

"NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA CAUSA CONTRA A.N.S."

Expediente 247—R.

*Trabajo presentado al
Lic. Henry Issa El Khoury Jacob
Cátedra Derecho Penal General
por Pedro Bernal Chaves Corrales y
Gerardina González Marroquín*

Marzo 1984

INTRODUCCION

Pretendemos con el presente trabajo hacer un análisis del caso de A. M. S., quien el 28 de noviembre de 1979 fue juzgada y condenada a 6 años de prisión, por tenencia de marihuana para suministro. El 9 de setiembre de 1980, la Sala de Casación revisa el caso y ratifica la misma pena.

El enfoque esencial que tendrá nuestro análisis es la posibilidad de defensa de la acusada, alegando *"no exigibilidad de otra conducta"*. Será entonces imperativo hacer una revisión de la doctrina al respecto, la cual se inserta después de la tesis de la defensa y de la fiscalía en primera instancia.

Hemos subdividido la investigación en 3 grandes secciones, a saber: Primera Instancia, Sala de Casación y Análisis del caso. En las 2 primeras se analizan separadamente los alegatos de la fiscalía, de la defensa y la sentencia.

El marco legislativo, que comprende los artículos pertinentes del Código de Procedimientos Penales y del Código Penal, así como los artículos 28, 125, 134 y 372 de la Ley General de Salud y un análisis de los mismos, aparece como anexo al cuerpo del trabajo.

Como parte de esta introducción, quizá sea interesante hacer una breve referencia a la marihuana, la droga más usada y traficada en el territorio nacional, que se consume por la población, prácticamente a cualquier edad, especialmente después de los 12 ó 14 años y en todos los estratos sociales.

La marihuana, *Cannabis Sativa L* y *Cannabis Indica L.*, comenzó a utilizarse en Costa Rica *"con la llegada de los trabajadores negros y chinos, que en los años 1880 y 1900 vinieron para la construcción del Ferrocarril al Atlántico"*. (1)

En el país se cultiva la planta de marihuana en cantidades grandes, pues el clima es favorable para su buen desarrollo.

Los efectos que produce la droga varían según: la personalidad de quien la consume, la pureza o calidad de la droga, el terreno y el ambiente en que fue cultivada. *"Su uso puede provocar en el hombre: alteración en la personalidad; conduce a la psicosis; distorsión del sentido del tiempo; los colores de las cosas se ven más brillantes; produce sensaciones de hambre; se distorsiona la consciencia y la percepción; alucinaciones visuales y olfativas; disminuye la memoria y la atención; provoca sueño, euforia, delirio. También produce en quien la usa pérdida de interés en las actividades cotidianas como son el trabajo y la familia; baja la tolerancia a las frustraciones. La intoxicación crónica, produce decadencia mental, cambio de personalidad, conjuntivitis cró-*

(1) ROJAS Z., Ana B. *Aspectos legislativos y jurisprudenciales sobre el tráfico de drogas en Costa Rica*. pág. 48.

nica, pérdida del apetito". (2)

Todavía las investigaciones realizadas no han podido comprobar si el uso de la marihuana incita al crimen. *"No se ha probado científicamente si ella conduce o no al sujeto a cometer actos que normalmente no haría" (3)*. Sin embargo, las opiniones se contradicen. Hay quienes afirman que *"Las acciones que esta droga ejerce sobre la conducta del ser humano, como son la inducción de letargo y comportamiento pasivo, nos hace pensar que muy difícilmente esta droga podría inducir a alguna forma de agresión" (4)*. Otros afirman que incluso la necesidad del adicto, para conseguir la marihuana, lo lleva a delinquir.

En Costa Rica, la Ley General de Salud regula todos los aspectos concernientes a las drogas, como son: la exportación e importación, la fabricación, producción y cultivo, la tenencia para suministro y el tráfico de drogas. Todos son sancionados. Conviene aclarar que desde la promulgación de esta ley se dejó de considerar el uso y la tenencia de drogas *con propósito de consumo* como una actividad delictiva. *"Hoy, nuestro sistema jurídico considera a los toxicómanos no como antisociales sino como sujetos enfermos" (5)*.

Como ya se ha esbozado y como analizaremos más adelante, tanto el tráfico de drogas, como la tenencia de drogas con propósito de suministro son severamente castigados.

PRIMERA INSTANCIA TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO PENAL DE SAN JOSE SECCION PRIMERA

NARRACION DE LOS HECHOS:

El 18 de julio de 1979 aproximadamente a las cinco de la tarde, la imputada A. M. S., se presentó a la Penitenciaría Central, para visitar a su concubino O. G. M. J., pero al hacerle la revisión de rigor, ella se negó, a que le revisaran su bolso. Fue por tal motivo que el encargado de vigilancia hizo que llamaran al señor O. G. M. J. Al llegar éste, convence a su compañera de que entregue el bolso a las autoridades. Al hacerlo, encuentran aparente picadura de marihuana; por lo que detienen a la señora A. M. S. y mandan a analizar dicha picadura, para ver si es o no marihuana.

Al analizarla y ver que en realidad era marihuana, A. M. S. confiesa que efectivamente ella llevaba un envoltorio que creía era marihuana, porque al llegar a la Penitenciaría Central, se lo había encontrado, y lo iba a entregar al Director de esa Prisión. Pero el día del debate en el Tribunal Superior Primero Penal, A. M. S. modifica su declaración, y es así que tenemos lo siguiente:

JUSTIFICACION DE SU ACTUACION:

A. M. S. declara los siguientes hechos:

- 1.— *"Es verdad, yo, el 18 de julio de 1979 llevaba picadura de marihuana para entregársela a mi concubino O. G. M. J.*
- (2) *Ibid, pág. 21 y 22.*
- (3) *Ibid, pág. 24.*
- (4) *MONTERO, Jorge. El crimen, la delincuencia y la farmacodependencia. pág. 13.*
- (5) *ROJAS, Op. Cit. pág. 127.*

- 2.— La razón de llevar marihuana, es porque O. G. M. J. me dijo que había tenido un problema con un interno y que luego otros sujetos le habían pedido que pasara una marihuana, y que si no lo hacía lo matarían.
- 3.— Yo le pedí, —alude A. M. S.—, que pusiésemos en conocimiento de las autoridades los hechos, pero O. G. M. J. me dijo que era peligroso, y que si lo sabían aquellas personas que lo habían amenazado, lo matarían.
- 4.— Posteriormente recibí una llamada telefónica de O. G. M. J. que me pedía que le llevara la marihuana. Dirigiéndome a una dirección que él me había dado, llegué a una casa y me encontré con una señora —a la cual ya conocía de vista, pues visitaba el Centro Penal—, y me entregó un paquete; lo metí en el bolso con el fin de llevárselo a O. G. M. J. y para que se lo entregara a los individuos que lo amenazaban.
- 5.— Al tratar de ingresar al penal me pidieron el bolso, a lo que yo me negué, hasta que llamaron a O. G. M. J., quien llegó llorando y me dijo que se los diera, por lo que se los dí”.

