

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo

(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

LA TIPICIDAD

INTRODUCCIÓN: En el presente informe se trata el tema de la tipicidad desde la normativa, la doctrina y la jurisprudencia, siendo que se trata de explicar el concepto, la diferencia entre tipo y tipicidad, la función de la tipicidad, la fuente de la tipicidad, la teoría de la "ratio essendi", entre otros.

ÍNDICE DE CONTENIDO

NORMATIVA:.....	3
CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA.....	3
ARTÍCULO 1º.-	3
DOCTRINA.....	3
CONCEPTO DE TIPO Y DE TIPICIDAD.....	3
I. EL CONCEPTO Y SUS PRECISIONES.....	3
II. TIPO, TIPICIDAD Y JUICIO DE TIPICIDAD.....	8
LA TIPICIDAD.....	15
LA CONSTRUCCIÓN LEGAL DEL HECHO PUNIBLE.....	15
LA DESCRIPCIÓN "DE MANERA INEQUÍVOCA".....	17
FUENTE DOCTRINARIA DE LA TIPICIDAD.....	19
LA NORMA Y LA LEY EN EL ORIGEN DE LA TIPICIDAD.....	20
LA TIPICIDAD COMO SIMPLE DESCRIPCIÓN Y COMO VALORACIÓN.....	21

CONCEPTO DE TIPO Y DE TIPICIDAD.....	23
DEFINICIÓN DE TIPO PENAL.....	23
TIPO Y TIPICIDAD.....	26
LA TIPICIDAD SU SIGNIFICACIÓN EN LA PANORÁMICA DEL DELITO.....	27
TIPICIDAD, CONCEPTO Y FUNCIÓN.....	30
INSTRUMENTOS LINGÜÍSTICOS DEL TIPO.....	32
IV. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR SUS ELEMENTOS TÍPICOS. .	34
1. SEGÚN LOS SUJETOS.....	34
1.1. SEGÚN LA DELIMITACIÓN TÍPICA DEL SUJETO ACTIVO.....	34
1.2. SEGÚN EL NÚMERO DE SUJETOS QUE INTERVIENEN.....	35
2. SEGÚN LA ACCIÓN.....	35
2.1. DELITOS DE ACCIÓN U OMISIÓN.....	35
2.2. DELITOS DE MERA ACTIVIDAD O RESULTADO.....	35
3. POR LA CONSTRUCCIÓN TÉCNICA DEL TIPO.....	36
4. SEGÚN SU FORMA DE CONSUMACIÓN.....	36
TEORÍA DE LA "RATIO ESSENDI".....	37
JURISPRUDENCIA.....	38
Resistencia: Atipicidad devenida de reforma legal.....	38
Principio de legalidad en materia penal.....	40
Sobreseimiento: Dictado en causa por delito que omite precisar tipo de pena.....	44
Principio de tipicidad: Portación ilegal de armas.....	44
Principio de tipicidad: Alcances y fundamento de su existencia en relación con la obligación de aplicar la ley de manera restrictiva.....	48
FUENTES CITADAS:.....	54

NORMATIVA

CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA

[Asamblea Legislativa]

ARTÍCULO 1º.-

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.

DOCTRINA

CONCEPTO DE TIPO Y DE TIPICIDAD

[ZAFFARONI, E.R.]¹

I. EL CONCEPTO Y SUS PRECISIONES

1. Son tipos las fórmulas que usa la ley para señalar los pragmas conflictivos cuyas acciones amenaza con pena. Para el poder punitivo es la formalización de la criminalización primaria que habilita su ejercicio en leyes con función punitiva manifiesta. ue antemano se sabe que esa habilitación formalizada por las agencias políticas competentes dará lugar en muy pocos casos a un efectivo

ejercicio del poder punitivo como criminalización secundaria agotada en una pena, pero que de cualquier modo será un nuevo motivo para la vigilancia (poder positivo configurador) y para criminalizaciones secundarias no agotadas (detenciones, prisiones preventivas, allanamientos, interrogatorios, etc.). Estas últimas también se sabe que operarán selectivamente en razón de la vulnerabilidad del criminalizado. Aunque resulte curioso, el tipo es una fórmula textual de selección de acciones, pero el poder punitivo la usa para seleccionar a personas en razón de sus características, al menos en la mayoría de los casos y en razón de la estructura del sistema penal.

2. El fenómeno de selección textual de acciones para una selección real punitiva de personas vulnerables es de posible reducción pero de imposible supresión. Por ende, cuanto mayor sea el número de tipos penales de una legislación -y especialmente cuanto mayor sea el de selección de conductas de mediano y leve contenido antijurídico- mayor será el ámbito poblacional sobre el que pesa el riesgo de criminalización secundaria, o sea, de arbitrio selectivo personal; y mayor será también el arbitrio del que dispongan las agencias para el ejercicio de su poder de vigilancia sobre la totalidad de la población. Por consiguiente, el principio regulativo del estado de derecho se realiza en proporción inversa al ámbito de las tipicidades.

3. De allí se deduce que el derecho penal -como instrumento de realización del estado de derecho- debe proveer un sistema interpretativo limitador del ámbito de acciones típicas: cuanto más idónea sea una doctrina penal para reducir interpretativamente los tipos penales, menor será el poder punitivo de selección personal que se habilite en una sociedad. Se trata de una tarea de reducción de la selección de acciones, necesaria para la reducción de la selección criminalizante por características personales (vulnerabilidad). Pero esta tarea, que es la función

interpretativa reductora del derecho penal respecto de los tipos penales, debe ser llevada a cabo de modo racional, o sea que no cualquier reducción es idónea para cumplir esta función. Una reducción arbitraria no haría más qu^o generar el riesgo de una selección personal más arbitraria. De allí la necesidad de un análisis sistemático de los tipos penales y de una cuidadosa elaboración dogmática de la tipicidad: dos arbitrariedades selectivas, lejos de reducir la arbitrariedad, la potenciarían: sólo la neutralización racional de la arbitrariedad selectiva más grosera puede reducirla.

4. El plano de la tipicidad debe verse como un terreno de conflicto en el cual colisionan el poder punitivo y el derecho penal. El primero pugna por la mayor habilitación de su ejercicio arbitrario; el segundo, por su mayor limitación racional. Por consiguiente, el concepto de tipo es dual: para el poder punitivo es instrumento habilitante de su ejercicio; para el derecho penal, le es de su limitación. La habilitación limitada del poder punitivo es una ilusión creada por los esporádicos armisticios, pero la tensión indica la constante presencia del conflicto. El poder punitivo nunca cesa de presionar a través de los tipos: "jela a la minimización del bien jurídico, a los peligros remotos, a las interpretaciones extensivas, a las analogías y a las vaguedades, etc., en tanto que el derecho penal' Aductor lucha en todos esos frentes. Cada tipo constituye una perforación en la racionalidad del poder, que el estado de policía trata de agrandar y multiplicar y el derecho penal -del lado del estado de derecho- de reducir y limitar.

5. Esta pugna no siempre es lineal. El poder punitivo, pese a su esencia selectiva, se distribuye desigualmente, generando vulnerabilidad en razón inversa a la proximidad a las posiciones hegemónicas o de poder. No obstante, no siempre consigue evitar que su propio ejercicio lo salpique. Inversamente, los sectores

vulnerables, cuando se organizan, reclaman contra la invulnerabilidad de los que se hallan en posiciones hegemónicas. De allí que desde el poder se procuren interpretaciones limitativas respecto de los posicionados hegemónicamente y extensivas respecto de los ubicados subalternamente; en tanto que desde el campo de la vulnerabilidad organizada (feminismo, minorías étnicas, religiosas, sexuales, etc.) se procede de modo exactamente inverso. En esta pugna cruzada siempre sale ganando el poder punitivo, pues pese a que ocasionalmente entregue a alguno de sus agentes, por lo general lo hace cuando por efecto de una previa pugna interna del poder hegemónico le ha retirado la cobertura, y el hecho -más allá de la intrínseca justicia- no pasa de un número muy reducido de casos, que sólo tienen un valor simbólico con efecto renormalizador o sedativo, en tanto que los subalternizados, al renunciar al reclamo limitativo para lograr un ilusorio ejercicio de poder punitivo sobre los que lo ejercen, pierden su principal instrumento discursivo. Se trata, respecto de los subalternizados, del embuste de la ilusión punitiva más grave en el marco de la general perversión del discurso punitivo, pues neutraliza sus propios discursos reivindicativos, al sustraerle la consigna de limitación del poder subordinante. Por cierto que de este general fenómeno de pugna cruzada por el embuste punitivo no se debe deducir la esterilidad de todo esfuerzo dogmático por evitar la construcción de conceptos jurídico-penales que agudicen la selectividad estructural del ejercicio del poder punitivo.

6. En forma más precisa, se puede afirmar que el tipo penal es la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica, (a) Es una fórmula legal porque pertenece a la ley; en tanto que la tipicidad es una característica de la acción y el juicio de tipicidad es la valoración jurídica que, con base en el tipo, permite establecer

la tipicidad de la acción, (b) Es necesario al poder punitivo formal para habilitarse, porque éste siempre requiere habilitaciones, dado que un estado de policía absoluto e ilimitado no existe (sería el caos), y también porque el informal siempre demanda pretextos, de modo que, pese a la constante pugna por perforar las habilitaciones y ampliar sus límites, no puede eludirlas. Incluso en los totalitarismos y autoritarismos que en diferente medida admiten la analogía integradora, su fuente se halla siempre en una fórmula legal. La necesidad del tipo penal es de naturaleza lógica, y lo que puede variar es que su construcción se rija por la estricta legalidad en un estado de derecho o por una legalidad débil (que permita su determinación judicial) en un estado de policía. En cualquier caso, no se puede averiguar el carácter delictivo de una acción sin fijar antes su prohibición, (c) Su formulación legal es necesaria al derecho penal, porque sin ella éste no puede llevar a cabo una interpretación reductora del ámbito de lo prohibido, que debe partir de una limitación semántica. El tipo se expresa en lenguaje y éste jamás tiene precisión limitativa. Es un error pretender que el tipo fija lo prohibido, cuando en realidad el tipo proporciona un ámbito máximo de lo prohibido, que no puede exceder de su resistencia semántica pero que aun así es enorme. Si se entendiese como prohibido todo lo que cabe en el sentido literal de los tipos penales, el poder punitivo resultante sería inmenso, arbitrario e insoportable, por perfecta que sea la formulación típica de cualquier código. El tipo penal no es una fórmula que define lo prohibido, sino sólo una fórmula necesaria para que el derecho penal pueda interpretarla en forma reductora de los ámbitos de hipótesis de prohibición.

