancias cuyo consumo abusivo puede generar daños al usuario y a la salud pública en general. Habíamos determinado que a dichos tipos de droga, la ley No. 7093 añaden los "inhalables". Y son los estupefacientes, las drogas susceptibles de cultivo: cocaína, marihuana, adormidera (opio); el problema se presenta con el artículo 371 de la Ley General de Salud, que sanciona el cultivo de los mencionados estupefacientes pero añade: "o cualesquiera otras plantas o semillas de efectos similares cuyo cultivo, tenencia o tráfico hayan sido declarado¹ prohibidos o restringidos por el Ministerio de Salud...".

Evidentemente que este artículo constituye una "ley penal en blanco", dado que remite la completa integración del precepto, en lo referente al objeto material a disposiciones de naturaleza

administrativa de rango inferior a la ley. Así, la variabilidad de dichos reglamentos puede constituir un riesgo para la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Y lo mismo podemos decir del artículo 1 de la actual ley 7293 que remite a decretos.

El narcotráfico es un fenómeno de delincuencia organizada que actúa en forma similar a una empresa., Entendemos por tal una actividad delictiva de connotación internacional que involucra fases y conductas ilícitas de muy distinta índole en el marco de una dimensión espacio-temporal. Tal gama de acciones: producción y fabricación de la droga, transporte, compra para reventa, comercio, actos de promoción del consumo, resultan sumamente difícil plasmarlas legalmente en tipos cerrados y concretos a riesgo de que alguna acción que resulte antijurídica, quede fuera de sanción, siendo que conforma la actividad ilícita del narcotráfico.

Esta es la razón por la cual se recurre muchas veces al empleo de tipos abiertos como algo indispensable; o por el contrario, se suelen enumerar diversas acciones en un sólo artículo que pretende sancionar toda la actividad ilícita, acciones que sin embargo, no guardan una relación clara y directa con las fases que presenta la realidad y en la que se descompone el narcotráfico: Producción -Comercialización - Encubrimiento. Lo que queremos decir es que se tipifican las acciones sin ningún orden, algunas de las cuales salen sobrando, al ser sinónimos entre sí.

Ello, a pesar de la generalidad y abstracción que debe poseer el tipo.

Lo cierto es que en numerosas ocasiones se recurre a los tipos abiertos a pesar de que constituyen "una sensible limitación del principio de legalidad. Por eso su número debe ser reducido exclusivamente a aquellos supuestos en los que la propia naturaleza de las cosas impide determinar legalmente a priori todas las características del comportamiento prohibido".

En la siguiente sección, mostraremos cómo algunos países de Europa y Latinoamérica, así como los Estados Unidos de América, han realizado el proceso de tipificación en lo referente a la actividad ilícita del narcotráfico.

3 Normativa

Título IV: Delitos y Medidas de Seguridad

[Ley sobre estupefacientes..]⁴

Capítulo I: Delitos

Artículo 57.—En todo lo no regulado de manera expresa en este título, deberá aplicarse supletoriamente la legislación penal y procesal penal. Sin embargo, al conocer el caso concreto, el juez deberá aplicar siempre las disposiciones y los principios del Código Penal.



Artículo 58.—Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos.

La misma pena se impondrá a quien, sin la debida autorización, posea esas drogas, sustancias o productos para cualquiera de los fines expresados, y a quien posea o comercie semillas con capacidad germinadora u otros productos naturales para producir las referidas drogas.

Artículo 59.—Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años quien construya o facilite el uso de pistas de aterrizaje o sitios de atraque, para que sean utilizados en el transporte de dinero o bienes provenientes del narcotráfico, las drogas o las sustancias referidas en esta Ley.

Artículo 60.—Será sancionado con pena de prisión de cuatro a ocho años quien, por cualquier medio, intimide o disuada a otra persona para evitar la denuncia, el testimonio, la investigación, la promoción y el ejercicio de la acción penal o el juzgamiento de las actividades delictivas descritas en esta Ley.

Artículo 61.—Se impondrá pena de prisión de tres a diez años a quien, mediante promesa remunerada, exhorte a un funcionario público para que procure, por cualquier medio, la impunidad o evasión de las personas sujetas a investigación, indiciadas o condenadas por la comisión de alguno de los delitos tipificados en esta Ley.

Igual pena se impondrá a quien altere, oculte, sustraiga o haga desaparecer los rastros, las pruebas o los instrumentos de esos delitos, o asegure el provecho o producto de tales actos.

Artículo 62.—Se impondrá pena de prisión de tres a diez años e inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas durante el mismo período, al servidor o funcionario público que procure, por cualquier medio, la impunidad o evasión de las personas sujetas a investigación, indiciadas o condenadas por la comisión de alguno de los delitos tipificados en esta Ley.

La pena será de ocho a veinte años de prisión si los actos mencionados en el párrafo anterior son realizados por un juez o fiscal de la República.

Si los hechos ocurren por culpa del funcionario o empleado, se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, en los presupuestos del primer párrafo del presente artículo, y pena de prisión de dos a cinco años cuando se trate de los actos contemplados en el segundo párrafo; en ambos casos, se impondrá inhabilitación para ejercer cargos públicos por el mismo plazo.

Artículo 63.— Se impondrá pena de prisión de tres (3) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas hasta por cinco (5) años, al servidor público o a los sujetos privados que laboran en el Sistema Financiero y que, teniendo en su custodia información confidencial relacionada con narcotráfico, con investigaciones relativas a la legitimación de capitales o de financiamiento al terrorismo, autorice o lleve a cabo la destrucción o desaparición de esta información, sin cumplir los requisitos legales.



(Así reformado por el artículo 2°, punto 1., aparte b) de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, N° 8719 de 4 de marzo de 2009).

Artículo 64.—Se impondrá pena de prisión de dos a cinco años a quien, estando legalmente autorizado, expendiera o suministrara las sustancias controladas referidas en esta Ley, sin receta médica o excediendo las cantidades señaladas en la receta. Además de esta sanción, se le impondrá inhabilitación de cuatro a ocho años para ejercer la profesión o el oficio.

Artículo 65.—Siempre que no esté penado más severamente, se sancionará con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación hasta por dos años para el ejercicio de la profesión, a las siguientes personas:

a) Los facultativos que hallándose autorizados para prescribir las sustancias o productos referidos en esta Ley, los prescriban sin cumplir con las formalidades previstas en su artículo 2°, así como en otras leyes y reglamentos sobre la materia.

b) Los regentes farmacéuticos, los veterinarios y el regente técnico profesional a quienes se refiere esta Ley cuando:

1.- No lleven debidamente registrado el control de los movimientos de los estupefacientes y las sustancias o los productos psicotrópicos referidos en esta Ley.

2.- No muestren a la autoridad de salud la documentación correspondiente para el mejor control del comercio, suministro y uso de los estupefacientes y las sustancias o productos psicotrópicos que señala esta Ley.

3.- Permitan que personal no autorizado mantenga en depósito, manipule o despache recetas de estupefacientes o productos psicotrópicos declarados de uso restringido.

Artículo 66.—Se impondrá pena de prisión de uno a seis años a los responsables o empleados de establecimientos abiertos al público que permitan, en el local, la concurrencia de personas para consumir las drogas y los productos regulados en esta Ley.

Asimismo, podrá ordenarse la cancelación de la licencia, el permiso o la autorización para ejercer la actividad por cuyo desempeño se ha cometido el delito, u ordenarse la clausura temporal o definitiva de la actividad, el establecimiento o la empresa por los cuales se ha cometido el delito.

Artículo 67.—Se impondrá pena de prisión de tres a ocho años a quien, directamente o por persona interpuesta, influya en un servidor público o autoridad pública, prevaleciendo del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con él o con otro funcionario o autoridad pública, real o simulada, para obtener licencias, permisos o gestiones administrativas que faciliten la comisión de los delitos establecidos en esta Ley, con el propósito de lograr por ello, directa o indirectamente, un beneficio económico o una ventaja indebida para sí o para otro.



Artículo 68.—Será sancionado con pena de prisión de cinco a quince años quien aporte, reciba o utilice dinero u otro recurso financiero proveniente del tráfico ilícito de drogas o de la legitimación de capitales, con el propósito de financiar actividades político-electorales o partidarias.

Artículo 69.— Será sancionado con pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años:

a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito que dentro su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más.

La pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas, de acuerdo con la legislación vigente o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas.

(Así reformado por el artículo 2°, punto 1., aparte b) de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, N° 8719 de 4 de marzo de 2009).

Artículo 69 bis.- Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años quien, por cualquier medio y de manera directa o indirecta, recolecte, oculte, provea, promueva, facilite o de cualquiera otra forma coopere con la recolección o la entrega de los fondos, productos financieros, recursos o instrumentos, en el país o en el extranjero, con la intención o el conocimiento de que estos se utilicen o destinen al financiamiento de actos terroristas, aunque estos no lleguen a ejecutarse, o a organizaciones declaradas como terroristas, de acuerdo con el Derecho internacional, o que tengan fines terroristas.

El hecho podrá ser juzgado en Costa Rica, sin importar el lugar donde haya sido cometido.

(Así adicionado por el artículo 2°, punto 2., aparte c) de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, N° 8719 de 4 de marzo de 2009).

Artículo 70.— Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, el propietario, directivo, administrador o empleado de las entidades financieras, el representante o empleado del órgano de supervisión y fiscalización, así como los funcionarios competentes de la Administración Aduanera y el agente aduanero que, por culpa en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los tribunales, haya facilitado la comisión de un delito de legitimación de capitales o un delito de financiamiento al terrorismo.

(Así reformado por el artículo 2°, punto 1., aparte b) de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, N° 8719 de 4 de marzo de 2009).

Artículo 71.— Será sancionado con pena de prisión de tres meses a un año, quien se dedique a alguna de las actividades señaladas en el artículo 36 de esta Ley, y no informe de inmediato a la unidad especializada del Instituto Costarricense sobre Drogas, sobre las transacciones efectuadas o propuestas de las cuales él forme parte, cuando tenga motivos razonables para considerar que las sustancias, las máquinas y los accesorios pueden utilizarse en la producción, fabricación, extracción o preparación ilícita de estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras con efectos semejantes

Artículo 72.— Los delitos tipificados en esta Ley podrán ser investigados, enjuiciados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente, independientemente de que el delito de tráfico ilícito, los delitos conexos o los de legitimación de capitales hayan ocurrido en otra jurisdicción territorial, sin perjuicio de la extradición, cuando proceda conforme a derecho.

Artículo 73.— Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien produzca, fabrique, prepare, distribuya, transporte, almacene, importe o exporte precursores u otros productos químicos incluidos en esta regulación, además de máquinas y accesorios, para utilizarlos en la comisión de alguno de los delitos tipificados en esta Ley.

La pena será de ocho a veinte años de prisión cuando el delito se cometa mediante la constitución o el empleo de una organización delictiva.

Artículo 74.— Se impondrá pena de prisión de uno a tres años a quien:

- a) Utilice permisos y licencias, obtenidos legítimamente, para importar cantidades mayores que las autorizadas de precursores u otras sustancias químicas incluidos en esta regulación, o las máquinas y los accesorios diferentes de los permitidos en las autorizaciones. Con la misma pena se sancionará a quien falsifique estos permisos y licencias.
- b) Posea, sin autorización, precursores, químicos, solventes u otras sustancias que sirvan para procesar las drogas o sus derivados referidos en la presente Ley.
- c) Modifique o cambie las etiquetas de los productos controlados para hacerlos pasar por otros, con el propósito de desviarlos hacia actividades ilegales o evadir los controles.

Artículo 75.— Se impondrá pena de prisión de tres a ocho años a quien desvíe tanto productos químicos como precursores, máquinas o accesorios hacia fines o destinos diferentes de los autorizados dentro de Costa Rica y fuera de ella.

Artículo 76.— Quien haya cumplido los requisitos estipulados en el artículo 42 de esta Ley, pero suministrando información falsa, será sancionado con pena de prisión hasta de seis meses.



Artículo 77.—La pena de prisión será de ocho a veinte años cuando en las conductas descritas en los delitos anteriores concorra alguna de las siguientes circunstancias en el autor o partícipe:

- a) Las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas se faciliten a menores de dieciocho años, disminuidos psíquicos o mujeres embarazadas.
- b) Las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en centros docentes, culturales, deportivos o recreativos, en establecimientos penitenciarios y lugares donde se realicen espectáculos públicos.
- c) Se utilice a menores de edad, incapaces o farmacodependientes para cometer el delito.
- d) El padre, la madre, el tutor o responsable de la guarda y crianza de la persona perjudicada, sea el autor del delito.
- e) Cuando una persona, valiéndose de su función como docente, educador o guía espiritual del perjudicado, o de su situación de superioridad en forma evidente, coarte la libertad de la víctima.
- f) Cuando se organice un grupo de tres o más personas para cometer el delito.
- g) Cuando esos delitos se cometan a nivel internacional.
- h) Cuando la persona se valga del ejercicio de un cargo público.

Estas penas se aplicarán también a quien financie o dirija la organización dedicada a cometer los delitos.

Si el responsable del hecho es un trabajador de instituciones educativas, públicas o privadas, la condenatoria conllevará la inhabilitación por seis a doce años para ejercer la docencia, en cualquier nivel del sistema educativo, público o privado. Los rectores o directores de los centros educativos serán los responsables del cumplimiento de esta disposición.

Artículo 78.—En los casos previstos en el capítulo I del título IV de esta Ley, el juez también podrá imponer como pena accesoria:

- a) La cancelación de la licencia, los permisos, la concesión o la autorización para ejercer la actividad en cuyo desempeño se haya cometido el delito.
- b) La clausura temporal o definitiva de la empresa o actividad en cuyo desempeño se haya cometido el delito.

4 Jurisprudencia

a) Transporte de drogas para el tráfico

Verbo típico no requiere la comprobación de las otras conductas contenidas en la norma

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]⁵

Voto de mayoría

"I.- [...] **Los motivos no resultan atendibles:** Al tener relativa conexidad en la valoración de la prueba, ambos motivos se resuelven conjuntamente declarándolos sin lugar. La investigación previa que extraña el gestionante, en el presente caso no podía existir porque la intervención policial obedeció a una información confidencial, que ameritaba actuar con urgencia. En efecto tal y como fue declarado por los oficiales de la Policía de Control de Drogas, P. y J., -lo cual fue debidamente valorado por el Tribunal en su sentencia-, actuaron porque una información confidencial los alertaba de que el hoy sentenciado, el día de los hechos se encontraba trasegando droga en su vehículo, razón por la cual debieron actuar a fin de asegurar el decomiso de la droga que él portaba oculta en su vehículo. Debido al tipo de caso que la policía en ese momento tenía, no era posible cualquier otro tipo de diligencia más que la localización del vehículo del imputado, su registro y el decomiso de la droga. La Policía no podía dejar de realizar estas diligencias, pues requería asegurar el decomiso de la droga para que no llegara a los consumidores destinatarios, y se afectase con ello la salud pública. La simpleza de la investigación, no la torna ilegal, y sus resultados fueron suficientes para que la condenatoria deba mantenerse incólume. Por otra parte, bien ha valorado el Tribunal *a quo*, el hecho de que en el momento que los oficiales de policía, se identifican y se disponen a la detención del imputado, él procura darse a la fuga en su vehículo e inclusive en su intento de huida, colisionó otro vehículo. Sobre este aspecto el Tribunal de sentencia refirió lo siguiente: "...R., tenía el conocimiento que lo que llevaba consigo es droga, sustancia prohibida por la Ley, para la comercialización y tenía la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, tan es así, que lo ejecutó, transportando la droga, siendo que al momento de que los oficiales de la PCD se identificaron con el encartado R., este intentó a (sic) darse a la fuga, con la única intención que la policía no descubriera que en el interior de su automotor transportaba droga, tipo cocaína, poniendo en evidencia el conocimiento de la sustancia prohibida..." (folios 129 y 130), "...Ello define a su vez el conocimiento de la ilicitud del hecho, en tanto que en el momento que valora la posibilidad de ser detenido por los policías, decide darse a la fuga, acción que quedó inconclusa, gracias a la rápida acción de la policía que logra detenerlo; ante ello, no puede haber duda que el imputado sabía plenamente acerca de su actividad ilícita..." (folio 131). Esta Cámara considera que las apreciaciones expresadas en el fallo son correctas, pues incriminan al sentenciado directamente con un ilícito como lo es el trasego de droga, y no con un simple consumo. En este sentido, la circunstancia de que el sentenciado es adicto a la cocaína, no fue controversial, pues el Tribunal en su sentencia tuvo por demostrado que lo es. No obstante, también se tuvo por demostrado que la cantidad de droga que transportaba el sentenciado oculta



en su vehículo, era suficiente para descartar ese simple consumo que se alega, pues se le decomisó una cantidad de 1000,95 gramos de clorhidrato de cocaína con una pureza de 85% según se acreditó pericialmente, considerable cantidad que precisamente por no ser para simple consumo, el imputado procuró fugarse y evadir la acción policial, pues sabía que sería detenido portando evidencia que lo involucraba directamente con una ilicitud y no con el consumo. El gestionante parte de la falsa premisa de que quien es adicto no podría trasegar droga, no obstante una cosa no excluye a la otra, como ocurrió en este caso, que siendo el sentenciado adicto, además trasegó droga. A criterio de esta Cámara ambas realidades pueden coexistir por lo que no son excluyentes. En este sentido el Tribunal valoró y descartó en su sentencia, que la adicción del imputado a la cocaína, estuviese vinculada a la considerable cantidad de droga que le fue incautada mientras la trasegaba oculta en su vehículo. Contrario a como se demanda, el Tribunal sí analizó el tipo penal, expresando lo siguiente: *"... En cuanto a la acción o verbo preordenados al transporte de droga con fines de tráfico, el numeral 58 párrafo primero sanciona la comercialización, **transporte**, almacenamiento o venta, siendo que el presente caso se verifica el transporte. Se trata de un delito de peligro abstracto que se consume con el transporte de la droga, en este caso, clorhidrato de cocaína, que es lo que en la especie se acusa. En cuanto a los elementos subjetivos constituye un delito doloso, concretándose en el conocimiento del peligro o riesgo al que se somete a los miembros de la sociedad con la venta de la droga con evidente comercio ilícito, como lo es el clorhidrato de cocaína..."* (folio 129). Como puede observarse, la norma sustantiva se aplicó correctamente, pues no resultaba necesario la comprobación de otras formas de empresa delictiva, cuando el transporte de droga por sí solo constituye uno de los verbos típicos que realizados con dolo, son sancionados por la norma punitiva. En el presente caso, el dolo para el transporte de la droga se ha tenido por demostrado, pues el sentenciado trató de evitar ser detenido, para que no le fuese encontrada la sustancia que sabía no debía transportar en su vehículo. Al ser el transporte de la droga, una de las conductas que prohíbe y sanciona la norma, intrascendente es la ausencia de una investigación previa que determine el origen y el destino de la droga, y que revele la organización criminal que la comercializa. Contrario a como se alega, para demostrar el transporte, no resulta indispensable la comprobación de otros verbos típicos de los contenidos en el numeral 58 de la Ley 8204. Las circunstancias que ocurrieron paralelamente a la actuación policial, resultaron suficientes para la acreditación de los hechos acusados, razón por la cual, irrelevante es que el sentenciado sea un empresario con posibilidad de detentar la cantidad de dinero que se le decomisó, pues este factor -que no fue determinante para la condenatoria-, aun suprimiéndolo, el fallo permanece incólume. En consecuencia, procede declarar sin lugar la demanda de revisión."