Es interesante analizar los argumentos expuestos por el concubino, que son los siguientes:

- 1.— “Debido a una riña que tuve con un interno, para evitar que me robase objetos de mi celda, se presentaron días después, tres individuos armados con puñales y me dijeron que debía cumplir una orden del jefe y que ésta era traer una marihuana, de inmediato me dieron una dirección y me incinuaron que mi compañera debía hacer la diligencia.
- 2.— Me indicaron, que si quería salir con vida del penal debía cumplir la orden y de lo contrario moriría”.

TESIS DE FISCALIA:

El Fiscal tiene sus dudas en cuanto a, si es posible o no, que el delito de suministro de marihuana, se pueda dar en forma tentada. Hay que tomar varios puntos de vista, entre los que tenemos: que no se produjo el delito en su totalidad, sino que por causas externas a la voluntad del agente, ésta no se pudo realizar, quedando éste en grado de tentativa. Además hay que analizar y ver: por un lado que se trata de una madre que está presa y sus hijos están desamparados; por otro lado que el móvil no es el clásico y común, sino que es especial, debido a que ella conoce que esa conducta es irregular, pero la realiza, no porque ella se dedique a estas negociaciones, sino más bien, por la necesidad de colaborar y ayudar a su marido, dándose aquí la no exigibilidad de otra conducta distinta.

Pero, ¿qué es la no exigibilidad de otra conducta?

Comencemos por la culpabilidad, que ya es bien conocida para nosotros; no entraremos a analizarla ni a definirla, basta recordar que sin ella no puede haber responsabilidad penal. Debemos entonces ocuparnos de los casos en que *“el hombre, a pesar de haber ejecutado un acto típicamente antijurídico, y existiendo en él imputabilidad, (es decir, capacidad de conocer y dirigir sus acciones), no puede ser declarado culpable”* (6).

“Estas causas eximentes se denominan en Alemania causas de exculpación o causas de inculpabilidad, que es como fueron bautizadas por J. Goldschmidt, M. E. Mayer y A. Kohler, y como sigue denominándolas Von Weber” (7).

“Podríamos decir que el fundamento de todas las causas de inculpabilidad está en que no

(6) JIMENEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI. pág. 295.

(7) *Ibidem*.

puede exigirse esa conducta adecuada a la norma, bien porque el error esencial del agente le hizo creer que su acción estaba justificada, o porque la violencia moral o la situación del individuo; en sí misma o en su ligamen con otras personas, no le permitía ajustarse a lo que él consideraba como justo y que en otra coyuntura hubiera respetado. No obstante ello, podemos agrupar en dos grandes sectores las causas de inculpabilidad: las que proceden en las leyes suelen figurar de modo más o menos explícito; pero además, como diremos en su momento oportuno, es útil abrir aquí (. . .) un respiradero para que la vida no se asfixie por excesivo positivismo, reconociendo también la inculpabilidad supralegal: la no exigibilidad de otra conducta in genere" (8).

Las causas de inculpabilidad se resumen así:

- 1.— Error:
 - a— error de tipo
 - b— error de prohibición
 - c— eximentes putativas
 - ch— obediencia jerárquica
- 2.— Inexigibilidad:
 - a— violencia moral y miedo
 - b— exceso en las eximentes
 - c— estado de necesidad en que colisionan bienes iguales
 - ch— aborto sentimental y económico
 - d— encubrimiento de próximos parientes o de seres queridos
 - e— inexigibilidad específica en otros casos (falso testimonio, omisión de socorro, etc.)
- 3.— No exigibilidad de otra conducta como causa supralegal de inculpabilidad.

La mayor parte de los autores coinciden en un esquema de causas muy similar a este, con pequeñas diferencias que podemos omitir.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente la Fiscalía solicita:

"Que se tenga a la imputada A. M. S. como autora responsable del delito de suministro de marihuana en estado de tentativa, y que se le imponga una pena consistente en cuatro años de prisión".

La Fiscalía recomienda el indulto con base en los siguientes hechos y considerando los ya expuestos:

- 1.— La señora A. M. S. es madre de dos menores.
- 2.— Que la imputada no tiene antecedentes penales.
- 3.— Que existe una recomendación del Centro Penal que le es favorable.

TESIS DE LA DEFENSA:

Existen causas de justificación, los cuales impedirían la aplicación de una sentencia condenatoria. Entre éstas tenemos el estado de necesidad. Para que se dé el estado de necesidad se deben dar tres requisitos básicos. El primero de ellos es que el peligro sea actual o inminente. Es obvio que las declaraciones efectuadas por A. M. S., y por O. G. M. J., se desprende un inminente peligro de la vida de O. G. M. J., y más, si consideramos que en los centros penales y principal-

(8) *Ibid*, pág. 303 y 304.

mente en la Penitenciaría Central, se vive en una constante lucha para sobrevivir, y que el tener una amenaza de ese tipo, es tener un peligro inminente y total sobre sí.

El segundo es que no haya habido provocación. Claro es en realidad, que no existió, ni pudo existir por parte de A. M. S. la provocación.

El tercero es que no sea evitado de otra manera es claro que existe una causa de justificación basada en el estado de necesidad, o bien puede ser que la más adecuada sea la justificante de la amenaza de la cual fue víctima A. M. S.

Para estos efectos es interesante conocer más a fondo la violencia moral como causa de inexigibilidad y la no exigibilidad de otra conducta como causa suprallegal de inculpabilidad.

A.- VIOLENCIA MORAL:

"Las amenazas son, sin duda, la contemplación del estímulo que viene del mundo exterior (naturaleza o persona), y por ello no requiere que anule en el agente su capacidad penal (por causada inconsciencia o por imposibilidad de dirigir sus acciones), sino tan solo que no se le pueda exigir al amenazado otra conducta distinta a la seguida. Por eso es evidentemente una causa de inculpabilidad. En cambio el miedo es el aspecto subjetivo de la amenaza de peligro, no importa cuál sea ni de dónde venga; es, por ende, la consecuencia de aquella" (9).