7. La reducción abstracta de hipótesis no agota la tarea del derecho penal sino que es sólo el presupuesto necesario para el juicio de valor acerca de la prohibición de las acciones concretas que se someten a la decisión jurídica. Este juicio es el que agota

la función limitadora del derecho penal, pues es la verdadera actividad reductora.

II. TIPO, TIPICIDAD Y JUICIO DE TIPICIDAD

1. El concepto de tipo penal, tensionado desde el poder punitivo y desde el derecho penal, no coincide con la idea que de éste suele proporcionar la doctrina tradicional que, al ignorar esta dialéctica, le otorga una función legitimante que corre el riesgo de naturalizarse. Por ello son necesarias algunas precisiones que permitan diferenciar el concepto mismo de tipo de las características necesarias para afirmar la tipicidad de una acción, tanto como del juicio mediante el cual se establece esa tipicidad respecto de una acción concreta.

2. Ante todo es necesario advertir que si bien es tradicional traducir por tipo la palabra alemana Tatbesiand, se trata de una traducción sólo aproximativa. No es un error de interpretación, pues etimológicamente tipo reconoce, tanto en sánscrito como en griego, el sentido de golpe o huella de un golpe, pero lo cierto es que en castellano predomina el de modelo o ejemplar, lo que introduce un matiz que altera en buena medida la idea alemana original. Como se trata de un tecnicismo suficientemente arraigado en el lenguaje jurídico, no conviene intentar su reemplazo sino sólo precisar su contenido.

3. Tatbestand en sentido literal significa aproximadamente supuesto de hecho y, por ello, admite dos claras significaciones: (a) el supuesto de hecho fáctico (el acontecimiento particular y concreto que se da en la vida y en el mundo) y (b) el supuesto de hecho legal (el modelo general y abstracto que la ley crea para su señalización). En la primera parte de los preceptos penales se

describe una acción, aunque no en toda su extensión sino en sus aristas conceptuales. Esta imagen conceptual se denomina supuesto de hecho (Tatbestand) abstracto, o mejor, legal (praeceptum legis). Como presencia conjunta de las características conceptuales que deben pertenecer al hecho para que sea punible, se distingue el supuesto de hecho (Tatbestand) legal del fáctico (lo abstracto de lo concreto). Cualquier acontecimiento que tiene lugar en tiempo y espacio es, en tanto sea obra humana, un supuesto de hecho (Tatbestand) fáctico; por ejemplo, una conversación, un viaje, un atentado con bomba. Pero un sismo no es un hecho en este sentido y, por ende, tampoco es un (Tatbestand) supuesto de hecho¹⁰. Al generalizarse el uso castellano de tipo y, con ello, el predominio de su sentido ejemplar o de modelo, se limitó sólo al supuesto de hecho legal o abstracto (praeceptum legis), pues sería sumamente forzado en castellano denominar tipo al hecho particular y concreto. La traducción castellana opacó uno de los dos posibles sentidos que tiene la expresión alemana, reduciéndolo sólo al de fórmula abstracta, pero a ello contribuyó en gran medida la identificación con la facti species en la terminología de Teófilo, que en el latín medieval literalmente significa figura del hecho, lo que determina que hasta hoy la traducción italiana de Tatbestand también sea fattispecies, expresión que -al igual que tipo en castellano- evoca preferentemente lo general y abstracto.

4. No es conveniente innovar en terminologías técnicas consagradas, por lo que al señalar que en castellano la expresión Tatbestand ha perdido uno de sus sentidos, es preferible sustituir lo perdido con la voz pragma, que es indicadora de la acción humana y de su obra en el mundo: un pragma es también una conversación, un atentado dinamitero o un viaje como realidades del mundo, y no lo es un sismo, porque no hay acción ni obra humana, con lo que cumple exactamente la función que M. E. Mayer asignaba en alemán al Tatbestand (supuesto de hecho) fáctico.

5. El concepto de tipo como modelo abstracto, que debe compararse con la acción concreta realizada en el mundo, no sólo es un concepto estático de tipo sino que además tiende a desplazarse hacia una supuesta naturaleza descriptiva. Esta visión se vincula con la ideología de un liberalismo ingenuo, que pretende que el legislador produce un instrumento acabado y perfecto para que el juzgador se limite a comparar el hecho con la descripción. Poco falta en esta perspectiva para llegar a la inocencia del pensamiento revolucionario del siglo XVIII, que exigía que los tipos fuesen tan claros y precisos que cualquier persona pudiera llevar a cabo esa función comparativa, completando la ilusión de códigos diáfanos y unívocos y de jueces populares y legos, que es el marco originario de la naturaleza puramente descriptiva de los tipos, exclusivamente fáctica del juicio de tipicidad y avalorada de la característica de tipicidad de la acción, que hasta hoy perdura para quienes entienden que la función judicial se agota en la subsunción como tarea exclusivamente comparativa, en vano sostenida por el más radical negador de toda posibilidad de control constitucional por parte de los jueces. Esta perspectiva del liberalismo ingenuo pasa por alto que la selección abstracta de hipótesis de páginas conflictivos requiere una interpretación técnica de los tipos, sin la cual el ámbito de lo prohibido se extendería de modo absurdo e inusitado; y también, que esta tarea no puede ser sino jurídica y, por ende, valorativa. La interpretación de los tipos penales está inextricablemente ligada al juicio por el cual se determina si una acción real y concreta es típica, o sea, si constituye materia prohibida, lo que también es un juicio valorativo (jurídico) acerca de una acción y de su obra (un pragma).

6. Aun aceptando que los tipos penales deben ser objeto de una valoración reductora de sus hipótesis de prohibición, puede incurrirse en el error de entender que el juicio de la tipicidad

es fáctico, porque la primaria actitud clasificatoria que caracteriza el análisis jurídico lleva a concebir a la interpretación técnica de los tipos como una etapa previa al juicio de la tipicidad. En el marco de una lógica marginada de la función y de las posibilidades reales del derecho penal, es correcto afirmar que la interpretación es un paso previo al juicio de la tipicidad. En tal sentido se ha propuesto una distinción entre el tipo textual y el tipo de interpretación (Wortlautbestand y Auslegungslatbestand), siendo el primero la formulación legal y el segundo lo que a partir de ella interpreta el jurista. No obstante, esta lógica se aparta de lo real e impide percibir que, sin quererlo, opera un desplazamiento desde la ilusión revolucionaria francesa de perfección del legislador hacia una ilusión de perfección preciosista y agotadora del derecho penal, es decir, del legislador capaz de producir un tipo penal diáfano y unívoco para cualquiera, a la del penalista capaz de interpretar un tipo de forma acabada e inmutable y de proyectarlo iluminando todos los pragmas que el mundo pueda ofrecerle, sin que ningún dato concreto de los mismos sea capaz de generar nuevas dudas e interpretaciones, puesto que ya las habría agotado todas con su imaginación. Pero cuando se renuncia a cualquier pretensión de omnisciencia del legislador penal primero y del derecho penal después, se concluye que este último sólo puede llevar a cabo su cometido de modo circular, admitiendo que las inimaginables variables concretas de los pragmas interrogan con nuevas dudas y situaciones requeridas de reinterpretaciones y perfeccionamientos en la valoración reductora de las hipótesis típicas. De esta manera, la interpretación técnica de los tipos y la valoración de una acción como típica o atípica no son dos etapas sucesivas sino sólo dos facetas de una misma actividad valorativa (ajuicio de tipicidad).

7. El tipo es producto de una decisión política, o sea, de una valoración; su limitación interpretativa es una actividad jurídica

(valorativa) que es una faceta del juicio de tipicidad que se traduce en la valoración de un pragma como prohibido (penalmente). Pues bien: no debe deducirse que porque el tipo nazca de una valoración y sirva para otra valoración, no pueda valerse en su formulación de descripciones. Por el contrario, generalmente se vale de ellas y es más sanamente liberal que lo haga de ese modo y no de otro. Por otra parte, es natural que quien desea prohibir acciones se valga de la descripción de las mismas y, particularmente, del verbo, todo lo cual no significa que el tipo sea descriptivo como antónimo de valorativo y menos aun como sinónimo de objetivo. El tipo es claramente valorativo porque se genera en un acto de valoración y porque se usa para traducir una prohibición, sin contar con que él mismo debe ser valorado al emplearlo en esa función de establecimiento de prohibición.

8. A partir de que no hay modo de expresar pautas de desvalor de acciones que no apelen a la descripción, se pretendió en algún momento deducir que el tipo era puramente objetivo (porque la descripción sería sólo exterior) y avalorado, o sea, que no contenía ni transmitía ningún desvalor; y, por consiguiente, se pretendió caracterizar al juicio de tipicidad como fáctico (comparativo) y a la acción típica como valorativamente neutra. Cuando la fórmula legal contenía algún dato subjetivo o requería alguna valoración para perfeccionar los límites de su contenido, se consideró que se trataba de anomalías y se bautizó a esos tipos como anormales. Si bien la clasificación de los tipos como normales y anormales perdió sentido a partir del concepto complejo de tipo, perdura la clasificación de los elementos del tipo en descriptivos y valorativos, considerando a los últimos como debilitantes de la legalidad.

9. Puede generarse una peligrosa confusión si se pretende que, por ser el tipo valorativo, la clasificación de sus elementos en descriptivos y valorativos pierde sentido, porque serían todos

valorativos, con lo que se abriría un ilimitado campo a la legislación arbitraria, mediante una remisión incontrolada a criterios de valor subjetivos del intérprete. Semejante confusión requiere una nueva conceptualización de los elementos del tipo así clasificados (aclarando que se mantiene la denominación sólo en razón de la tradición).