b) Agente encubierto: la actuación de la policía en delitos relacionados con drogas
Legalidad de los operativos policiales realizados con agentes encubiertos

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]⁶

Voto de mayoría

I. “...B) Sobre la condición del colaborador: Respecto de la condición del colaborador A , pues de modo insistente alega el recurrente que no podía fungir como tal por ser miembro de la Fuerza Pública, y como tal tiene marcado interés en la investigación, este Tribunal de Casación Penal comparte los razonamientos del fallo de mérito, pues esa sola condición no lo descalifica como testigo, y que en todo caso, no se acreditó que su versión sea falsa. Por otro lado, no debe perderse de vista la existencia de otros elementos de prueba que acreditan la actividad de venta de drogas, de tal modo que aun asumiendo (lo que no es cierto) que no podía actuar como colaborador, existen otras serie de indicios que acreditarían la participación de la acusada en los hechos. En suma, en cuanto al reclamo, según el cual el colaborador A , por ser miembro de la Fuerza Pública, y como tal adscrito a un cuerpo policial de orden preventivo, tenía no solo un interés en el asunto que se investigaba, por lo cual no podía actuar con objetividad, razón que hacía imposible que fuese tratado por el Organismo de Investigación Judicial como un colaborador, sino como parte de la misma organización, este Tribunal de Casación Penal discrepa de tales argumentos, pues estima que en el caso de los colaboradores no necesariamente se exige que sean personas extrañas al cuerpo policial que realiza la investigación, o aun pertenecientes a otra entidad policial, como pudo ser en este caso la Fuerza Pública. Debe recordarse que la misma legislación en materia de droga, concretamente la Ley 8204 Sobre Estupeficientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, aplicada para el caso concreto, regula los colaboradores e informantes, y en los artículos 11, 12 y 13 de esa ley no se indica ni podría indicarse que deban ser personas siempre ajenas a los cuerpos policiales. En este sentido, indica el artículo 11 de esa Ley que: *“En las investigaciones, la policía podrá servirse de colaboradores o informantes, cuya identificación deberá mantener en reserva, con el objeto de garantizarles la integridad. Si alguno de ellos está presente en el momento de la comisión del hecho delictivo, se informará de tal circunstancia a la judicial competente, sin necesidad de revelar la identidad. Salvo si se estima indispensable su declaración en cualquier fase del proceso, el tribunal le ordenará comparecer y, en el interrogatorio de identificación, podrá omitir los datos que puedan depararle algún riesgo a él o a su familia. Dicho testimonio podrá ser incorporado automáticamente al juicio plenario mediante la lectura, excepto si se juzga indispensable escucharlo de viva voz. En este caso, rendirá su testimonio solo ante el tribunal, el fiscal, el imputado y su defensor; para ello, se ordenará el desalojo temporal de la sala. En la misma forma se procederá cuando el deponente sea un oficial de policía extranjera, que haya participado en el caso mediante los canales de asistencia policial”*. Por su parte el artículo 12 aclara el punto cuando señala: *“Los policías encubiertos o los colaboradores policiales, nacionales o extranjeros, que participen en un operativo policial encubierto, deberán entregar al Ministerio Público, para el decomiso, las sumas de dinero, los valores o los bienes recibidos de los partícipes en actos ilícitos, como retribución por la aparente colaboración en el hecho. El fiscal levantará un acta y pondrá el*



dinero, los valores o los bienes a disposición del Instituto Costarricense sobre Drogas, salvo en casos de excepción debidamente fundamentados”. Significa lo anterior que si la misma legislación antidrogas autoriza el uso de colaboradores, de la misma se desprende que estos no necesariamente tienen que ser siempre particulares como parece interpretarlo sin asidero alguno el recurrente, para evitar concluir, una violación a “principio de objetividad” en la investigación, lo cual es una interpretación alejada no solo de la normas vigentes sino inclusive de la misma realidad imperante hoy en Costa Rica en que es evidente por reglas de experiencia en esta materia que los particulares difícilmente colaboran con las autoridades en funciones de represión de los delitos, esto por diversas razones (amenazas, evitarse problemas al declarar por ejemplo, venganzas, etc.). Lo anterior pese a que también la mencionada Ley 8204 establece en el Artículo 4° que: “*Todas las personas deben colaborar en la prevención y represión de los delitos y el consumo ilícito de las drogas y las demás sustancias citadas en esta Ley; asimismo, de delitos relacionados con la legitimación de capitales y las acciones que puedan servir para financiar actividades u organizaciones terroristas. El Estado tiene la obligación de procurar la seguridad y las garantías para proteger a quienes brinden esta colaboración; los programas de protección de testigos estarán a cargo del Ministerio de Seguridad Pública*”. (Así reformado por el artículo 2°, punto 1., aparte b) de la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, N° 8719 de 4 de marzo de 2009). Finalmente debe agregarse que tampoco la doctrina ha exigido que los colaboradores sean personas ajenas a los cuerpos policiales, pues en este sentido, tal y como se deslindó en el Voto Voto 2007-000369 de las 14:15 horas del 4 de julio de 2007 y que fue reiterado en el voto 2007-553 de las 14:50 horas del 11 de octubre de 2007, dictados por el Tribunal de Casación Penal de Alajuela, San Ramón, Sección Segunda (con redacción del Juez Sojo Picado) se dijo lo siguiente: “**(1)- Distinción entre agente encubierto, infiltración policial y agente provocador.** Considerando la importancia que desde una perspectiva de política criminal tienen las actividades ilícitas como el narcotráfico, “...en los últimos años se está empleando, especialmente en las investigaciones relativas a casos de narcotráfico organizado, la técnica de investigación consistente en que funcionarios de la Policía Judicial penetren de forma encubierta o se infiltren en el entramado organizativo de estos grupos al objeto de obtener pruebas sobre la ejecución de los hechos delictivos, determinar la estructura de la organización, los campos delictivos en que operan, los circuitos de distribución de la sustancia estupefaciente y de las ganancias obtenidas, para finalmente proceder a la aprehensión de la droga, la incautación del dinero y la detención de los autores. Es preciso diferenciar la figura descrita, agente encubierto, del funcionario policial que de forma esporádica y aislada, y ante un hecho delictivo concreto, oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido, se trataría del denominado “comprador ficticio”...” (cfr. al respecto: DELGADO GARCÍA, María Dolores. “El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación, Problemática y Legislación Comparada”, (Artículo contenido en el libro: LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA ANTE LA JUSTICIA. Sevilla. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Serie Derecho N° 63. 1996. p.p. 69 a 84). Como se puede derivar de la cita anterior –y como punto de partida– el instituto del agente encubierto está básicamente orientado para establecer el modo de operar de delincuencia organizada, siendo una técnica de investigación policial aceptada por las diversas legislaciones. Sin embargo, es preciso hacer un matiz con respecto a aquellos casos en que conociéndose de antemano que determinadas personas u organización han hecho de la venta o trasiego de drogas un modus vivendi, o cuando también se trate de delitos funcionales (v.g. cobro ilegal de dádivas), para citar algunos ejemplos, es perfectamente válido que se proceda al envío de una persona que no necesariamente debe ser funcionario policial para que –teniendo conocimiento que el imputado o imputados se están dedicando a actividades ilegales– procedan a constatar policialmente ese extremo. Esta modalidad de investigación no debe ser confundida (como lo hace quien recurre) con la figura del agente provocador, pues se trata de dos situaciones diversas. El agente provocador puede conceptualizarse como quien representa un papel de instigador, pero guiado por la finalidad de

lograr que el instigado sea descubierto en su actuar delictivo, con el objeto de que sea reprimido por las autoridades (cfr. al respecto: EDWARDS, Carlos Enrique: El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc S.R.L. 1996. p. 57). En el caso del delito provocado, se ha dicho que se caracteriza básicamente por tres notas esenciales: (i) en primer lugar por la presencia de una incitación al delito llevada a cabo por el agente provocador; (ii) en segundo lugar, por la conducta del agente provocador que aspira a conseguir el castigo de la persona provocada, y por último; (iii) que el agente ha tomado las medidas precautorias adecuadas para evitar que se pueda alcanzar el resultado desaprobado (cfr. al respecto: RUIZ ANTON, Luis Felipe: La Provocación Policial como Forma de Reprimir el Tráfico Ilícito de Drogas. Citado por: Rey Huidodro, EL DELITO DE TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES. SU INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL. Barcelona. Editorial Bosch. 1987. p. 221). Este mismo autor, cuando se refiere al tema del agente provocador en materia de drogas, señala lo siguiente: "... Son los delitos de encuentro o de tracto sucesivo como el tráfico de drogas, los que se muestran como especial punto de mira del agente provocador. En efecto, es muy común, que para descubrir al traficante de drogas intervengan agentes de la policía que actúan como simulados compradores de la mercancía, y, por tanto desempeñan el papel de agentes provocadores. La conducta de dichos agentes parece en principio, imprescindible para la realización del delito, pero difieren del partícipe necesario en el diverso fin que unos y otros persiguen; unos llevar a cabo el delito, otros (los agentes provocadores) evitar su comisión; es decir, que entre ellos falta la armonía orgánica de toda la realización en régimen de codelincuencia debe llevar consigo. Si el que provoca al delito quiere que verdaderamente éste se produzca, dejará de ser agente provocador y su conducta integrará una provocación o inducción al delito que deberá ser castigada con la pena correspondiente; de ahí la diferencia con estas formas de participación ... Creo que conviene distinguir claramente dos tipos de agente provocador: aquel que instiga a la comisión de un primer delito, y aquel otro que actúa con el fin de descubrir un delito permanente o habitual persistente en el momento de su intervención, o lo que es lo mismo, aquellos supuestos en los que se dio una conducta delictiva antes de la actuación del agente, y aquéllos en los que aquélla se produjo como consecuencia de su provocación. Sólo estos últimos pueden ser objeto de censura ..." (cfr. REY HUIDOBRO, op.cit. págs. 221 y 22). A efectos de evitar confusiones, debe tenerse en cuenta que del texto transcrito se logra advertir que este autor español también utiliza el concepto de "agente provocador" para la figura que en nuestro medio conocemos como el agente encubierto, esto es, aquel miembro de la policía que actúa con el fin de descubrir un delito permanente o "habitual persistente" (o preexistente) al momento de su intervención, o lo que es lo mismo, aquellos supuestos en los que de previo a la actuación policial ya se venía dando una conducta delictiva anterior, cuya oportuna intervención no hizo más que "ponerla a flote", sin que se hubiera determinado su comisión por parte de las autoridades. De estas ideas generales claramente se desprende que para dicho autor el agente provocador propiamente dicho, es aquel que instiga o determina la comisión de un primer delito, el cual se perpetra como consecuencia de su provocación, quiere que el delito se produzca e induce a esos fines. De acuerdo a lo anterior, en el caso de quien actúa para descubrir un tráfico o venta de drogas ya en curso, tal y como sucede en la especie, simplemente lo que hace es constatar la existencia de una actividad que de modo habitual ha venido ocurriendo. De tal modo que en sentido estricto no existe propiamente una provocación delictiva. En nuestro medio tal tema ha sido esclarecido vía jurisprudencial, pues la misma Sala Tercera de Casación Penal ha indicado lo siguiente: "...reiteradamente esta Sala ha rechazado, la alegada tesis del agente provocador, en esta clase de hechos, por cuanto no se está provocando de modo ficticio un hecho sino que el objetivo buscado es poner al descubierto una actividad que ya de por sí es ilícita, como lo es el comercio de drogas o sustancias prohibidas. Así, pues, no se trata de una incitación previa a delinquir, como lo reconoce la doctrina más autorizada al respecto, sino de encaminar los medios de investigación a descubrir delitos ya cometidos de tracto permanente y de peligro para la salud pública, a los que se da seguimiento con el fin de



detener su proliferación ..." (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia N° 335-F del 31 de julio de 1992). En el mismo sentido: Voto 386-F-92 de las 9:25 horas del 26 de agosto de 1992; Voto 287-F-94 de las 14:10 horas del 29 de julio de 1994; Voto 093-F-94 de las 16:55 horas del 21 de abril de 1994, y Voto 20-F-95 de las 9:10 horas del 20 de enero de 1995. En este mismo sentido de los votos indicados puede consultarse: GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Infiltración Policial y "Agente Encubierto"*. Granada, Editorial Comares, 2001, p.p. 29 y 30. Como se colige de lo anterior, el envío o utilización de una persona, sea oficial de la policía o bien un tercero que funge como colaborador, para constatar de modo fehaciente la venta de drogas que ya ha venido ocurriendo tiempo atrás, y de la cual existen elementos indiciarios que así lo señalan, tal y como sucedía en la especie, permite comprender sin mayor dificultad que en este caso se estaría en presencia de un mecanismo probatorio plenamente válido, sin que por ello pueda afirmarse que se esté provocando o construyendo de modo ficticio un hecho delictivo. De ahí que el reclamo según el cual se alega que ha existido "una provocación" al delito deba ser denegada". (Cfr. Voto 2007-000369 de las 14:15 horas del 4 de julio de 2007, redactor: Juez Guillermo Sojo). Queda claro que tanto las figuras del colaborador, el encubierto, o en el caso de quien se infiltra en una organización para evidenciar una actividad delictiva organizada, puede ser tanto un particular, como un miembro del mismo cuerpo policial que investiga, o incluso alguno perteneciente a otro órgano. Esta condición de funcionario público no lo descalifica para esa labor, ni podría ser tachado de parcialidad solo por esa razón...

