

EL PROBLEMA DE LOS HURTOS DE POCA MONTA EN CORPORACIONES DE GRAN PODER ECONÓMICO: UN ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DESDE UNA PERSPECTIVA POSTPOSITIVISTA

Farid Nahen Cordero Campos¹

RESUMEN: En este artículo se analiza la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, respecto a la judicialización de sustracciones de bienes de exiguuo valor, en las cuales la parte ofendida está conformada por compañías de gran poder económico, desde la perspectiva postpositivista. Tal análisis parte del abordaje de la argumentación meramente judicial, por lo cual, el objeto de estudio radica en las sentencias más importantes que ha dictado el más alto tribunal penal de Costa Rica en la materia.

PALABRAS CLAVE: Costa Rica – Derecho Penal – Hurtos – Corporaciones transnacionales – Argumentación Jurídica – Antijuridicidad Material – Jurisprudencia Penal.

ABSTRACT: This article analyzes the jurisprudence of the Third Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica, regarding the judicialization of theft of assets of small value, in which the injured party is made up of companies of great economic power, from the perspective postpositivist. This analysis is based on the approach to judicial argumentation, in which the object of study is based on the most important sentences issued by the highest criminal court in Costa Rica in the matter.

KEYWORDS: Costa Rica – Criminal Law – Thefts – Transnational Corporations – Legal Argument – Material Antijuridicity - Criminal Jurisprudence.

¹ Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica graduación de honor. Tiene una Maestría en Derecho Penal por la UIA y es Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España. Actualmente es Defensor Público en materia penal y ha sido Juez del Tribunal Penal del III Circuito Judicial de Alajuela.

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema, 2. Análisis de las argumentaciones producidas sobre el problema, 2.1. Sentencia N° 2013-01543 de las 10:19 horas del 18 de octubre del 2013. (Criterio unificado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por antecedentes contradictorios), 2.2. Otros argumentos complementarios a la posición de la Sala Tercera, 2.2.1. El voto N° 2013-1555 de las 11:24 horas del 18 de octubre del 2013, 2.2.2. El voto N° 2014-819 de las 9:40 horas del 23 de mayo de 2014, 3. Evaluación de las argumentaciones, 4. Algunos razonamientos propositivos, 5. Conclusiones, 6. Referencias bibliográficas, 7.

1. Planteamiento del problema

En Costa Rica existe una dicotomía jurisprudencial referente a la responsabilidad penal del imputado en los delitos de poca monta denominados en doctrina como bagatela, específicamente en aquellos casos en donde lo que se ha hurtado es un bien de ínfimo valor y el ofendido es una corporación de gran poder económico.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 8720 del 04 de marzo del 2009, denominada “Ley de Protección a Víctimas, Testigos y otros intervinientes en el proceso penal”, el ordenamiento jurídico regulaba la contravención de hurto menor, se establecía un tope en la cuantía o valor del bien sustraído el cual no podía sobrepasar el monto de la mitad de un salario base. Si el monto de lo sustraído era superior, la conducta se ajustaba al menos incipientemente, al tipo penal del artículo 208 del Código Penal: “*Será reprimido con prisión de un mes a tres años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.*” La ley 8720 derogó la contravención de hurto menor, y adelante toda sustracción de cualquier bien, se procesaba como delito de hurto.

El problema nace desde que son judicializados casos de sustracciones de bienes de exiguo valor donde el ofendido es una compañía de gran poder adquisitivo. La consecuencia fue la producción de no pocas sentencias por parte de Tribunales penales de primera instancia, con criterios antagónicos en cuanto a la responsabilidad penal de la persona encartada.

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



Tanto el Ministerio Público como la Defensa, ejercían el derecho a recurrir el fallo penal mediante el recurso de casación presentado ante los otrora Tribunales de Casación Penal, y desde el año 2011 en los actuales Tribunales de Apelación de Sentencia Penal.² En segunda instancia, el antagonismo de criterios permaneció.

La Ley 8837 estableció a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia como el órgano competente para conocer de todos los recursos de casación incoados contra las resoluciones emitidas por los Tribunales de Apelación de Sentencia, creando también la causal de precedentes contradictorios, cuya finalidad, fue otorgar uniformidad a la jurisprudencia penal costarricense, asimismo lograr seguridad jurídica en la aplicación del derecho.³

Aplicando esta causal, la Sala Tercera ha zanjado el problema, unificando los criterios existentes y creando una sola línea jurisprudencial con respecto al tema, empero, ello no vincula a los Tribunales de Apelación de Sentencia, los cuales, en varias de sus secciones en la actualidad, mantienen una posición completamente diferente al criterio unificado del más alto tribunal penal costarricense.

Describiendo el problema, la argumentación proporcionada por la Sala Tercera sostiene que en el caso que nos planteamos, la antijuridicidad material siempre existe porque siempre es significativa la lesión al bien jurídico, en virtud de que el tipo penal del hurto simple no exige como requisito de tipicidad un monto con respecto al valor del bien sustraído, a partir de la Ley 8720, en la cual el legislador eliminó la cuantía para diferenciar entre la contravención de hurto menor del delito de hurto simple, por ello, el juez está impedido de sopesar como criterios para determinar la antijuridicidad material de la conducta, tanto el exiguo valor de un bien como la hacienda de una

² El Estado costarricense, realizó en el 2010 una de las reformas procesales más importantes de los últimos años, creando la Ley No. 8837 llamada “Ley de creación del recurso de apelación, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal” mediante la cual se instauraron los Tribunales de Apelación de Sentencia Penal.

³ El artículo 468 inciso a) del Código Procesal Penal indica que procede el recurso de casación: “Cuando se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelación de sentencia, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal.”

empresa entre otras razones, siendo la consecuencia jurídica la condenatoria del imputado.

La otra línea jurisprudencial, sostiene que la propiedad como bien jurídico tutelado por la norma, valorando las características en torno al hecho, no sufre de manera significativa una lesión, en virtud de ello, y por aplicación del principio de insignificancia de la lesión al bien jurídico, no se configura el estrato de la Teoría del Delito denominado antijuridicidad material, entre otras razones, por ende no se perfecciona el injusto penal, siendo la consecuencia jurídica la absolutoria del imputado.

En el problema se confrontan varios principios de naturaleza constitucional, el principio de legalidad al lado del principio que establece la inviolabilidad de la propiedad privada frente al principio de lesividad o insignificancia de lesión al bien jurídico. Estos principios le exigen al juzgador una labor intelectual de ponderación con el objetivo de otorgar a la resolución la característica de ser coherente con el resto de los principios que inspiran el ordenamiento jurídico. Es aquí donde la concepción postpositivista del Derecho adquiere relevancia y a mi parecer, se presenta como el fundamento teórico para eliminar la antinomia. Claro está, para aquellos que no propugnan a favor del postpositivismo, no tendrá sentido un ejercicio de ponderación valorativa, para estos el problema se minimiza en un ejercicio de subsunción con la sola aplicación de la ley en el caso concreto.

Como se puede apreciar el problema resulta interesante desde que podemos detectar en las argumentaciones producidas, la existencia de tópicos propios de la Teoría de la Argumentación Jurídica. Así primigeniamente podríamos cuestionarnos: ¿Qué es y cómo nace el postpositivismo? ¿Otorga el positivismo jurídico una solución al problema planteado? ¿Es la solución unificadora de la Sala Tercera coherente con el resto de los principios del derecho de nuestro ordenamiento? ¿Se justifica externamente? ¿Se ajusta al criterio de coherencia? ¿En qué consiste el razonamiento ponderativo? Las preguntas que torna interesante el tema no se agotan en las anteriores, en el desarrollo del trabajo se abordarán otras tantas. A su vez, el problema encuentra sus dificultades en el tanto se entremezclan en el análisis de los

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



anteriores cuestionamientos, tópicos muy específicos del derecho penal que obliga a la exposición previa de los mismos y su dominio práctico.

Antes de profundizar en el análisis de las argumentaciones producidas en torno al problema, es necesario hacer una breve referencia sobre el positivismo jurídico. No se pretende abarcar a cabalidad sus postulados pues no es el fin del presente trabajo, empero sí mencionar los más relevantes y confrontarlos con las características que presenta el nuevo orden jurídico constitucional o paradigma postpositivista en el tanto aportan para la discusión de las sentencias que se analizarán.

En el positivismo jurídico existen dos tesis que son compartidas por quienes se identifican con esta teoría sobre el concepto de Derecho, la expondremos someramente, entendiendo que el positivismo jurídico no presenta homogeneidad en sus postulados dada la diversidad de teorías y autores que lo predicán.

Se comparte por los iuspositivistas que sólo es Derecho el Derecho positivo. Se remiten siempre al ordenamiento jurídico positivo vigente, como creación humana e histórica que es contingente, relativa en el espacio y en el tiempo, nunca un producto de instancias trascendentes o metafísicas. Esta tesis es conocida como “tesis de las fuentes sociales del derecho”.

La segunda es la “tesis de la separación entre moral y derecho”, la cual propugna que el concepto de Derecho no se caracteriza según propiedades valorativas, sino que deben tomarse en cuenta únicamente propiedades descriptivas, por ende, la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia.