10. (a) Al realizarse el juicio de tipicidad, aparecen elementos que son individualizables a través del lenguaje común (mujer, por ejemplo), del lenguaje científico (como stupefaciente) o del lenguaje jurídico (como funcionario). Se trata de elementos que son interpretables y que pueden llamarse descriptivos en atención a la tradición. Los que requieren una precisión jurídica no dejan de ser descriptivos en este sentido, dado que su naturaleza no cambia porque para precisarlos deba aludirse al derecho en lugar de hacerlo a la medicina o a la física. La discusión en cada tipo, acerca de los elementos mencionados y su interpretación, generalmente gira en torno a la opción entre un entendimiento técnico y otro corriente de los vocablos empleados, y es siempre una cuestión de extensión de los conceptos interpretables, o sea, de elección entre conceptos que tienen la misma naturaleza.

11. (b) No obstante, algunas veces los tipos contienen elementos que no son interpretables sino que constituyen remisiones directas a otros órdenes valorativos que obligan al juzgador a realizar o a aceptar un juicio sobre un comportamiento. En realidad son éstos los verdaderos elementos valorativos, aunque quizá fuese preferible que, con mayor precisión, fuesen denominados remisiones valorativas del comportamiento. Respecto de estas remisiones o verdaderos elementos valorativos de los tipos, el derecho penal debe agotar sus esfuerzos por reducirlos a elementos interpretables o descriptivos y, cuando no sea posible, debe plantearse seriamente su constitucionalidad.

12. Al llevar a cabo la reducción de las hipótesis y valorar los pragmas, el derecho penal valora acciones como prohibidas. Toda referencia a prohibición apela a normas. Como se ha visto, no se las concibe como preexistentes al tipo penal (ni en la ley ni en la cultura) sino como una deducción que debe realizarse a partir de los tipos penales. Se trata de una deducción necesaria para el intérprete (derecho penal, juez) para establecer el ámbito de lo prohibido como criterio de desvaloración primario (primer escalón desvalorativo o de relevancia penal indicaría o de prelación lógica para la averiguación de la antijuridicidad), es decir, no concebida como un ente creado por el legislador ni por la cultura sino como un instrumento de lógica jurídica.

13. La norma -en este sentido- no presupone un legislador histórico racional ni ninguna otra ficción sino que asume el dato de realidad -inevitable- de un legislador que incurre en contradicciones y que jamás puede plantearse todas las hipótesis, porque aunque opere como una computadora sofisticada, la dinámica del mundo le planteará situaciones e hipótesis nuevas. Justamente la presencia de un legislador que, por sabio que sea, no puede eludir la contradicción, es lo que obliga a apelar a la norma como instrumento de lógica jurídica: la amenaza de poder punitivo asociado a una acción señala un ámbito que el juez debe considerar prohibido; un mínimo de racionalidad (impuesto legislativamente en el art. 19 constitucional) requiere que la prohibición penal se explique por la presencia de un conflicto de cierta importancia y que ese conflicto se defina por la afectación de un ente jurídicamente valorado en forma positiva, o sea, un ente valioso para la coexistencia (bien jurídico). No hay ninguna prueba empírica de que todo legislador histórico haya sido racional y haya partido del bien jurídico para construir la norma y llegar al tipo, pero debe agotarse el esfuerzo científico para que haya un juez racional que, partiendo del tipo, deduzca la norma para llegar al bien y, de este modo, precisar el ámbito prohibido a fin

de excluir de éste lo que implique una irracionalidad intolerable.

14. Se trata de una norma que el juez (o el derecho penal) deduce, pero no de una norma que se dirige al juez, pues no se debe confundir un instrumento lógico con un ente del mundo. Cuando el poder político decide suspender un conflicto en lugar de resolverlo, lo criminaliza primariamente en un upo penal, que es el instrumento que el juez usa para habilitar o interrumpir los procesos de criminalización secundaria; y lo que existe en el mundo es la objetivación o resultado de la decisión política criminalizante (una ley). La pretensión de que el tipo y la norma se dirijan al juez o al subdito o a ambos, no sólo presupone un legislador ficticio (con racionalidad de computadora y capacidad de vidente), sino también un sistema penal mecánico, que descarga poder punitivo cada vez que en la realidad se produce un pragma. Afortunadamente, ambas cosas son imposibles en el mundo. Si se mantuviese la teoría de los imperativos en versión corregida conforme a la realidad operativa del sistema penal, resultaría una formulación disparatada, porque todos los tipos serían de delitos propios con sujetos calificados por su vulnerabilidad, cuando, precisamente, se trata de que el derecho penal obtenga el resultado inverso, que es la disminución de la selección personal arbitraria.

LA TIPICIDAD

LA CONSTRUCCIÓN LEGAL DEL HECHO PUNIBLE

[PEREZ, LC]²

La tipicidad es, en riguroso orden lógico y jurídico, el

precedente forzoso de la teoría del hecho punible. Y lo es hasta el punto de que para algunos no debe estudiarse como elemento de ese hecho, sino como introducción del mismo, como la condición básica determinante de su existencia. No puede ni siquiera iniciarse el movimiento de la justicia hacia el esclarecimiento de la conducta realizada si no se da el tipo legal, o sea, lo que en otros términos se conocía como el modelo o la figura descrita, para fijar los límites de la intervención del Estado y garantizar así la libertad del hombre.

La tipicidad responde a una de las conquistas más importantes del derecho penal que nació en el período de la liberación de las instituciones, cuando los pueblos insurgieron contra el autoritarismo del medioevo, bajo el estímulo de nuevas formas de vida, que, a su vez, fueron moldeadas por las prácticas liberoarbitristas del desarrollo industrial. Desde entonces se inscribió el concepto en las cartas políticas, aunque no tuvieran todavía ese nombre, y se proyecta aún en las que han perdido o van perdiendo su fisonomía democrática, en cuanto se cierra el imperio de la libertad para caer en otras formas de servidumbre.

La Constitución colombiana exige que las infracciones estén descritas en la ley y mantiene los principios derivados de este en los arts. 23 y 26, si bien con los recortes a que se les somete frecuentemente por la necesidad de supervivencia de un sistema de gobierno que habla de libertad pero que es enemigo de su implantamiento, cuanto más de sus perspectivas de expansión y eficacia.

El art. 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, vinculada al ordenamiento interno mediante la ley 16 de 1972, en su art. 2º, se ven precisados a recoger el principio en vista de

los peligros que lo amenazan, y, conjuntamente con las demás garantías populares conquistadas en los últimos siglos, lo coloca bajo la tutela de organismos especiales que aún no han logrado perfecto desarrollo. El Código vigente no solo contempla la vieja previsión de la legalidad de los hechos sometidos a represión, como lo hace en el art. 1º, sino que en el 2º introduce explícitamente la exigencia de la tipicidad, y en el 3º lo reitera al establecer la obligación de describir las infracciones "de manera inequívoca".

LA DESCRIPCIÓN "DE MANERA INEQUÍVOCA"

La exigencia de que el hecho punible debe estar descrito de manera inequívoca en la ley, es decir, de que ese hecho debe ser típico, no fue un capricho de redacción en el proyecto de 1974, de donde pasó a las disposiciones mencionadas del estatuto vigente. Fue una preocupación de los juristas que elaboraron el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, en la primera reunión de Santiago de Chile, celebrada entre el 4 y el 15 de noviembre de 1965. Y fue, igualmente, un punto programático fundamental para los primeros redactores del Código actual.

Considerando una propuesta de JORGE FRÍAS CABALLERO sobre el perfeccionamiento del principio de reserva, SEBASTIÁN SOLER manifestó que este principio debía enunciarse con absoluta precisión en textos superiores al de FEUERBACH y al de la Declaración de los Derechos del Hombre, pues desde que BELING enunció la tipicidad, es innegable la urgencia de tenerlo en cuenta, "adoptando una fórmula más rica, más completa y expresiva, acordada al progreso de la técnica jurídica. Hay que adoptar una fórmula que al gobernante le señale que no basta, para castigar, una ley anterior, sino que esa ley debe reunir ciertos requisitos técnicos más complejos, y, en su conjunto, garantizadores de los

derechos del individuo". El título preliminar debe contener, pues, entre otros, la prevención de la reserva en dos formas hoy independientes: no hay crimen sin tipicidad, no hay pena sin ley que la conmine.

Técnicamente, el desarrollo del principio de reserva, fue ideado así en estas tres fórmulas de SOLER y HELENO CLAUDIO FRAGOSO: 1) "No hay crimen sin ley anterior, que defina, en forma inequívoca, la acción u omisión punible; 2) nadie puede ser sometido a una pena que no corresponda a una conminación legal expresa anterior al hecho; 3) no hay pena sin culpabilidad". De aquí surgió la exigencia según la cual el hecho punible debe estar descrito inequívocamente, que FRAGOSO sustentó así:

"El primero de los artículos destaca el empleo de la expresión inequívoca. Se ha puesto el acento en dicha locución, pues con ella se pretende evitar las leyes abiertas, diversas de la ley penal en blanco, cosa que precisa tener muy en cuenta. En la ley penal en blanco, la conducta está precisamente descrita. Las formas que esa conducta pueda adoptar, los medios de que pueda valerse el delincuente, se han abandonado a instancias legislativas que agotan la casuística. En la ley penal abierta, en cambio, las incriminaciones son tan amplias que debilitan la función de garantía cumplida por el tipo. En ellas ya no se destaca la conducta. Se incrimina, por ejemplo, toda actividad revolucionaria, pero ¿cuáles son esas actividades, cuáles las conductas que pueden considerarse incluidas, cuáles, en fin, las acciones típicas?

"Puede objetarse, claro está, que el principio así concebido debiera formar parte del texto constitucional porque sería un mandato dirigido al legislador. Pero, evidentemente, puesto en el Código Penal Tipo, tiene la ventaja de constituir un principio interpretativo que conducirá a los jueces a no aplicar las leyes

que no- se acomoden a él. Precisamente el empleo de la voz inequívoca, conducirá al siguiente resultado: cada vez que el juez tenga dudas sobre la incriminación de un hecho por un precepto, deberá abstenerse de castigar, por defecto de la inequívocidad del tipo en relación con esa conducta".

Tal el origen y las explicaciones sobre el art. 3 ° que, con el 2°, introducen la tipicidad en el sistema vigente.