c) Legitimación de capitales provenientes del narcotráfico

Análisis doctrinal, casuístico y consecuencias de la actividad

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]⁷

Voto de mayoría

" II - Los reclamos son de recibo. Lleva razón la impugnante cuando protesta insuficiente y errónea la valoración de la prueba en la sentencia que impugna. No hay valoración conjunta y las conclusiones que se obtienen no alcanzan, en consecuencia, a estar debidamente sustentadas. Los juzgadores se limitan a analizar aisladamente los elementos de juicio que surgen de las probanzas, debilitándose su aporte global, que es la forma en que debió ser ponderada, al punto que, de haberse realizado un análisis integrado de las pruebas, las conclusiones podrían haber resultado distintas, conforme se expondrá. Se acusó al justiciable de portar consigo, en una maleta en cuyo fondo existía un doble forro debidamente confeccionado, en el cual se ocultaron quinientos diez mil dólares, embalados, que el justiciable había obtenido de personas desconocidas, a sabiendas de que procedía del tráfico de drogas, para su traslado hasta Panamá, a fin de insertarlo en el giro comercial de actividades lícitas que permitieran encubrir su origen ilícito. En nuestro medio, el delito de legitimación de capitales, conocido también como blanqueo o lavado de dinero, se encuentra tipificado en el artículo 68 de la Ley 8204, que reza "Será sancionado con prisión de ocho a veinte años: a) Quien adquiriera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o



encubrir el origen ilícito o para ayudar, a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos. b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito grave. La pena será de diez a veinte años cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores o sustancias químicas esenciales y delitos conexos". El Ministerio Público atribuyó al acusado recibir la suma de dinero dicha, quinientos diez mil dólares, de personas desconocidas, que se lo entregaron con la finalidad de que lo transportara a Panamá y buscara su colocación, conociendo que se trataba de dinero proveniente del narcotráfico. Las dificultades asociadas en general a la investigación de la legitimación o blanqueo de capitales, se inician precisamente por la necesidad de establecer que los dineros o bienes de carácter económico o los productos financieros, tienen un origen ilícito, es decir, representan las ganancias de una actividad ilícita, generalmente organizada y con capacidad para obtener grandes cantidades de dinero. Dentro de las actividades ilícitas más lucrativas a nivel mundial y que origina un flujo importantísimo de capitales, se ubica en primer lugar, el tráfico de drogas, seguido por el tráfico de armas, la trata de personas, entre otros. El impacto que la circulación de dinero de origen ilícito ocasiona en la economía global es tan importante, que por esa razón se han adoptado medidas prácticamente universales, sobre todo por parte de los países desarrollados, para controlar el blanqueo de capitales, es decir, el ingreso de "dinero sucio" en el giro económico lícito, aunque la distinción entre dinero "limpio" y "sucio" es prácticamente imposible de establecer. Así, en el escenario mundial se han generado una serie de resoluciones y la creación de organismos internacionales para controlar estas actividades, por ejemplo, en el marco de la Unión Europea, la resolución número 80 del Consejo de Europa dotó a los estados miembros de la primera serie de medidas para prevenir y controlar el blanqueo; luego, se produjo la llamada Declaración de Basilea, del 12 de diciembre de 1988, aprobada por el Comité sobre Regulación y Supervisión Bancaria, que ya define directamente a las instituciones financieras como mecanismos que pueden ser utilizados para el lavado de dinero y se proponían procedimientos para la identificación de sus clientes, el control de transacciones de distinta naturaleza y montos. Se sumó a estos esfuerzos, de manera muy importante, la aprobación de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, primer instrumento que contiene reglas y mandatos de tipificación de conductas delictivas, dentro de las cuales se contempla el blanqueo de capitales, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1998 y posteriormente la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000 que de igual forma contiene normas expresas de tipificación de conductas de blanqueo de capitales y de prevención, mediante controles de la información por parte de las entidades financieras. También el llamado [...] (GAFI) creado en 1989 por los países desarrollados del llamado Grupo G-7, fue diseñado para promover medidas de carácter nacional e internacional en materia de blanqueo de capitales; éste publicó en 1990 las llamadas Cuarenta Recomendaciones en las que instaba a los países a ratificar la Convención de Viena y a tipificar el delito de blanqueo de capitales, así como para prevenir el ingreso y utilización de la plataforma bancaria transnacional y nacional, para legitimar capitales, movimientos de control y reforma que se han acentuado, se señala, luego de los atentados del 9/11, por la posibilidad de que en efecto, se financien actividades terroristas y se lave dinero proveniente de esta actividad (cfr. Salas Calero, Luis. *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, en *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*. González Cussac, José Luis y Fernández Hernández, Antonio, coordinadores. Valencia, Tirant Lo Blanch Editores, 2009. p. 301 a 343. En el mismo sentido Terra de Oliveira, William. *El delito de blanqueo de capitales en tiempos de crisis*, en *Financiación del Terrorismo...*, *op.cit.* p.345 a 369). La globalización de la economía ha facilitado, además, que la plataforma tecnológica sea utilizada como una forma ágil de mover los capitales desde distintas partes del planeta, situación que ha



permanecido impune por mucho tiempo, razón por la cual las recomendaciones que se han adoptado, así como la suscripción por parte de la mayoría de los países, de instrumentos internacionales como los ya señalados, han hecho que al menos existan mayores posibilidades de controlar los movimientos sospechosos de dinero y que no sea tan fácil utilizar los mecanismos financieros para el lavado, lo que desde luego ha llevado a diversificar la forma en que se mueven esos capitales, aunque haya países en los que tales recomendaciones y medidas no han sido ampliamente puestas en práctica o lo sean de forma vaga e ineficaz (cfr. Martín Velasco, Laureano. *La investigación policial en el blanqueo de capitales*, en *Financiación del terrorismo*, *op.cit.* pp.222 y ss. En igual sentido Sánchez García de Paz, Isabel. *La criminalidad organizada, Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, Editorial DIKYNSON S.L., 2008, pp. 152 y ss). Las dimensiones de la legitimación de capitales trascienden las del o los delitos base o subyacentes, es decir, el del ilícito que origina los fondos y se convierte, como se ha reconocido, en un delito que tiene múltiples manifestaciones y afecta distintos bienes jurídicos, pues fomenta y genera corrupción en la función pública y en los círculos financieros, por la necesidad de mover y hacer disponibles las ganancias que se obtienen de la actividad ilícita, además de tener indiscutiblemente un potencial de afectación de índole económica, pues contribuye no sólo a que las organizaciones criminales obtengan réditos por sus conductas ilícitas, sino que están en condiciones de afectar seriamente la estabilidad económica y los indicadores económicos de los países y de la economía global. *“El lavado de dinero, en su proceso, tiene diversos efectos nocivos tanto para el orden jurídico como para el orden económico dentro del Estado, ya que favorece la corrupción, distorsiona la adecuada toma de decisiones económicos, agrava los males sociales u amenaza la integridad de las instituciones financieras. Por otro lado, el uso y disfrute de los bienes ya blanqueados, permite a los criminales la financiación de nuevas actividades delictivas, que le proporcionarían nuevas ganancias ilícitas que habrá que blanquear creando una espiral criminal que tiende a ascender. Se ha comprobado que el blanqueo afecta gravemente a la economía. Entre otros riesgos, pone en peligro a las instituciones financieras y, aunado a la globalización por la cual se han integrado los mercados de capital, el lavado pone en peligro la economía tanto nacional como internacional. Por ello se ha concluido que la problemática de esta conducta delictiva no solamente se limita a la aplicación de la ley, sino que representa también una grave amenaza a la seguridad nacional e internacional. Esto se constata con la realidad, puesto que en el mundo se ha impuesto el sistema de producción de libre mercado, lo cual, simulando el gran desarrollo tecnológico, principalmente en el área de las telecomunicaciones, ha facilitado el movimiento de capitales de bienes y servicios, incrementado el comercio internacional, pero por otro lado, ha acercado a los grupos dedicados a actividades ilícitas, y ha facilitado el movimiento de capitales sucios [...]”* Fernández de Cevallos y Torres, José. *Corrupción y blanqueo de capitales*, en *Estudios sobre Corrupción*, Fabián Caparrós Eduardo y Pérez Cepeda, Ana Isabel, coordinadores, Salamanca, Ratio Legis, 2010. p.186. Dentro de los efectos microeconómicos que se han señalado, están la afectación a la competitividad del sector empresarial privado, pues al crearse empresas y entidades tipo “fachada”, que aparentan realizar actividades económicas, se afecta la libre competencia, pues estas empresas fachadas disponen de flujos de dinero cuantiosos, lo que les permite subvencionar artículos o vender servicios a mejor precio, afectando a las empresas que deben ajustarse al marco de legalidad y controles formales establecidos, lo que significa que se crea una perturbación del equilibrio de mercado que aunque se pueden crear por ejemplo, por intervenciones gubernamentales en el control o subvención del precio de ciertos artículos, éstas parten de decisiones de política económica que son públicas y predecibles por los actores, lo que no sucede con las distorsiones que se originan por los capitales ilícitos; se habla de efectos nocivos a nivel macroeconómico, entre los cuales se cita la pérdida de control, por los estados y los organismos financieros internacionales, de la política económica, sobre todo si se tiene en cuenta que datos recientes del Fondo Monetario Internacional señalan que del 2 al 5% del producto interno bruto global se origina en el blanqueo de capitales (Fernández de Cevallos y



Torres, *op.cit.* p. 189), lo que significa cifras alarmantes que competirían con el presupuesto de muchos países de la comunidad internacional; además se ve afectado el poder adquisitivo de la moneda, al aumentar la inestabilidad de la moneda por la distribución inadecuada de los ingresos originada en la distorsión que mencionamos, en el precio de los bienes y servicios; se afectan las tasas de interés, se genera inflación etc. y, en general, distorsiona y ocasiona inestabilidad en la economía, se afectan las inversiones, etc. (cfr. Fernández de Cevallos, *op.cit.* pp. 189 y ss. En el mismo sentido, Torrente Dobles, Diego. *La inseguridad creada por la delincuencia económica*, en *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Carpio Briz, David, coordinador, Madrid, EDISOFER S.L., 2010. Pp. 259 a 269). Las razones para blanquear capitales aparecen evidentes: para hacer lucrativa la actividad delictiva es necesario poder colocar y disfrutar los réditos de la misma, sin riesgo alguno y es evidente que el tráfico de drogas, de armas, la trata de personas, entre otros, son actividades que generan grandes y cuantiosas ganancias, que deben ser “lavadas” para poder ser disfrutadas sin riesgos. “Desde el punto de vista del delincuente, existen al menos tres poderosos motivos para blanquear. El primero es poder utilizar los fondos de forma legal; el segundo es proteger al propio delincuente de forma legal y el tercero es legitimar al delincuente y su actividad económica [...]” Torrente Dobles, *op.cit.* p. 262. Y es comprensible que actividades que se realizan con alto nivel de organización, incluso de extraterritorialidad, estén dotadas, igualmente, de un engranaje y estructura dedicada al blanqueo de los ingresos, participando esta empresa de las mismas características de toda organización criminal: estructuras, división de funciones, penetración en las instituciones públicas, en el sector aduanero, migratorio, bancario y financiero, así como en el sector privado de las inversiones, desarrollo de proyectos de distinta índole y de actividades comerciales que permitan legitimar el origen de los fondos y generar ganancias adicionales. El tráfico de drogas es la actividad del crimen organizado más lucrativa en el mundo y moviliza enormes cantidades de dinero en distintas rutas alrededor del orbe. Según datos del Consejo de Europa, el tráfico de drogas produce mundialmente entre 450.000 y 750.000 millones de dólares anuales, por lo que se considera la actividad de crimen organizado que genera mayores ingresos (cfr. Fernández de Cevallos y Torres, *op.cit.* p. 185). Para el blanqueo del dinero proveniente de ésta y cualquier otra actividad de crimen organizado, se utiliza el mismo esquema o nivel organizativo, resultado de combinar (i) el número de miembros que la compone; (ii) el ámbito de actuación del mismo (local, regional, nacional o internacional) y (iii) el cumplimiento de una serie de indicadores de calidad y eficiencia, como el uso de la violencia o la intimidación; el empleo de la corrupción; la utilización de expertos y la sofisticación y el aislamiento, en el sentido de que se desarrollan estrategias para mantener aislados a sus líderes, de lo que dependerá la mayor o menor capacidad para desarrollar la actividad criminal y la mayor o menor resistencia la desarticulación por la acción policial (cfr. Cantarero Escandell, José. *La delincuencia organizada. Aspectos policiales*, en *La seguridad Pública ante el Derecho Penal*, *op.cit.* pp. 271 yss). Hay que tener un aspecto claro: la finalidad de lucro y ganancias cuantiosas a partir del objeto del delito, es lo que mueve a las redes del crimen organizado, de allí que se haya desplazado el interés en investigar el delito subyacente (tráfico de drogas, trata de personas, tráfico de armas, etc.) a una figura independiente que se relaciona directamente con la legalización y los movimientos de los capitales generados por dichas actividades y que ha adquirido dimensiones que trascienden los territorios. “Las características que presenta hoy el fenómenocriminógeno asociado al blanqueo de capitales son diversas. En primer lugar tendríamos que destacar la dimensión internacional del mismo. Hoy los grupos dedicados al crimen organizado son cada vez más internacionales, no sólo por su procedencia, sino también por su área geográfica de actuación. Si esto es así en general en el caso del blanqueo de capitales cobra una especial significación por cuanto en el proceso de enmascaramiento del dinero obtenido lo que se busca es precisamente desvincularlo de su origen ilícito, y esto se consigue de mucho mejor manera acudiendo a paraísos fiscales, terceros países, personas y sociedades interpuestas, etc. [...]” Martín Velasco, *op.cit.* p. 233 (en el mismo sentido Fernández de Cevallos y Torres, *op.cit.* p.184). Se ha destacado la profesionalización del blanqueo,



reclutando a importantes firmas de abogados y bufetes especializados en temas fiscales; al tiempo que se extiende, en el mundo comercial, la subcontratación, en el sentido de que las redes criminales acuden a sus servicios para lavar sus capitales, lo que complica la investigación y la posibilidad de asignar, en muchas ocasiones, la responsabilidad a esas personas y desenmascarar el verdadero origen de los capitales. Una importantísima característica del fenómeno es la enorme magnitud del volumen de capitales que se mueven. *“Por último, habría que destacar la enorme trascendencia de los delitos asociados al blanqueo. Cuando las organizaciones criminales necesitan blanquear dinero a gran escala es porque el volumen de ingresos es importante. El blanqueo ha ido ligado tradicionalmente al crimen organizado, a la corrupción y a los casos de violencia más sanguinaria. Los abogados y otros delincuentes de ‘guante blanco’ a los que más arriba nos referíamos no pueden despistarnos sobre el verdadero negocio en que se sustentan esos ingentes ingresos: trata de blancas, esclavitud, redes de inmigración ilegal, narcotráfico, secuestros, tráfico de armas e incluso guerras fomentadas y provocadas en países del Tercer Mundo para que el ‘negocio’ siga prosperando [...]”* (Martín Velasco, *op.cit.* p. 234). El blanqueo opera, en consecuencia, con los esquemas del crimen organizado. Así como, por ejemplo, para el tráfico de drogas se buscan alianzas para fabricar la droga, transportarla, comercializarla, así también para lograr introducir las ganancias en el giro de actividades lícitas se busca el consorcio con personas de distinta naturaleza, que fungen como “burros” que trasladen físicamente el dinero entre distintos territorios, profesionales que lo movilicen en sus viajes o negocios o que lo introduzcan mediante operaciones legales en inversiones; transportistas que llevan mercadería de un país a otro, casas de cambio o bancos en países de escasa regulación en materia financiera y de blanqueo, conocidos como “paraísos fiscales” para mover las inversiones y lavar los capitales. *“Desde el punto de vista de la inversión extranjera, los países que no controlan el blanqueo de dinero suelen perder confianza entre los inversores. Ello se debe a la relación entre blanqueo de dinero y corrupción y entre delincuencia organizada y violencia. A medio y largo plazo baja la inversión, disminuye el comercio y, en definitiva, se deteriora la economía. Desde un punto de vista estrictamente económico, la delincuencia organizada puede reportar, en un primer momento, beneficios para el consumidor. Éste encuentra productos más baratos, pero el coste general es enorme. Ésta es una de las razones por las cuales muchas veces la sociedad no es muy consciente de la importancia que tiene la delincuencia organizada o el blanqueo [...]”* Torrente Dobles, *op.cit.* p. 262. La doctrina y la jurisprudencia han tratado las fases del proceso de blanqueo de dinero: **(1) colocación o “placement”** que es la fase de introducción en el sistema económico de los fondos obtenidos ilegítimamente. Se dice que es la fase más vulnerable para el delincuente del delito subyacente, pues debe desprenderse físicamente del objeto del delito, que normalmente será dinero en efectivo y normalmente se dispondrá de él mediante su ingreso en cuentas bancarias, medios de pago negociables, cambio de divisas, adquisición de objetos de gran valor fácilmente transferibles o el transporte físico a un tercer país; **(2) transformación, ensombrecimiento o “layering”**: consiste en una sucesión de operaciones financieras para tratar de desvincular y separar la relación entre el efectivo y su procedencia, procurando dificultar la identificación de su titular, es la fase más compleja y realizada por verdaderos especialistas en lavado, se utilizarán una multiplicidad de operaciones rápidas y seguras, utilizando sociedades pantalla y testaferros, adquiriendo para ello gran importancia los países conocidos como paraísos fiscales y regímenes donde el secreto bancario sea más férreo con el fin de garantizar la opacidad de las transacciones. Estos países además se caracterizan por una política fiscal blanda para permitir el ingreso de grandes cantidades de efectivo; permitir la entrada de todo capital que provenga del extranjero dentro de sus fronteras y una baja o inexistente renta al capital; pocos controles del cambio de divisas y además poseen una amplia gama de cajas de cambio, bancos y entidades financieras que poseen entre sí una comunicación fluida y de confianza; suelen ser países de reducidas dimensiones pero con muy buenas vías de comunicación (puertos, aeropuertos, carreteras, etc.); **(3) Integración**: una vez blanqueado el efectivo y bajo la apariencia



de fondos lícitos, se introduce en el circuito financiero legal a través de negocios o inversiones, convirtiéndose en la fase más difícil de la investigación, siendo muy variados los procedimientos de integración: inversiones inmobiliarias, bolsa, operaciones de crédito, juego, actividades comerciales y financieras en el exterior, etc.. Dentro de las tipologías del blanqueo, a saber, las operaciones sospechosas a las que se enfrentan quienes investigan el lavado, el movimiento de efectivo y especialmente el movimiento o transporte físico del dinero, se constituye en la actividad que mayormente se detecta, especialmente por vía terrestre o en los aeropuertos. Se utilizan mecanismos como dobles forros en los automóviles, en las maletas o equipaje y no se encuentra explicación razonable para el origen del dinero; también los cambios de divisas, especialmente cuando se quieren fraccionar y las operaciones de cambio de dinero de alta denominación a baja o viceversa. (cfr. Martín Velasco, *op.cit.* pp.234 y ss. De igual forma Sánchez García de Paz, *op.cit.*, pp. 151 y ss). Desde luego que también se da la utilización del sistema financiero tradicional, mediante la apertura de varias cuentas, a nombre de sociedades fachada o testaferros y movimientos relacionados entre ellas. *“Pero los métodos que se han utilizado hasta la fecha no se quedan ahí y estas redes de blanqueo diversifican su ‘modus operandi’ para evitar ser detectadas. A veces serán cuentas personales con movimientos significativos, cuyos titulares son menores de edad, e incluso niños de corta edad. Otros movimientos importantes de capital generados por el titular desde oficinas situadas en otras localidades fuera de su ámbito normal de actuación para no llamar la atención. Y en ocasiones pagos significativos en favor de personas sin identificar, mediante documentos al portador, en efectivo, y con cargo a cuentas internas de la entidad depositaria. Es común, en fin, la utilización de transferencias hacia el exterior o procedentes del extranjero, sobre países productores de estupefacientes, o en los que hay altas tasas de narcotráfico, y también, obviamente, las que tienen origen o destino en paraísos fiscales [...]”* Martín Velasco, *op.cit.* p 238. También se menciona la utilización de otros servicios bancarios, como las cajas de seguridad, las operaciones de inversión, operaciones de crédito y avales, llamando la atención la petición de créditos o la concesión de avales, sin que exista correspondencia entre los montos y la situación del cliente o relación entre la persona que avala y el cliente que gestiona el préstamo, entre otros muchos mecanismos; también se utiliza la actividad financiera exterior y la realización de actividades empresariales por los propios narcotraficantes, por ejemplo, o por personas ligadas a ellos por amistad, parentesco, etc., o bien cuando se realicen actividades que tengan al frente a personas o empresas que hayan tenido o tengan residencia en países paraísos fiscales, siendo muy utilizado el sector servicios como hoteles, restaurantes, agencias de viajes, etc. pero también negocios vinculados a la comercialización de máquinas expendedoras de productos, de lavado de autos, que normalmente disponen de una gran cantidad de dinero en metálico, algunos de los cuales pueden resultar en apariencia ruinosos por su escasa actividad; se han vinculado actividades de exportación y comercio exterior utilizadas como fachada y finalmente, muy importante el sector inmobiliario, con inversiones millonarias; se emplea a menudo la adquisición de bienes a precios simulados o reales, en contratos privados sin mediar escritura pública, o se realizan inversiones y mejoras para vender luego a un precio sensiblemente superior al de la compra (cfr. Martín Velasco, *op.cit.* pp. 238 y ss. En igual sentido Terra de Oliveira, *op.cit.* p.345 a 369). Todos estos elementos, forman parte de los mecanismos que la experiencia internacional ha identificado como integrantes de la actividad de lavado de dinero y deben ser cuidadosamente ponderados en el análisis de cada caso concreto, para determinar su relevancia.”