"Ciertamente que la voluntad coaccionada no deja de ser voluntad, y por ello no solo la vía moral no es causa de justificación, sino que tampoco suele serlo de inimputabilidad". (10)

Como indica Sebastián Soler: *"ha de distinguirse firmemente la coacción (vis compulsiva) de la violencia física (vis absoluta), pues en éste último caso se supone que el violentado actúa exclusivamente como cuerpo, como objeto pasivo o como instrumento, por medio del cual un tercero ejecuta un delito" (. . .)*

En cambio, la coacción es un caso típico de causa de inculpabilidad (. . .). Al hablar, pues, de coacción, nos referimos a aquellos casos en los cuales el sujeto resuelve entre un número restringido de posibilidades, pero resuelve él". (11)

"Ante todo debe constar que la amenaza puede provenir (. . .) del hombre, de las bestias y de las fuerzas de la naturaleza.

Sentado esto, digamos que la amenaza no es otra cosa que la coacción moral —si fuese física es ausencia de acto como se ha visto y probado—, y, por ende constituye una causa de inculpabilidad; más concretamente, un aspecto de la no exigibilidad de otra conducta, reconocido por la Ley, que sólo es dogmáticamente comprensible si se parte de la concepción normativa de la culpabilidad —como ha demostrado Frías Caballero—, *ya que no necesita haber engendrado (. . .) el miedo, o pavor. El amenazado puede, o no, sentir miedo, aunque es lógico que tema por su vida o la de los suyos". (12)*

"La fuerza moralmente irresistible y la llamada violencia moral son coacción. Es coacción la amenaza de un mal inminente, tanto si va acompañado de sufrimientos actuales como si no los comporta". (13)

"El estado de necesidad puro funciona como causa de justificación mientras es imposible acordar ese efecto a la coacción, pues debiendo ella partir de un tercero la responsabilidad de

(9) *Ibid*, pág. 862.

(10) *Ibid*, pág. 865.

(11) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. Pág. 81.

(12) JIMENEZ, *Op. cit.* pág. 882.

(13) SOLER, *Op. cit.* Pág. 82.

éste subsistirá siempre". (14)

"La coacción se caracteriza por determinar un estrechamiento dilemático de las condiciones en que una decisión debe ser tomada, evitando el escape, esto es, la posibilidad de no hacer ni lo uno ni lo otro" (15).

"Por no poderse, pues, exigir conducta heroica a quien no ha hecho profesión de afrontar peligros, no se le puede exigir al que obra violentado por la amenaza de un riesgo, una conducta adecuada o conforme a Derecho. En suma la vis moral es una causa de inculpabilidad" (16).

Fontán Balestra considera que *"la coacción es un delito contra la libertad de resolución y de actuación de la voluntad (...) consistente en compeler a otro para que haga, deje de hacer o tolere algo. Compeler significa aquí constreñir, obligar, es decir, vencer la voluntad contraria del ofendido (17).*

"La conducta que el autor compele a cumplir a la víctima no necesita ser un delito. Si el hecho impuesto es un delito, el autor de la coacción podrá serlo también del delito, ya por falta de acción ya por ausencia de culpabilidad en el violentado o coaccionado" (18).

Fontán considera entonces que la coacción es causa de inculpabilidad y dice que se distingue del estado de necesidad, no sólo en que éste es una causa de justificación, sino en que la vis moral ha de apreciarse subjetivamente.

"Resulta, pues, obvio, que con la violencia moral entramos, resueltamente, en las causas de inculpabilidad que se origina en la no exigibilidad de otra conducta" (19). En suma: la amenaza de un mal (...) no puede comprender imaginarios temores del agente, sino que ha de provenir de los hechos externos, pero éstos no sólo han de ser originados por actos o palabras de otro hombre, sino que pueden provenir de acontecimientos exteriores de la naturaleza o del fortuito" (20).

Sebastián Soler indica que *la ley argentina hace derivar la inculpabilidad del hecho de que la situación que coacta provenga de amenaza. "Es pues indispensable la existencia de una causa externa y humana determinante del temor" (21).*

Jiménez de Asúa establece varias condiciones para que la vis moral pueda válidamente considerarse como un eximente. Esas condiciones son:

- 1) *La amenaza que constituye la violencia se dice que ha de ser injusta; es decir, que si proviene de un mal que tenemos el deber de soportar no podríamos abonarlo a quien actuara a fin de impedirlo (...)*
- 2) *El mal que nos amenaza ... ha de ser inminente; es decir, que tengamos certidumbre de su presencia o de su muy probable e inmediata realización (...)*
- 3) *El mal ha de ser grave, esto es, ha de producir impresión en un hombre razonable (...)*
- 4) *El amenazado no debe tener el deber de soportar el mal con que se le conmina, del mismo modo que en el estado de necesidad (...)*

(14) *Ibidem.*

(15) *Ibid*, pág. 83.

(16) JIMENEZ, *Op. cit.* pág. 865.

(17) FONTAN B., Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Parte Especial. pág. 318.

(18) *Ibid*, pág. 321.

(19) JIMENEZ, *Op. cit.* pág. 883.

(20) *Ibid*, pág. 886.

(21) SOLER, *Op. cit.* pág. 83.

- 5) *El mal que nos amenaza no debe poder evitarse de otro modo, es decir, que si el riesgo en que la vida nos pone o el daño o peligro con quien alguien nos amenaza, fuera posible impedirlo de alguna otra manera, esta exigente no sería aplicable. En cambio, no se necesita (...) que la violencia moral "produzca un miedo serio en la persona amenazada" (22).*

B. NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO CAUSA CUPRALEGAL DE INculpABILIDAD

"La concepción normativa de la culpabilidad supone que se le puede exigir al agente un comportamiento conforme a derecho, que será por tanto, la base del "reproche". Como consecuencia, si no le es exigible esa conducta, la reprochabilidad no puede dirigirse contra quien, incluso voluntariamente, ha procedido antijurídicamente.

Tanto Frank como J. Goldschmidt se valen del estado de necesidad para demostrar que si la culpabilidad se tradujera, tan solo, en las especies de intención o negligencia, quienes ven en aquél una causa de inculpabilidad no podrían construirla, puesto que el necesitado obra intencionalmente. Lo que ocurre es que esa intención no puede ser base del reproche en que la culpabilidad consiste"(23).

"Por el potente impulso de la ciencia penal alemana llega la teoría de la no exigibilidad a su auge con Freudental y con J. Goldschmidt y en cuanto a la enclavadura sistemática, con Eberhard Schmidt, y Edmundo Mezger (...) este desarrollo de la doctrina no se inicia con un mero pensamiento teórico, sino que surge de varias sentencias del Tribunal del Reich, llegando a su cima con su jurisprudencia y decayendo cuando el propio Tribunal trata de soslayar el recurso de la no exigibilidad de otra conducta por creer que, con las disposiciones legales vigentes, se puede llegar al mismo resultado que con las fórmulas supralegales" (24).