FUENTE DOCTRINARIA DE LA TIPICIDAD

La tipicidad se ha estudiado con detenimiento en Alemania para entender el art. 59 del Código Penal de 1870, según el cual "Si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al contenido legal del hecho (gesetzlicher, tatbestand) o elevan la punibilidad, no le deberán ser imputadas estas circunstancias. En caso de castigo de acciones cometidas culposamente, esta disposición rige solo en tanto que la ignorancia misma no sea debida a culpa".

El artículo tiene dos notas, según observan RICARDO C. NÚÑEZ y SOLER: "1. Gesetzlicher, Tatbestand. Habríamos podido traducir, en vez de contenido, definición legal del hecho, o elementos constitutivos del hecho legal, pero entonces, más que traducción, la nuestra hubiera sido una interpretación de la tan discutida fórmula; 2. Fahrlässigkeit literalmente significa negligencia, pero ya que esta expresión indica generalmente uno de los modos con los que puede manifestarse la culpa y no resulta, por lo tanto, suficiente para dar la noción de la culpa a que se refiere la doctrina alemana con dicha expresión, nos ha parecido más apropiado traducir el vocablo con la voz culpa.

"Es sintomático que el Annuaire de législation étrangère haya

traducido el término de que tratamos como négligence ou imprudence, agregando, como se ve, una expresión (imprudencia) que no se encuentra en el texto, pero que sirve para indicar una de las formas de manifestar la culpa".

La palabra Tatbestand se ha entendido comúnmente como sinónima de "delito tipo", de donde se pasa a la tipicidad, o sea, al estudio de las distintas descripciones legales. De manera que, cuando bajo el régimen del Código de 1870, en Alemania, el agente no tenía conocimiento de las circunstancias de hecho referidas a la figura criminosa, no se le podía cargar a su cuenta.

En otros términos: para construir la doctrina del error y del dolo fue indispensable a los juristas alemanes desentrañar el significado y composición del Tatbestand. Se les dio campo y oportunidad para emplear sus dotes analíticas, que no son pocas, y la paciencia de los autores. Pero de esas construcciones conceptuales queda mucho material aprovechable para la técnica del derecho represor.

LA NORMA Y LA LEY EN EL ORIGEN DE LA TIPICIDAD

Recuerda SOLER cómo BELING hace una distinción que indica una necesidad de exámenes muy completos frente al art. 59 del Código alemán. Esa distinción es la del Tatbestand, delito tipo, y Deliktstypus, tipo de delito, esto es, figura delictiva. El Tatbestand o delito tipo viene a ser así una abstracción, un arquetipo, un esquema, que tiene la importancia de reunir en un concepto los elementos esenciales de una figura, es decir, aquellos a los cuales han de dirigirse tanto la faz objetiva como la subjetividad de la acción.

"Pongamos un ejemplo: en el derecho alemán, nuestro homicidio

pre-terintencional se llama lesiones seguidas de muerte, y su delito tipo, su Tatbestand, es común, no con el homicidio (causar la muerte de un hombre), sino con el de lesiones (causar un daño en el cuerpo o en la salud). La figura delictiva o Deliktstypus del homicidio preterintencional es igual al delito tipo (Tatbestand), lesiones, más un resultado (circunstancia) meramente objetivo, que no pertenece al Tatbestand. Por eso, si el error recae sobre ese hecho, no es un error esencial, destructivo del dolo; lo cual no sucedería si, en esa figura, la muerte del herido, además de ser un elemento del Deliktstypus, no fuese también Tatbestand".

Pero, por sobre todo lo expuesto, conviene tener en cuenta que la distinción entre la norma, que fija las garantías, creando lo jurídico y por consiguiente lo antijurídico, y la ley, que describe los modos de obrar violatorios de aquella, señalando las sanciones, hechas por BELING, es según juicio generalmente extendido, el auténtico origen de la tipicidad. De esta distinción recoge BELING la idea de que el precepto legal únicamente contiene descripciones con datos objetivos y subjetivos, los cuales sirven para elevarse hasta el juicio de valor sobre la norma. La tipicidad fue, pues, en sus comienzos, una nomenclatura de las exigencias necesarias para que determinado hecho pudiera ser declarado criminoso.

LA TIPICIDAD COMO SIMPLE DESCRIPCIÓN Y COMO VALORACIÓN

Como todas las teorías jurídicas, la de la tipicidad no fue elaborada de una sola vez. No salió de un golpe de suerte, ni de una adivinación, ni fue un hallazgo. Las doctrinas inspiradoras del juzgamiento por hechos punibles requieren largos procesos formativos, en el curso de los cuales se puntualizan sus debilidades y aciertos, sus formas y proyecciones. BELING, al

enunciar la tipicidad, hubo de dejar vacíos que poco a poco fue colmando, guiado por su preocupación de asegurar una defensa más enérgica de las garantías individuales frente al poder absorbente del Estado, y mejor aún, frente a las desviaciones en el difícil arte de concebir y perfilar las reglas de conducta.

Según el esquema conceptual originario, BELING quiso representar en las palabras delito-tipo la idea de que las infracciones se conformarán según unidades precisas y no como generalidades. La ley ha de describir la conducta como si verdaderamente se hubiera cumplido ya, o como si alguien fuera a llevarla a cabo. Método legislativo que trata de impedir la aplicación de sanciones al sujeto por lo que este es, en lugar de tener en cuenta lo que ha hecho, cosa que equivaldría a negar las conquistas del liberalismo jurídico, resumidas en la práctica de cuanto constituye materia de punición.

Fue así como se reforzó la protección del individuo cuando el legislador asumió el monopolio de construir los tipos delictivos, mediante el catálogo de estos, excluyendo el derecho consuetudinario y la analogía. Pero los tipos no tienen sino una función descriptiva en la primera concepción belingniana, pues constituyen nada más que la suma de los elementos materiales, sin que quepa en ellos ningún significado valorativo respecto de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Más tarde, al aparecer la doctrina del delito-tipo, en 1930, el tipo es más que eso, según BELING: es "una imagen rectora jurídico-penal", un cuadro que preside, más aún, que domina cada especie delictiva. Por eso anotan los autores, con rara uniformidad, que en esta etapa el tipo se espiritualiza, pues asciende del estrato rigurosamente externo donde carecía de contenido, a un rango superior capaz de acoger en su seno ciertas figuras que habían quedado por fuera. Siendo el tipo un cuadro

dominante, una imagen rectora de cada especie delictiva, se vinculaban a ese concepto la tentativa y la participación en los hechos punibles, que antes no encajaban exactamente en su descripción. A partir de este momento, los partícipes y los autores de un conato entran en la imagen rectora, como lo reconoce jubilosamente MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, al decir que fue esta la más grandiosa posición de BELING.

Fue, evidentemente, un esfuerzo para que la tentativa y la participación pudieran adecuarse, como se había adecuado ya, en el primer momento, la conducta del autor. Pero este segundo momento no es un cambio de rumbo, sino un perfeccionamiento al explorar el ya tomado, pues BELING alcanzó a rechazar las observaciones de SAUER y MEZGER, en cuanto estos hablaron de los delitos-tipos como "tipos de ilicitud". Para BELING es inadmisibile este supuesto: no representa un tipo de ilicitud causar la muerte de un hombre, sino causarla antijurídicamente; ni tampoco cazar, sino cazar ilegítimamente. El cazador, por el hecho de serlo, no es todavía un cazador furtivo.

CONCEPTO DE TIPO Y DE TIPICIDAD

[ZAFFARONI, E.R.]³

DEFINICIÓN DE TIPO PENAL

El tipo penales un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).

a) El tipo pertenece a la ley. Es en la ley donde hallamos los tipos penales "en la parte especial" del CP y en las leyes especiales, Dicho más concretamente aún, tipos son "el que matare a otro" (art. 79), "el que causare un aborto si obrare sin consentimiento de la mujer" (art. 85 inc. 1o.), "el que causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud" (art. 89), "los que contrayeren matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta" (art. 134), etc. "Tipos" son las fórmulas legales mismas, de una especie de las que mencionamos, es decir, las fórmulas que nos sirven para individualizar las conductas que la ley penal prohíbe.

b) El tipo es lógicamente necesario, porque sin el tipo nos pondríamos a averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta que en la mayoría de los casos resultaría sin relevancia penal alguna.

Así por ejemplo, si tuviésemos que averiguar si es delito la falta de pago de una cuota del precio de compra de un lavarropas y no dispusiéramos del concepto del tipo penal, primero veríamos que se trata de una conducta; luego comprobaríamos que la conducta es antijurídica –porque el incumplimiento de una obligación civil es contrario al derecho–; luego comprobaríamos que es culpable, porque pudo el deudor pagar y le era exigible que lo hiciera y, por último, después de todas esas comprobaciones, resultaría que esa conducta antijurídica y culpable no es delito, porque no está conminada con una pena por la ley penal. De esto depende nuestra afirmación de que el tipo es lógicamente necesario para una racional averiguación de la delictuosidad de una conducta.

c) El tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una

conducta y, entre ellos de especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción.

No obstante, los tipos no son absolutamente descriptivos, porque en ocasiones acuden a conceptos que remiten o sustentan en un juicio valorativo jurídico o ético. Cuando el ar. 85 inc. 1o del CP se refiere a la "mujer", precisar lo que es una mujer no requiere valoración alguna, porque el concepto de mujer es descriptivo. Pues cuando el art. 237 CP pena al que "empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público", el concepto de "funcionario público" no es descriptivo sino que depende de una valoración jurídica, es decir, que es el derecho el que nos dice quiénes son funcionarios públicos, y así, es el art. 77 CP el que nos dice: "Por los términos "funcionario Público" y "empleo Público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente". El art. 162 CP define al hurto como el apoderamiento ilegítimo de una "cosa" mueble; el concepto de cosa tampoco es descriptivo, sino que debemos acudir a la valoración jurídica que está hecha en el Código Civil: "Se llaman cosas en este Código los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación" (art. 2311 CC texto según ley 71.711). El artículo 120 CP pena como estupro al acceso carnal con "mujer honesta mayor de doce años y menor de quince"; el concepto de "honestidad" tampoco es un concepto descriptivo, sino que debe ser establecido conforme a una valoración que viene hecha por la ética social.