d)Fundamentación de la sentencia penal: Nulidad por falta de fundamentación al ordenar el comiso en caso de transporte de drogas

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]⁸

Voto de mayoría

“V- SEXTO MOTIVO DE CASACIÓN. El licenciado Rodríguez Rescia reclama una falta de fundamentación de la pena en cuanto al comiso del vehículo y bienes secuestrados. Violación al numeral 142 del Código Procesal Penal en relación con los numerales 39 y 41 de la Constitución Política. Indica que la sentencia ordenó el comiso del automotor objeto de este proceso, no obstante dicha sentencia carece de fundamentación pues no se confirió audiencia de ley al tercero propietario del vehículo, lesionando el derecho de defensa y debido proceso, por un lado y la exigencia de comparecer a juicio terceros de buena fe para hacer valer sus derechos. Reclama la devolución de los bienes personales del imputado A., indicando que el mismo Tribunal reconoció en sentencia que nada tenían que ver y que no son parte del proceso. **El motivo es atendible.** El Tribunal de Juicio sobre este aspecto apunta: **“VII-CON RESPECTO A LOS OBJETOS DECOMISADOS.** *Procédase al comiso definitivo de todos aquellos objetos, dineros u otros que sirvieron como medio para que los acusados cometieran el delito, entre ellos un vehículo marca Mitsubichi, estilo Montero, GLS, año dos mil siete, placas 665231, propiedad de J. de nacionalidad Colombiana, de igual forma se ordena el comiso de dos teléfonos celulares uno es marca Nokia, color negro y champagne con ESN 07312861544, el otro sin marca visible pero el IMEI es:354101003656319, con tarjeta GSM número 95062010911980244, con su batería, dos teléfonos celulares ambos marcaNokia, uno de los cuales es color champagne con negro, con serie 07312999870 con su respectiva batería, el otro con el IMEI011671/00/915282/3, con tarjeta SIM 95062010911114489, con su respectiva batería;una llave maya marca Kingston con capacidad para dos gigabytes, ubicada en la parte trasera del automotor y un chaleco salvavidas color negro”.* (ver folio 499 Tomo I) De lo anteriormente transcrito se evidencia la falta de fundamentación en cuanto se ordena el comiso de los bienes descritos en el apartado indicado. Se violenta con esta forma de proceder el numeral 142 del Código Procesal Penal y con él, la jurisprudencia Constitucional en cuanto señala la ineludible obligación del Juzgador de emitir sus decisiones bien fundamentadas y apegadas a las normas que sobre la materia dictan procedimientos. La doctrina ha establecido que *“ La motivación debe ser verdadera o auténtica, no falsa. Una interpretación o utilización arbitraria de la fuente de convencimiento conduce a la falta de motivación de la sentencia”* (Recurso de Casación, Fernando de la Rúa, Editorial de Palma, 1994 pág.160). *En virtud de la motivación, el Tribunal muestra a los interesados y a la colectividad en general que ha estudiado acabadamente la causa; que ha respetado el ámbito de la acusación; que ha valorado las pruebas sin descuidar los elementos fundamentales, que ha razonado lógicamente y ha tenido en cuenta los principios de la experiencia y en fin, que ha aplicado las normas legales de acuerdo a un justo criterio de adecuación”* (obra cit. pág. 151) Siguiendo esta línea de exposición doctrinaria se tiene que mencionar la falta de aplicación por parte de los Juzgadores de instancia de los artículos 87 al 94 de la Ley Sobre Estupefacientes, sustancias psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas número 8204, por cuanto esta es enfática en señalar los derechos que sobre los bienes decomisados en asuntos de narcotráfico le asisten a terceros de buena fe, a los cuales,- sin cuestionamiento alguno-, se le debe dar audiencia para que se constituyan como partes en el

proceso a efectos de que ejerzan las reclamaciones que a bien tengan precisamente con esos bienes que fueron decomisados a las personas sindicadas con el delito. Si las personas que ostentan esa condición no son convocadas durante el proceso, esa falta de audiencia genera a su vez una lesión al debido proceso y derecho de defensa, y por ende, nunca se supo que vínculo o relación tenían los imputados sentenciados con la persona titular registral del automotor, que como apunta el mismo Tribunal de Juicio, no es ninguno de los acusados, sino que, el vehículo es propiedad de una persona de nombre J. De igual forma, es harto conocido que para que proceda el comiso en este tipo de delitos, se debe de fundamentar igualmente por parte de los Jueces de Juicio, por que razón o razones procesales se estableció de acuerdo al análisis de las pruebas tenidas en los autos, que efectivamente esos bienes decomisados fueron producto o ganancias generadas a raíz de la actividad delictiva, situación que no se puede SUPONER, ni inventar, sino que debe de ir -al igual que todo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional- apegado a la correcta y debida fundamentación intelectual, lo cual en forma evidente se echa de menos en este punto concreto. Siendo claro que en este caso se procedió a ordenar un comiso de bienes pertenecientes a terceras personas sin su participación y derecho de audiencia e intervención en el proceso, por un lado y asimismo en cuanto al resto de bienes que no eran el automotor no se fundamentó el por que procedía su comiso SE ANULA el fallo en ese único sentido, ordenándose el reenvío a fin de que el mismo Tribunal sentenciador pero con diferente integración, realice una audiencia en que se ventile este aspecto dando participación al propietario del vehículo. En los demás aspectos el fallo se mantiene incólume.”

e)Tráfico de drogas: Diversas conductas descritas en las normas tienen como eje común el traficar drogas

[Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz]⁹

Voto de mayoría

“I. [...] La sentencia de primera instancia ha tenido por acreditado los hechos que acusa el Ministerio Público, pero aduce que no configura el delito de Transporte de Drogas para la venta previsto y sancionado en el artículo 58 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, por lo que decide absolver a los encartados porque la acusación no describe las acciones realizadas por los endilgados, y únicamente describe las actuaciones policiales. Ahora bien, en primer lugar *“es menester efectuar algunas consideraciones relacionadas con los términos utilizados en la calificación legal de los hechos atribuidos al acusado. El párrafo primero del artículo 58 de la Ley de estupefacientes, Sustancias psicotrópicas, Drogas de Uso no autorizado y Actividades Conexas número 8204, no es una expresión contenida en la norma tipificadora de la citada Ley. Castiga al sujeto (s) que se involucre en alguna de las actividades relacionadas con la distribución, comercialización, suministro, fabricación, elaboración, refinamiento, transformación, extracción, preparación, cultivo, producción, transporte, almacenamiento o venta de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o drogas de uso no autorizado. Es decir, la actividad común es el tráfico de drogas* en cualquiera de las modalidades

contenidas en la norma." (voto 455-2008 del Tribunal de Casación Penal del segundo circuito judicial de Guanacaste, Santa Cruz de las ocho horas diez minutos del veintiocho de marzo del dos mil ocho)."

f) Tenencia de drogas para la venta: Concepto y alcances de "crimen organizado"

[Tribunal de Casación Penal]¹⁰

Voto de mayoría

"II.- **Cuarto motivo**, violación a las reglas de la sana crítica en cuanto al agravante de organización del tipo penal. El tribunal tuvo por probado que se trataba de una organización criminal conformada por M., S. y R. y jefada por la primera a efectos de aplicar el agravante del artículo 77 de la ley 8204, lo cual extrae de las manifestaciones de dos agentes encubiertos, sin establecer si el conocimiento de dichos agentes es una simple apreciación subjetiva por ser mujer y madre, pero los oficiales durante la investigación no ingresaron al domicilio y al momento del allanamiento había otras personas, por lo que la titularidad de una casa por sí misma no convierte a su propietario en jefe de la familia. Estima que no se trata de una organización criminal al tenor de lo que dispone la definición en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, pues la presencia de R. en las dos primeras compras experimentales es meramente circunstancial y no se desarrolla la misma actividad. Agrega que no es lógico que M., sea la líder de la narco familia y realice funciones de preparar y vender, según se indica en los informes policiales. Solicita se anule la sentencia y se ordene el reenvío. **El motivo no es de recibo**. A través de la investigación se logró establecer la participación de tres personas en la organización narcofamiliar, compuesta por M., su compañero sentimental S. y el hijo de ésta R. y para efectos del agravante previsto por el numeral 77 inciso F) de la ley 8204, por existir una estructura delictiva destinada a la venta de droga y conformada por al menos tres personas, tal y como lo indica en Tribunal sentenciador, resulta superfluo determinar si M. era o no la cabecilla de la organización, pues lo relevante es que formaban parte de un grupo integrado por tres personas dedicadas a la venta de cocaína, cada una de ellas cumplía diferentes roles dentro de la pequeña organización pero su finalidad era la misma, lucrar y obtener ganancias de manera ilegítima y el aporte de unos y otros permitió que la empresa criminal se desarrollara ya que a partir de la división de trabajo asumido por cada una de ellas, se integraba la decisión conjunta del hecho, mediante sus diversos aportes. Por otra parte hay que indicar que "*crimen organizado*" no constituye en sí mismo delito, sino que corresponde a una concepción que hace referencia a una estructura criminal recogida en instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ratificada por Costa Rica, mediante ley 8302 del 27 de junio de 2003 y que define como grupo delictivo organizado: "*un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.*", así como la recién promulgada Ley Contra la Delincuencia Organizada número 8754 del 24 de julio de 2009, que define la delincuencia organizada como "*un grupo estructurado de dos o más personas que*

exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves". Sin embargo el agravante previsto en el artículo 77 inciso f) de la ley 8204, requiere simplemente que la organización cometa alguna de las conductas establecidas en el artículo 58 y la participación al menos de tres personas, requisitos que se cumplen en el presente caso, de modo que el agravante señalado en el fallo recurrido, resulta aplicable al caso sub exámine. Por todo lo anterior, el recurso se declara sin lugar."

g) Infracción a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas

Consideraciones acerca del tratamiento o internamiento del consumidor de drogas

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]¹¹

Voto de mayoría

"II. [...] La normativa relacionada con la represión del delito de infracción a la ley de psicotrópicos, resulta ser amplia en cuanto a la formulación de verbos típicos, así el artículo 58 de la ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas expresamente dispone: "Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos. La misma pena se impondrá a quien, sin la debida autorización, posea esas drogas, sustancias o productos para cualquiera de los fines expresados, y a quien posea o comercie semillas con capacidad germinadora u otros productos naturales para producir las referidas drogas. ". Esa norma no se puede interpretar fuera del contexto general de la regulación de esta materia y de la condición de víctima del adicto a dichas sustancias, precisamente, ese reconocimiento se encuentra plasmado en el numeral 79 que establece como una medida de seguridad "Se promoverá y facilitará el internamiento o el tratamiento ambulatorio voluntario y gratuito con fines exclusivamente terapéuticos y de rehabilitación en un centro de salud público o privado, de quien, en las vías públicas o de acceso público, consume o utilice drogas de uso no autorizado; esta disposición tiene el propósito de desintoxicar al adicto o eliminarle la adicción. Cuando se trate de personas menores de edad, las autoridades estarán obligadas a comunicar dicha situación al PANI, para que gestione las medidas de protección necesarias, conforme al Código de la Niñez y la Adolescencia y al artículo 3º de esta Ley. Si se trata de personas menores de edad consumidoras de drogas de uso no autorizado en un sitio privado, el PANI, de oficio o a petición de parte, deberá intervenir y gestionar la medida de protección necesaria, conforme a las facultades otorgadas en el Código de la Niñez y la Adolescencia." Incluso, en esta materia se ha evidenciado un notable progreso en la forma en que se venía regulando este aspecto, pues, recordamos de anteriores formulaciones legislativas en las que se mantenía una concepción represiva en contra del consumidor de drogas, sin valorar precisamente su condición de adicción. Se incorpora en esta nueva manera de legislar al respecto el concepto de que para que el tratamiento sea efectivo, el

sometimiento al mismo debe ser voluntario y no coactivo. En todo caso, lo que nos corresponde resaltar en este momento es que, ninguno de los verbos típicos del numeral 58 sería punible cuando se trata del accionar de un adicto y con el objetivo de consumir las sustancias ahí aludidas, esa finalidad del consumo excluye el tráfico de estupefacientes que es, precisamente, lo que se pretende reprimir con la legislación citada.”

h) Venta de drogas: Imputación de cargos debe versar sobre la actividad desarrollada con anterioridad por los imputados

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]¹²

Voto de mayoría

“II.- [...] Cabe apuntar que en el presente caso el recurrente, con el fin de apoyar sus argumentos, disecciona la acusación; refiriéndose en primer término a los tres primeros hechos y, posteriormente, a los restantes, cuando en realidad se trata de circunstancias fácticas que se encuentran íntimamente vinculadas y que se dan mutuo apoyo, como con claridad se pasará a exponer más adelante. Por otra parte, esa separación de circunstancias le permite ejercitar una serie de argumentaciones, respecto de los hechos enumerados a partir del cuarto que, como veremos no resultan de recibo en atención a las particularidades de lo que son en realidad las delincuencias de narcotráfico y considerando cuáles debieran ser las circunstancias propiamente relevantes para efectos de la tipicidad. Para clarificar que es lo que queremos apuntar a este respecto, es menester hacer ciertas apreciaciones sobre lo que en realidad es el tipo penal en esta clase de delitos. En efecto, cuando consideramos la formulación de la norma penal en lo que resulta relevante para el presente caso, consagrada por el artículo 58 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas tenemos que esta literalmente dice: *“Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos.”*; nos percatamos que el contenido esencial de los verbos ahí descritos hacen alusión a actividades que se pueden prolongar en el tiempo, es decir, son delitos que se configuran como una actividad continua del sujeto agente. Esto lo apreció así desde mucho tiempo atrás la misma Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuando le correspondía resolver sobre este tipo de delincuencias en razón de la competencia material, diciendo: *“Mientras la intervención policial no finalice -y aún cuando ésta no se haya dado aún, dando inicio al proceso penal-, todas las transacciones (sic) que se realicen en este lapso son parte de una única actividad de tráfico de droga y, en el caso de compras controladas, serán formas de comprobación del desarrollo de la misma... si nos encontramos frente a un caso en el que se trata de la realización de la venta o tráfico de droga como actividad habitual, lo que le da las características de permanencia a dicha actividad, es claro que debe existir un parámetro objetivo para establecer cuando se rompe esa habitualidad o permanencia. Ese parámetro lo constituirá la iniciación del proceso penal contra el investigado, por haber concluido la investigación en su contra.”* . Voto 1018 de las 10:36