El positivismo jurídico encuentra a dos de sus máximos expositores en la obra de Hans Kelsen y de H.L. Hart.

Parafraseando a Atienza, (2016, p. 24) el enfoque kelseniano sobre el Derecho consiste en la reducción del mismo a un conjunto de normas coactivas, donde la validez de las normas jurídicas y su interpretación por parte de los órganos

jurisdiccionales es una cuestión de hacer, no es racional, privilegiando un enfoque prescriptivo, y en el mismo, no cabe un discurso racional sobre los valores.

En el caso de Hart si bien, éste acepta la tesis de la separación entre la moral y el Derecho, su posición no es tan “dura” como la de H. Kelsen. En su teoría, las normas de un sistema jurídico no pueden tener cualquier contenido, sino que racionalmente, se pueden establecer contenidos mínimos de justicia, lo cual significa que, para que una organización social sea viable, se pueden justificar racionalmente ciertas reglas de conducta, es lo que él denomina “contenido mínimo de Derecho natural”.

Atienza siguiendo a Hart, informa que estos mínimos de justicia “...*derivan de una serie de rasgos característicos del mundo y de los hombres (como la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada de los hombres, el altruismo limitado, los recursos limitados o la comprensión y fuerza de voluntad limitadas.*” (2001, p. 293) Lo anterior no significa que los principios derivados de este contenido mínimo de Derecho natural sean calificados como universales e inmutables, de ahí que no se puede considerar a Hart como un iusnaturalista. Sigue sosteniendo el filósofo del derecho, que las normas tienen carácter jurídico no por razones morales, sino porque el mismo ordenamiento le otorga validez, por medio de la regla de reconocimiento.⁴ Hart, deja ver en su postura que existe una zona de confluencia entre el Derecho y la moral, ello conlleva a decir que su posición con respecto a la tesis de la separación entre la moral y el Derecho, es matizada.

Para Atienza (2016), Hart se separa del enfoque kelseniano por las siguientes dos razones: “...*su pretensión de elaborar una teoría descriptiva y general del Derecho, y su manera de entender la discrecionalidad judicial (que supone que, en los casos*

⁴ La regla de reconocimiento según Hart no es jurídica sino metajurídica, por ello, a manera ilustrativo, formularemos, la que nuestro criterio, sería la regla de reconocimiento del Derecho costarricense: “Las normas válidas del Derecho costarricense deben obedecerse y éstas son: las contenidas en las Constitución Política, las dictadas de acuerdo con la Constitución y las establecidas en Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos mientras otorguen más derechos que los consagrados en la Constitución.”

difíciles, los jueces tienen que acudir a criterios extrajurídicos, aunque no por ello arbitrarios.” (pp. 24-25)

En los postulados del positivismo jurídico se fundamentaron en gran medida nuestras legislaciones actuales. Afirma el Profesor Manuel Atienza (2016): *“Considerar el Derecho como un conjunto de normas creadas o modificadas mediante actos humanos e identificables mediante criterios ajenos a la moral ha sido probablemente la concepción más extendida en la teoría del Derecho del siglo XX.”* (p.24)

Empero, el positivismo jurídico en la actualidad, afirmamos categóricamente, se encuentra desfasado, no resuelve con criterios de corrección asertivos los problemas jurídicos que son sometidos en la corriente judicial. Ello se debe, muy generalmente, a la insistencia de mantener el criterio de la separación entre la moral y el Derecho, lo cual se relaciona directamente con la crisis evidenciada desde que los sistemas jurídicos han experimentado un cambio estructural conocido como “la constitucionalización del orden jurídico.”

El profesor de la Universidad de Alicante Joseph Aguiló Regla (2007, pp. 666-667) informa que el término “constitucionalización del orden jurídico” alude a un proceso histórico desarrollado en países europeos y latinoamericanos a partir de la Segunda Guerra Mundial el cual ha producido una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho.

A partir de esta transformación es que se ha puesto de manifiesto la crisis del paradigma positivista.

Afirma Aguiló (2008): *“En esta transformación del Estado de Derecho, que podríamos sintetizar en la fórmula “del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho” (o “del imperio de la ley” al “imperio de la constitución”), se sitúa la crisis del positivismo jurídico y el auge de la argumentación jurídica.”* (p.12)

Informa Aguiló (2008), interpretando al jurista italiano Ricardo Guastini, que la constitucionalización del orden jurídico es un fenómeno gradual, que a su vez es producto de los siguientes factores:⁵

- A. Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan – independientemente de su estructura y de su contenido- como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de “normas programáticas”, entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.
- B. Se produce una “sobreinterpretación” de la Constitución. Es decir, se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y principios implícitos.
- C. Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. Esta característica no tiene que ver con la interpretación de la Constitución que, como ya se ha visto, tiende a ser extensiva, sino con la interpretación de la ley. De todas las interpretaciones posibles de una ley, debe descartar todas aquellas que vulneren (o sean incompatibles con) la Constitución.

Es en el marco de este giro constitucional que experimentan ordenamientos jurídicos, que se da la necesidad de revisar los esquemas positivistas para dar cuenta de su desfase, y en su lugar, explicar cualitativamente una nueva elaboración teórica que explique fenómenos jurídicos y que sea consecuente con la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, es por ello, que se denomina postpositivismo, la concepción del derecho construida desde el imperio de la constitución, no de la ley.

⁵ En la obra se citan siete factores, no obstante, he escogido los tres que considero más relevantes para los efectos del presente trabajo.

El Profesor Aguiló, elaboró un decálogo para caracterizar ambos paradigmas, el positivista y el postpositivista, del mismo tomaré algunas tesis. El fin es comprender mejor cada paradigma para el ulterior análisis de las argumentaciones judiciales que se han dado sobre el problema que nos hemos planteado.

Hablemos de consistencia normativa y coherencia valorativa

Parafraseando a Aguiló, en el paradigma positivista, dos reglas jurídicas son consistentes si se pueden cumplir simultáneamente, cuando esto es imposible se presenta un conflicto de normas, problema lógico conocido como antinomia (soluciones diferentes, dadas por el sistema normativo, y que son incompatibles). La solución del conflicto se establece excluyendo una de las normas contradictorias, para ello se recurre a criterios tradicionales como *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*. En el paradigma constitucionalista lo anterior también se da, sin embargo, ante la idea de consistencia normativa se impone la idea de coherencia. En el postpositivismo el análisis de consistencia es insuficiente tomando relevancia el sentido de unidad y propósitos prácticos: si esa unidad no se da entonces las normas son incoherentes. Se entiende que la coherencia se logra por medio de un ejercicio valorativo que es gradual, contrario a la consistencia en donde la relación es de todo o nada. En este ejercicio de valoración gradual, los conflictos entre normas se solucionan por medio de la ponderación y no sólo recurriendo al modelo legalista de la exclusión, se aprecia que el paradigma constitucionalista supera al positivista.

Hablemos de subsunción y ponderación

Aguiló informa que en un paradigma constitucionalista se pasa del modelo de la subsunción (propio del positivismo) al modelo de la subsunción y la ponderación.

“En el Derecho hay reglas, y en consecuencia hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios; y guiarse por aplicar principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo, por cuanto desemboca en la formulación de una regla que permita resolver el caso.” (Aguiló, 2008, p. 20)

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



Entonces las reglas no son entendidas como la manifestación de la autoridad que las dictó. Si tenemos presente que en las reglas jurídicas subyacen principios, podemos afirmar categóricamente que un análisis o razonamiento de ponderación es más básico que un razonamiento subsuntivo, y por ello en las decisiones judiciales adquiere relevancia la dimensión valorativa y justificativa del derecho.

Finalmente, informa Aguiló, que en un modelo postpositivista se pasa de la distinción entre casos regulados/casos no regulados (propios del positivismo jurídico) a la distinción entre casos fáciles/casos difíciles.

El paradigma positivista se basa en el modelo de las reglas. Un caso encontrará solución si existe una regla aplicable al mismo, en este supuesto tenemos un caso regulado. Si no existe regla aplicable al caso tenemos un caso no regulado y no resuelto a la vez. En este último supuesto se da una laguna normativa y para solventar el problema, se recurre a la discrecionalidad del aplicador del derecho, concebida esta como libertad para escoger o permisión para elegir cualquier opción posible. En este sentido Aguiló (2008) indica que *“las decisiones discrecionales están más próximas a la creación de normas (son más una cuestión de voluntad y de preferencias) que a la aplicación de normas (conocimiento y subsunción).”* (p.23)

En el nuevo paradigma no se habla ya de casos regulados o de casos no regulados, la nomenclatura que se opone es la de casos fáciles y casos difíciles en donde son los principios las razones que intervienen de manera decisiva. Aquí, si un caso encuentra solución con sólo aplicar una regla, y esa solución no se contrapone a otras reglas del sistema (hay consistencia) y, además, la solución es coherente con los principios que forman parte del sistema, entonces tenemos un caso fácil. Por su parte un caso difícil se presenta *“cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa.”*(Aguiló, 2008, p. 23) Lo anterior, no es otra cosa que un razonamiento de ponderación, en donde la discrecionalidad no se considera como libertad de escogencia sino como responsabilidad justificativa, y esta es la razón por la cual el

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



Profesor afirma que *“cuanto más discrecional es una acto (menos reglado está) más justificación requiere.* (Aguiló,2008, p.24)

1. Análisis de las argumentaciones producidas sobre el problema

A continuación, se analiza un problema de argumentación meramente judicial, por ello, el objeto de estudio principalmente consiste en las sentencias más importantes que sobre el mismo, ha dictado el más alto tribunal penal de Costa Rica: la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en adelante la Sala.