En tanto los elementos descriptivos son los que predominan en los tipos, a estos elementos en los mismos se los denomina elementos normativos de los tipos penales.

d) La función de los tipos es la individualización de las conductas humanas que son penalmente prohibidas. De esta función depende la necesidad lógica del tipo, de la que nos hemos ocupado(b).

TIPO Y TIPICIDAD

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal.

"Tipo es la fórmula legal que dice: "el que matare a otro" (está en el CP); "tipicidad" es la característica de adecuada al tipo que tiene la conducta de un sujeto "A" que dispara cinco balazos contra "B", dándole muerte (está en la realidad). La conducta de "A", por presentar la característica de tipicidad, decimos que es una conducta "típica".

a) Típica es la conducta que presenta la característica específica de tipicidad (atípica la que no la presenta); b) Tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo; c) tipo es la fórmula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta.

El juez comprueba la tipicidad comparando la conducta particular y concreta con la individualización típica, para ver si se adecúa o no a la misma. Esta faena mental es el juicio de tipicidad que debe realizar el Juez.

LA TIPICIDAD SU SIGNIFICACIÓN EN LA PANORÁMICA DEL DELITO

[JIMÉNEZ HUERTA, M]⁴

El carácter del delito que se designa en el vocablo tipicidad, forja y nutre su esencia, como la propia voz delata, del sustantivo tipo, del latín tipus, que en su acepción trascendente para el Derecho penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia. Lo caracterizado como tipo se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales. Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella.

La expresión tipicidad hállase henchida en el Derecho punitivo de una significación que ha dado origen a diversas interpretaciones, con las que se ha obscurecido no ya sólo el concepto, sino incluso la doctrina científica a que ha dado lugar. Necesario es, por tanto, precisar el conocimiento y para poder llegar a una plena comprensión de la propia esencia de este específico carácter que reviste el delito.

Para afirmar la delictuosidad de una conducta es insuficiente su ilicitud. La integración del concepto del delito requiere algo más. La conducta antijurídica ha de ser típica, esto es, ser adecuada y subsumible en un tipo penal.

Es indudable –afirma Mezger– que el delito es acción antijurídica; pero si no fuere más que esto, podría cualquier precepto del sistema jurídico ejercer influjo decisivo en esta fundamental

característica del hecho punible. El Derecho penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa: el más importante presupuesto de la pena (la antijuricidad) sería dependiente de manera inmediata de la multitud inabarcable con la vista y en constante cambio de las normas jurídicas en el total ámbito del Derecho. El Derecho penal, que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor, e incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello, resulta imprescindible que el mismo se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que en su ámbito la antijuricidad, por lo menos en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El Derecho penal ha creado esta necesaria claridad mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el tipo.

Difícilmente podríamos hallar un razonamiento más elocuente y sencillo que el mezgeriano que acaba de transcribirse para descubrir y exponer la ratio essendi de la tipicidad. Este pensamiento sitúa su razón de ser en el marco cultural de nuestra época, esto es, en el plexo de ideales políticos y jurídicos que integran nuestra civilización. La tipicidad es una expresión propia del Derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político "nullum crimen sine lege"; bien con el nombre con que ahora técnicamente se la designa, bien como garantía de libertad consagrada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el inicio de los regímenes de derecho, un requisito o carácter del crimen. Las legislaciones de la casi totalidad de los países modernos proclaman expresamente este principio. Así, por lo que respecta a México, el artículo de la Constitución Federal dispone que: "en los juicios del orden criminal quedó prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley

exactamente aplicable al delito de que se trata"; y el artículo 7 del Código Penal estatuye que: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

La tipicidad es, pues, una genuina expresión conceptual del moderno Derecho punitivo, que hace referencia al modo o forma que la fundamentación política y técnica del Derecho penal ha creado para poner de relieve que es imprescindible que la antijuricidad esté determinada de una manera precisa e Inequívoca. Su significación conceptual se simboliza en el tipo, esto es, en el "injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal". Una conducta no puede ser delictiva, no obstante su diáfana ilicitud, en tanto no esté comprendida en un tipo penal. Esta propiedad de adaptación –dice Antón Oneca-- se denomina tipicidad.

Es, empero, conveniente para alcanzar la debida claridad expositiva, hacer una previa diferenciación entre el aspecto que presenta el moderno ordenamiento penal, reducido, según Beling, a un "catálogo de tipos delictivos" o según Carnelutti, "a una especie de museo donde los modelos están expuestos con gran variedad", y la propiedad de "adecuación al catálogo" que por exigencia legal ha de tener la conducta para ser punible. El tipo es la descripción de conducta que, a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible. La adecuación típica supone la conducta del hombre vivificando activamente el tipo en virtud de su subordinación o vinculación con la descripción recogida en la ley. El tipo plasmado en la ley tiene un carácter estático, pues permanece en el mismo estado a la vista de todos aquellos que lo interpretan bien. La adecuación típica es un concepto dinámico y funcional, ya que presupone la existencia de una conducta ajustada o vinculada a un tipo y en él directamente

subsumible o a él legalmente ligada por un nexo de personal o temporal dependencia. Es, por tanto, preciso estudiar, con la debida separación, las cuestiones atinentes al tipo y los problemas que presenta el proceso de la típica adecuación, pues, como Ranieri ha subrayado, la consideración abstracta del tipo legal no agota por entero el campo de la indagación, en cuanto existen otros problemas que surgen del modo en que puede ser realizado el tipo mismo por obra de un agente, y que son no menos interesantes para la aplicación del Derecho penal.

TIPICIDAD, CONCEPTO Y FUNCIÓN

[DE LA CUESTA AGUADO]⁵

La tipicidad es el primer elemento del delito. Deriva del principio nullum crimen sine lege (principio de legalidad), que garantiza que sólo las conductas descritas previamente en la ley penal como delitos serán castigadas con una pena (Función de garantía). En el momento de la creación de la ley penal, el legislador selecciona, en el conjunto de conductas antijurídicas, mediante el criterio de intervención mínima, aquellas conductas que atentan más gravemente contra los bienes jurídicos más importantes y los sanciona con una pena (Función de selección de las conductas penalmente relevantes).

El Derecho penal, como medio de control social, intenta la regulación de conflictos sociales a través de la imposición de pautas de conducta (mediante la norma de conducta). Pero la intervención penal, precisamente por constituir la ultima ratio del sistema, sólo debe producirse allí donde los conflictos sociales sean más graves o cuya solución sea más importante para

la sociedad.

Mediante la tipicidad el legislador intenta dar expresión y objetivización a una pauta de conducta para la resolución de un conflicto social. O dicho en otros términos, a través de la pena, el legislador, trata de garantizar el respeto a una determinada forma de solución del conflicto social considerada acorde al ordenamiento jurídico. Para conseguir que la sociedad –a la que va dirigida la pauta de conducta– reciba claramente el significado y el contenido de ésta y pueda adecuar su comportamiento a lo exigido por el ordenamiento jurídico (Función de motivación), el tipo ha de describir de forma clara, precisa y comprensible la conducta exigida o prohibida. Pero dada la diversidad de formas de comportamiento y la pluralidad de situaciones, el tipo ha de ofrecer una imagen general y abstracta en la que quepa subsumir las distintas modalidades de conducta posibles.

En este sentido, el concepto "tipicidad" puede tener dos acepciones:

1. Como expresión genérica constitutiva del primer elemento dogmático del concepto de delito, que contiene las características generales que han de concurrir en una conducta para que se origine la intervención penal.

2. Como cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.

Así pues, la tipicidad es la adecuación del hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace por la ley penal (Muñoz Conde) en cada especie de infracción (tipo penal). El tipo penal describe en el supuesto de hecho las características que han de concurrir en una conducta para que pueda ser considerada típica, es decir, para que pueda dar lugar a la intervención penal.

En su primera acepción, se pueden distinguir cuatro diversas

modalidades en la estructura del primer elemento del delito y, consecuentemente, cuatro distintas formas de aparición del hecho punible: delitos de acción o de omisión, dolosos o imprudentes.

Es decir, es preciso distinguir ya por sus características típicas los delitos dolosos de acción, delitos dolosos de omisión, delitos imprudentes de acción y delitos imprudentes de omisión.

B) Si bien la selección de las conductas realizadas por la tipicidad se efectúa sobre conductas antijurídicas, ello no quiere decir que toda conducta típica sea a su vez antijurídica.

La tipicidad selecciona, de entre todas las conductas antijurídicas, aquellas que el legislador decide sancionar con una pena. En este sentido podríamos decir que la tipicidad es un subgrupo dentro de la antijuridicidad, que es una categoría general para todo el ordenamiento jurídico. Esta afirmación tiene dos consecuencias:

- Primero, que la tipicidad "convierte" una conducta antijurídica en penalmente antijurídica. En este sentido se podría afirmar que constituye la antijuridicidad penal.

- Segundo, supone afirmar que las conductas tipificadas, en principio, presuponen un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico.

INSTRUMENTOS LINGÜÍSTICOS DEL TIPO

[Pp. 77-84]

Para que el tipo cumpla correctamente tanto la función motivadora

general como la función de garantía, es preciso que esté redactado de forma clara y sencilla, fácilmente comprensible en su totalidad y evitando ambigüedades e indeterminaciones. La mejor forma de cumplir la función de garantía de los tipos es acudir a un método descriptivo para delimitar los comportamientos punibles de los que no lo son. Pero en otros momentos, el tipo debe ser lo suficientemente elástico para evitar distanciamientos entre realidad social y conducta típica.

Para todo ello el legislador cuenta con los siguientes instrumentos:

a) Elementos descriptivos: son aquellos que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos (Mir Puig). Elementos descriptivos son en el artículo 138, "matar" u "otro". Pero también en ocasiones, estos elementos deben precisarse acudiendo a criterios valorativos. Por ejemplo, en el propio término "matar" habrá que precisar en qué momento se produce la muerte de una persona.

b) Elementos normativos: son aquellos que conllevan una valoración que ha de realizarse en el caso concreto. Tal valoración puede ser social (exhibición obscena del artículo 185 o material pornográfico del artículo 186) o jurídica, derivada de una norma jurídica (insolvencia, acreedor, quebrado...). Más genéricamente, hoy en día se designa como descriptivo, todo elemento que proviene del ámbito del ser en el sentido de las ciencias, y como normativos, aquellos elementos que requieren una valoración judicial.