horas del primero de setiembre de 2000, en igual sentido Voto 865-F-97 de 10:20 horas del veintidós de agosto de 1997. Esto nos lleva a otro orden de ideas, que se relacionan con lo que en realidad es el contenido de la imputación de cargos. Estos tópicos también ya fueron abordados por este Tribunal de Casación Penal al decir: *"Considera esta Cámara que muy frecuentemente en este tipo de procesos de investigaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes, tanto el Ministerio Público, como los juzgadores, incurren en la imprecisión de considerar que el objeto de la imputación son los actos propios de la investigación, cuando el meollo de la conducta delictiva es la actividad ilícita desarrollada con anterioridad por los justiciables y que, esos actos, sólo tienen el objetivo de hacerla evidenciar. Así, como ya se dijo en alguna otra oportunidad: "...la atribución de cargos que hiciera el Ministerio Público lo es el dedicarse a la actividad de la intermediación de droga, ..., en un determinado período. La acusación no puede ser por una transacción específica de una cantidad de ... droga, mucho menos, cuando esta se refiere en la descripción fáctica como un medio de investigación o corroboración probatoria de esa actividad."* (Voto del Tribunal de Casación del Tercer Circuito Judicial de San Ramón número 2008-00021 de las once horas cuarenta minutos del veinticuatro de enero de dos mil ocho). Incluso, en la acusación propiamente dicha puede prescindirse totalmente de la relación a actos de comprobación experimental de drogas, siempre y cuando se haga una imputación clara, precisa y circunstanciada de la actividad que se le reprocha al justiciable." Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, voto 384-2008 de las 13:50 horas del 20 de agosto de 2008. En efecto, en el presente caso la relación de hechos de la acusación donde se imputa la real comisión del delito es cuando se le atribuye a la justiciable M. y a su colaborador el coimputado R. su dedicación a la comercialización de drogas durante los meses de enero a marzo de 2007, haciéndolo mediante la modalidad del servicio *express*, es decir, por encargo que se efectuaba mediante la previa llamada a un teléfono celular, acordando el sitio de la entrega de la droga. El hecho de que en la acusación se incluya y, por lo general, se tenga dentro del ámbito de los hechos probados de la sentencia, algunas circunstancias que son propiamente actos de investigación, no implica que estos actos sean en sí delitos autónomos, sino, como lo ha dicho en forma reiterada la jurisprudencia patria, medios de comprobación de esa actividad. Así las cosas, el análisis fragmentado de esas circunstancias que propone el recurrente en este caso no resulta legítimo. En relación con la imprecisión que estima el recurrente se da en esos primeros hechos que se enumeran en el elenco de hechos probados de la sentencia y que, en realidad, constituyen los únicos que en efecto dan contenido a la atribución de la responsabilidad penal, debemos de decir que el argumento no es atendible. En efecto esos hechos son: "1) *Entre el período comprendido entre el mes de enero y el 09 marzo del 2007, la aquí imputada M. se dedicó de manera única y exclusiva a la comercialización de drogas, específicamente cocaína, bajo de la modalidad de servicio Express, la cual distribuía en pequeños envoltorios de plástico, conocidos popularmente como "puntas", que vendía en la suma de ₡10.000,00 o ₡5.000, a consumidores de San Ramón, utilizando para ello un vehículo particular, placa 587.246, marca Hyundai, estilo Accent, modelo 1996, color negro.* 2) *Que los consumidores contactaban a la encartada a su teléfono celular, 339-0243 y le hacían pedidos de droga que posteriormente la sindicada pasaba a entregar personalmente en el vehículo antes citado.* 3) *La acriminada se hacía acompañar del encartado R, persona con quien sostenía una relación sentimental y quien junto con ella vendía droga al público entregaba droga y además recibía el dinero que pagaban los compradores, para luego dárselo a V, quien era la persona que le daba la droga."* (ver folio 259). En primer lugar, ha de decirse que este grado de descripción de los hechos es suficiente para constituir una acusación debidamente circunstanciada en cuanto a las descripciones de modo, tiempo y lugar del hecho punible. Tenemos así que al tratarse de una actividad a la que se dedicaba la imputada M. y su colaborador, lo que es necesario determinar es el período durante el cual se ejercía esa actividad o conducta delictiva y eso es lo que se indica en el hecho numerado como uno, determinando así las condiciones de tiempo necesarias para la imputación de cargos; igualmente se indica las



circunstancias de modo, al decirse no sólo el método de distribución de la droga (entrega bajo encargo), sino el tipo de sustancias distribuido "cocaína" y las condiciones de las transacciones, donde el precio de la dosis oscilaba entre diez mil y cinco mil colones; también es clara la acusación al referir la logística que se usaba, informando sobre el empleo del teléfono celular y el vehículo en que se desplazaban los imputados para la entrega de la droga a los consumidores. Toda esta referencia a circunstancias concretas y específicas permiten potenciar la defensa, objetivo básico de la existencia de una adecuada acusación. El pretender que se especifique los nombres de los consumidores concretos que compraron droga y las circunstancias en que esas transacciones se dieron excede en realidad la posibilidad de una investigación de esta naturaleza, pues se trata de una actividad habitual y sobre sustancias prohibidas, elemento que conocen no sólo los que distribuyen las drogas, sino los mismos consumidores, que por su grado de dependencia de esas sustancias, tampoco se encuentran, por lo general, en la disposición de colaborar informando detalladamente al respecto; sobre todo por cuanto de eso derivaría, necesariamente, la pérdida de la sustancia adquirida. En otro orden de ideas, afirma el recurrente que en la sentencia no se indica en qué se sustenta probatoriamente que la justiciable se dedicaba a la venta de drogas a consumidores, dicha afirmación no es cierta, pues, tal y como se observa del considerando III de la sentencia, en donde se realiza el análisis de fondo, se enumera una serie de medios probatorios de los cuales se extraen los elementos de prueba que permiten apuntalar esa conclusión, así se enumera la existencia de información confidencial que, precisamente, daba noticia de la dedicación de la justiciable M. a la distribución de droga mediante la modalidad de entrega por encargo, también se afirma como en el transcurso de la investigación se verificó como el teléfono celular de la imputada y el vehículo en que normalmente se trasladaba era empleado para esos menesteres, señala como las ventas controladas, así como las vigilancias, proporcionaron informes de como específicamente la imputada y su colaborador eran abordados por consumidores en condiciones que sugerían la transacción de drogas, así como la constatación directa de esa forma de proceder mediante los experimentos policiales y, por último, incluso, se da cuenta del testimonio de un consumidor de cocaína que refiere una negociación concreta de droga, nos referimos al caso del señor H. (confrontar folio 259 vuelto a 262 vuelto), directamente con la imputada V, así las cosas, mas bien con creces se tiene establecido el punto que objeta el recurrente, pues no sólo se da la corroboración de la actividad por medios indirectos de carácter indiciario, que resulta ser lo normal en este tipo de asuntos; sino que se constata directamente de parte de un consumidor que la justiciable le proporcionó droga a cambio de unos repuestos. El hecho de que el Tribunal de Juicio no se haya cuestionado el aspecto de la antijuridicidad material de los experimentos policiales efectuados para confirmar la actividad de trasiego de drogas no resulta ser un aspecto esencial o determinante en cuanto a la validez del fallo que nos ocupa, pues, evidentemente, como ya se expuso, esas diligencias policiales en sí no atentan contra el bien jurídico y constituyen nada más que indicios de la actividad que se estaba desarrollando previamente, que, en el presente caso, se vienen a unir a los restantes elementos de convicción para dar apoyo a la conclusión certera de que efectivamente se estaba desplegando una actividad como la acusada por el Ministerio Público. Tal y como se dijo antes, el que esos medios de comprobación del delito, por lo general, se incluyan en la imputación que realiza el Ministerio Público y sean enunciados en la sentencia como parte de los hechos que se tienen por acreditados, no implica que por sí sean parte de la tipicidad penal reprochada, de ahí que su consideración a efectos de la determinación de su tipicidad o antijuridicidad material es totalmente inocua. [...]"

j)Introducción de droga en centro penitenciario: Enunciado y consideraciones acerca del principio de lesividad e insignificancia del hecho

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]¹³

Voto de mayoría

“III.- Por su parte en el recurso interpuesto por la imputada xxxx, en un único motivo alega violación al derecho de la inviolabilidad de la defensa por cuanto la sentencia fue dictada contraviniendo el principio de insignificancia. Afirma que el Tribunal sentenciador tuvo por demostrado que fue sorprendida dentro del penal Centro de Atención Institucional San Rafael, portando en su bolso 115.58 gramos de cannabis sativa, lo que no es constitutivo del delito por inexistencia de afectación al bien jurídico, pues esa cantidad es ínfima, pudiendo ser para consumo personal, sin que se tuviera por demostrado que la finalidad fuera el daño a la salud pública mediante suministro, venta o comercio a terceros, toda vez que fue detenida al salir del baño del centro penal sin la oportunidad de llegar a su destino, según la presunción de la sentencia, de que era para suministrarla a los privados de libertad como acusó el Ministerio Público (folios 142 a 152). El reclamo no es atendible. Como preámbulo del tema planteado es indispensable hacer un análisis sobre el principio de insignificancia. Así debemos admitir que la doctrina que se ocupa de la Parte General del Derecho Penal acepta, que para agotar la fase de tipicidad (propia de la Teoría del Delito), es insuficiente que la conducta se ajuste objetiva y subjetivamente a los diferentes elementos que conforman la norma penal y mas bien se requiere, que el bien jurídico protegido en el tipo penal se haya lesionado (o puesto en peligro) de manera considerable. En el sistema normativo vigente, este principio encuentra justificación en el artículo 28 de la Constitución Política que regula el principio de lesividad, en virtud del cual: “... las acciones que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...”. En ese sentido, conviene hacer un recuento de diferentes sentencias emitidas tanto por el Tribunal Constitucional, como por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en las que se ha desarrollado la importancia e implicaciones del principio de insignificancia. Para ello y por su utilidad para decidir el presente asunto, conviene traer a colación un voto de la Sala Tercera, en el que además se alude a fallos de la Sala Constitucional: “... III.- Falta de tipicidad penal: Se alega violación a lo dispuesto por los artículos 1 del Código Penal y 39 de la Constitución Política, pues el Tribunal condena al imputado por el delito de cohecho propio y le impone una pena de dos años de prisión, cuando, a juicio del impugnante, se está en presencia de un hecho insignificante que en nada lesiona el bien jurídico que tutela la norma. La pena impuesta resulta por completo desproporcionada e irracional; la antijuridicidad de la conducta debe verse por el menoscabo que se supone sufrido por el bien jurídico, debe ser una lesión intolerable al orden comunitario. Nuestra legislación ha avanzado al punto de excluir del ámbito de aplicación del derecho penal aquellas conductas que por lo insignificante del hecho o por el poco perjuicio que ocasionan, no merecen poner en marcha al aparato penal. Nunca puede dejarse de lado el criterio de afectación del bien jurídico para estimar si una conducta es delictiva o no. Varias consideraciones resultan necesarias a efectos de resolver el motivo que se alega. El juicio sobre la insignificancia de un hecho, es, sin duda, un juicio de valor que el juez debe realizar, tomando en cuenta los valores fundamentales del ordenamiento jurídico y su relación con la realidad social. Ciertamente nuestra legislación procesal lo ha incorporado como herramienta útil de interpretación, para excluir la intervención del aparato represivo estatal, al autorizar al órgano acusador la aplicación de un criterio de oportunidad, en los términos del inciso a



del artículo 22 del Código Procesal Penal de 1996, cuando, entre otros “se trate de un hecho insignificante (...), salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él”. Pese a que se encuentra ubicado en la normativa procesal, es indudable que su contenido y real significado provienen de los conceptos esenciales del derecho penal material, en especial, de los postulados de la teoría del delito y su interpretación en un Estado de Derecho. No está de más señalar que incluso en el proyecto de Código Penal que actualmente se conoce en la Asamblea Legislativa, se incorpora el principio de lesividad como parámetro que impregna la teoría del delito y por ende, la aplicación del derecho penal sustantivo, entendiendo que una acción no puede estimarse delictiva si no lesiona o pone en peligro de manera significativa, un bien jurídico tutelado. Esto no es más que el desarrollo normativo del postulado que contiene nuestra Constitución Política en el párrafo segundo del artículo 28, cuando se excluye del ámbito de la ley - de especial interés cuando se trata de la ley penal-, aquellas acciones “que no dañen la moral, las buenas costumbres o que no perjudiquen a tercero”. Esta es una limitación de carácter sustancial a la labor del legislador. Como correlato, se convierte en un requisito de legitimación sustancial -o, dicho de otra forma, en el parámetro para valorarla- de toda norma, en especial de la prohibitiva. En consecuencia, no es válido para el legislador penal sancionar conductas que no lesionen o pongan en peligro un bien jurídico tutelado y fundamental para el conglomerado social, según el contexto histórico concreto en que la norma produce sus efectos. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional y lo ha recalcado recientemente, en la sentencia 6410-96 de las 15:12 del 26 de noviembre de 1996, oportunidad en la que señaló: “III. Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el “para qué” del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición.(...) V.- El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: “Al disponerse constitucionalmente que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no



perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" -Art. 28- se impone un límite al denominado *ius puniendi*, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero". Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional(...)"(resaltados no son del original). Ahora bien, el juicio sobre la insignificancia del hecho se dirige al juez y se refiere a un hecho histórico concreto, que formalmente se adecúa a una figura delictiva. En consecuencia, además de la necesaria tutela que la norma penal debe efectivamente buscar de un bien jurídico fundamental, los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, propios del ejercicio del poder en el Estado de Derecho, imponen, a través de conceptos como la insignificancia del hecho, la necesidad de que, en el análisis de los elementos del delito, no baste la constatación de la tipicidad y su relación con la tutela a un bien jurídico. Entra además la valoración respecto de la importancia de la conducta típica para estimar lesionado o amenazado dicho objeto de tutela, en entidad tal de justificar la reacción penal. Por ello, el concepto de insignificancia del hecho está íntimamente relacionado con la entidad de la lesión, menoscabo o amenaza sufrida por el bien jurídico, con la conducta cuya persecución penal se pretende. De indudable punto de partida para esta labor de interpretación lo son los principios de intervención mínima y racionalidad que se predicán del derecho penal en todo Estado de Derecho, estrechamente relacionados con el conjunto de valores, objetivos y aspiraciones de la sociedad, plasmadas, a nivel general en la Constitución Política, como fuente principal, tanto de los bienes jurídicos merecedores de tutela -materia en la que se entienden integrados además los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales-, como de aquellos objetivos que se predicán de la organización social y que deben inspirar el ejercicio del poder y el desarrollo de las competencias a cada uno de ellos asignadas, teniendo como norte el principio de libertad y democracia consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna. No está de más señalar que si bien el criterio de entidad de la lesión al bien jurídico, es quizás el más relevante a efectos de dar contenido al concepto de insignificancia, también existen otros elementos que coadyuvan en esta tarea -puede enfocarse desde el punto de vista de la acción y la entidad de su disvalor; desde el resultado y su disvalor; también desde la óptica de la pena, que podría resultar desproporcionada con relación a la (sic) lesión del bien jurídico; desde la culpabilidad e incluso desde la teoría de la participación. Es indiscutible su relación con el principio de lesividad, según se ha visto; por lo demás, también se le complementa con la concepción de criminalidad de "bagatela" y las aportaciones que esta hace a la interpretación de la ley penal, con especial referencia al principio, ya mencionado, de la proporcionalidad entre acción o conducta y la reacción prevista por el legislador (al efecto, consúltese el artículo del profesor Alfredo Chirino "A propósito del principio de oportunidad y del criterio de 'insignificancia del hecho'" en la obra Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, pp. 105 a 139.)..." (Sala Tercera, sentencia # 219-98, de 9:55 horas del 6 de marzo de 1998). Así las cosas, para determinar cuándo se está ante un hecho insignificante, el operador judicial debe acudir en primer lugar al principio de



proporcionalidad, y buscar sus manifestaciones sustantivas en los diferentes estadios de la Teoría del Delito. En este sentido, la doctrina nacional ha indicado que: "...Para responder a la pregunta de cuál hecho es insignificante, se puede acudir a diferentes aspectos de la teoría del delito: i) desde la teoría de la acción podría discutirse si lo que es insignificante es precisamente aquello que tiene "poco" disvalor de acción; ii) desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene "poco" disvalor de resultado; iii) desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es "insignificante" aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte "desproporcional"; iv) este último aspecto lleva también a discutir también si lo que es "insignificante" puede averiguarse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad; v) desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la "mínima culpabilidad"); vi) desde la teoría de la participación podría analizarse el grado de participación o de aporte del partícipe a fin de cuantificar una eventual insignificancia y de allí una aplicación del principio de oportunidad a los partícipes que no representen un papel significativo en la realización del hecho. Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí no sólo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que esta puede o no debe ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar. De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguibilidad así como también los impedimentos sancionatorios; la determinación de los marcos penales; la medición de la pena, y los aspectos correctivos de la medición de la pena, aspectos todos que se encuentran regulados en la Parte General del Código Penal vigente..." (Chirino Sánchez, Alfredo: Principio de oportunidad e insignificancia del hecho, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Corte Suprema de Justicia- Asociación de Ciencias Penales, San José, 1.996, pág.118). Ahora bien, no puede negarse que en el fondo de la discusión, el problema de la lesividad y con él, el de la insignificancia, encuentra su punto de partida en la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, pues se ha entendido que: "... una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva, y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales..." Roxin, Claus: Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1.997, pág. 558. El mismo autor señala que una de las implicaciones de la antijuridicidad material es la de servir como instrumento de interpretación de problemas dogmáticos, como sucede con la adecuación social de la conducta, Ibid, pág. 560. Sobre el concepto y alcances de la distinción, pueden consultarse los siguientes textos: Bustos Ramírez, Juan: Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1.989, págs. 160 y siguientes. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: Derecho Penal. Parte General, Tirant lo blanch, Valencia, 1.993, págs. 276 y 277. Fernández Carrasquilla, Juan: Derecho Penal Fundamental, Vol. II, Editorial Temis S.A., Colombia, 1.998, págs. 37 a 47. Velásquez Velásquez, Fernando: Derecho Penal. Parte General, Editorial Temis S.A., Colombia, 1.994, pág. 236. Zaffaroni, Eugenio Raúl: Derecho Penal. Parte General, Argentina, Ediar, 2.000, págs. 569 a 571). En razón de ello, la doctrina ha resaltado que: "... No puede negarse que el principio de insignificancia tiene un carácter material, como derivación que es del principio de proporcionalidad, señalando, conforme al carácter fragmentario del Derecho Penal, cuándo la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tiene la magnitud suficiente para justificar la tutela del Derecho Penal, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. En estos supuestos se puede hablar de ausencia de antijuridicidad material, tal y como lo hace Roxin, pero podría ser denominado también, eliminando toda confusión entre tipicidad y antijuridicidad, ausencia de tipicidad material ..." (Llobet, Javier: Principio de insignificancia y criterio de