Ya se expuso sobre la función unificadora de criterios jurisprudenciales que ha recaído en la Sala, en virtud de la reforma al régimen impugnatorio penal costarricense, por esta función, en virtud de una serie de fallos dictados sobre el tema, me veo obligado a analizar los más relevantes, los cuales son: voto N° 2013-0153 de las 10:14 horas del 18 de octubre del 2103, voto N° 2013-01555 de las 11:24 horas del 18 del 18 de octubre de 2013 y el voto N° 2014-0819 de las 9:40 horas del 23 de mayo del 2014.

Se informa que el monto del valor del bien sustraído varía para cada caso así como las partes y jurisdicciones como es obvio, no así el fondo del asunto el cual consiste en la relevancia o no del ínfimo valor del bien sustraído ante una persona jurídica de gran poder adquisitivo para determinar la existencia del delito de hurto, dentro del estrato de la teoría del delito denominando antijuridicidad material, problema que confronta los principio consagrados en los artículos 45 y 28 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, a saber la inviolabilidad de la propiedad privada frente al principio de lesividad o insignificancia de la lesión al bien jurídico respectivamente.

Reza el artículo 45 de la Constitución Política: *“La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley.”*

Por su parte el principio de lesividad se establece en el artículo 28 de la Carta Magna, dispuso el Constituyente: *“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones*

privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.”

Se ha seguido el método para el análisis de argumentaciones jurídicas del Profesor Manuel Atienza (2017, p. 423)

2.1 Sentencia N° 2013-01543 de las 10:19 horas del 18 de octubre del 2013. (Criterio unificado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por antecedentes contradictorios)

(1) El Caso

El imputado “C” sustrajo de la tienda de ropa deportiva “A” un par de sandalias valoradas en la suma de once mil colones, momento que fue observado por los empleados de la tienda quienes lo persiguieron cuando éste salió de la tienda logrando su captura. El imputado fue condenado a un mes de prisión por el delito de hurto simple mediante sentencia del Tribunal Penal de Flagrancia del Primer Circuito Judicial de San José número 55-2013 de las 11:20 horas del 05 de febrero del 2013. Contra la anterior sentencia el defensor público del encartado interpuso Recurso de Apelación de la Sentencia Penal ante el Tribunal de Apelaciones del II Circuito Judicial de San José argumentando violación a los principios de lesividad y de mínima lesión al bien jurídico tutelado (insignificancia del hecho) en virtud del ínfimo valor de lo sustraído. El Tribunal de Apelación de Sentencia, declara con lugar el recurso de apelación mediante resolución número 2013-0604 de las 9:50 horas del 22 de marzo del 2013 absolviendo de toda pena y responsabilidad al encartado, por considerar inexistencia de antijuridicidad material en virtud de la poca monta del bien sustraído, el gran poder adquisitivo de la empresa ofendida entre otras razones. Finalmente, en contra de dicha resolución, el Ministerio Público interpone Recurso de Casación ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia argumentando precedentes contradictorios dictados por el mismo Tribunal que revocó la condenatoria, toda vez que en éstos se resuelve la imposibilidad del juzgador de tomar en consideración la cuantía o valor del bien sustraído, ya que el tipo penal del artículo 208 del Código

Penal costarricense no contempla un monto y hacerlo es resolver en contra de la voluntad del legislador (voto 2012-2368 del Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José). La Sala Tercera acogió el recurso de casación, casó la sentencia del Tribunal de Apelaciones y mantuvo la condenatoria del Tribunal Penal de Flagrancia.

(2) El Problema

El problema radica en resolver si la afectación al bien jurídico propiedad es significativa cuando se hurta un bien de mínimo valor económico a una persona jurídica de gran poder económico, es decir, si los hurtos de poca monta no constituyen delito por el análisis de la falta de antijuridicidad material o a contrario sensu, si los hurtos de poca monta constituyen delito por existir antijuridicidad material.

Para resolver el problema, la Sala Tercera argumenta en torno a tres cuestiones que son la base del fallo.

(2.1) ¿Fue voluntad del legislador costarricense sancionar con pena de prisión cualquier hurto a la propiedad con independencia del monto económico del bien sustraído? Considera la Sala Tercera que sí, por las siguientes razones:

(2.1.1) La Sala considera que el artículo 208 del Código Penal correspondiente al delito de hurto simple no exige como requisito de tipicidad una cuantía determinada.

(2.1.2) Argumenta la Sala que cualquier hurto a la propiedad es relevante y se atenta contra este bien jurídico, que el grado de significancia de su lesividad es una cuestión que el juez debe ponderar, pero a nivel de la fijación de la pena o el otorgamiento de beneficios extracarcelarios, ejecución condicional de la pena, conmutación de días de prisión por multa o prestación de servicios de utilidad pública, etc.

(2.1.3) Considera la Sala Tercera que la promulgación de la Ley 8720 publicada en el diario oficial La Gaceta N° 77 del 22 de abril del 2009 denominada Ley de Protección a Víctimas, Testigos y otros Intervinientes en el Proceso Penal, eliminó el criterio de la cuantía como elemento diferenciador entre la contravención de hurto menor y el

delito de hurto y que ello refuerza la idea de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico propiedad en esos delitos siempre es significativa.

La segunda cuestión planteada trata de responder la siguiente pregunta:

(2.2) ¿Está autorizado el Juez Penal para crear pautas diferentes a las reconocidas por el legislador, por ejemplo, para decidir cuándo hay delito? La respuesta que argumenta la Sala Tercera es negativa y para sostenerla se fundamenta en las siguientes razones.

(2.2.1) Para la Sala, por el principio de división de poderes, la política criminal está encomendada al Poder Legislativo y no al Poder Judicial, por lo que el Juez no está autorizado para crear pautas diferentes a las reconocidas expresamente por el legislador para decidir cuándo hay delito.

(2.2.2) Considera la Sala que la cuantía de lo sustraído en el hurto no es un elemento válido para dimensionar la magnitud del daño causado al bien jurídico propiedad, por ello, el juez no puede sopesarlo como parámetro para definir la antinormatividad de la conducta.

(2.2.3) Para la Sala una pronunciación en ese sentido es pronunciarse contrario al espíritu de la norma.

La tercera pregunta que se desprende del fallo en análisis, la cual la Sala contesta con las razones que se dirán, es:

(2.3) ¿Protege el tipo penal hurto simple, otros bienes jurídicos diferentes a la propiedad?

La respuesta de la Sala es afirmativa y la sostiene con las siguientes razones:

(2.3.1) Para la Sala Tercera, el voto de la Sala Constitucional N° 2013-003016 de las 15:03 horas del 03 de marzo del 2013 respalda la posición de que no sólo el bien jurídico propiedad es protegido en el tipo penal de hurto simple.

(2.3.2) Citando el referido voto de la Sala Constitucional, argumenta la Sala Tercera: “...en recintos privados o sitios públicos el apoderamiento ilegítimo implica la infracción de una serie de principios adicionales, como lo son los principios de buena fe en las relaciones comerciales, así como confianza pública, o los de dignidad y decencia humana que deberían ser la regla en lugares confinados o negocios comerciales abiertos o de fácil acceso al público, ese apoderamiento infracciona los derechos tutelados por los artículos 28, 29, 45 y 46 de la Constitución Política.”

(2.3.3) Volviendo a citar el voto de la Sala Constitucional justifica la Sala Tercera: “...no es que no existe un bien jurídico relevante o que la conducta sancionada no tenga relevancia social, la tiene y repercute en muchas otras áreas de la convivencia social. Se sanciona un comportamiento concreto con un resultado igualmente concreto que debe demostrarse en juicio, con independencia de su valor y perjuicio patrimonial.”

(3) Solución del caso.

Como solución del caso, la Sala Tercera concluye que sí fue significativa la lesión al bien jurídico tutelado denominado propiedad, toda vez que el delito se perfecciona con independencia de la cuantía de lo sustraído, ya que por voluntad legislativa, este factor no es un elemento decisivo para descartar la significancia de la lesión a este bien jurídico, que no es sólo la propiedad sino la tenencia, la buena fe y confianza pública depositada por su poseedor a terceros en caso de bienes exhibidos para fines comerciales. (Ver anexo 1)

2.2 Otros argumentos complementarios a la posición de la Sala Tercera

Considero necesario mencionar otras razones esbozadas en dos votos más de la Sala Tercera y que complementan la posición de este Alto Tribunal referente a la problemática en análisis. Han sido varios los votos en este sentido, en los mismos, la Sala Tercera vuelve a reiterar los anteriores argumentos, ampliando alguno e innovando en otros, siempre desde la función unificadora de criterios jurisprudenciales. Lo anterior es importante: abarcar a cabalidad los argumentos de la Sala, permite una mejor evaluación de la argumentación.