En los elementos normativos cabe distinguir los denominados elementos de valoración global del hecho, que conllevan implícita una referencia a la antijuridicidad, tales como "el que, sin estar legalmente autorizado..." del artículo 336. Tales elementos, hacen

indudablemente referencia a la antijuridicidad, pero deben ser tratados como elementos del tipo.

Distintos de éstos son los conceptos jurídicos indeterminados, que, haciendo referencia –por lo general– a supuestas valoraciones sociales, en realidad permiten un amplísimo margen de inseguridad, al no contener criterios que permitan delimitar la conducta típica (moral, buenas costumbres...).

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS POR SUS ELEMENTOS TÍPICOS

1. SEGÚN LOS SUJETOS

1.1. SEGÚN LA DELIMITACIÓN TÍPICA DEL SUJETO ACTIVO

a) Comunes: cualquier persona puede ser sujeto activo del delito.

b) Especiales: sólo pueden ser realizados por la persona que reúne los requisitos típicos para ser sujeto activo.

- Delitos especiales propios son aquellos que no tienen correspondencia en un delito común y, por tanto, sólo pueden ser realizados por determinadas personas –las que reúnan los requisitos necesarios para ser sujeto activo – . Cuando sea otra persona quien la realice, la conducta será impune (artículo 329 Código Penal).

- Delitos especiales impropios, cuando tienen correspondencia con uno común (artículos 167 y 163; ó 390 y 392).

c) Delitos de propia mano que exigen que la conducta típica sea realizada directa y personalmente por el autor (artículos 181 y ss.). No cabe su realización mediante autoría mediata.

1.2. SEGÚN EL NÚMERO DE SUJETOS QUE INTERVIENEN

Delitos unipersonales o monosubjetivos, cuando basta con la actuación de una sola persona para realizar el tipo (delito de homicidio). Cuando el tipo exige la concurrencia de varias personas se califican de delitos pluri-subjetivos o pluripersonales que, a su vez, según que los distintos sujetos persigan o no la misma finalidad, pueden calificarse de convergencia o de encuentro. El delito de encuentro se caracteriza porqué todos los sujetos colaboran activamente con el sujeto activo. Así sucede en el artículo 183 del Código Penal, en el que el sujeto pasivo ha de participar voluntariamente –sin que medie violencia– si bien su voluntad ha sido obtenida con engaños.

Delitos de convergencia son el de sedición del artículo 544 o el de rebelión del artículo 472, donde los participantes han de perseguir los fines previstos en los tipos.

2. SEGÚN LA ACCIÓN

2.1. DELITOS DE ACCIÓN U OMISIÓN

Según que la ley prohíba la realización de una conducta determinada (acción) o exija la realización de dicha conducta (omisión).

2.2. DELITOS DE MERA ACTIVIDAD O RESULTADO

Cuando para la consumación del tipo baste con la realización de la conducta prohibida, se habla de delitos de mera actividad. Si por el contrario el tipo exige, además de la realización de la conducta, la producción de un resultado, estaremos ante delitos de resultado. Dentro de esta última categoría se puede distinguir entre:

- Delitos de medios determinados, cuando el tipo delimita

expresamente las modalidades que puede revestir la conducta (artículo 238).

- Delitos resultativos, cuando la descripción típica no limita las modalidades posibles de la acción.

3. POR LA CONSTRUCCIÓN TÉCNICA DEL TIPO

Delito de uno o varios actos: son delitos de un acto aquellos que constan de una acción mientras que los delitos de varios actos presuponen necesariamente la existencia de varias acciones en una sucesión determinada.

Una modalidad de delito de pluralidad de actos viene constituida por los denominados delitos de hábito que se caracterizan por la necesidad de repetición de actos en una conexión objetiva tal que pueda hablarse de hábito. Hasta que no se produce la repetición exigida, no se consuma el delito. Así sucede en el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar del artículo 153 del Código Penal (el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unido con análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente).

4. SEGÚN SU FORMA DE CONSUMACIÓN

Delitos instantáneos son aquéllos en los que la consumación es inmediata y delitos permanentes aquéllos en los que el momento consumativo se prolonga en el tiempo. Por ejemplo, el delito de detención ilegal del artículo 163 del Código Penal. En el delito permanente el estado antijurídico se prolonga en el tiempo y el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio en los delitos de estado aunque también se crea un estado antijurídico, el delito se consuma desde el momento

de la aparición (por ejemplo, artículo 390, sobre falsificación de documentos).

TEORÍA DE LA "RATIO ESSENDI"

[SIERRA H.M., CANTARO A.S.]⁶

La tipicidad se identifica con la antijuricidad. Es la teoría de la "ratio essendi" según la cual afirmada la tipicidad está también afirmada la antijuricidad.

Esta posición reconoce dos variantes. Una es la teoría de injusto sostenida por BOCKELMAN, según la cual la tipicidad implica también la antijuricidad, pero esta última puede excluirse por causa de justificación en una etapa de análisis posterior.

La falta de coherencia de esta teoría es evidente, puesto que no se puede afirmar en un estrato lo que en otro se niega, y es por ello que prácticamente carece de adeptos.

La otra variante de la "ratio essendi" es la teoría de los elementos negativos del tipo, sostenida inicialmente por VON WEBER. La identificación entre tipicidad y antijuricidad conduce a considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo que eliminan aquélla.

O sea, el tipo se compone de elementos positivos (que deben efectivamente concurrir para que la conducta sea típica) y de elementos negativos (que no deben concurrir para que la conducta sea típica). Si estos elementos negativos (que son las causas de justificación) concurren, queda eliminada la tipicidad.

De esta forma el que, por ejemplo, mate en legítima defensa, ni siquiera realizaría el tipo de homicidio, sino una nada jurídico-penal o, como dice WELZEL criticando esta teoría, su acción sería, desde el punto de vista del Derecho Penal, tan irrelevante como si hubiera matado una mosca. En realidad no parecen equiparables una conducta atípica (matar una mosca) con una conducta típica pero justificada (matar a otro en legítima defensa).

Concluimos sobre el punto señalado que la teoría del tipo indicario es la mayoritariamente sostenida por la doctrina penal en la actualidad.

JURISPRUDENCIA

Resistencia: Atipicidad devenida de reforma legal

[Tribunal de Casación Penal, Santa Cruz]⁷

Texto del extracto:

"I- El procedimiento de revisión lo solicita con base a un único motivo: Porque Ley posterior declara que no es punible el hecho por el que se le condenó. El MOTIVO RESULTA ATENDIBLE : La relación de hechos probados y la fundamentación intelectual del fallo le atribuyen al encartado R. A. T. la comisión del delito de Resistencia Agravada, en perjuicio de la Autoridad Pública , por hechos ocurridos el día 23 de julio del año dos mil seis, razón por la cual se le impuso como sanción una pena de un año de prisión. El artículo 1 del Código Penal, que recoge el principio de legalidad, establece que: "nadie podrá ser sancionado por un

hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente”, presupuesto contenido en el artículo 39 de la Constitución Política , que determina, en lo conducente: “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...” . Por otra parte, si bien es cierto, conforme lo establece el numeral 11 del Código Penal, los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión, el artículo siguiente señala que si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgara una nueva ley, aquel se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue, y si esta nueva promulgación se produjere antes del cumplimiento de la condena, el Tribunal competente modificará la sentencia, de acuerdo a las disposiciones de la nueva legislación (artículo 13 del mismo cuerpo legal). De lo anterior se colige, que habiendo sido cometidos los hechos atribuidos al imputado en perjuicio de la Autoridad Pública , cuando se encontraba vigente el numeral 305 del Código Penal (Ley N° 4573, de 4 de mayo de 1970) y sus reformas), que prevé y sanciona el delito de resistencia, en concordancia con el artículo 306, que contiene las circunstancias agravantes, era dable que dicha normativa penal sustantiva se aplicara a la plataforma fáctica acreditada. Sin embargo, con posterioridad al dictado del fallo cuestionado, mediante Ley 8630, publicada en La Gaceta 33 de 15 de febrero de 2008, que corresponde al Código Procesal Contencioso Administrativo, en su artículo 203, se reformó el numeral 305 del Código Penal, con el siguiente texto : “Se impondrá prisión de seis meses a tres años a quien no cumpla o no haga cumplir en todos los extremos, la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, siempre que se le haya

comunicado personalmente, salvo si se trata de la propia detención". Como claramente se observa, el texto anteriormente transcrito, correspondería a los presupuestos de tipicidad atinentes al delito de desobediencia a la autoridad , previsto y sancionado en el artículo 307 del Código Penal , que ahora se advierte doblemente penalizado, por lo que la normativa contenciosa administrativo, con la referida reforma legislativa, quizá por error, pero que en todo caso no puede interpretarse en detrimento de las garantías del enjuiciados, dejó sin contenido el delito de resistencia que contemplaba el artículo 305 del Código Penal (tipo simple) y sus correlativas circunstancias de agravación contenidas en el numeral siguiente (306), lo que implica su inmediata desaplicación, en tanto la conducta delictiva atribuida a los justiciables (resistencia agravada), se tornó atípica, careciendo de soporte normativo, y por ende, de su sanción correspondiente, pues la interpretación contraria violentaría el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política y el código sustantivo. (ver Voto de la Sala Tercera de Casación No 2008-00318 de las diez horas veinte minutos del dieciocho de abril de dos mil ocho). Por ello, de oficio, se revoca el fallo recurrido y se procede a absolver de toda pena y responsabilidad al acusado R. A. T. del delito de Resistencia Agravada que se le venía atribuyendo como cometido en perjuicio de la Autoridad Pública. Póngase en inmediata libertad al acusado si otra causa no lo impide. Notifíquese."