oportunidad reglado, en Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada, Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal “eficiente”, San José, Ediciones Jurídicas Areté, 2 000, pág. 24). Ciertamente, como corolario indispensable para racionalizar el poder represivo del Estado, se impone la necesidad de distinguir entre diversos grados de afectación del bien jurídico, de manera que se excluya del ámbito de aplicación de la norma aquellas infracciones que menoscaban de manera insignificante dicho objeto de protección, funcionando en consecuencia como causal de exclusión de la tipicidad, por ello es válido el supuesto de que cuando un Tribunal de Juicio después de analizar la prueba evacuada en plenario establezca como hecho probado que la vulneración del bien tutelado es insignificante, deba absolver al justiciable por considerar que el suceso comprobado es irrelevante y que, por razones de justicia material en ese caso concreto la aplicación de la pena –aunque fuere la mínima prevista- resultaría abiertamente desproporcionada; supuesto el anterior que no corresponde, según analizaremos más adelante, a los hechos investigados en el presente proceso. Sin desconocer los alcances que algunos Tribunales de instancia han otorgado al principio en comentario, conviene destacar el tratamiento -que los máximos órganos de casación en materia penal- han dado al tema. El Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, mediante voto # 473-99, del 29 de octubre de 1.999, ha admitido la aplicación del principio de insignificancia en un supuesto en que se incautó a un menor de edad una “piedra” de cocaína base (“crack”), con un peso de 0.03 gramos, destinada al comercio. En efecto, el Tribunal de Casación consideró que: “... Es entonces cuando el Juez Penal de San José, entra a este segundo nivel de análisis, a saber, el de la antijuridicidad del hecho, en el cual, tampoco duda en reconocer que se ha perfeccionado la antijuridicidad formal, a saber, la mera contrariedad de la conducta establecida como cierta, con el ordenamiento jurídico visto en su conjunto, pero, es aquí donde el análisis resulta relevante y decisivo, pues el juzgador también analiza, conforme las circunstancias del caso concreto, la concurrencia o no de la antijuridicidad material, para concluir que en efecto, ésta no se da, dando como razones dos de la más alta importancia: la primera, que el bien jurídico tutelado (La Salud Pública) no corrió ni siquiera peligro, en vista de que el oficial que compró la droga inmediatamente la puso en manos de las autoridades encargadas de iniciar el proceso, y la segunda, que efectivamente la cantidad de sustancia prohibida de que se trataba (0.03 gramos) no tenía la suficiente entidad para poner en peligro ese mismo bien jurídico tutelado. En el fondo priva el principio de lesividad que la sentencia termina por privilegiar en el caso concreto y que, conforme el criterio de dicho Tribunal es un razonamiento adecuado...” (El subrayado no es del original). En el presente caso ha quedado demostrado que la conducta de la justiciable, no se encuadra en las condiciones de excepción señaladas y por el contrario si produjo riesgo para la Salud Pública y por ello podemos afirmar que vistas las particulares características que presenta el hecho y al pretender suministrarse a internos de un centro penal no sólo significó todo un riesgo para el bien jurídico protegido “La Salud Pública” de aquellas personas, sino que también atenta contra la convivencia pacífica y fines de rehabilitación propios de la pena de prisión. Así la acción desplegada por xxxx resulta típica, encuadra dentro de la conducta prevista en los artículos 58 y 77 de la Ley 8204, por introducirse y poseerse la droga con fines de suministro. La encartada xxx determinó su conducta para atentar contra el bien jurídico protegido, máxime si tomamos en cuenta que la cantidad decomisada fue de 115.58 gramos de cannabis sativa o marihuana, con la cual se podrían confeccionar gran cantidad de cigarrillos. Según se tuvo por acreditado en el fallo bajo examen, la acusada pretendió dolosamente entregar a los internos de un centro penal la cantidad de droga indicada supra, que aunque se considerara ínfima, como pretende la recurrente, situación que no comparte esta Cámara; cuando existe un acuerdo previo entre la persona que la pretende entregar y el destinatario para recibir la droga (el o los internos), esa conducta también significa un riesgo efectivo para la salud pública y resulta consumativa del delito de suministro de drogas, en este caso mediante ingreso a un centro penal, lo que agrava la conducta. Finalmente se tiene también que la acusada xxxx es culpable, porque teniendo conocimiento de la ilicitud de la



conducta -sobre todo dentro de un establecimiento penitenciario-, actuó contra derecho pudiendo no haberlo hecho, razón por la cual su conducta le es reprochable penalmente. Podemos afirmar incluso que en vista de la vigilancia a que se ven sometidos los reclusos, actividades tales como la venta o el suministro de drogas entre ellos mismos se ven sumamente limitadas por las circunstancias y oportunidades en que pueden hacerlo, razón por la cual se explica que muchas veces los ingresos y suministros sean de cantidades pequeñas de droga, de manera tal que, simplemente por el modo en que deben actuar, no puede concluirse que una conducta como la aquí examinada sea insignificante. En el anterior sentido, puede consultarse el voto 260-F- 96, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de 9:10 horas del 24 de mayo de 1996. En razón de lo anterior, debe tenerse presente las siguientes aclaraciones: a.- En principio, por la ofensividad genérica que implican las conductas delictivas reprimidas en la ley que rige la materia, debe excluirse la aplicación generalizada del principio de insignificancia en tales infracciones. Su vigencia debe reservarse a supuestos excepcionales, analizados casuísticamente. b.- El operador judicial debe estar atento a no incluir en el principio de insignificancia, conductas en las que sí se lesiona de manera significativa el bien jurídico en cuestión. Esto sucederá por ejemplo, en todos aquellas hipótesis en las que a través de la investigación policial se acredita una predisposición para el tráfico de drogas, pues en estos casos carece de importancia que al final se incauten cantidades ínfimas de droga, o que del todo en el operativo realizado con intervención del juez no se obtenga ni el dinero utilizado ni más droga que la obtenida por el colaborador (En este sentido, pueden consultarse los siguientes Votos de esta Sala Tercera : Voto No. 1.424-99, de 9:26 horas del 12 de noviembre de 1999. No. 328-2000, de 9:20 horas del 31 de marzo de 2000 y No. 74-2001 de las 19:10 horas del 19 de enero del 2001). En razón de lo anterior, debe tenerse prudencia para no calificar como insignificante una conducta por la simple constatación de que se poseen pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, pues puede suceder, que sea esa la forma ideada por el sujeto para lograr sus propósitos delictivos. Por lo anterior, puede concluirse –como una máxima de experiencia- que la Salud Pública puede ponerse en peligro, aún en los casos en los que se ostente o manipulen escasas cantidades de productos ilícitos. Consideramos que frente a un caso como el presente no es posible señalar que el hecho no produce un peligro para la salud pública, y menos que resulta insignificante, puesto que se trata de una cantidad de 115.58 gramos de marihuana, cantidad más que significativa para ser distribuida entre los internos del Centro de Atención Institucional La Reforma. Por último llama la atención que en el recurso se insinúe que la droga pudo haber sido para consumo personal, situación que en ningún momento fue alegado por la acusada, ello basta con escuchar su declaración rendida en la audiencia donde se concreta a señalar que la droga no era suya y que no sabe como llegó a su bolso. Por lo expuesto, procede declarar sin lugar el presente recurso de casación presentado por la justiciable xxxx.”

j) Tenencia de drogas para el tráfico: Análisis sobre su carácter de delito de peligro abstracto y distinción con los delitos de peligro concreto

[Tribunal de Casación Penal]¹⁴

Voto de mayoría

"1. [...] Por lo demás, como se ha dicho en reiteradas ocasiones, tratándose de un delito de peligro abstracto, la sola posesión de droga para el tráfico es un comportamiento que pone en peligro el bien jurídico tutelado por las respectivas normas penales, o sea, la Salud Pública, sin que para ello sea necesario acreditar la existencia de ventas concretas a consumidores o a terceras personas, como pretende la recurrente. A pesar de los cuestionamientos dogmáticos que existen sobre la formulación legislativa de estos tipos penales, la Sala Constitucional ha establecido que no son contrarios al Derecho de la Constitución, con base en las siguientes razones: "IV.- Sobre la formulación legislativa de 'delitos de peligro abstracto'. Si bien es cierto, toda conducta penalizada ha de tener como objetivo la protección de un bien jurídico determinado, el legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales conforme considere se adaptan mejor a la naturaleza del bien que se pretende tutelar y de acuerdo con los fines que le ha asignado a la pena y al derecho penal en general, los cuales, pueden ser no sólo retributivos, sino también preventivos, –ya de prevención general positiva o negativa–, resocializadores, etc.- La doctrina dominante ha distinguido entre delitos de lesión y de peligro, atendiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico. En los delitos de lesión se exige para la tipicidad del hecho la producción de la lesión del bien jurídico o del objeto que lo representa, mientras que en los de peligro no se exige ese efecto, produciéndose un adelantamiento de la protección del bien a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión. La delimitación entre una y otra clase de delitos puede ofrecer dificultad frente a figuras delictivas concretas. Así, en los delitos en los que se tutelan bienes colectivos como la salud pública, la seguridad del tráfico, etc.; si se considera la afectación que las conductas suponen para el bien jurídico colectivo, pueden tenerse como delitos de lesión; sin embargo, frente a los bienes jurídicos individuales, sólo suponen un peligro. La diferenciación entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, tampoco es fácil en algunos casos, ya que en ambos se requiere un desvalor de acción, mientras que sólo los delitos de peligro concreto exigen un verdadero desvalor del resultado, que consiste precisamente en esa concreta puesta en peligro. Según la opinión doctrinal mayoritaria, los delitos de peligro abstracto sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. El legislador selecciona formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico correspondiente, sin que deba establecerse en cada caso particular, la concreta puesta en peligro del objeto de la acción o del bien jurídico protegido en la norma. No se exige una efectiva puesta en peligro –juzgada ex post– para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido, aunque sí que la realización de ese comportamiento suponga –desde una perspectiva ex ante– un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico. En los delitos de peligro concreto, el peligro sí constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar



consumado el delito, el juez ha de comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado causalmente y objetivamente imputable a ésta. V.- Sobre el bien jurídico protegido en los delitos de la Ley de Psicotrópicos. El bien jurídico protegido por la Ley de Psicotrópicos está constituido por la salud pública. Se trata de un bien jurídico colectivo o supraindividual, cuya titularidad no recae en una persona sino que es compartida por todos los ciudadanos o, al menos, por una colectividad de personas, con independencia de que esa protección sirva individualmente a cada uno de ellos para lograr su pleno desarrollo como individuo. El principio de lesividad no se determina por la lesión ni inmediata ni directa a la salud individual –aunque sí de forma mediata o indirecta– sino que se vincula con la peligrosidad y gravedad de las conductas susceptibles de afectar la salud de un número indeterminado de personas. Puede admitirse en cierto modo una relación de progresividad, de manera que lo decisivo es el menoscabo a la salud colectiva, en cuanto bien social, y no la posible lesión a la salud individual. Muchas de las conductas punitivas establecidas en esa Ley son de peligro abstracto, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte: '...Es posible distinguir, con la doctrina, entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, tomando como punto de partida para la distinción la mayor o menor probabilidad de producción de un resultado lesivo. En los delitos de peligro abstracto, como los que están incluidos en la Ley de Psicotrópicos, se considera que el peligro se presenta con la realización de la conducta delictiva descrita en el tipo, y de ahí que, en estos casos, no sea necesario acudir a un análisis acerca de si en el caso concreto hubo o no peligro de lesión al bien jurídico tutelado, pues en tales hipótesis el riesgo está implícito en la acción desplegada. En cambio, en los delitos de peligro concreto, resulta necesario analizar en cada caso, y, por supuesto, probar fehacientemente, si la acción desplegada fue idónea para causar un determinado peligro. Tanto en los delitos de peligro concreto como en los de peligro abstracto existe una tendencia legislativa a producir una reacción penal en un área contingente a la lesión efectiva del bien jurídico, la cual se explica por razones de una 'política criminal del riesgo' que ha permeado profundamente la reforma penal de la posguerra, caracterizada por una tendencia a producir tutela penal en aquellas áreas donde se generan riesgos importantes a la convivencia, como en el caso de los modernos desarrollos del así llamado 'derecho penal ecológico'. El legislador costarricense ha seguido en la legislación contra el tráfico de estupefacientes las líneas generales de esta política criminal, y ha decidido que estos delitos se castiguen aún en aquellos casos en que no se ha producido un efectivo o concreto peligro para la Salud Pública, bastando la realización de alguno de los verbos –incluidos también en las frecuentes descripciones de tipos penales mixtos-alternativos del derecho comparado– para que se tenga por configurada la conducta típica. Esto es así, por cuanto no se ha aceptado admitir que se tengan que producir efectivas lesiones a la Salud Pública para castigar este tipo de conductas humanas cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen.' (Sentencia número 1999-00010 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y nueve). Claro está, el peligro abstracto en virtud del principio de lesividad, no puede entenderse como un peligro 'presunto', como una mera inobservancia de reglas, sino que debe existir una potencialidad de daño, lo cual debe ser valorado por el aplicador de la norma en cada caso concreto. Ello por cuanto, conforme se señaló, la intervención del derecho penal para regular la convivencia social en un estado democrático, sólo puede justificarse en cuanto tienda a la protección de bienes jurídicos considerados relevantes." Sala Constitucional, voto N° 2006-00218 de las 15:56 horas del 18 de enero de 2006 (los destacados en negrita son suplidos). [...] II [...] Por lo demás, los propios juzgadores aclaran que, en la especie, la responsabilidad del justiciable no se asienta "en una compra experimental" (folios 1050 vuelto y 1051 frente), sino que ésta constituye solamente uno de los indicios de su actividad delictiva, al que deben sumarse los ya indicados con anterioridad. Si bien a la compra controlada se le denomina en este caso "compra experimental", de esa simple expresión no puede concluirse, válidamente, que el Tribunal de Juicio haya estimado que los hechos tenidos por ciertos constituyan un "delito experimental", que es una figura totalmente distinta, relacionada con el hecho



de "provocar" a una persona para que realice una acción ilícita (como se desprende del tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia le ha dado a ese tema, sobre lo cual puede consultarse el voto número 2005-0266 de las 9:55 horas del 8 de abril de 2005, emitido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). Véase que no es cierto que Xxxx haya sido condenado sólo por realizar una venta de droga al oficial encubierto, sino que ese acto se consideró como un indicio demostrativo de que el encartado ya poseía la droga para el tráfico, hecho tipificado en el artículo 58 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas (número 8204 de 26 de diciembre de 2001)."

k) Tenencia de drogas para la venta: Análisis sobre participación y autoría

[Tribunal de Casación Penal]¹⁵

Voto de mayoría

"XVIII. [...] Considera la impugnante que la conducta que le debe ser reprochada a su defendido es la de cómplice y no la de autor, ya que del cuadro fáctico establecido por el Tribunal se tiene que los líderes del grupo son los hermanos X, quienes son los dueños de la droga, son los que deciden el cómo y el cuándo se vende, por lo que la tarea que finalmente le correspondió al encartado Jorge Ramírez Valverde fue únicamente la de actuar colaborando, sin tener el dominio del hecho. Eran los líderes los que elegían a los proveedores, a los vendedores, quienes se turnaban los horarios de venta, definían las cantidades a vender. Acepta la impugnante que pudo haber sido que su defendido visitara o frecuentara la casa de los X y que haya hecho de mandadero para ellos y que se involucrara en un par de ventas experimentales, pero que de ahí deducir una responsabilidad (sic) de autor del hecho, sobre todo tomando en cuenta las paupérrimas condiciones en las que Jorge Ramírez vivía. Concluye diciendo que Jorge Ramírez es una demostración de cómo los enfermos adictos son aprovechados por las organizaciones criminales para llevar adelante sus designios, pagando después con droga, quienes no tienen más salida que realizar lo que se les dice para poder atender su adicción. Solicita se case la sentencia y se ordene el reenvío para valorar la participación de su defendido en grado de complicidad. No puede concederse lo solicitado. Conforme lo determina el artículo 47 del Código Penal, son cómplices los que presten al autor cualquier auxilio o colaboración para la realización del hecho punible. Esta forma de declarar la existencia de la complicidad parte, por supuesto, de la diferenciación dogmática entre el autor y los demás partícipes. Esta distinción se puede trazar con diversas teorías, habiéndose decantado nuestra jurisprudencia por la teoría del dominio del hecho, que fue llevada a un estadio de gran desarrollo por el autor alemán Claus Roxin. Es una teoría que permite la diferenciación a partir de la finalidad pero, además, del estudio del efectivo dominio del hecho. El autor será, entonces, quien tiene en sus manos el curso causal, tanto en aspectos objetivos y subjetivos como también en lo que se refiere a la realización material. La realización por sí del núcleo de la acción típica es otra forma de caracterizar la autoría, que en cierta forma es recogida por el artículo 45 del Código Penal. No obstante, la diferenciación es ardua ya que además de la teoría delimitante se requiere tomar en cuenta el tipo penal imputado, que en este caso es la POSESION, COMERCIALIZACIÓN PARA LA VENTA AGRAVADA DE DROGA. Esta delincuencia de peligro abstracto puede ser