Encontramos que E. Schmidt esboza un criterio muy amplio sobre la no exigibilidad de otra conducta cuando dice: "la posibilidad del reproche por la culpabilidad desaparece en los casos en que el autor sea inimputable; cuando se excluye el dolo y la culpa por error, y finalmente cuando no pueda serle exigida al autor una conducta conforme a Derecho, a pesar de que el agente ha apercibido el alcance real y jurídico de su conducta, o por lo menos a pesar de que hubiera debido o podido apercibirlo, cuando no era posible esperar que la representación del resultado típico y su carácter socialmente dañino fueran contra motivo decisorio para que el autor motivara su conducta de acuerdo con el Derecho; o, dicho con otras palabras: cuando el proceso de motivación del autor, atendiendo a la situación de conjunto, no deba ser motejado de incorrecto o contrario a lo debido"(25).

"La casi totalidad de los autores que se ocupan en sentido afirmativo o negativo de la no exigibilidad, lo hacen en el ámbito de las causas de inculpabilidad. Discrepan, ciertamente, en referencia al contenido, puesto que la tesis inicial de ver en ella la causa supralegal de inculpabilidad es modernamente contradicha, para reducirla a aquellos casos en que la ley expresamente ha declarado exenciones que en su esencia son motivos de inexigibilidad, pero que aparecen en los códigos de manera específica: encubrimiento de próximos parientes; no socorrer a quien peligra, por existir riesgo; violencia moral; exceso emotivo de defensa, e incluso estado de necesidad, en la fórmula del Código Alemán" (26).

"Hellmuth Mayer, que rechaza la culpabilidad normativa y que considera la antigua noción psicológica como un formativo poco satisfactorio, erige una construcción propia, en que la imputación subjetiva" es la teoría que trata los presupuestos subjetivos mediante los cuales el acto aparece como obra de la voluntad del autor.

(22) JIMENEZ, *Op. cit.* pág. 886 y 887.

(23) *Ibid*, págs. 932 y 933.

(24) *Ibid*, pág. 934.

(25) *Ibid*, pág. 938 y 939.

(26) *Ibid*, pág. 967.

Para él, la voluntad es “*capacidad de actuar*” y es un elemento de la imputación que requiere, para ser capacidad de culpabilidad, dos presupuestos que se han caracterizado ordinariamente como emocional, el uno, y como intelectual, el otro. Escribió: “*la culpabilidad, entendida correctamente, no es otra cosa que responsabilidad subjetiva por un injusto objetivo; por tanto referencia de lo interno del sujeto a algo exterior*”. Afirma que “*lo que decimos del estado de necesidad, debe entenderse igualmente para la no exigibilidad, en caso de que tal concepto hallara cabida en el Derecho Positivo. La no exigibilidad podría sólo deducirse de algunas especiales circunstancias del acto. Para las circunstancias que acompañan a un acto pertenecen, en todo caso, también a su faz objetiva*”(27).

“*Por eso la inexigibilidad se refunde en el llamado, por H. Mayer “estado de necesidad subjetivo”, que “sólo puede regularse casuísticamente” y que no es una causa de exclusión de lo injusto (causa de justificación). El principio del estado de necesidad subjetivo se llama entonces, generalizado, no exigibilidad y se reconoce como causa de exclusión de la culpabilidad*”(28).

Fontán Balestra expresa “*a nuestro juicio, dentro de la concepción psicológica de la culpabilidad, que ha seguido nuestra ley, esa institución (no exigibilidad de otra conducta) estaría acaso mejor situada en el grupo de las causas que excluyen en la antijuridicidad y como un caso de justificación supralegal, sobre todo si nos atenemos a la tesis del interés y del deber preponderante*”(29).

“*La no exigibilidad, como causa de inculpabilidad, no ha de estar dentro de la noción de la culpa, que siempre se estimó normativa, sino que hay que construirla con independencia de esa naturaleza del acto negligente, imprudente o imperito. Mezguer señala: ya la determinación conceptual que la culpa impone nos aproxima al examen material del problema relativo o si al agente, al que se le reprocha la realización de un determinado hecho, hubiera podido exigírsele otra conducta distinta de la llevada a cabo. Puesto que el reproche a título de culpa proviene de un juicio individual de la situación concreta de hecho y del deber que de ella resulta para el autor (...)*

Resulta por tanto que en lo que respecta al ámbito de la culpabilidad culposa, más que el problema del juicio material de culpabilidad, lo que importa es el de la separación entre la forma de culpabilidad (culpa) y la causa de exclusión de la culpabilidad, porque sólo este último puede facilitarnos la recta comprensión de la causa de inculpabilidad que nos ocupa”(30)

“*E, Mezguer advierte, que en modo alguno deben ser aplicados los puntos de vista elaborados en el terreno de la culpa, a la esfera del dolo, pues, por ejemplo puede muy bien acontecer que frente a un resultado no permitido, previsto como posible (culpa), no pueda exigírsele al autor la renuncia a su colocación, mientras que en el caso de un resultado dañoso previsto como seguro (dolo) esa exigencia existe, y, por tanto, no concurre la causa de la culpabilidad*”(31).

Con base en lo anterior, la defensa pide que se absuelva de toda pena y responsabilidad a A.M.S. por el delito de que se le acusa. Subsidiariamente pide que se califique el hecho como tentativa de suministro de marihuana y se le imponga a la defendida tres años de prisión y se le conceda el beneficio de ejecución condicional de la pena.

TESIS DE LA SENTENCIA

La conducta expresada por A.M.S. configura el delito de posesión de marihuana para el suministro que es previsto y sancionado por la Ley General de Salud.

No se puede dar el Estado de Necesidad que trató de probar la defensa, debido a que es un

(27) *Ibid*, pág. 967 y 968.

(28) *Ibidem*.

(29) *Ibidem*.

(30) *Ibid*, pág. 969 y 970.

(31) *Ibid*, pág. 971.

argumento sin ningún respaldo probatorio y que sólo evidencia el deseo de justificar una conducta que por lo demás, muestra a un sujeto activo con alta dosis de desprecio a los valores humanos. La droga iba a ser suministrada a una persona que estaba recluida en un establecimiento penal, lo que sin esfuerzo de ninguna especie, representa un peligro por lo menos potencial, mucho más elevado que cuando el trasiego ocurre entre hombres libres, no desesperados por la soledad y el cautiverio, razón por la que muchos han dicho que cuando sucede esa actividad, en un presidio o en un hospital, esta actitud debe ser tomada como una forma agravante del delito.

Por tratarse de los hechos expuestos y de la forma en que se llevaron a cabo, no es posible admitir la existencia de la tentativa.

El caso específico, de lo que se trata es de la tenencia de marihuana para el suministro, que es una forma distinta del suministro en sí, con lo que basta para el surgimiento de la vida jurídica del hecho, la simple posesión de la droga que va a ser suministrada, por lo que no es necesario que se haga la entrega o suministro; y se le asigne a la imputada la pena mínima de seis años, denegando la posibilidad de ejecución condicional de la pena y de la recomendación del indulto.