Principio de legalidad en materia penal

[Sala Tercera]⁸

Texto del extracto:

"I. En el primer motivo de la revisión planteada se alega violación al debido proceso, concretamente al principio de legalidad criminal. Estima el gestionante que " los artículos 209 y 213 del Código Penal se entrelazan en sí para la comprensión del texto de la conducta antijurídica del inciso 3 del artículo 213 del Código Penal, lo que el principio de legalidad penal no permite, pues, las normas en su texto deben ser independientes, es decir, no se permiten que se entrelacen dos conductas antijurídicas para entender otra u otras, cada norma penal en su conducta antijurídica debe ser cerrada, debe solo abarcarse a sí misma, de ahí que se acuse la vulneración del principio de legalidad penal, esto en razón de que no es posible atribuir responsabilidad penal (delito) a un ciudadano cuando no estén presentes todos los elementos del delito" (folio 283). Solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 213 del Código Penal y que se anule la sentencia. El reclamo no es atendible. La Constitución Política establece: " Artículo 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores" . Por otro lado, el artículo 1 del Código Penal dispone: " Principio de legalidad. Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente" . Estas normas consagran el derecho a que sea una ley la que determine los elementos de la tipicidad de las conductas perseguibles por el Estado. El tipo penal es una de las construcciones dogmáticas que permiten resguardar el principio de legalidad. Dentro de la teoría del tipo penal, adquiere especial relevancia el estudio de los tipos

penales abiertos. Se trata de construcciones legislativas con muchos elementos normativos o valorativos, que dificultan cumplir la función del tipo garantía, en relación con los destinatarios de la norma penal. Se considera que los tipos deben ser lo más cerrado posible, ya que los tipos penales abiertos afectan el principio de legalidad (Ver ROXIN, Claus, Teoría del tipo penal , Depalma, 1979, p. 170). Otra modalidad de construcción legislativa que afecta dicho principio es la promulgación de leyes penales en blanco. Se trata de leyes que crean tipos penales cuyo contenido debe obtenerse o complementarse con lo dispuesto en otras leyes, reglamentos o decretos. La doctrina ha establecido que en los casos en que la norma a que se remita sea otra ley emanada del parlamento, no habría violación al principio de legalidad. Distinto es el caso en que las leyes remiten a otra fuentes normativas, como decretos o reglamentos, pues implicaría delegar la función legislativa en el Poder Ejecutivo, violando el principio de separación de poderes (Ver: ZAFFARONI, Raúl, Manual de Derecho Penal , EDIAR, Buenos Aires, 4ª Ed., 1985, p. 377). La Sala Constitucional ha establecido que una norma penal puede remitir a un reglamento " siempre que al hacerlo el Poder Ejecutivo se mantenga dentro de su esfera propia de competencia y que la ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad" (SALA CONSTITUCIONAL, No. 1876-90. Ver: MORA MORA, Luis Paulino, NAVARRO SOLANO, Sonia, Constitución y Derecho Penal , San José, Escuela Judicial, 1995, p. 74). Lo relevante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, es que la remisión no violente el principio de separación de poderes. En el presente caso, si bien resulta evidente que el tipo penal cuyo nomen iuris es el de "robo agravado" no está completamente descrito en el artículo 213 del Código Penal, lo cierto del caso es que la norma que lo complementa no sólo es una ley emanada de la Asamblea Legislativa, sino que forma parte del mismo cuerpo legal. En efecto, el artículo 213 del Código Penal establece: "Se impondrá prisión de

cinco a quince años, en los siguientes casos: 1) Si el robo fuere perpetrado con perforación o fractura de una pared, de un cerco, de un techo, de un piso, de una puerta o de una ventana, de un lugar habitado, o de sus dependencias; 2) Si fuere cometido con armas; y 3) Si concurriere alguna de las circunstancias de las incisos 1), 2), 4), 5), 6) y 7) del artículo 209. Los casos de agravación y atenuación para el delito de hurto, serán también agravantes y atenuantes del robo, y la pena será fijada por el juez, de acuerdo con el artículo 71 (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982)". La norma transcrita hace referencia al robo, sin indicar cuál es el contenido del concepto de "robo", el cual debe obtenerse de lo dispuesto en el artículo 212 -y no del artículo 209, como alega el accionante-, que indica: "Robo Simple. El que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido con las siguientes penas: 1.- Con prisión de seis meses a tres años, cuando la sustracción fuere cometida con fuerza en las cosas y su cuantía no excediere de tres veces el salario base. 2.- Con prisión de uno a seis años, si mediare la circunstancia prevista en el inciso anterior y el monto de lo sustraído excediere de tres veces el salario base. 3.- Con prisión de tres a nueve años, cuando el hecho fuere cometido con violencia sobre las personas" . A pesar de que el artículo 213 del Código Penal debe ser complementado con otra norma, ésta forma parte de una ley aprobada por el Poder Legislativo, y más aún, del mismo Código Penal. Desde este punto de vista, no habría violación al principio de legalidad criminal, ya que todos los elementos del tipo están definidos por una ley penal, y se encuentran dentro del mismo cuerpo normativo, respetándose el ámbito de competencia del Poder Legislativo. Dentro de la petitoria, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 213 del Código Penal. Tal solicitud no es procedente, no sólo por las razones antes señaladas, sino porque la competencia de declarar la inconstitucionalidad de una ley le corresponde, en forma

exclusiva, a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Y, en todo caso, esta Sala de Casación no tiene duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada por el gestionante. "

Sobreseimiento: Dictado en causa por delito que omite precisar tipo de pena

[Tribunal de Casación Penal]⁹

Texto del extracto:

"Los artículos 320 y 357 del Código de Procedimientos Penales, respaldan al Juez el dictado de un sobreseimiento cuando, entre otras causales, no encuadre el hecho en una figura penal. Esta adecuación se debe tomar en cuenta no solo considerando el precepto (supuesto de hecho) enunciado en la norma, sino la consecuencia jurídica (pena) también incluida en ella. De esa forma la figura penal se integra con ambos conceptos, los cuales son inescindibles e indiscriminables en el procedimiento de subsunción típica. En consecuencia, es correcto el pronunciamiento del juzgador, porque al faltarle al numeral 97 de la Ley de Armas y Explosivos el tipo de sanción a aplicar, le estaba vedado disponer de pena para los encartados, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1º y 30 del Código Penal."

Principio de tipicidad: Portación ilegal de armas

[Tribunal de Casación Penal]¹⁰

Texto del extracto:

"Conforme con los hechos probados, Considerando II de la sentencia, se tuvo por tales que: el encartado R.A.B.V., en la Reserva Indígena de Ujarrás, en Buenos Aires de Puntarenas, fue aprehendido por funcionarios del Ministerio del Ambiente y Energía, cuando portaba consigo un arma de fuego, tipo carabina, calibre 22, modelo 62 SAC, serie G 151106, la que le fue decomisada. Que el acusado no cuenta con permiso para portar armas de fuego. Conducta por la que el juzgador le condena, por considerar que es constitutiva de la acción de PORTACION ILICITA DE ARMA PERMITIDA, prevista por el artículo 97 de la Ley de Armas y Explosivos N° 7530, imponiéndole por ello la pena de tres meses de prisión, concediéndole el beneficio de condena de ejecución condicional. Si observamos el artículo 97 de la citada ley, notamos que la conducta prevista en el mismo no contiene la sanción, al no estipularse expresamente que los tres meses a un año, sean de prisión, lo que no puede interpretarse en tal sentido. Conforme con el principio de tipicidad, para la existencia de un delito es necesario no solo que se describa la conducta que se prohíbe, sino también que se establezca la sanción, previamente, por el órgano encargado de emitir las leyes. En consecuencia, no es posible, mediante una interpretación analógica, extensiva, interpretar que la pena a la que se refiere el artículo 97 de la Ley de Armas, es la de prisión, integrando de esa manera el tipo penal, lo que equivaldría a legislar, según lo ha dicho la Sala Constitucional. En este sentido, la citada Sala, al resolver una consulta de constitucionalidad, planteada por este Tribunal, estableció: "Se evacua la consulta formulada sobre si es posible integrar un tipo penal, en cuanto a la pena a imponer mediante interpretación sistemática, en el sentido de que ese proceder resulta claramente violatorio del principio de tipicidad penal, consagrado en el artículo 39 de la Constitución." (Voto N° 6408-96 de las 15.06 hrs. del 23 de noviembre de 1996).

De modo que en este caso, al haberse aplicado al encartado B.V. la pena de tres meses de prisión, con base en el citado artículo 97, erróneamente se ha condenado por un hecho que no contiene sanción, por lo que se ha infringido dicho numeral, y los artículos 39 de la Constitución Política, 1 y 2 del Código Penal. Tampoco la acción tenida por acreditada podría ubicarse en la contravención prevista por el artículo 88 de la misma ley, por haber sido declarada inconstitucional, según el Voto 1020-97 de la Sala Constitucional. Por lo expuesto, de acuerdo con el artículo 482 del Código de Procedimientos Penales, se declara con lugar el recurso de casación por el fondo, se REVOCA la sentencia condenatoria, y en su lugar se ABSUELVE a R. A.B.V., por el delito de PORTACION ILICITA DE ARMA PERMITIDA, que se le imputó."

Delito: Análisis de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad

[Sala Tercera]¹¹

Texto del extracto:

"I.- [...] los juicios de tipicidad y antijuridicidad que constituyen los dos aspectos de análisis judicial exigidos por el principio de legalidad criminal (artículo 39 de la Constitución Política y artículo primero del Código Penal). Este examen es esencial para poder determinar o caracterizar el relieve de la tutela de bienes jurídicos que pretende el derecho penal del acto que informa nuestra legislación penal. La tipicidad sólo es suficiente para determinar qué es lo relevante para la tutela de los bienes jurídicos y qué no lo es, logrando en el proceso designar la competencia del Derecho Penal para intervenir en la resolución de un determinado conflicto social. Sin embargo, el juicio de tipicidad no es suficiente para la verificación. En el

caso concreto, para que un hecho sea injusto en sentido jurídico penal, aún es necesario el análisis de contradicción con el Ordenamiento Jurídico (antijuridicidad), a efectos de detectar si concurre alguna causa de exclusión de la antijuridicidad que determina que el Derecho Penal no convierta en definitivo el juicio provisional que hace sobre la tipicidad de la conducta y de lesión a la norma antepuesta al tipo penal. Este estudio en fases o estratos encuentra correcta aceptación en los artículos 1, 18, 30, 31 del Código Penal, que observados en perspectiva constitucional, no hacen más que retomar los requisitos para la tarea judicial del reproche de injustos. En efecto, la averiguación de la existencia de un injusto no hace más que habilitar el camino para el juicio de culpabilidad (última etapa) donde, junto con la justificación de la pena a imponer, el juez establece la necesidad (sic) del reproche de ese injusto (conducta típica y antijurídica). Estos tres juicios deben estar contenidos en el fallo, primero para poder ejercer un contralor posterior de legalidad, así para cumplir con los requisitos constitucionales de motivación y de convencimiento "en juicio" de la culpabilidad del autor. Así, el principio de legalidad constitucional obliga al juzgador a explicar las razones jurídicas que lo llevaron a realizar una determinada adecuación típica, esto por cuanto, entre otras cosas, y así lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia reiteradamente, no basta para la motivación empezar con un análisis de la prueba y luego concluir con la comprobación fáctica de la tipicidad de cierta conducta. El juzgador debe ser consciente de que debe demostrar, según el caso, la existencia del tipo doloso o culposo, y dentro de ese examen judicial, el nexo causal característico del tipo doloso, así como también, en el caso del tipo culposo, el examen de la idoneidad de la falta al deber de cuidado para la causación del resultado que determina la tipicidad culposa."