realizada incluso con la mera posesión de droga para la venta, si además se vende, se produce la concurrencia de otro verbo típico, que en una forma de declaración alternativa, permite punir todas las acciones que forman parte del así denominado "círculo del narcotráfico". Dicho lo anterior, cabe agregar que nuestra legislación no requiere que se determinen los aportes de los cómplices, por ejemplo, para especificar si son primarios o secundarios, si son necesarios o no, toda contribución o colaboración será, entonces punible en la medida que vaya dirigida a la realización del hecho punible que en cada caso se trate. Esto último facilita mucho las cosas cuando se trata de ponderar el grado de aporte a la realización de un hecho principal, que permite diferenciar aportes fundamentales y aportes secundarios. Sin embargo, tal y como están construidas las figuras penales en la Ley de Sustancias Psicotrópicas y Drogas de Uso No Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas, concretamente en el numeral 58, esta diferenciación no tiene mayor utilidad: "Artículo 58.—Se impondrá pena de prisión de ocho a quince años a quien, sin autorización legal, distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos". En efecto, y como puede verse de la sola lectura del tipo penal, ya el hecho se comete, en calidad de autor, quien al menos distribuya o comercie, quien fabrique o elabore, o quien la transporte, la almacene y la venda. Es decir, que los verbos, desde su propia configuración normativa, ya abarcan cualquier aporte como una forma de coautoría. Si se utiliza la teoría del dominio del hecho, como lo pretende la impugnante, lo que sucede, en la práctica, es que no habrá más salida que concluir que el dominio del hecho, del sí, el qué y el cómo, se estará produciendo en cualquiera de esos verbos alternativos y abarcará cualquier aporte como autoría y no como simple complicidad. En otras palabras, por más que se intente diferenciar entre uno y otro, a los efectos de la aplicación de la penalidad del artículo 58, cualquier aporte a dichas acciones ya constituirá, de suyo, una forma de autoría. Por ello, el actuar del Tribunal de Mérito no afrenta el principio de proporcionalidad, ya que el aporte que hace el encartado Jorge Ramírez Valverde es importante y no meramente colateral a la acción emprendida por los líderes de la organización. Obsérvese que se imputa el hecho de la venta, de la comercialización de la droga, por lo que el impacto del análisis del actuar del justiciable ya rebasa la mera complicidad. La construcción de los tipos penales de narcoactividad, entonces, están contruidos de tal forma que toda contribución a su materialización ya es, de suyo, propia de una autoría, de los verbos descritos, ya que el proceso de ejecución del delito requiere todo tipo de actividad: desde la posesión de la droga para el tráfico o comercialización como también la venta, el almacenamiento, el transporte, etc. En grupos organizados como el que se ha investigado en esta causa, resulta frecuente que todos los involucrados dominan el hecho, aun cuando sus aportes materiales sean parciales. Todos saben que forman parte de un contexto más general, contexto que está generando otras actividades que se concatenan con las propias. A nivel de investigación pero sobre todo a nivel de imputación este conocimiento general del hecho y de sus condiciones debe derivarse a nivel indiciario, y el marco general de este análisis de la prueba ha sido satisfecho para el caso de Ramírez Valverde, por más que se intente ahora decir que su aporte era de escasa importancia, a nivel de un mandadero que ocasionalmente se involucró en un par de ventas a agentes encubiertos. Según los mismos policías lo describen, el vendedor más confiado era el conocido como "Gorgojo", es decir el justiciable Ramírez Valverde, que andaba la droga en un bolso del que extraía la droga y la vendía a quienes se le presentasen, como fue el caso de las dos compras que se lograron documentar, lo que no significa, en absoluto, que se le esté reprochando un delito que no nació a la vida jurídica, sino que simplemente es una comprobación indiciaria que se une a los otros elementos decisivos sobre su involucramiento delictivo. Ahora bien, para el caso del justiciable Ramírez Valverde, el Tribunal hizo una diferenciación de pena: impuso el mínimo establecido por el tipo penal, tomando una serie de circunstancias que ya se han analizado, y que toman en cuenta la diferencia de estatus en la organización, su propia forma de vida de adicto que lo lleva a conducir una existencia de escasas

posibilidades y, se valora, adicionalmente, las diferencias del aporte como autor. Obsérvese que las penas para los líderes de la organización tienen un plus sancionatorio que toma en cuenta la forma en que actuaban y cómo se aprovechaban de todo un grupo de personas para mantenerse a buen recaudo de la justicia.”

l) Delito permanente: Acción de suministrar droga a menor de edad como forma de delito permanente

[Tribunal de Casación Penal]¹⁶

Voto de mayoría

“1.- [...] El reclamo no es atendible. En el presente caso el tribunal de juicio descartó que hubiera más de una infracción a la Ley de Psicotrópicos indicando que: “...pese a que la ofendida habla de infinidad de ocasiones en las que el encartado le suministró marihuana y cocaína, el tribunal no puede atender la solicitud fiscal de condenar al encartado por al menos tres delitos de suministro de droga pues la pieza acusatoria si bien describe una conducta reiterada, no precisa de manera circunstanciada cada una de esas tres ocasiones a las que hace referencia el señor fiscal, de manera tal que ha de estarse a lo más favorable al encartado y tener por acreditado tan solo un delito de suministro acaecido en el período comprendido entre los años dos mil uno y dos mil dos” (sentencia, folio 162). Respecto a ese criterio del tribunal debe indicarse en que si bien acierta al descartar que fuera más de un delito el verificado en la especie, lo cierto es que yerra al justificar esa conclusión, por las razones que de seguido se dirán. Para resolver la cuestión debe estarse a los hechos que se tuvieron por acreditados en la sentencia, a saber: “1.- La ofendida [A.C.L.] es hija del encartado Ronny Castellón León y de la señora Flora María Leitón Rojas, nació el día catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, y para la fecha de los hechos que de seguido se expondrán era menor de edad [...] 2.- Sin que se precise fecha exacta pero a finales del año mil novecientos noventa y nueve, la menor [A.C.L.] se trasladó a vivir con su madre y el compañero de ésta a Puriscal, resultando que los fines de semana la joven visitaba a su padre Ronny Castellón en su casa ubicada en la localidad de Ips de Guadalupe [...] 3.- Es así como, sin que se precise fecha exacta pero al menos en una oportunidad en el transcurso del año dos mil, un día que la ofendida[A.C.L.] llegó de visita en fin de semana a la casa de su padre Ronny Castellón, siempre en la localidad de Guadalupe, éste procedió a suministrarle licor a su hija y aprovechando que la ingesta etílica incapacitaba a la joven para resistir, Castellón León procedió a tocar con sus manos los senos y la vulva de su hija [...] 4.- Sin que se precise fecha exacta pero al menos en una oportunidad en el transcurso del año dos mil, cuando la menor ofendida [A.C.L.] contaba con tan solo catorce años de edad, un día que ésta llegó de visita en fin de semana a la casa de su padre en la localidad de Guadalupe, éste procedió a acostarse sobre su hija, procediendo a su vez a besarla en la boca [...] 5.- Sin que se precise fecha exacta, pero sí a finales del año dos mil, la menor ofendida [A.C.L.] se fue a vivir con el imputado Castellón León a la localidad de Ips de Guadalupe, resultando que a mediados del año dos mil uno el encartado Castellón León comenzó a suministrarle también cocaína a la menor ofendida [A.C.L.], suministro que el acusado realizaba para con su hija desde las fechas indicadas y se prolonga inclusive hasta



los primeros meses del año dos mil dos [...] 6.- Es así como, sin que se precise fecha exacta, pero al menos en una oportunidad en el período comprendido entre los últimos meses del año dos mil dos, el encartado Castellón León procedió a suministrar marihuana y cocaína a su hija [A.C.L.], y aprovechando que debido al consumo de aquellas drogas la joven se encontraba incapacitada para resistir, Castellón León procedió a tocar con sus manos los senos y la vulva de su hija [...]. 7.- El encartado Castellón León no cuenta con antecedentes penales" (sentencia, folios 144 a 145). Según esa descripción de los hechos, no cabe duda de que el encartado le suministró drogas a su hija en más de una oportunidad, pero esto no implica -como supone el recurrente- que el autor, cada vez que le dio drogas a la ofendida, cometiera un delito de suministro de droga a menor de edad, ni tampoco implica que hubiera que condenarlo por lo menos por dos de esos delitos, porque en el tipo penal aplicable (artículos 58 y 77 de la Ley sobre estupeficientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, N° 8204 de 26 de diciembre de 2001) se entiende que la acción de *suministrar* puede asumir la forma de un delito permanente en el que con el primer suministro se consuma el delito pero en el cual la reiteración del comportamiento no da lugar a un nuevo delito sino solamente a una prolongación en el tiempo del mismo, porque este comprende en sí todo el carácter injusto de la conducta que, como en este caso, el encartado realizó en perjuicio de su propia hija menor de edad, al estarle suministrando cocaína y marihuana desde mediados del año dos mil uno hasta los primeros meses del año dos mil dos. Haber condenado al imputado por dos o tres delitos de suministro no sólo hubiera sido un error *in iudicando*, sino también una infracción al principio jurídico de que nadie puede ser sancionado más de una vez por el mismo hecho punible (*non bis in idem*, artículos 42 de la Constitución Política y 11 del Código Procesal Penal). Por las razones indicadas se declara sin lugar el reclamo del Ministerio Público."

m)Agente provocador: Definición del delito provocado y función del informante o colaborador

[Tribunal de Casación Penal]¹⁷

Voto de mayoría

"IV.- En el único motivo por el fondo alega errónea aplicación de la ley sustantiva, y propiamente el artículo 58 de la Ley sobre Estupeficientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas. Se condenó a su defendido por el delito de posesión de droga para el tráfico cuando todos los eventos fueron controlados por la policía, por lo que se trata de un delito experimental. La negociación es controlada por la policía a través de un colaborador, por lo que el bien jurídico no corrió peligro alguno. La única finalidad del operativo fue preconstruir prueba contra el acusado. El imputado fue provocado por el colaborador quien lo llamó por teléfono, con lo que queda al descubierto la existencia de una conducta provocadora, la voluntad del imputado estaba viciada por la acción provocadora de la policía. Por su parte el tribunal omitió analizar los elementos objetivos y subjetivos del tipo, y si la conducta del imputado es típica, antijurídica y culpable, lo que lo convierte en un tribunal de conciencia. Solicita se anule la sentencia y se absuelva al imputado. Sin lugar el motivo. En realidad, lejos de ser un motivo por el fondo, quien recurre lo que se



pretende es que se revalore el material probatorio con el objeto de discrepar de las conclusiones contenidas en el fallo, lo que no es posible en esta instancia por ser soberano en la valoración de la prueba, el juzgador de mérito. Según se señaló anteriormente, la ley 8204 en sus artículos 11 y 12, autoriza a los oficiales de policía y al Ministerio Público a utilizar en este tipo de investigaciones a colaboradores o informantes, que es distinto de la figura del agente provocador y que, de modo alguno, afecta al presente caso. El delito provocado es aquel que se llega a realizar, no por la propia voluntad de delinquir del sujeto, sino a raíz de una inducción engañosa de un agente policial o un colaborador de las autoridades policiales, quienes con la finalidad de detener a determinada persona, provocan a través de una actuación engañosa, la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Pero, no existe delito provocado, cuando las autoridades, conociendo la existencia de una actividad delictiva, se sirven de un colaborador, quien se infiltra entre quienes la llevan a cabo, o tiene contacto ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos en busca de la obtención de información o pruebas que permitan acreditar el comportamiento ilícito de esas personas, o bien tomar las medidas necesarias para evitar que dichos sujetos alcancen el resultado que se proponían en el caso concreto, pero la decisión criminal con respecto a determinada actividad delictiva, en todo caso, ya se producía o se había consumado con anterioridad a esta participación policial. En la investigación que dio como resultado la detención del endilgado Guerrero Fallas, la utilización del colaborador sirvió de medio para determinar que efectivamente éste poseía droga para el tráfico. En ese sentido para realizar la última compra controlada se procedió a la identificación de los billetes que utilizaría el colaborador (Cfr folios 38 a 40), se levantó el acta de entrega de ese dinero a dicha persona, dándose fe de que previamente había sido objeto de un registro corporal para corroborar que no portara más dinero ni droga alguna (folios 41 a 43). Asimismo, una vez realizada la respectiva compra, se dejó constancia de la entrega de la sustancia por parte del colaborador al fiscal y se encontró al lado del vehículo conducido por el imputado el dinero previamente identificado. Todos estos elementos de prueba acreditan que el sentenciado Guerrero Fallas poseía la droga que le fue secuestrada al momento de su detención con fines de tráfico, como bien lo enuncia el juez de mérito, en el fallo cuestionado. Indudablemente una conducta de esta naturaleza sí pone en peligro la salud pública, que es el bien jurídico tutelado por la norma penal que se le aplicó al justiciable, a saber, el artículo 58 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas (número 8204). Todo ello ha permitido alcanzar al Tribunal sentenciador una razonada y razonable convicción sobre la realización de los hechos que se han tenido por probados, que implican que el imputado se dedicaba a la venta de sustancias estupefacientes. Por esta razón se declara sin lugar el motivo.”

n) Asociación ilícita: Análisis del tipo y comparación con la figura de grupo organizado en delitos de drogas

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]¹⁸

Voto de mayoría

"II. [...] **Se acoge únicamente el reclamo relativo al delito de asociación ilícita y por las razones que se indicarán. Los restantes reproches no son de recibo:** Dada su vinculación se resuelven de forma conjunta los alegatos contenidos en los puntos (i) y (ii), pues abordan el análisis del delito de Asociación Ilícita así como el delito Venta Agravada de Droga bajo la modalidad de grupo organizado. El extremo identificado (iii) será tratado en el considerando siguiente, correspondiente al segundo motivo de revisión presentado por la gestionante. En la sentencia N° 152-P-2006, dictada por el Tribunal del Primer Circuito Judicial de Puntarenas, de las 13:46 horas del 16 de mayo del 2006, se verifica: **(a) Sanción.-** La sentenciada María Vásquez Vega resultó condenada como coautora de dos delitos de Venta Agravada de Drogas y un delito de Asociación Ilícita. (cfr. folios 749 a 798). **(b) Hechos probados.-** En lo que interesa, se tuvo por demostrado que la encartada Vásquez Vega, "1.- Sin que se sepa fecha u hora exacta, pero desde el primero de mayo hasta el 31 de junio de 2003, los aquí encartados ANAIS MARÍA DEL CARMEN VÁSQUEZ VEGA, WINER MORALES ALVARADO, MARÍA MILAGROS MORALES ALVARADO y LUIS JHONNY CAMBRONERO ARIAS, de común acuerdo, conformaron un grupo con el propósito de establecer yn (sic) de venta y distribución de droga para adictos, ubicado en la propiedad que posee Vásquez Vega, en Puntarenas, Garabito, Herradura, ..." (ver Tomo II, folio 762, líneas 11 a 18); finalmente en el punto 15 textualmente se consignó: "Todos los ilícitos anteriores fueron realizados de común acuerdo, dentro de una organización en que los encartados ANAIS MARÍA DEL CARMEN VÁSQUEZ VEGA y WINER MORALES ALVARADO se asociaron para cometer delitos desde el año 2003 hasta el 2005 en los lugares descritos, con funciones de vigilancia, transporte, tenencia, distribución, ocultación de bienes y repartación (sic) de ganancias que eran totalmente intercambiables entre ambos imputados." (Cfr. folio 770). Ahora, a efecto de resolver los reclamos de la gestionante resulta vital dilucidar: ¿de qué se trata el delito de asociación ilícita? ¿Es acaso diferente a la figura de grupo organizado contemplada en la agravante del artículo 77 de la Ley 8204 inciso f)? El artículo 274 del Código Penal regula el delito de asociación ilícita, dispone: "Será reprimido con prisión de uno a seis años, quien tome parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación. La pena será de seis a diez años de prisión si el fin de la asociación es cometer actos de terrorismo o secuestro extorsivo." (Así reformado por ley No. 8127 de 29 de agosto de 2001, publicada en La Gaceta No. 179 de 18 de setiembre de 2001). Por su parte el artículo 77 de la Ley 8204 dispone: "La pena de prisión de ocho a veinte años cuando en las conductas descritas en los delitos anteriores concurra alguna de la siguientes circunstancias en el autor o partícipe: ... f) "Cuando se organice un grupo de tres o más personas para cometer el delito." En un análisis comparativo de ambos tipos penales podemos colegir lo siguiente: **a) sujetos:** tanto en la Asociación Ilícita como en la figura de grupo organizado contemplada en la agravante del artículo 77 de la Ley 8204 inciso f), los sujetos son indeterminados y la única diferencia es de tipo cuantitativa, pues en la Asociación Ilícita se requiere la concurrencia de dos o más personas que la conformen, mientras que en la figura de