SALA DE CASACION

TESIS DE LA DEFENSA

La defensa alega que la acusada cometió el delito en estado de necesidad o bien bajo amenaza o coacción por el peligro que corría la vida de su compañero. Considera entonces que en Primera Instancia se violaron los artículos 27 y 38 del Código Penal y pide que la sentencia sea cesada y que se absuelva de toda pena y responsabilidad a su defendida.

Subsidiariamente plantea que se considere que el delito quedó en estado de tentativa.

Se alega también que el artículo 372 de la Ley General de Salud es ambiguo, señalando en su primer párrafo lo que la doctrina considera delitos de resultado o materiales, al penalizar la venta, tráfico, suministro y elaboración de drogas. Sin embargo, sólo sanciona la tenencia de drogas para los fines que expresan los versos citados en el mismo artículo. Debido a esta ambigüedad, algunos Tribunales consideran que se está en presencia de delitos de peligro, por lo que no cabe la tentativa y otros discuten que se trata de delitos de resultado donde sí es factible una tentativa.

No cabe duda, según el abogado defensor, de que la imputada actuó delictuosamente, pero el hecho no se llegó a consumar debido a la intervención de las autoridades. Su actuación no fue reiterada, ni poseía la acusada una solvencia económica tal que le permitiera adquirir la marihuana, por lo que el hecho no puede tipificarse como posesión para el suministro. Cita el defensor, para respaldar su tesis la jurisprudencia, concretamente el fallo del 2 de diciembre de 1977, del Tribunal Superior Penal, Sección B, de Alajuela y el del 25 de setiembre de 1979, del Tribunal Superior Penal de Puntarenas.

Con los argumentos expuestos, la petitoria de la defensa, es que se cese la sentencia del Tribunal Superior Primero Penal, se absuelva de toda pena y responsabilidad a la imputada y en forma subsidiaria que se la tenga como autora responsable del delito de tentativa de suministro de marihuana, con una pena no mayor a los tres años de prisión a efecto de que se otorgue el beneficio de ejecución condicional de la pena.

Agrega incluso que —si se quiere ver así— el tiempo que la imputada ha estado en la cárcel, le ha servido de buen escarmiento.

TESIS DE LA FISCALIA

El Fiscal considera que no tiene nada que agregar a la causa.

SENTENCIA

Los Señores Magistrados de la Sala Tercera consideran que aún dándose por cierta la existencia de la amenaza en perjuicio del concubino de la acusada, el estado de necesidad que se alega debe contener los requisitos expuestos en los incisos a, b y c del artículo 27 del Código Penal y que por lo menos dos de éstos están ausentes.

En un estado de necesidad, el peligro debe ser actual o inminente o sea que el mal mayor a que se refiere la Ley debe estar por suceder o dándose en ese mismo momento, por lo que el peligro de sufrir el mal no sólo sea efectivo sino también de realización inmediata.

El que el daño no sea evitable de otra manera, no se cumple, debido a que la imputada pudo haber evitado el daño de otra manera, haciendo que O.G.M.J. pusiese en conocimiento del Director del Centro Penal las amenazas de las cuales había sido víctima para que le dieran mayor protección a los reclusos, o bien solicitándole un traslado a otro lugar. De aquí se desprende que la imputada no pudo actuar en estado de necesidad ni bajo coacción o amenaza.

Siguiendo la línea del pensamiento de Carrara, los Magistrados expresan que:

"Delito formal es aquél que se consume con una simple acción del hombre, que basta por sí sola para violar la ley."

El delito material, para que sea consumado, tiene que tener un determinado resultado, que es el que viola la ley. En el delito formal el resultado lo constituye el daño potencial para el bien que la acción pretende ejecutar, por lo que se le llama delito de peligro".

Analizando el artículo 372 de la Ley General de Salud, las ocho primeras acciones que el texto determina, a saber: exportar, importar, vender, elaborar, distribuir, suministrar, transportar, traficar en cualquier forma, drogas y estupefacientes, son delitos materiales, por lo que para su consumación debe haber un resultado, un daño efectivo, pudiendo quedar en grado de tentativa el hecho delictivo.

En la última modalidad que señala el citado artículo 372, la delincuencia es formal: poseer la droga, o sea simplemente con el hecho de poseerla para los fines anteriormente descritos (aunque esos fines no se consuman) constituye la realización del delito, lo que conlleva a que no posea tentativa.

La Sala consideró entonces que el Tribunal no violó los artículos 24 y 71 incisos c), d), e) y f) del Código Penal, ni ninguna de las otras violaciones que se alegan. Rechazó el recurso interpuesto, pero a pesar de todo y tomando en cuenta la condición de madre de la imputada, y de la buena conducta expresada por ella, así como el no tener antecedentes penales recomendó al Poder Ejecutivo le conceda un indulto por el resto de la pena que le falta por descontar.

ANÁLISIS DEL CASO

1.- FISCALIA

Para analizar la posición de la Fiscalía, cabe preguntarse qué es lo que más conviene hacer:

—Cumplir con el castigo que la Ley General de Salud impone a quien tenga marihuana para suministro, o

—Permitir a una madre darle educación, guarda y crianza a sus hijos.

Esto nos lleva a cuestionar si realmente se le ha causado daño a la sociedad al suministrarle marihuana a un reo preso; máxime cuando sabemos las deplorables condiciones de su vida en la Penitenciaría Central. Pero también debemos pensar hasta qué punto, si la delincuente no se ha preocupado por sus hijos, puede o debe la Fiscalía intentar que los jueces atenúen la pena esgrimiendo la maternidad de la mujer?

Pareciera que la Fiscalía se inclina por considerar que el hecho de ser madre es un atenuante al delito cometido y al no poder solicitar ningún otro beneficio —dado el mínimo de 6 años de la pena— se decide a recomendar el indulto.

Sin embargo, no entra a considerar la Fiscalía que no se trató de suministrar marihuana a un adicto, sino que O.G.M.J. el concubino de la imputada, estaba en prisión por tráfico de

marihuana y que muy posiblemente, lo que éste pretendía era continuar con esta actividad delictuosa dentro de la Penitenciaría.

Desde este punto de vista, la actuación de la señora A.M.S., es más bien agravada, pues configura por sí misma un delito y además colaboraría en la comisión del delito, que ya parece vicio, en su concubino.

2.- DEFENSA

Como pudo apreciarse, la defensa trató en las dos instancias de argüir que la conducta de la imputada había sido motivada por un estado de necesidad y subsidiariamente, que debía ser exculpada por *"no exigibilidad de otra conducta"*.