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



2.2.1 El voto número 2013-01555 de las 11:24 horas del 18 de octubre del 2013.

Lo novedoso en este fallo es el tratamiento que se le da al principio de insignificancia. Se ventila el hurto de una cajetilla de cigarrillos valorada en 1600 colones en perjuicio del Supermercado Walmart, y dentro del problema de análisis se encuentra la interrogante de la posibilidad de tomar como factor para determinar la existencia o no de antijuridicidad material, el poder económico de la empresa transnacional.

Como principal argumento la Sala Tercera sostiene que, según doctrina autorizada en el tema, no se hace referencia a la “insignificancia” en el análisis de la antijuridicidad material, sino a la ausencia de afectación al bien jurídico tutelado.

Sobre la acción o conducta desplegada, argumenta, citando al Doctor Francisco Castillo: *“Para que exista delito deber ser materialmente antijurídica. Y para que la acción se plasma en una lesión a bienes jurídicos, que sea socialmente nociva y que no se pueda combatir suficientemente con medios extra-penales... Para Jescheck una acción es antijurídica en sentido material cuando lesiona el bien jurídico tutelado por la norma penal. Para establecer si una acción es antijurídica materialmente es necesario examinar la conducta realizada por el autor en concreto, la conducta que el legislador sancionó con pena y establecer si ella lesiona el bien jurídico tutelado. En este sentido, el concepto de lesión no debe tomarse naturalísticamente (como daño de la acción a un determinado objeto de protección) sino como contradicción al valor ideal que es protegido por la norma (bien jurídico). En la lesión al bien jurídico radica el daño a la comunidad, que justifica considerar el hecho como un comportamiento socialmente dañoso.”*

Para la Sala Tercera la anterior definición debe interpretarse de acuerdo con la normativa interna costarricense, y afirma que el artículo 28 de la Constitución Política debe entenderse en el sentido que una persona sólo puede ser perseguida penalmente cuando se determina que ha infringido la ley, lo cual obedece al examen de tipicidad de la conducta, posteriormente debe analizarse si configurada la tipicidad se produjo un daño a un tercero (principio de lesividad) lo cual se ubica en el análisis

de la antijuridicidad material, y sólo si se constata que no hubo daño al bien jurídico tutelado, en el tanto se verificó que la víctima no vio afectados sus bienes, lo que procede es absolver.

Por lo anterior, además de la promulgación de la Ley 8720 que eliminó la cuantía para no diferenciar entre el delito de hurto y la contravención, volviendo a afirmar la Sala que el legislador considera lesiva tanto una conducta cuyo perjuicio es ínfimo, como aquella que produce resultados lesivos grandes contra la propiedad de la víctima, considera este Tribunal que no es procedente examinar la condición económica del ofendido, o si este es o no empresa de gran poder adquisitivo para definir la insignificancia de la lesión al bien jurídico tutelado propiedad, porque ello despenalizaría la conducta pese a haber sido declarada como delito por el legislador.

Siempre sobre la Ley 8720, justifica la Sala en su decisión, que la misma se creó para controlar un problema que aquejaba a la población, ya que los hurtos menores iban en aumento, por ello el legislador optó por eliminar la diferencia entre las sustracciones sin fuerza ni violencia en razón del valor de la cosa y equiparar como delito todas esas conductas, siendo esa una razón más para no tomar en consideración la insignificancia de la lesión

Otro argumento de la Sala en este fallo, es afirmar que la anterior posición del legislador, va de la mano con el artículo 22 del Código Procesal Penal ⁶ donde se contempla la posibilidad de que el Ministerio Público prescinda la persecución penal por tratarse de la investigación de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor. Para la Sala Tercera dicha disposición es acorde con la Ley 8720 en cuanto al artículo 208 del Código Penal, ya que, si el valor de la cosa es insignificante, queda

⁶ Artículo 22.- Principios de legalidad y oportunidad. El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando: a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este, salvo que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

en manos del Ministerio Público prescindir de la persecución penal, pero no porque no sea delito, sino porque siendo delito el costo de la justicia es mucho mayor que el daño producido.

Todas las anteriores razones justifican la solución al problema para la Sala Tercera, así en cuanto al hurto simple “...*la insignificancia en cuanto al costo económico del bien sustraído... no elimina la antijuridicidad de la conducta pues existe una lesión al bien aunque esta sea considerada insignificante, siguiendo la orden del legislador, quien eliminó en el año 2009 la cuantía del bien para la existencia del delito.*”

2.2.2 El voto N° 2014-0819 de las 9:40 horas del 23 de mayo de 2014

Con relación a este fallo, son dos los argumentos que vienen a complementar la posición ya establecida de la Sala Tercera.

Un primer argumento refuerza la idea que en el delito de hurto no sólo se tutela el bien jurídico propiedad: “*Considerar los ataques al bien jurídico como “insignificantes” en razón del valor económico, posición asumida en el voto de mayoría, impide ponderar adecuadamente el concepto de bien jurídico que subyace en el tipo penal de hurto, el cual, de acuerdo a la Sala Constitucional, consiste no solo en el valor propiedad privada sino también, en la buena fe y confianza pública. Por otro lado, debe quedar claro que, la conducta de la sustracción de bienes ajenos en forma total o parcial, siempre ha sido desaprobada por la ley, con una sanción determinada, esto quiere decir que sí representó para el legislador una acción punible que lesiona un bien valioso para la sociedad. Por ello, la “escasa ofensividad patrimonial” —en términos planteados en el voto impugnado- que implica la conducta delictiva reprimida por ley no supone per se, la ausencia de lesividad y la eliminación de la antijuridicidad material.*”

El segundo argumento de importancia, lo realiza la Sala, resaltando el papel de la víctima como parte dentro del proceso penal a la cual se le tenía invisibilizada y desprovista de toda intervención antes de la reforma procesal penal del año 1996. Esto se relaciona con otro argumento establecido por la Sala y que es reiterativo en

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



varios votos: por voluntad del legislador cualquier hurto a la propiedad es relevante, y las víctimas tienen derecho a que la administración de justicia les resuelva el conflicto sin denegación y en estricto apego a la ley.

2. Evaluación de las argumentaciones

A continuación, se realizará una evaluación de los argumentos vertidos en la sentencia Número 2013-1543 de la Sala Tercera. A partir de las razones esgrimidas y que fueron esquematizadas (Ver Anexo 1), trataremos de forma crítica, establecer si las mismas presentan algún tipo de razonamiento incorrecto, o bien si existen otras razones que se ajustan más a la idea de coherencia valorativa ya expuesta.

Es importante indicar que, en sede penal, el problema planteado pretende resolver la situación jurídica de una persona imputada frente al reclamo judicial que invoca el ofendido quien afirma ha visto afectado su peculio, lesionándose el principio constitucional que establece la inviolabilidad de la propiedad privada. Sin embargo, al lado de este principio coexiste el principio de legalidad, y uno de los principales argumentos presentes en esta sentencia, es precisamente el deber que tienen los jueces de aplicar la ley en virtud de la voluntad del legislador en referencia siempre a la ley 8720. Lo anterior no es otra cosa que la aplicación del principio de legalidad como fundamento para proteger el bien jurídico propiedad en el caso concreto. Supone entonces, fallar a favor de la víctima, y la condenatoria del imputado por el hurto.

Este enfoque no debe perderse de vista, pues constituye la base de la confrontación de principios propios del razonamiento ponderativo en el tanto, para el caso concreto, se ven limitados los principios de insignificancia de la lesión al bien jurídico como expresión del principio de oportunidad.

La razón (2.1.1) apoya la idea de que fue voluntad del legislador sancionar con pena de prisión cualquier hurto sin tomar en consideración el valor del bien sustraído porque el artículo 208 del Código Penal no exige cuantía como requisito de tipicidad.

Lo anterior es incorrecto. Nuestro argumento central es que, si bien es cierto, fue voluntad del legislador sancionar con pena de prisión la conducta de hurto y a su vez no contemplar cuantía como elemento objetivo dentro de tipo penal, eso no significa que el valor del objeto sustraído no pueda considerarse como factor en el análisis del caso. Esto por cuanto existe una teoría del delito de aplicación obligatoria para todo juzgador en un proceso penal, y la teoría del delito no se agota en la tipicidad. En el estrato de la tipicidad se realiza la adecuación de la conducta al tipo, ese análisis es meramente formal dando paso a la antijuridicidad formal o contrariedad de la conducta con el orden jurídico, empero, la lesión al bien jurídico y su significancia es una labor ponderativa que se ubica en la antijuridicidad material.⁷ No tomar en consideración el valor del objeto sustraído en un hurto, es romper con el instrumento metodológico racional que decide la existencia o no de un delito: la teoría del delito.