grupo organizado citada, se requieren al menos tres sujetos integrantes; **b) verbo:** "tomar parte" en una organización es la forma verbal de la Asociación Ilícita y "se organice" un grupo es la hipótesis de la figura de grupo organizado contemplada en la agravante del artículo 77 de la Ley 8204 inciso f), aunque la redacción es distinta en ambos tipos penales, semánticamente la idea es similar, pues la conducta descrita alude a formar parte o a organizar un grupo; **c) elementos normativos:** en el numeral 274 del Código Penal, los conceptos de "delitos", "Terrorismo" y "secuestro extorsivo", en el ordinal 77 de la Ley 8204 inciso f), el elemento normativo lo constituye el concepto de "delito". Son elementos normativos precisamente por cuanto los sustantivos anteriores requieren una definición jurídica que no está contenida en el tipo, pero que necesariamente se integran al mismo; **d) elementos culturales:** "asociación" y "grupo" respectivamente, siendo que en ambos casos se alude a un conjunto de personas; **e) elemento subjetivo distinto del dolo:** en ambos tipos penales se requiere que los sujetos activos tomen parte en una asociación o se organicen en un grupo para cometer delitos o para cometer el delito, según sea el supuesto de la Asociación Ilícita o la figura de grupo organizado contemplada en la agravante del artículo 77 de la Ley 8204 inciso f), pues en el primer caso, sea el de asociación Ilícita, lo sujetos toman parte en una asociación conformada al menos por dos sujetos cuyo fin es cometer delitos indeterminados, de tal forma que estos pueden ser de distinta naturaleza y afectar distintos bienes jurídicos, pero constituye un grupo criminal creado y organizado para perpetrar ilícitos variados. En cambio, en el supuesto de la figura de grupo organizado contemplada en la agravante del artículo 77 de la Ley 8204 inciso f), esa misma forma organizativa se encuentra recogida con un propósito mucho más específico y restringido, pues la banda únicamente persigue la comisión de alguno de los delitos previstos en la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas y no tiene un propósito delincencial de tipo general. En la causa que nos ocupa, se tuvo por demostrado que la encartada Vásquez Vega y su entonces compañero sentimental Winer Morales Alvarado conformaron un grupo de varias personas por un período (2.003 a 2.005) con el único fin de expender drogas ilegales, no para conformar una banda criminal que se dedicase a la comisión de un número indeterminado de delincencias, lo que equivaldría a lo que se conoce como mafia, todo lo contrario, su modelo organizativo está contemplado por una norma especial de la ley especial citada (artículo 77 de la Ley 8204 inciso f) y precisamente como sanción ante esa modalidad de expendio (mediante un grupo organizado), la figura base se agrava y los extremos punitivos resultan más severos. Por lo que en realidad, en la *litis* bajo estudio no aplica la figura general contenida en el numeral 274 del Código Penal, sino solo la hipótesis prevista en el ordinal 77 de la Ley 8204 inciso f), que es una disposición que prima por especialidad; **f) bien jurídico tutelado:** mientras que en la Asociación Ilícita se tutela principalmente La Tranquilidad Pública, precisamente por la potencialidad pluriofensiva de los delitos que la banda mafiosa pueda perpetrar. En el supuesto de la figura de grupo organizado contemplada en la agravante del artículo 77 de la Ley 8204 inciso f) el bien jurídico protegido será siempre La Salud Pública, lo que demarca una clara diferencia con el tipo de la Asociación Ilícita y justifica la autonomía de ambas normas, por lo que necesariamente estamos en presencia de un concurso aparente de normas, ya que conforme a los hechos probados únicamente se tendría por acreditada la forma agravada prevista en el ordinal 77 de la Ley 8204 inciso f), excluyendo la figura de la Asociación Ilícita. En la causa bajo estudio, como se indicó, si bien es cierto procede la agravante de la figura base en razón de la organización de tres o más personas dedicadas al narcomenudeo, por las razones ya consignadas se concluye que estamos en presencia de un concurso aparente de normas frente al delito de Asociación Ilícita, no siendo posible entonces una sanción adicional por esta delincuencia. En realidad no cabe la posibilidad de la condenatoria adicional por un delito de Asociación Ilícita, pues ello implicaría una doble sanción por un mismo hecho, lo que atenta directamente contra el principio *ne bis in idem*. Por otra parte, respecto al vínculo sentimental entre Vásquez Vega y Morales Alvarado no constituye una circunstancia que afecte en absoluto la consideración de grupo organizado para comisión del delito imputado; es

más, con frecuencia en nuestro medio se observa que muchos de los grupos dedicados a esa actividad criminal, precisamente, está constituido por sujetos con vínculos de parentesco (padres, hijos, cuñados, etc.), lo que resulta hasta cierto punto lógico en este tipo de sociedades donde los códigos de lealtad y silencio exigen niveles de confianza propios de los existentes -en la normalidad de los supuestos- entre miembros de una misma familia. De ahí que el reproche en torno al vínculo afectivo entre Vásquez Vega y Morales Alvarado no tiene ninguna trascendencia en punto tenerse a ambos sentenciados como parte de una organización criminal, de conformidad con el inciso f) del artículo 77 de la Ley 8204. En consecuencia, esta Cámara estima que debe acogerse la demanda únicamente en cuanto a este extremo, por ello se absuelve a María del Carmen Vásquez Vega del delito de Asociación Ilícita por el que fue condenada en perjuicio de La Tranquilidad Pública, el resto del fallo permanece incólume, es decir, la pena vigente es de cinco años y cuatro meses de prisión por cada delito de venta agravada de drogas en perjuicio de La Salud Pública, para un total de diez años y ocho meses de prisión."

o) Venta de drogas a consumidores: Análisis sobre la legalidad y pertinencia del uso de colaboradores en las compras controladas

[Sala Tercera]¹⁹

Voto de mayoría

"III. [...] En primer término, debe señalarse que el uso de colaboradores para realizar compras controladas de drogas (en vez de agentes policiales encubiertos), se encuentra autorizado expresamente en el artículo 11 de la Ley sobre estupefacientes, como una técnica válida para investigar este tipo de criminalidad y es un tema que, asimismo, ha sido abordado por la Sala Constitucional en numerosas oportunidades, avalando la legitimidad de dicha práctica. Así, en la sentencia No. 900-99, dictada por esta Sala a las 9:47 horas de 19 de julio de 1999, se expuso: *"Tanto esta Sala como la Constitucional, han señalado en distintos votos, la legalidad y la pertinencia del uso por la policía, de agentes o colaboradores encubiertos, los que constituyen un mecanismo útil para la constatación de ciertos delitos que, por sus características organizativas, el acceso a medios tecnológicos de sus autores, o la habitual ausencia de rastros que permitan reconstruir el hecho, impiden o dificultan la aplicación de otros métodos investigativos. También se ha admitido la facultad de la policía de mantener oculta la identidad del colaborador y que, consecuentemente, éste se sustraiga a los interrogatorios del Tribunal y de las partes. Sin embargo, en tal supuesto, sus actuaciones solo podrán ser introducidas en el debate a través de otros medios en los que consten (v. gr: grabación en vídeo) o testigos que las hayan presenciado; rechazándose, entonces, la posibilidad de que su declaración se incorpore por medio de lo que manifestó a un oficial de policía. En este sentido se ha pronunciado la Sala: "Desde luego, para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que esta última suministre a la autoridad jurisdiccional la identidad del comprador, con el fin de ser sometido al interrogatorio correspondiente en las distintas etapas del proceso, en especial durante el juicio. Para tales (sic) como regla general, no es suficiente la simple versión policial, cuando los policías sólo saben lo que les dijo el agente encubierto. En el presente caso los*



policías no revelaron el nombre del comprador de la droga, y aún cuando lo conveniente hubiere sido que suministraran la identidad con el fin de interrogarlo, lo cierto es que ellos acompañaron a dicha persona durante el operativo y pudieron presenciar el momento preciso en que se realizó la negociación, por lo que son testigos directos del hecho y no de referencia” Voto 398-97, de 16,35 hrs. de 29 de abril de 1997. De igual modo, la Sala Constitucional, en su voto 7079-M-97, de 18,30 hrs. de 28 de octubre de 1997, expresó: “El Tribunal no se encuentra obligado a hacer comparecer a la audiencia al informante o agente encubierto, por la misma naturaleza de su función, y en virtud del principio de libertad probatoria puede arribar a una decisión con base en otros elementos probatorios; no obstante su versión –la del agente encubierto o informante-, no puede ser introducida al debate por otros medios –a no ser que proceda incorporarla legítimamente por lectura-. **Las versiones de la policía respecto del dicho de un agente encubierto no pueden ser utilizadas por el tribunal para emitir un juicio de valor, puesto que en ese caso sí se estaría violando el derecho de defensa, del contradictorio y de inmediación de la prueba,** elementos integrantes del debido proceso; desde luego que lo anterior no conlleva a negarle validez al dicho del policía en relación con hechos que le consten personalmente aunque tengan relación con la actividad del agente o informante. Un ejemplo puede aclarar mejor la cuestión: al policía le estará vedado declarar sobre lo que le dijo el informante que ocurrió, pero si él vio al informante comprar, dirigirse a determinado lugar, comunicarse con determinadas personas, por ser hechos propios, es válido que informe sobre ello al tribunal y que este valore su dicho junto con las restantes pruebas recibidas válidamente...” (La negrita no corresponde al original)”. En el presente caso, observa la Sala que la defensora altera el contenido del testimonio de la colaboradora, pues amén de que ella no es una persona “involucrada en problemas de drogas”, como se alega en el recurso, sino una ciudadana que, según informó, tiene treinta años de cooperar con la policía, no es adicta a sustancias ilícitas ni ha sido nunca detenida, tampoco es cierto que en todas las ocasiones fuera “perdida de vista” por los oficiales que la acompañaban, sino que eso ocurrió en una sola oportunidad. De cualquier modo, la testigo declaró ampliamente en el debate y describió ante los jueces y las partes lo que ella, por sí misma, pudo percibir. De esta suerte, y como se expuso en las resoluciones citadas líneas atrás, el tribunal tuvo acceso inmediato a la testigo que personalmente hizo las compras de drogas y pudo identificar a los individuos de quienes las adquirió. Por ende, el tema de si los oficiales de policía tuvieron visibilidad suficiente para observar las transacciones carece de todo interés (aunque se demostró que sí fueron capaces de ver a la colaboradora ingresando en la vivienda del acusado) y lo que debe apreciarse es la credibilidad que se le otorgó a la testigo, con arreglo a la sana crítica. En segundo lugar, no encuentra la Sala que la declarante haya incurrido en contradicción alguna, pues desde el inicio de las investigaciones ella informó a la policía –porque así se consignó en las actas correspondientes– que la primera compra de drogas prohibidas la hizo de manos de una persona que, en ese momento, ella creyó se trataba de un menor de edad, en la segunda intervino una mujer, en la tercera el supuesto menor de edad y fue éste quien también lo hizo en la última (producto del operativo final). Se aclaró a plenitud en el debate que el supuesto menor de edad es en realidad el justiciable Brenes Rojas, quien ya había cumplido sus dieciocho años, pero a quien la testigo seguía llamando “muchachito”, de tal forma que resulta claro que la referencia a la edad se basa en una percepción subjetiva de la deponente. La única divergencia concierne a si en la segunda compra controlada se hallaba en la vivienda, además de la mujer que vendió, el coindiciado Brenes Matamoros, pero el punto es en realidad irrelevante, no solo porque se absolvió a dicho justiciable, sino porque la testigo sí fue clara al exponer que recordaba sin dificultad alguna que las demás ventas las efectuó Brenes Rojas. En tercer lugar, el fallo no se asienta, de manera exclusiva, en el testimonio que se comenta, sino que también ponderó otras probanzas, en particular las resultas del operativo final, en el que intervino la policía, el Ministerio Público y la defensa, todos bajo la supervisión de la jueza penal y, tras constatarse que en efecto se realizó otra compra controlada, se allanó la vivienda en la que solo se hallaba el justiciable Brenes Rojas y se

logró el decomiso de evidencia importante demostrativa de la actividad ilícita. El hallazgo del dinero previamente identificado, tampoco admite reparo alguno, pues todas las actuaciones (la requisa de la colaboradora, el decomiso de la droga adquirida, la existencia de los billetes y el registro del inmueble) fueron debidamente documentadas y supervisadas por la autoridad jurisdiccional, por lo que sugerir que un oficial de la policía administrativa pudo incurrir en un acto irregular o ilícito, es mera conjetura ayuna de soporte lógico y probatorio. Lo cierto es que nada impedía al justiciable arrojar el dinero al patio por una ventana, tras percatarse de que la policía pretendía ingresar a su morada y se determinó que dicho patio se hallaba debidamente cerrado, sin posibilidades de acceso desde el exterior. De cualquier modo, el registro permitió, como se dijo, hallar importantes cantidades de drogas, dosificadas y listas para su venta, así como el decomiso de objetos utilizados para su preparación y ciertas sumas de dinero, incluido el que previamente identificó la juzgadora. Tales elementos, aunados a las compras controladas, las vigilancias policiales y el testimonio de la colaboradora, brindan a la condena sólido soporte y descartan cualquier duda que pudiese favorecer al justiciable o irrespetos al principio de inocencia."

p) Drogas, fármacos y otras sustancias relacionadas: Normativa aplicable con respecto a las sustancias precursoras y químicos esenciales

[Sala Tercera]²⁰

Voto de mayoría

"IV [...] Del estudio de los autos se advierte, que la representación fiscal, incurrió en un claro error material sin incidencia en el fondo de la articulación, al señalar, como normativa aplicable al caso, el numeral 71 inciso h) de la Ley sobre estupefacientes, cuando lo correcto era la plataforma legal conformada por los artículos 58 y 77 inciso h) de la Ley 8204, que se ajustaban al marco fáctico, tal y como lo determinó el Tribunal en el fallo cuestionado. El error cometido por el representante del Ministerio Público resulta más que evidente, en tanto la normativa a la que hizo referencia, sanciona a quienes se dediquen a alguna de las actividades señaladas en el artículo 36 de esta Ley (número 8204), "*y no informe de inmediato a la unidad especializada del Instituto Costarricense sobre Drogas, sobre las transacciones efectuadas o propuestas de las cuáles él forme parte, cuando tenga motivos razonables para considerar que las sustancias, las máquinas y los accesorios pueden utilizarse en la producción, fabricación, extracción o preparación ilícita de estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras con efectos semejantes*". Por su parte, el numeral 36 citado, si bien es cierto se refiere a una serie de acciones, entre ellas el transporte, hace referencia a esta conducta, pero con relación a las sustancias "*que puedan utilizarse como precursores o químicos esenciales en el procesamiento de drogas de uso ilícito, sean sustancias estupefacientes, psicotrópicas, productos inhalables u otros susceptibles de causar dependencia...*", entendiéndose como precursores, aquellas sustancias o productos incluidos en el Cuadro I de la Convención de 1988 y sus anexos (Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Viena. Austria. 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988): ácido lisérgico, efedrina, ergometrina, ergotamina, 1-fenil-2 propanoma, pseudoefedrina; y como químicos esenciales aquellos incluidos en el Cuadro II de esa misma convención y sus



anexos: acetona, ácido antranílico, ácido tenilacético, anhídrido acético, éter etílico, piperidina., y los que se le incluyan, además de los que formen parte de los listados oficiales que emita el Instituto Costarricense sobre Drogas. De conformidad con lo expuesto, no cabe la menor duda que la norma legal aludida se consignó en forma errada por la representación del ente fiscal, en tanto la conducta delictiva atribuida al justiciable, no se ajusta a tales disposiciones legislativas, sino que se encuadra dentro de los cánones normativos aplicados por el Tribunal de instancia, toda vez que la mercancía transportada por el imputado, conforme a la prueba técnica aportada, se refería a clorhidrato de cocaína, y no a sustancias precursoras de estupefacientes o psicotrópicos, ni a químicos esenciales para su preparación.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ESPINOZA ESPINOZA, W. (2009). Delitos de Trafico de Drogas: actividades conexas y su investigación. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. Pp. 10-23.
- 2 ALVARADO VARGAS, E. (1995). El Ciclo del Narcotráfico. Editorial Progreso. San José, Costa Rica. Pp. 101-112.
- 3 ALVARADO VARGAS, E. Ibidem. Pp. 113-119.
- 4 ASAMBLEA LEGISLATIVA.- Ley número 8204 del veintiséis de diciembre de 2001. Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Fecha de vigencia desde: 11/01/2002. Versión de la norma: 3 de 3 del 04/03/2009. Datos de la Publicación Gaceta número 8 del 11/01/2002.
- 5 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO.-Sentencia número 285 de las once horas del tres de octubre de dos mil once. Expediente: 07-201062-0456-PE.
- 6 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO.- Sentencia número 231 de las once horas cinco minutos del nueve de mayo de dos mil once. Expediente: 10-202357-0456-PE.
- 7 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN.- Sentencia número 221 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del quince de junio de dos mil once. Expediente: 08-003325-0305-PE.
- 8 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN.- Sentencia número 138 de las once horas veinte minutos del quince de abril de dos mil once. Expediente: 09-000395-1093-PE.
- 9 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SANTA CRUZ.- Sentencia número 243 de las nueve horas cincuenta minutos del veintinueve de octubre de dos mil diez. Expediente: 09-000618-0073-PE.
- 10 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 1385 de las dieciséis horas del catorce de diciembre de dos mil nueve. Expediente: 08-000083-0622-PE.
- 11 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN.- Sentencia número 307 de las diez horas quince minutos del veinte de agosto de dos mil nueve. Expediente: 04-200234-0431-PE.
- 12 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN.- Sentencia 258 de las diez horas del diez de julio de dos mil nueve. Expediente: 07-000253-0068-PE.
- 13 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN.- Sentencia número 170 de las diez horas diez minutos del ocho de mayo de dos mil nueve. Expediente: 05-004168-0305-PE.
- 14 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 477 de las diez horas veinte minutos del ocho de mayo de dos mil diez. Expediente: 06-000013-0523-PE.
- 15 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 364 de las diez horas treinta y cinco minutos del tres de abril de dos mil nueve. Expediente: 06-005874-0042-PE.
- 16 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 1383 de las diez horas diez minutos del veintinueve de octubre de dos mil siete. Expediente: 03-000794-0609-PE.
- 17 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 513 de las diez horas veinte minutos del dieciséis de mayo de dos mil siete. Expediente: 06-000329-0062-PE.
- 18 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN.- Sentencia número 183 de las diez horas del treinta de marzo de dos mil siete. Expediente: 03-201320-0431-PE.
- 19 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1234 de las nueve horas diez minutos del primero de diciembre de dos mil seis. Expediente: 05-000617-0070-PE.
- 20 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 631 de las nueve horas cuarenta minutos del siete de julio de dos mil seis. Expediente: 05-201342-0396-PE.