En la revisión de la doctrina encontramos que algunos autores incluyen el estado de necesidad dentro de la causa de exculpación, *"no exigibilidad de otra conducta"*. Sin embargo, en Costa Rica el Código Penal hace la diferencia entre ambos.

Otro de los argumentos empleados por la defensa fue considerar que el delito no se había consumado a causa de la intervención de un elemento externo como fue la actuación de las autoridades del penal.

La defensa consideró, erróneamente, que el delito cometido por la señora A.M.S. era tráfico de marihuana. Los Tribunales rechazaron esta interpretación de la defensa, pues el delito había sido consumado, porque el hecho delictuoso no era *"tráfico de marihuana"*, sino *"tenencia de marihuana para suministro"* y éste por ser un delito formal se consuma con la simple posesión de la droga, para fines de suministro.

Nosotros vemos varios inconvenientes, tanto en la legislación como en los alegatos de la defensa.

1) El artículo 372 de la Ley General de Salud establece las sanciones para la tenencia de drogas con propósito de suministro, pero en ninguna parte se le indica al Tribunal en qué forma debe apreciarse si ese propósito es el verdadero.

Es evidente entonces, que la apreciación del propósito de la tenencia de drogas, por ser subjetiva, se presta a resultados variables, y a veces contradictorios.

2) Tienen razón los Tribunales al considerar que ni el estado de necesidad ni la coacción o amenaza fueron bien probados, pues no parece lógico, que si realmente existían tales causas de exculpación, ni la imputada ni su abogado solicitaron el traslado de prisión del concubino de ésta, aunque alegaron que su vida se encontraba en peligro.

3) El abogado defensor trató de utilizar como argumento para solicitar el beneficio de ejecución condicional de la pena, que la señora A.M.S., era madre de dos niños pequeños, sin embargo, nosotros nos preguntamos si ella pensó cuál era el riesgo que corría y si se preocupó por la suerte que correrían sus hijos si ella era recluida en prisión?

4) Asumiendo que la amenaza fuera real, hemos razonado:

A- La posibilidad de que la procesada fuera una persona tímida y que no se atreviera a ir a comunicar el peligro en que estaba su compañero al Director de la Prisión.

Pero esta posibilidad se desvanece por la misma declaración de la Imputada cuando dijo que ella lo había propuesto, pero su concubino rechazó la idea diciendo que el peligro sería mayor.

B- Puede entonces pensarse que conociendo el ambiente que se vivía en la Penitenciaría Central, la imputada y su compañero tuvieran una total desconfianza en las autoridades y creyeran que éstas no harían nada ante el peligro. Sin embargo, pensamos: ¿Por qué

aceptar delinquir, in intentar antes un traslado del amenazado para otra prisión?

5) Sabiendo que el señor O.G.M.J. descontaba una pena por tráfico de marihuana, es fácil

pensar que aún no había escarmentado y que la sanción no lo había corregido y que por eso pretendía reincidir, para lo cual también involucró a su compañera.

6) Nos llama la atención observar que en el recurso de Casación el abogado defensor denomina "*causas de justificación*" al estado de necesidad y a la coacción. (Véase: Folio 91 vuelto, líneas 26 y 27, del Expediente No. 247-R.)

3.- SENTENCIAS

El Tribunal Superior califica acertadamente el delito como tenencia de marihuana para suministro y por ello rechaza la posibilidad planteada tanto por la Fiscalía como por la Defensa, de que se tratara el delito como tentativa de suministro de marihuana. Esta calificación fue ratificada por la Sala de Casación.

Los Tribunales también rechazaron los argumentos de estado de necesidad y no exigibilidad de otra conducta por considerar que nunca se probó que el peligro era actual o inminente, ni tampoco que hubiera habido coacción o amenaza. Interpretaron los tribunales que el dicho de que el concubino de la Sra. A.M.S., había recibido una amenaza de muerte, podría considerarse más bien como un trama irreal para evadir la responsabilidad del delito.

CONCLUSIONES

El estudio de este caso ha puesto en claro varios conceptos doctrinarios importantes. Podemos en forma resumida anotar estas conclusiones:

- 1) La violencia moral que según algunos autores son las amenazas, es una causa de inculpa-bilidad. Se considera suprallegal porque elimina la exigibilidad de una conducta adecuada a derecho, por razones o causas fuera del derecho.
- 2) Doctrinalmente, se hace una fina diferencia entre coacción y amenaza y se dice que "*es coacción la amenaza de un mal inminente*". En Costa Rica, ambos términos se confunden.
- 3) En el caso de la señora A.M.S. podríamos alegar que ella estaba "*coaccionada*" y no directamente "*amenazada*".
- 4) El estado de necesidad generalizado es una causa de exculpación y se denomina no exigibilidad de otra conducta.
- 5) En el caso analizado, el Tribunal rechaza los alegatos de la defensa en que se aduce coacción o amenaza y no exigibilidad de otra conducta por actuar bajo un estado de necesidad, debido a que no se prueba la existencia de ninguna de esas causas de exculpación.

Aparte de las conclusiones anotadas y de algunas otras que se omiten, por ser obvias y señaladas reiteradamente en este trabajo, a nosotros nos parece interesante señalar aquí los beneficios que nos ha dejado el estudio del expediente de este caso:

Podemos decir que esos beneficios básicos son:

- 1.- Tener un contacto directo con los procedimientos y la forma en que se desarrolla un juicio penal.
- 2.- Poder establecer un diálogo y una discusión —casi acalorada— acerca de todos los principios y conceptos que se ponen en duda, cuando se trata de privar de la libertad a una persona, de imaginar cuáles fueron sus reacciones y cuáles razones la movieron verdaderamente a actuar como lo hizo.

En este orden de ideas, todavía nos queda la duda sobre si la conducta de la imputada no fue más bien motivada por la desconfianza en el sistema penitenciario costarricense y por la convicción de que nuestras autoridades, son negligentes o incapaces para atender las amenazas y las rivalidades que surgen entre los internos y que pueden llegar hasta la venganza personal dentro o fuera de la prisión.

¿Qué habría sucedido si en el juicio se hubiera planteado esta posibilidad? ¿Cuál habría sido la posición del Tribunal al respecto?

ANEXO

MARCO LEGISLATIVO

I

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Artículo 1.- Nadie podrá ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código; ni juzgado por otros tribunales que los instituidos por la ley de acuerdo con la Constitución Política; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o reafirmen nuevas circunstancias.

Esta última prohibición no comprende los casos en que no se hubiere iniciado el proceso jurisdiccional anterior o no hubiere suspendido en razón de un obstáculo formal el ejercicio de la acción.

Artículo 2.- Este Código será aplicado desde que sea puesto en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposiciones en contrario.