Así, Zaffaroni, (2000) *“Cabe iniciar este análisis por la teoría del delito, partiendo de la muy general aproximación que lo entiende como acción típica, antijurídica y culpable...La teoría del delito como sistema de filtros que permite abrir sucesivos interrogantes acerca de una respuesta habilitante de poder punitivo por parte de las agencias jurídicas, constituye la más importante concreción de la función del derecho penal en cuanto al poder punitivo...”* (p. 357)

A mi parecer, debe entenderse la antijuridicidad material como ese estrato de la teoría del delito que opera como un *topos*, en el sentido dado por Viehweg (2007): *“puntos de vista utilizables, aceptables universalmente, que se emplean a favor o en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad.”* (p. 44) En este mismo sentido y realizando un parangón con la obra sobre tópicos de Ch. Perelman (1979, p. 119) podríamos ver a la antijuridicidad material como *“...ese lugar específico del derecho...que suministra razones que permiten descartar las soluciones que no son equitativas o razonables, en la medida en que estas últimas descuidan consideraciones*

⁷ Existe una discusión sobre la ubicación del análisis de la lesión al bien jurídico tutelado dentro de la teoría del delito. Algunos doctrinarios lo ubican en la tipicidad como E.R. Zaffaroni, otros en la antijuridicidad como C. Roxin o Jescheck, siendo este la posición más acogida; lo que interesa es saber que la ubicación del análisis no altera el resultado, la consecuencia es la misma.

que estos lugares permiten sintetizar...” Lo anterior por una razón muy sencilla: si no hay daño o lesión al bien jurídico, no cabe justificar la pena, por ello, la antijuridicidad material como integrante de la teoría del delito así entendida, es garantía de racionalidad.

No nos apartamos de lo anterior cuando E. Bacigalupo (2007) afirma: *“El sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley en un caso.”* (p. 25)

En principio cualquier hurto, independientemente del monto de lo sustraído se ajusta al tipo penal. Determinar si esa conducta, primero: lesionó el bien jurídico propiedad, y segundo: si esa lesión fue significativa, esa es una labor de ponderación que se realiza de manera casuística en el análisis de la antijuridicidad material, y en ese análisis el juzgador puede decantarse por la absolutoria del imputado fundamentado el por qué de esa insignificancia, por ello, no es correcto decir que la voluntad del legislador fue siempre sancionar con pena de prisión cualquier hurto. Esto podría ser cierto desde el punto de vista del principio de legalidad no así cuando se pondera el principio de insignificancia, operando éste último como limitante al primero, por razones justificativas.

La razón (2.1.2) refuerza la afirmación de la cuestión planteada. Esta vez sostiene la Sala que el juez puede ponderar el grado de significancia de la lesión al bien jurídico pero a nivel de la fijación de la pena o el otorgamiento de beneficios extracarcenarios, por ende la voluntad del legislador fue siempre sancionar con pena de prisión cualquier hurto sin importar el monto del bien. Siguiendo este razonamiento, para la Sala Tercera el juez está desautorizado para valorar la insignificancia de la lesión en cualquier estrato de la teoría del delito; y se desprende también de ese razonamiento una prohibición tácita para el juez penal: éste no puede absolver a una persona por insignificancia de la lesión al bien jurídico.

Existe en el sistema jurídico costarricense, un enunciado jurisprudencial que derrota de manera contundente el anterior razonamiento, por tratarse además de

jurisprudencia vinculante *erga omnes* de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Es la sentencia número 2013-3016 del 06 de marzo del 2013 en la cual se estableció: *“La falta del parámetro del valor del objeto, que constituye la amenaza de la que habla el actor de condena por incurrir en algunas de las conductas tipificadas respecto de un bien de escasa cuantía, se subsana en la esfera de **competencias legítimas del juez penal, quien puede válidamente decidir no sancionar a una persona frente a la insignificancia de la lesión del bien jurídico tutelado** (v. en especial el artículo 71 del Código Penal).”* (el resaltado es propio)

Está claro, el juicio de insignificancia es permitido y más que permitido es justo, es necesario, y con base en él, el juzgador puede absolver, así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en este voto de reciente data. Una vez más un razonamiento que rompe con la aplicación y la operatividad del tópicus de la teoría del delito. Pero más allá de teorías, centrándonos en el caso concreto podemos argüir que en el análisis de la antijuridicidad material, el principio de insignificancia de la lesión al bien jurídico (artículo 28 de la Constitución Política) derrota al principio que garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada (artículo 45 de la Constitución Política), esto porque el valor de lo sustraído es irrisorio en comparación con el poderío económico de la empresa transnacional (no se está diciendo que en todos los casos debe ser declarada la insignificancia de la lesión). Se están dando razones para afirmar que en este caso no se justifica privar de libertad a una persona, máxime cuando la misma es de limpios antecedentes penales y nunca se demostró que haga del hurto su *modus vivendi*. Entonces, se debe establecer un límite a la actividad punitiva estatal en cuanto a los hurtos de poca monta, por esta razón junto con el principio vencedor, se ponderan también otros principios que en conjunto otorgan justificación a la decisión, tales como el principio de mínima intervención del Derecho penal, fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal, sobre los cuales volveremos adelante.

Obviando la racionalidad, es de sentido común no imponer cárcel a quien sustrae una manzana. En tiempos de populismo punitivo y autoritarismo, la necesidad de establecer límites a la actividad punitiva del Estado se convierte en tarea obligatoria,

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



y sin duda, la función del juzgador cobra mayor relevancia en aras de ese equilibrio en un sistema de pesos y contrapesos.

Así, el argumento de la Sala, además de quebrar la aplicación de la teoría de delito es contraria a los criterios vinculantes de la Sala Constitucional. El juzgador está completamente autorizado para valorar el exiguo valor de un objeto y relacionarlo con la lesividad al bien jurídico protegido, y decidir racionalmente si impone o no una sanción penal.

La razón (2.1.3) básicamente sostiene la misma línea de las anteriores: como la ley 8720 eliminó la cuantía la lesión al bien jurídico o su puesta en peligro siempre es significativa.

Consideramos que el juicio de insignificancia referido no está determinado por ley. Es un juicio absolutamente casuístico, toma en cuenta las circunstancias alrededor del hecho para transformarse en un ejercicio intelectual ponderativo, competencia del juzgador, tal y como se ha afirmado en la refutación de la razón (2.1.2).

A manera de refutación del argumento sostenido en (2.1.3), cito el siguiente enunciado jurisprudencial que se desprende nuevamente de la sentencia de la Sala Constitucional número 2013-3016: *“Finalmente, el hecho que el legislador haya establecido un cambio en la política criminal al reformar el artículo 208, por Ley No. 8720 de 4 de marzo de 2009, para eliminar y agravar la penalidad del hurto simple, despejadas las dudas de constitucionalidad no es un asunto de resorte de la Sala Constitucional, sino del legislador y del juzgador.”* (el resaltado es propio). Agregamos lo ya mencionado en este mismo fallo: *“...la esfera de competencias legítimas del juez penal, quien puede válidamente decidir no sancionar a una persona frente a la insignificancia de la lesión del bien jurídico tutelado”*

Entonces sostener que la lesión al bien jurídico siempre es significativa dado que la ley 8720 eliminó la cuantía para diferenciar entre la contravención llamada hurto menor y así establecer en adelante que toda conducta de hurto sea considerada delito,

es erróneo. Esto porque observamos que la misma Sala Constitucional establece que ese juicio es competencia del juzgador, es decir no es resorte de ley.

Debe quedar claro que, para el Tribunal Constitucional, esta ley no es inconstitucional por cuanto no se violentan los principios de lesividad ni de proporcionalidad. Para la Sala Constitucional el artículo 208 del Código Penal que castiga el hurto simple, no es inconstitucional en el tanto se lesiona el bien jurídico propiedad con independencia del monto de lo sustraído, es decir hay lesividad. Empero, determinar si esa lesividad es tan significativa como para sancionar con cárcel, es labor que no es de su resorte, sino del juez penal.

Aquí me parece importante entender que la Sala Constitucional, si bien admite que cualquier conducta de hurto lesiona el bien jurídico protegido, también afirma que el grado de significancia de esa lesión, es un juicio que le compete al juzgador quien (se vuelve a citar): “...puede válidamente decidir no sancionar a una persona frente a la insignificancia de la lesión del bien jurídico tutelado.” Lo anterior es muy diferente a sostener que la Sala Constitucional admitió la punibilidad de todo hurto.

Es notorio, entonces que una reforma de ley penal que elimina la cuantía, no significa *per se*, la significancia, en términos de lesión al bien jurídico, de todo hurto.

En la razón (2.2.1) la Sala justifica la imposibilidad para el juzgador de crear pautas diferentes a las reconocidas por el legislador; la Sala considera que el juez no puede innovar y decidir cuándo hay delito pues ello es función del Poder Legislativo a través de la política criminal como expresión del principio de separación de poderes. Consideramos lo anterior una falacia de autoridad.