Artículo 8.- El Tribunal competente deberá resolver, con arreglo a las disposiciones legales que las rijan, todas las cuestiones que se susciten en el proceso.

Artículo 305.- La excarcelación será acordada en cualquier estudio del proceso, después de la declaración del imputado; de oficio, evitándose en lo posible su detención cuando sea indudable su procedencia.

Si el pedido fuere formulado antes del auto de procesamiento, el Juez tendrá en cuenta la calificación legal del hecho que se atribuye o aparezca cometido, sin perjuicio de que revoque o modifique su decisión al resolver la situación del imputado; si fuere posterior al auto de procesamiento, se atenderá a la calificación contenida en el mismo.

Artículo 543.- Toda resolución que ponga término a la causa, condenará al pago de los costos procesales y personales. La que ponga fin a un incidente, condenará al pago de los procesales únicamente.

Artículo 352.- El Presidente ordenará la recepción oportuna de las pruebas admitidas.

En caso de que el Tribunal, el Ministerio Público y las partes estuvieren de acuerdo con la lectura de las declaraciones y dictámenes, no se hará la citación de los peritos y testigos correspondientes.

Si nadie ofreciere prueba, el Presidente dispondrá la recepción de aquella pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción.

El Tribunal podrá rechazar, por tanto, la prueba evidentemente impertinente o superabundante.

Artículo 355.- Vencido el término de citación a juicio (349) y cumplida la instrucción suplementaria o tramitadas las excepciones, el Presidente fijará día y hora para el debate, con intervalo no menor de diez días y ordenará la citación del fiscal, partes y defensores y de los testigos, peritos o intérpretes que deben intervenir.

Las citaciones se podrán efectuar con arreglo al artículo 135.

Si el imputado no estuviere en su domicilio o en la residencia que se le hubiere fijado, se ordenará su detención revocando la excarcelación acordada.]

Artículo 370.- El día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en la Sala de Audiencias.

Después de verificar la presencia del Fiscal y de las partes, testigos, peritos e intérpretes que deban intervenir, el Presidente declarará abierto el debate, advirtiéndole al imputado, que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura del requerimiento Fiscal, en su caso, del auto de remisión.]

Artículo 389.- Terminada la recepción de las pruebas el Presidente concederá sucesivamente la palabra al actor civil, al Fiscal y a los defensores del imputado y del demandado civil, para que en este orden emitan sus conclusiones. No podrán leerse memoriales excepto el presentado por el actor civil que estuviese ausente.

El actor civil limitará su alegato a los puntos concernientes a la responsabilidad civil, conforme el artículo 67.

Si intervienen dos Fiscales o dos defensores del imputado podrán replicar; corresponderá al segundo la última palabra.

La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversos que antes no hubieran sido discutidos.

En caso de manifiesto abuso de la palabra, el Presidente llamará la atención al orador, y si éste persiste, podrá limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo su cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver. Vencido el término, el orador deberá emitir sus conclusiones; la emisión implicará incumplimiento de la función o abandono injustificado de la defensa (89 y 90).

En último término, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo que manifestar y cerrará el debate.

Artículo 392.- Inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces que intervengan pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir el secretario.

El acto no podrá suspenderse, bajo la misma sanción, salvo caso de fuerza mayor o que alguno de los jueces se enfermare hasta el punto de que no pueda seguir actuando. La causa de la suspensión se hará constar y se informará al Tribunal de Apelaciones. En cuanto al término de ella regirá el artículo 361.

Artículo 393.- El Tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, si fuera posible, en el siguiente orden: las incidentales que hubieran sido diferidas (Artículo 372), las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con separación de las circunstancias jurídicamente relevantes, participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable, restitución, indemnización o reparación demandada y costos.

Las cuestiones planteadas serán resueltas sucesivamente por mayoría de votos, valorándose los actos del debate conforme a la sana crítica. Los jueces votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores.

En caso de duda sobre las cuestiones de hecho se aceptará lo más favorable al imputado.

Si en la votación sobre las sanciones que corresponden se emitieren más de dos opiniones se aplicará el término medio.

Artículo 395, inciso 2.- La sentencia contendrá:

2) el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieren específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término.

Artículo 399.-

Artículo 399.- La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de los costos.

Dispondrá también cuando la acción civil hubiera sido ejercida la restitución del objeto materia del delito, la indemnización de daños y perjuicios causados y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones.

Sin embargo, la restitución del objeto material del delito podrá ordenarse aunque la acción no hubiere sido intentada.

Artículo 512.- Una vez firme la sentencia el Juez o el Presidente del Tribunal dentro de los treinta días siguientes remitirá al Registro Judicial de Delincuentes el resumen a que se refiere el artículo 6 de la Ley 4695.

Las sentencias dictadas por la Sala de Casación solamnete se publicarán en la colección de sentencias.

II

CODIGO PENAL

Artículo 1.- Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente.

Artículo 2.- No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal.

Artículo 24.- Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuera absolutamente imposible la consumación del delito; en tal caso se impondrá una medida de seguridad.

Artículo 27.- No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente.
- b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y
- c) Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.

Artículo 30.- Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

Artículo 31.- Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.

Artículo 38.- No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa.

Artículo 45.- Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros, y, coactores los que lo realizaren conjuntamente con el autor.

Artículo 50.- Las penas que este Código establece son:

1) Principales: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación.

2) Accesorias: inhabilitación especial.

Artículo 59.- Al dictar sentencia, el Juez tendrá la facultad de aplicar la condena de ejecución condicional cuando la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento.

Artículo 60.- La concesión de la condena de ejecución condicional se fundará en el análisis de la personalidad del condenado y su vida anterior del delito en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales y en el comportamiento posterior al mismo, especialmente en su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto, en los móviles, caracteres del hecho y circunstancias que lo han rodeado. Es condición indispensable para su otorgamiento que se trate de un delincuente primario.

El Tribunal otorgará el beneficio cuando la consideración de estos elementos pueda razonablemente suponerse que el condenado se comportará correctamente sin necesidad de ejecutar la pena. La resolución del Juez será motivada y en todo caso, deberá requerir un informe del Instituto de Criminología en donde se determine, si ese es el caso, el grado de posible rehabilitación del reo.

Artículo 71.- El Juez en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible:

b) La importancia de la lesión o del peligro:

c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar:

d) La calidad de los motivos determinantes:

e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima la medida en que hayan influido en la comisión del delito: y

f) La conducta del agente posterior al delito.

Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez.

III

LA LEY GENERAL DE SALUD

Esta ley regula prácticamente todos los aspectos o etapas del trasiego de las drogas, desde su cultivo, producción e importación, hasta la tenencia, uso, tráfico y exportación.

Al entrar a regir esta ley y derogarse el Código Sanitario, se modifican y remozan muchos conceptos en materia de drogas. Entre los aspectos más interesantes debemos citar que con esta ley deja de considerarse que el uso y la tenencia de drogas con propósitos de consumo es una actividad delictiva.

"Cuando estaba vigente el Código Sanitario, las autoridades no se detenían a analizar si se estaba ante un caso de tráfico o un caso de tenencia de drogas para consumir"(32). Ahora es im-

perativo que lo hagan.

La ley regula el tráfico y el suministro de drogas en los artículos 28, 125, 134 y 372, que son los que analizaremos.

"Artículo 28.- Salvo con receta médica y para fines terapéuticos o con autorización expresa del ministerio queda prohibido el uso personal de sustancias estupefacientes y de tranquilizantes, estimulantes, alucinógenos, declarados de uso restringido en convenios internacionales, en leyes o en disposiciones dictadas por el Poder Ejecutivo".

Deseamos reiterar que a los drogadictos y toxicómanos se les considera enfermos y no antisociales, por tal razón se les aplican medidas de seguridad, pero no penas.

"Artículo 125.- La producción de materia prima y la elaboración, tráfico, suministro y uso de drogas estupefacientes y de otras capaces de producir por su uso dependencia física o psíquica, en las personas, constituye materia de especial interés público y, por consiguiente, las personas, profesionales en ciencias médicas o no profesionales, que intervengan en tales actividades, deberán cumplir estrictamente las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes y respetar las restricciones a que quedan sujetas".

Este artículo pone en evidencia la magnitud que el problema del comercio de drogas tiene en Costa Rica, pues el Estado y la Sociedad no pudieron menos que declararlo de especial interés público.

"Artículo 134.- Queda prohibido la elaboración, el tránsito por la República, el tráfico o comercio, la tenencia para comerciar o distribuir, el suministro y administración, a cualquier título, de sustancias o productos estupefacientes y psicotrópicos declarados de uso restringido por el Ministerio, en contravención a los términos de la presente ley y de sus reglamentos o de las órdenes especiales que el Ministerio dicta para un mejor control de éstas".

Este artículo es el que en definitiva declara prohibido traficar, comerciar o suministrar las drogas. Nótese que la tenencia está prohibida únicamente si es para comerciar o distribuir.

"Artículo 372: Sufrirá prisión de 6 a 13 años el que exporte, importare, vendiere, elaborare, distribuyere, suministrar, transportare, traficare en cualquier forma, o poseyera para estos fines, drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas, cuando ello ocurra sin las previas autorizaciones legales o reglamentarias correspondientes".

Este artículo "no abarca todos los tipos de tráfico que se pueden dar... sólo se refiere al tráfico de drogas, cuando éste se produce a nivel nacional; no regula el tráfico internacional de drogas, este delito está recogido en el artículo 372 del Código Penal" (33).

La enumeración de las acciones, expresadas por distintos verbos enfatiza que cada una de ellas va a regular diversas situaciones que no deben confundirse.

Resulta conveniente aclarar el significado jurídico de algunos de los verbos utilizados.

"La elaboración se refiere a la preparación o fabricación de un producto(...). Suministrar es proveer, abastecer, proporcionar los medios, elementos y aún datos o informes. El transporte abarca el traslado, conducción de personas o cosas entre dos lugares" (34).

La venta y el tráfico de drogas son frecuentemente confundidos y aunque no tienen ninguna diferencia en cuanto a la pena que se impone a uno u otro delito, es importante tener un criterio claro para diferenciarlos.

El Tribunal Superior Penal de San José se ha pronunciado al respecto y ha solucionado el problema diciendo: **"el tráfico de drogas conlleva, no al acto puro y simple de entregar algo por una vez a cambio de un precio, sino una reiteración de esos actos, con lo que se diferencia de la venta" (35).**

Como hemos dicho, esta ley —y el artículo 372 así lo expresa— no sanciona la posesión de drogas con el fin de consumirlas; pues no considera que tal actividad sea delictuosa. Sin embargo, debido a que la ley no establece las pautas que deben guiar a los Tribunales, para diferenciar la tenencia delictiva de la que no lo es, este artículo 372 ha causado verdaderos problemas en

su aplicación, pues la apreciación de tal diferencia es subjetiva.

Sólo se limita la ley a decir que el juzgador debe observar el fin que tiene el sujeto al mantener drogas en su poder. *"Este elemento que la ley establece es un elemento subjetivo, el cual, para ser conocido, tiene que producir una manifestación externa del sujeto"*(36).

"Esto lo reafirma la Sala de Casación al decir: la posesión o tenencia de sustancias sólo constituye delito cuando se realiza con los fines que el texto legal señala, de todo lo cual resulta que en los demás, concretamente tratándose del uso o posesión de la droga para consumirla no hay figura delictiva, desde luego que no hay pena alguna que pueda aplicarse sino una medida de seguridad, que no es pena, aunque pueda implicar, una restricción a la libertad en algunos casos" (37).

Nuestro Tribunales utilizan varios criterios como guía para decidir si en realidad el propósito del sujeto imputado es el consumo o el comercio de la droga. Uno de esos criterios es la cantidad de marihuana que se le haya decomisado al reo. Esto se aprecia en la sentencia No. 60 de la Sala Segunda Penal, de las 9:30 hrs. del 21 de noviembre de 1978, que dice: *"Con base en los hechos admitidos, el tribunal llegó al convencimiento de que la finalidad del reo al elaborar esos cigarrillos, dada la cantidad de los mismos (una libra de picadura de marihuana) lo era para destinarlo al tráfico, no siendo creíble su versión de que lo eran para su propio consumo"*.

BIBLIOGRAFIA

Código Penal. República de Costa Rica, Editorial Porvenir, S.A., San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, 1981, 181 págs.

Código de Procedimientos Penales. República de Costa Rica. Editorial Porvenir, S.A., San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, 1976. 159 págs.

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Parte Especial. Ediciones Glem, S.A. Buenos Aires, 1969, 576 págs.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI. La Culpabilidad y su exclusión. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1962, 1051 págs.

Ley General de Salud. Del 30 de octubre de 1973. Publicada en La Gaceta No. 22 del 22 de noviembre de 1973 y su modificación del 1 de setiembre de 1975.

MONTERO, Jorge. *El Crimen, la delincuencia y la farmacodependencia*. Seminario sobre farmacodependencia. Panamá. Noviembre, 1976. CONADRO. Costa Rica, 1976.

ROJAS Z., Ana B. *Aspectos legislativos y jurisprudenciales sobre el tráfico de drogas en Costa Rica*. Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1980. 228 págs.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. Tipográfica Editora. Argentina, Buenos Aires. 1970, 506 págs.