El argumento de la Sala Tercera desconoce elaboraciones científicas propias de la Criminología Crítica referente al tema de la política criminal en torno a cuáles actores sociales corresponde su elaboración y aplicación. Si bien es cierto, la política criminal es determinada por el legislador, en el tanto es el poder legislativo quien crea los tipos penales, esa función la realiza este Poder de la República a través de lo que se denomina criminalización primaria. Empero, la política criminal en un Estado

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



Democrático de Derecho como el nuestro, no se agota en la criminalización primaria, existe también la criminalización secundaria la cual está a cargo de los operadores jurisdiccionales.

Así, para Baratta (1986) la Criminología Crítica no considera el derecho penal sólo como un sistema estático de normas, sino como un sistema dinámico de funciones, en el cual pueden distinguirse tres mecanismos susceptibles de analizarse separadamente: 1. El mecanismo de la producción de las normas penales (criminalización primaria), 2. El mecanismo de la aplicación de las normas, aspecto que comprende el procedimiento y la acción de los órganos estatales de control y que culmina con el juicio (criminalización secundaria), y 3. Ejecución de penas y medidas de seguridad. (pp.167-168)

De lo anterior podemos nuevamente afirmar que la función de analizar la conducta para la determinación de la existencia de un delito recae en la figura del juez penal.

La Sala Tercera respalda su posición acudiendo al principio de separación de poderes, como razón de autoridad, no obstante, si bien es cierto y en virtud de este principio la creación de delitos le corresponde al legislativo, por ese mismo principio, la aplicación de la ley es función del judicial, y en esa aplicación la teoría del delito será el norte a seguir para determinar si la conducta constituye delito o no. No significa que el órgano jurisdiccional crea pautas diferentes a las establecidas por el legislador, significa que el juzgador aplica la ley con las herramientas dogmáticas otorgadas para un mejor resolver, ello, no es una violación al principio de separación de poderes tal y como lo entiende la Sala Tercera, por el contrario, es la confirmación del mismo en un Estado de Derecho. Por ende, al ser errónea la interpretación de la Sala en cuanto al alcance del principio de separación de poderes incurre en un argumento falaz de autoridad.

En la razón (2.2.2) aquí la Sala abiertamente desautoriza al Juez Penal a valorar el monto de lo sustraído en el hurto para dimensionar el daño causado indicando: *“no puede sopesarlo como parámetro para definir la antinormatividad de la conducta.”* Esta desautorización pierde sentido o fuerza argumentativa desde que (una vez más se transcribe) la Sala Constitucional en el voto 2013-3016 estableció: *“La falta del*

*parámetro del valor del objeto, que constituye la amenaza de la que habla el actor de condena por incurrir en algunas de las conductas tipificadas respecto de un bien de escasa cuantía, se subsana en la esfera de **competencias legítimas del juez penal, quien puede válidamente decidir no sancionar a una persona frente a la insignificancia de la lesión del bien jurídico tutelado.***” (el resaltado es propio)

Finalmente, afirma la Sala Tercera que el tipo penal hurto simple, no sólo protege el bien jurídico propiedad sino que protege otros bienes. Para este Tribunal el delito se perfecciona con independencia de la cuantía porque el tipo penal de hurto además del patrimonio, protege también la tenencia, la buena fe en las relaciones comerciales y la confianza pública depositada en el poseedor a terceros en casos de bienes exhibidos para fines comerciales.

En general, el argumento parece sólido, pero a nuestro parecer es insostenible y se dirá por qué. Se analizarán las razones en conjunto.

El fundamento lo encuentra la Sala en la ya mencionada sentencia de la Sala Constitucional número 2013-3016, en la cual, son dos los puntos que consideramos interpretados de manera equivocada por la Sala Tercera: la protección en el artículo 208 del Código Penal de bienes jurídicos diferentes de la propiedad y como consecuencia de lo anterior, el perfeccionamiento del delito con independencia del valor económico del objeto sustraído.

Ya se ha adelantado algo, no obstante es importante ampliar e informar que este voto corresponde a una consulta judicial facultativa en la cual se resolvió exclusivamente si el artículo 208 del Código Penal es inconstitucional por violentar los principios de lesividad y proporcionalidad cuando se le impone prisión a una persona por un hurto de exiguo valor y sin valorar el perjuicio causado al ofendido, evacuando el Tribunal Constitucional la consulta en el sentido de que el artículo 208 del Código Penal no resulta contrario a estos principios por lo que no es inconstitucional. Transcribiré literalmente el extracto de esta sentencia constitucional y que es el fundamento de la Sala Tercera para mantener su posición:

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



“Es así que, en recintos privados o sitios públicos el apoderamiento ilegítimo implica la infracción de una serie de principios adicionales, como lo son los principios de buena fe en las relaciones comerciales, así como confianza pública, o los de dignidad y decencia humana, que deberían ser la regla en lugares no confinados o negocios comerciales abiertos o de fácil acceso al público, ese apoderamiento infracciona los derechos tutelados por los artículos 28, 29, 45 y 46 de la Constitución Política. Como se ve, de lo anterior, se sanciona la conducta por un resultado contra un bien jurídico resguardado desde la cúspide del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no es que no existe un bien jurídico relevante o que la conducta sancionada no tenga relevancia social, la tiene y repercute en muchas otras áreas de la convivencia social. Se sanciona un comportamiento concreto con un resultado igualmente concreto que debe demostrarse en juicio, con independencia de su valor económico y perjuicio patrimonial.”

Posteriormente así resolvió la Sala Constitucional:

“Finalmente, el hecho que el legislador haya establecido un cambio en la política criminal al reformar el artículo 208, por Ley No. 8720 de 4 de marzo de 2009, para eliminar y agravar la penalidad del hurto simple, despejadas las dudas de constitucionalidad no es un asunto de resorte de la Sala Constitucional, sino del legislador y del juzgador. Obsérvese que el tipo penal no se encuentra desprovisto de la protección de un bien jurídico relevante, por el contrario, lo tiene por lo dicho supra. En este sentido, por sentencia No. 2008-5179 esta Sala indicó que: Es claro que habrá materias que, clásicamente, son reserva de ley como el establecimiento de las penas y su gradación (artículos 39 y 121 de la Constitución), respecto de las que el legislador, al definir la política criminal o de persecución penal, tiene entera y plena libertad de conformación todo dentro de los límites impuestos por el parámetro de

constitucionalidad. En este sentido, aun cuando se considera que el recrudecimiento de la sanción contra actuaciones sea más lesivo al infractor que al perjuicio patrimonial que se pueda causar, no es un asunto que se observe infrinja principios elementales de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que no existirían razones para estimar inconstitucional el artículo 208 del Código Penal consultado, y así debe declararse.”

Desde nuestro punto de vista, si bien la Sala Constitucional afirma que en los casos de hurtos propios del problema que analizamos, el apoderamiento implica la infracción de una serie de principios adicionales como los ya dichos, con esto no está afirmando que estos principios subyacen en la norma como bienes jurídicos tutelados, además de la propiedad. El Tribunal Constitucional afirma que estos principios, para los casos de establecimientos comerciales con bienes expuestos al público, “acompañan” a la propiedad mas no establece que sean parte del bien jurídico protegido por la norma, de esta manera hace ver la Sala Constitucional que para el caso concreto existen otras aéreas de la convivencia social que merecen respetarse, de hecho, son principios, pero sin catalogarlas como parte del bien jurídico tutelado por la norma. Es decir, no está creando la Sala Constitucional un tipo penal pluriofensivo, desde que es harto conocido que el único bien que fue tutelado por el legislador en el tipo penal de hurto simple es de carácter meramente patrimonial.

Como refuerzo del anterior argumento cito el voto de la misma Sala Constitucional número 6410-1996 de las 15:12 horas del 26 de noviembre de 1996: *“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, en un método de interpretación que trasciende el mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial de delito. La importancia del análisis del bien jurídico...radica en que el valor de la 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.” (el resaltado es nuestro)

No podríamos llevar adelante un análisis de antijuridicidad material tomando en cuenta principios que no subyacen en el ámbito de protección de la norma. La antijuridicidad material demanda la aplicación del principio de insignificancia que no es otra cosa que un juicio de la lesividad de la conducta al bien jurídico previsto por la norma, un juicio de “*sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos.*”

El bien jurídico como ese valor ético social que es protegido se da como un fenómeno *ex ante* a la creación del tipo penal. Primero se previó el bien jurídico como fin, luego se creó la norma para protegerlo por medio de un riguroso proceso legislativo de discusión deliberativa. En nuestro caso, ese fin de protección se dirigió directamente a la propiedad, por lo que no compartimos que se extienda el ámbito de protección a bienes jurídicos no previstos por el legislador.

Así las cosas, muy diferente es decir que la conducta implica la infracción de otros principios con relevancia social (Sala Constitucional) a decir que el bien jurídico protegido por el tipo penal hurto simple, además del patrimonio lo conforman los citados principios (Sala Tercera). A partir de este razonamiento existe una errónea interpretación por parte de la Sala Tercera a lo resuelto por la Sala Constitucional y la consecuencia de ello, es un razonamiento falaz de autoridad, por cuanto se interpreta equivocadamente la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional utilizándola como fuente de autoridad dándole al razonamiento apariencia de correcto cuando no lo es, según nuestro entender.

Como argumento *a fortiori*, nótese en la sentencia, que la Sala Constitucional incluye la dignidad y la decencia humana como principios infringidos en los casos de hurtos en establecimientos comerciales cuya observación afirma, debería ser la regla. Consideramos que, al incluir estos principios se refuerza la idea que efectivamente los mismos no forman parte del bien jurídico tutelado por el tipo penal hurto simple, sino que existen otras áreas de la convivencia social que deben respetarse mas no

catalogarlas como parte del bien jurídico. Lo anterior por una simple razón: ¿no imagino que un Tribunal Constitucional considere la dignidad humana como bien jurídico protegido por el delito de hurto cuando el ofendido es una persona jurídica?⁸

Llama también la atención que la Sala Tercera omita en su fallo referirse a estos principios (dignidad y decencia humana y sólo incluya la buena fe en las relaciones comerciales y la confianza pública), lo cual genera suspicacia en el sentido de que si para la Sala Tercera además de la propiedad, el tipo penal protege estos bienes jurídicos porque así lo consideró la Sala Constitucional, entonces debió pronunciarse sobre todos y no solo los que se ajustan a su tesis; la omisión sugiere que fue programada, ya que incluir la “dignidad humana” de una persona jurídica como bien jurídico protegido por la norma, no parece sensato, no sustentaría la tesis.

En síntesis, el razonamiento de la Sala es el siguiente: en los casos de hurtos cometidos en establecimientos comerciales la lesión al bien jurídico siempre es significativa sin considerar el ínfimo valor del objeto sustraído (la ley no lo permite) tampoco es posible considerar si el ofendido tiene poderío económico porque además de la propiedad, recurriendo a la Sala Constitucional, se lesionan otros bienes jurídicos protegidos por la norma. Ante ello, nos cuestionamos: ¿Cuál fue el bien jurídico que previó el legislador proteger en el tipo penal de hurto simple? Afirmamos que fue la propiedad, ningún otro. ¿Cuál es el bien jurídico que debe analizarse en el juicio del principio de insignificancia de la lesión al bien jurídico en el examen de antijuridicidad material? ¿el que subyace en la norma? ¿cualquier otro? La respuesta resulta obvia: Si no hay daño no hay que justificar la pena, el daño que pretendió evitar el legislador, el daño al patrimonio.

⁸ En la sentencia de la Sala Tercera número 2014-819 de las 9:40 horas del 23 de mayo de 2014, el Magistrado José Manuel Arroyo en nota separada al voto de fondo, arguye dos razones en este mismo sentido: “Como se puede ver, sería una grave desviación de perspectiva entender que está un derecho humano fundamental de por medio, cuando existe una sustracción de ínfimo valor de un particular sobre otro. Muy al contrario, lo que pone en peligro la dignidad y decencia de las personas, es que una sociedad y un Estado no puedan impedir, al menos en márgenes aceptables, que sus integrantes tengan que echar mano a estas sustracciones para resolver el día a día.”

Merece atención la posición de la Sala cuando interpreta la última oración del voto constitucional transcrito: *“Se sanciona un comportamiento concreto con un resultado igualmente concreto que debe demostrarse en juicio, con independencia de su valor económico y perjuicio patrimonial.”*

Para la Sala, este enunciado sustenta la tesis de que el delito se perfecciona con independencia tanto del valor económico del bien como del perjuicio ocasionado y que por ello no está permitida su valoración para determinar el delito. Consideramos que la interpretación es errónea una vez más. Primeramente, como ya se ha afirmado, no existe obstáculo alguno para que el juzgador valore estas particularidades en la antijuridicidad material, de hecho, por equidad, debe hacerlo y así lo autoriza la Sala Constitucional en el voto de marras. Pero el razonamiento de mayor peso es el siguiente: consideramos que el Tribunal Constitucional se refiere a que siempre habrá lesividad para el delito de hurto, es decir, con independencia de lo irrisorio del valor del bien, siempre habrá lesividad, por ello concluye que el artículo 208 no es inconstitucional dado que no violenta el principio de lesividad. Ahora bien, el comportamiento concreto que se sanciona debe demostrarse en juicio: el hurto de un par sandalias naturalmente lesiona la propiedad sin importar el precio de las mismas, hay un resultado, es demostrable, empero, una vez demostrado, entra en juego el juicio de significancia: ¿es significativa la lesión al bien jurídico? Se puede afirmar que existió lesividad, pero determinar que esa lesividad sea significativa como para condenar con cárcel a una persona, es el juicio de ponderación siguiente y en él, considerar el monto del bien y el perjuicio ocasionado no está prohibido, y se realiza, se vuelve a reiterar en el análisis de la antijuridicidad material que forma parte del juicio.

Así, la frase “con independencia de su valor económico y perjuicio patrimonial” no sugiere exclusión de ponderación tal y como lo interpreta la Sala. A nuestro parecer es confirmación del posterior análisis para determinar la existencia o no de antijuridicidad material.

Como refuerzo del anterior razonamiento citamos un enunciado de la Sala Constitucional en el voto 525-1993 de las 14:24 del 03 de febrero de 1993 y que también es citado en la sentencia constitucional que analizamos:

“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.**” (el resaltado es propio)

Además, sería contradictorio que la Sala Constitucional primero sostenga en reiterados votos que puede el juzgador en el ejercicio de sus legítimas competencias, realizar el juicio de insignificancia con el fin de decidir si absuelve o no, y decir posteriormente, que se debe condenar porque siempre hay lesividad, aquello se mantiene actualmente, lo último no, por ello, la interpretación de la Sala Tercera en el sentido de que el Tribunal Constitucional costarricense autorizó la punibilidad para

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



cualquier conducta de hurto, hasta el más ínfimo en cuanto al valor y que por ello se debe condenar, es errada.

Con respecto a la sentencia de la Sala Tercera número 2013-1555 del 18 de octubre de 2013, complementaria a la evaluada anteriormente, el principal argumento de la Sala afirma que, en el análisis de antijuridicidad material, la doctrina autorizada no hace referencia a la insignificancia sino a la ausencia de lesión al bien jurídico y se fundamenta en una cita del Dr. Francisco Castillo quien a su vez interpreta a Roxin y a Jescheck.

Podría resultar cansino, pero me parece que nuevamente la Sala Tercera interpreta de manera incorrecta lo que quiso decir el gran penalista costarricense, quien además de pronunciarse sobre la ausencia de lesión al bien jurídico también hace referencia al grado de significancia de esa lesión, afirmando la existencia de casos en los que el bien jurídico no sufre de manera significativa una lesión, análisis que debe realizarse, según su criterio, en la antijuridicidad material. Basta con transcribir el inicio de la cita textual que fue omitida por la Sala Tercera para refutar la posición: *“Creemos con Jescheck y Roxin, que la circunstancia de que una conducta en concreto no viole el bien jurídico tutelado o no lo viole de manera suficiente pertenece a la antijuridicidad material.”* Castillo (2008) pp. 75-76

A mayor abundamiento, no es que la doctrina autorizada refiera que en el análisis de antijuridicidad material sólo se pueda hacer un juicio de ausencia de lesión y no de insignificancia de lesión, ello es incorrecto en el tanto respetados juristas penalistas refieren lo contrario. Así, Zaffaroni (2000):

“Los casos de lesiones insignificantes de bienes jurídicos fueron relevados como atípicos por Welzel...posteriormente, el viejo principio *minima non curat Praetor* sirvió de base para el enunciado moderno del llamado principio de insignificancia o de bagatela, según el cual las afectaciones

insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva.”⁹

Otro argumento de este fallo afirma que es potestad del Ministerio Público prescindir de la persecución penal, de conformidad con el artículo 22 del Código Procesal Penal, cuando el valor de la cosa es insignificante por aplicación del criterio o principio de oportunidad reglado, y que ello es acorde con la ley 8720 que eliminó la cuantía como parámetro.

Si bien es potestad del Ministerio Fiscal lo indicado, ello en nada impide que el juzgador realice la misma valoración cuando el caso llegue al juicio. Aquí entra en juego también el principio de objetividad que gobierna toda actuación del ente fiscal.¹⁰ Los asuntos de bagatela llenan los despachos de los Tribunales deliberativos, si el Ministerio Público no realizó el filtro de objetividad para aplicar un criterio de oportunidad, le corresponde al juez ponderar, como ya se ha expresado, desde la teoría del delito y en el análisis de antijuridicidad material; no como oportunidad, sino como insignificancia de lesión al bien jurídico con la consecuencia del no perfeccionamiento del injusto penal, por ende, la absolutoria respectiva en un análisis casuístico.

Finalmente, el voto número 2014-819 de la Sala Tercera añade una razón más: la víctima tiene derecho a que la administración de justicia le resuelva el conflicto sin denegación y en estricto apego a la ley.

Coincidimos plenamente con tal afirmación, no obstante, no puede interpretarse como una obligación del proceso penal de fallar a favor de la víctima todos los casos, es una obviedad. Para cada caso, la respuesta de la administración de justicia siempre se va

⁹ Está claro que el análisis de lesión al bien jurídico, Zaffaroni lo ubica en la tipicidad en virtud de la tipicidad conglobante.

¹⁰ ARTICULO 6.- Objetividad. Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento. Desde el inicio del procedimiento y a lo largo de su desarrollo, las autoridades administrativas y judiciales deberán consignar en sus actuaciones y valorar en sus decisiones no solo las circunstancias perjudiciales para el imputado, sino también las favorables a él. Serán funciones de los jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.

a dar, y el hecho que sea a favor del imputado, no violenta los derechos de la víctima, el conflicto se ha resuelto y ello no violenta el principio de legalidad, en el tanto se han ponderado una serie de principios que lo hicieron ceder, tornando la resolución justificada de manera racional.

3. Algunos razonamientos propositivos

No cabe duda que el problema presentado puede ser considerado como una antinomia en el tanto, existen soluciones jurídicas diferentes que son incompatibles entre sí. La función unificadora de la Sala Tercera zanjó el problema, empero, una laguna axiológica permanece en el fondo del asunto, toda vez que la norma que establece tipo penal de hurto, no incluye consideración alguna en relación con las circunstancias en las que se cometió el delito, no toma en cuenta la existencia de otros principios propios del derecho penal y que pueden influir en la decisión final, desde este punto de vista, la posición de la Sala, a mi criterio es meramente positivista, se repliega a la literalidad de la norma.

Es una labor intelectual complicada, en los casos difíciles, establecer una resolución que cumpla el ideal de justicia, es así precisamente por la confluencia de principios del derecho que se enfrentan entre sí, y la respuesta del órgano jurisdiccional siempre deberá justificarse empleando la racionalidad en la deliberación. La ponderación ofrece una solución a este conflicto.

El razonamiento ponderativo proporciona una argumentación que se divide en dos pasos. Atienza (2016, p.184) informa que, en el primer nivel, lo que denomina ponderación en sentido estricto, se pasa del nivel de los principios al nivel de las reglas y se crea una nueva regla que no existía con anterioridad. Con la regla creada, pasamos a el segundo nivel, en el cual se subsume el caso a resolver en la regla creada.

En nuestro caso, en ese primer nivel, tenemos por un lado el principio de legalidad que obliga al Ministerio Público a perseguir penalmente la conducta delictiva (hurto de un par sandalias) junto con el principio de inviolabilidad de la propiedad privada,

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



ambos de raigambre constitucional, aplicando estos principios, la sentencia es una condenatoria. Por otro lado, tenemos el principio de lesividad, junto con el principio de insignificancia de la lesión al bien jurídico que es expresión del principio de oportunidad, así como los principios que acompañan a estos como el principio de mínima intervención del derecho penal, fragmentariedad del derecho penal y subsidiariedad del derecho penal, que vienen a ser enfoques diferentes del principio de lesividad, todos se desprenden también de la Carta Magna; aplicando estos principios al caso concreto, la sentencia sería un absolutoria. Todo lo anterior, constituye la primera premisa de este primer nivel.

La segunda premisa de este primer nivel presenta mayores dificultades, porque lo que se pretende es que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios derrota al otro, tiene un mayor peso. Es dar razones para justificar la prevalencia de tal o tales principios, las cuales las encontraremos en factores de muy diversa índole como puede ser sociales, culturales, económicos, etc. Estamos sin duda, frente a la concepción material de la teoría de la argumentación jurídica que expone el Profesor Atienza, por lo que podríamos comparar, a este segundo nivel, con la justificación externa de la premisa.

Una vez que se han dado las razones y se tiene un principio o principios vencedores, tenemos entonces la regla la cual resolverá el caso por medio del simple ejercicio de la subsunción, siendo este el segundo nivel del razonamiento ponderativo.

En la sentencia analizada notamos que la Sala, lejos de ponderar, se decantó por dar razones para minimizar incluso “desaparecer” de la escena jurídica, principios que han inspirado nuestro ordenamiento jurídico. El resultado fue una sentencia colmada de falacias. No estamos afirmando que debe siempre absolverse al imputado en casos como el planteado, cada caso presenta sus particularidades. Lo que sí proponemos es utilizar el razonamiento ponderativo en aras de obtener justificación en la motivación.

En el caso concreto, por ejemplo, nunca se demostró que la persona encartada hiciera del hurto su forma de vida, era una persona primaria en la comisión de delitos, el bien sustraído era un ínfimo valor, el ofendido era una corporación comercial de gran poder económico. Entonces, sí hay una afectación al bien jurídico propiedad, mas no de manera suficiente como para privar de libertad a una persona.

El principio de legalidad junto con el principio de la inviolabilidad de la propiedad privada, ceden ante razones como las que obligan a todo juzgador penal valorar todas aquellas circunstancias que inciden en el análisis de la lesión al bien jurídico, lo cual se realiza a través del conocimiento y aplicación de la teoría del delito, desde mi concepción, en el estrato de la antijuridicidad material. Es este un deber ineludible del juzgador, y al menos que desaparezca la aplicación de este instrumento metodológico, cosa inconcebible, ninguna ley, puede interpretarse como prohibitiva de este deber; y ninguna resolución judicial puede establecer tal prohibición, si lo hace, es incoherente y no se justifica.

Ceden también los mencionados principios ante la necesidad de ejercer el control del poder punitivo estatal, con aras de evitar la arbitrariedad y el uso abusivo del poder. El Derecho penal es privativo de derechos fundamentales, se ha concebido el mismo como la última opción con la que cuentan los órganos de control estatal para solucionar un conflicto (principio de *ultima ratio*), bajo esta inteligencia, los conflictos que debe resolver han de ser graves, los que no cumplan esa característica, deberán ser resueltos por las otras ramas del derecho que no involucren en sus sanciones cercenar derechos fundamentales tan básicos como la libertad. Nos referimos al contenido del principio de subsidiariedad o fragmentariedad del derecho penal.

4. Conclusiones

Afirmamos que la labor intelectual del órgano jurisdiccional, en este caso la Sala Tercera, establece razones para descartar la valoración del monto del bien sustraído y el poderío económico de una corporación transnacional en el análisis de la antijuridicidad material, empero dichas razones son débiles, existen otras de mayor

peso para sostener lo contrario, por ello fundamentación de la Sala Tercera no cumple con los criterios de coherencia valorativa.

La Sala, para la solución del problema, opta por excluir discrecionalmente una de las dos soluciones contradictorias en la antinomia, en este caso, el juicio de insignificancia, como ejercicio para lograr consistencia normativa, no obstante, la incoherencia valorativa permanece en la sentencia.

Una resolución judicial que haga de los principios del derecho razones para decidir, será siempre resolución coherente valorativamente con el resto del sistema jurídico. Lo anterior no significa que se falle siempre a favor de la parte que propugna la aplicación de tales principios. En la deliberación racional, perfectamente esos principios pueden ser derrotados si en el caso concreto se encuentran las razones justificativas para que prevalezcan otros.

La solución que da la Sala Tercera al problema, involucra la existencia de una serie de principios que a su parecer forman parte del bien jurídico tutelado por el delito de hurto, posición que se respeta, pero no se comparte. Pareciera que al tomar en consideración estos principios, la Sala realiza un ejercicio de ponderación, mas no es así, en el tanto los argumentos que ha dado para derrotar los otros principios con los cuales colisiona (lesividad, insignificancia, objetividad, subsidiariedad del derecho penal), son falaces.

Aceptamos que efectivamente áreas importantes para la convivencia social y que tienen relación con la buena fe en las relaciones comerciales, la confianza pública con respecto a los bienes que se exhiben al público en establecimientos comerciales (se insiste, no como bienes jurídicos tutelados por el tipo penal) pueden verse afectadas. Esas circunstancias tienen un espacio de valoración en casos como el tratado, pero debe justificarse. Lo que no aceptamos es que se arguyan como razones para impedirle a un Juez de la República, en su independencia judicial, la libre valoración de las circunstancias obligándolo a que sean consideradas como bienes jurídicos tutelados por el tipo penal del hurto simple cuando no lo son, y de esta manera eliminar

toda posibilidad del juicio de insignificancia dentro de la antijuridicidad material. La inteligencia sería: en el tanto la propiedad no sufre afectación significativa, busquemos otros bienes jurídicos para evitar el juicio de insignificancia.

Referencias Bibliográficas

Aguiló, J. (2008). *Sobre Derecho y argumentación*. Palma, Mallorca: Leonard Muntaner Editor.

Aguiló, J. (2007). "Positivism y Pospositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras" En: *Revista Doxa*, N° 30. Alicante. pp. 666-667

Atienza, M. (2016). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.

Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

Bacigalupo Zapater, E. (2007). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi.

Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Castillo, F. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Perelman, C. (1979). *Lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Crucitas.

Viehweg, T. (2007). *Tópica y jurisprudencia*. 2da Edición. Pamplona: Editorial Thompson-Civitas.

Zaffaroni, E.R. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Anexo