Principio de tipicidad: Alcances y fundamento de su existencia en relación con la obligación de aplicar la ley de manera restrictiva

[Sala Tercera]¹²

Texto del extracto:

"II . Como único motivo por el fondo , alega errónea aplicación de la ley sustantiva por atipicidad de la conducta. Con ello, se transgrede el artículo 39 de la Constitución Política ; el 369 del Código Procesal Penal; y los numerales 1, 195 y 384 inciso 2) del Código Penal. Indica la recurrente que el Tribunal condena a su defendido por el delito de amenazas agravadas, pero para ello tiene por probado lo siguiente: " No contento con su actuar delictivo, el justiciable ALVAREZ HOWARD , en esa misma fecha y lugar de los hechos, aproximadamente dos horas después, regresó al lugar donde se encontraban los agraviados ZAMORA ROJAS Y MATARRITA GOMEZ , en donde en forma intimidante le manifiesta " que el (sic) no había hecho nada, que lo habían denunciado a él, que si no quitaba la denuncia les iba ir mal. "(el destacado es del original)... " (cfr . Folio 94). De acuerdo con esa descripción, según quien impugna, no se dan los presupuestos requeridos por el artículo 195 del Código Penal, ya que no existe armas de por medio, el imputado no se hace acompañar de nadie, y las efectúa de manera directa y personal. Este motivo es procedente . Tratándose de derecho penal sustantivo, necesariamente la interpretación de la ley debe hacerse de manera restrictiva, de conformidad con el principio de reserva de ley contenido en el numeral 1 del Código Penal, cuando enuncia: " Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ...". La norma que se desarrolla a través de ésta, es la contenida en el artículo 39 de

la Constitución Política , la que indica: " A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior...". Al respecto la Sala Constitucional ha indicado: "El artículo 39 de la Constitución Política consagra, entre otros, el principio de reserva de ley en relación con los delitos, "cuasidelitos" y faltas; dicha reserva significa que la ley es la única fuente creadora de delitos y penas. Esta garantía resulta incompleta si no se le relaciona con la tipicidad, que exige a su vez que las conductas delictivas se encuentren acunadas en tipos, en normas en las que se especifique con detalle en qué consiste la conducta delictiva. Dicha ley, para que efectivamente sea una garantía ciudadana, requiere además que sea previa, " nullum crimen nulla poena , sine praevia lege ", nos señala el adagio latino". (SALA CONSTITUCIONAL, resolución número 1876 de las 16:00 horas, del 19 de diciembre de 1990). De esta forma es claro que el primer presupuesto exigido por el principio nullum crimen, nulla poena sine lege , resulta ser el principio de tipicidad. El principio constitucional de tipicidad impone al legislador un estilo consistente en la formulación de tipos, de manera taxativa y sin resquicios, de toda conducta sancionada penalmente, al igual que la determinación concreta de la sanción a imponer. Esto genera seguridad jurídica al ciudadano, de manera que los jueces encargados de la administración de justicia en un Estado Democrático como el nuestro, a la hora de interpretar la ley, satisfagan principios de previsibilidad , publicidad y transparencia, con el fin de cumplir con el precepto contemplado en el artículo 129 de la Constitución Política , el cual señala que nadie puede alegar ignorancia de la ley, para lo cual la función jurisdiccional cumple un papel fundamental. Así lo recalca nuestro Tribunal Constitucional, cuando dice: "Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica -contraria a derecho-, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencia insuprimibles de seguridad jurídica, pues

siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, "será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres", ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido..." (SALA CONSTITUCIONAL, resolución número 1877, de las 16:02 horas, del 19 de diciembre de 1990.) Tomando en consideración todo lo anterior, debe establecerse que el juez tiene la obligación de aplicar de manera restrictiva la ley. Frente a ello, encontramos en el caso concreto que el Tribunal tiene como hecho probado lo siguiente: "E).- No contento con su actuar delictivo, el justiciable ALVAREZ HOWARD , en esa misma fecha y lugar de los hechos, aproximadamente dos horas después, regresó al lugar donde se encontraban los agraviados ZAMORA ROJAS y MATARRITA GOMEZ , en donde de forma intimidante les manifiesta; " que él no había hecho nada, que lo habían denunciado a él, que si no quitaba la denuncia les iba a ir mal." (cfr . Folio 69). Más adelante, en el apartado dedicado a la Calificación Legal , el a quo señala: "Así mismo, incurre el imputado en el delito de Amenazas Agravadas, el cual ha sido recalificado, de la acusación inicial por el delito de coacción, que estima el Tribunal no se da en el presente proceso, sino que en el presente caso cuando el imputado se atreve a llegar al carro donde estaban ambos ofendidos y de manera directa, señalándolos con el dedo, alterado, los amenaza en el sentido de que quitaran la demanda o iban a tener problemas, esta intimidación, bajo el

conocimiento de que tenía un arma de fuego, configura el tipo penal mencionado..." (cfr . Folio 78). Como se aprecia, el Tribunal estima que el solo dicho del imputado en el tanto señaló tener un arma de fuego es suficiente para configurar el delito de amenazas agravadas. Sin embargo, esa conclusión es errónea. El tipo penal aplicado por el a quo, como de manera acertada lo indica quien recurre, tiene " tres formas de comisión: (i) por el medio empleado: «...con armas de fuego...»; (ii) por la participación: «... por dos o más personas reunidas...»; y (iii) por el modo: «... anónimas o simbólicas...». Las tres guardan entre sí una relación lógica y proporcional; así, si la norma hubiera deseado que toda amenaza realizada por cualquier medio entrara en el tipo, no existiría la descripción tripartita constitutiva de un límite objetivo en virtud de la garantía de tipicidad penal. De igual manera, debe indicarse, la amenaza con arma de fuego viene a establecer un mínimo en cuanto al uso de armas, porque si la voluntad de la norma no fuera restrictiva simplemente hablaría de «armas» sin detallar en su clase; por ello pretender la tipificación cuando se ha utilizado arma blanca, quiebra la prohibición de la analogía. Por otra parte, el hecho descrito de blandir un arma al tiempo de amenazar de muerte a las víctimas, es tan directo como la utilización de armas de fuego, por lo que no es de recibo el argumento de la recurrente cuando afirma que el hecho es una amenaza simbólica. Estas podrían ser de otro modo, como la publicación de un obituario de la víctima de la amenaza que está viva p.e., pero no la comunicación directa apoyada de la exhibición de arma punzo-cortante. Por qué la norma restringió la protección es una interrogante de orden político legislativo, que limita el ius puniendi estatal y por supuesto a la autoridad de los tribunales cuando aplican penas..." (TRIBUNAL DE CASACION PENAL, resolución número 347 de las 12:00 horas, del 7 de mayo de 2001). De ninguna forma puede interpretarse extensivamente la norma, como lo hace el Tribunal de sentencia, en el sentido de que la sola mención por parte del imputado de que posee un arma de

fuego, pueda configurarse como una amenaza agravada, tipificada en el artículo 195 del Código Penal. Se requiere que la amenaza vaya acompañada materialmente de un arma de fuego, no de la simple mención de ella, pues lo que el legislador quiso proteger, evidentemente, es la eficacia de la amenaza en el ánimo del sujeto pasivo. III . La conducta que tiene por probada el Tribunal, se subsume en la contravención de amenazas, contenida en el artículo 384 inciso 2) del Código Penal, como bien lo apuntó la defensa técnica del imputado, razón por la cual, se recalifican los hechos de esa forma. Siendo que la sentencia sólo erró en la calificación legal, manteniéndose incólume el resto de la fundamentación que ella contiene, con respecto a las amenazas, y en vista de que no se encuentra prescrita la acción, se ordena el reenvío con el fin de que el Tribunal de origen, con una integración diferente, haga la fijación y fundamentación de la sanción correspondiente, en virtud de que esta Sala no cuenta con elementos suficientes para hacerla, de conformidad con el artículo 53 del Código Penal. El resto de la sentencia, se mantiene incólume. IV. Por último, debe indicarse que la mayoría de quienes suscribimos este voto, consideramos que no podría encuadrarse la conducta del imputado en el delito de coacción por dos circunstancias. La primera, es que la Sala no debería valorar esta posibilidad, de existir, pues el recurso fue planteado por la defensa técnica del imputado y, bajo esa óptica, referirse a la posible recalificación en ese sentido sería violentar lo estipulado en el artículo 451 del Código Procesal Penal. Sin embargo, la segunda situación está arraigada en una imposibilidad de fondo. Véase que los hechos que tuvo por probados el Tribunal fueron: " E).- No contento con su actuar delictivo, el justiciable ALVAREZ HOWARD, en esa misma fecha y lugar de los hechos, aproximadamente dos horas después, regresó al lugar donde se encontraban los agraviados ZAMORA ROJAS y MATARRITA GOMEZ , en donde de forma intimidante les manifiesta; "que él no había hecho nada, que lo habían denunciado a él, que si no quitaba la denuncia les iba a ir mal." (cfr. Folio 69). Tal y como se

dijo en el considerando II, las amenazas que profiere el encausado no constituyen delito, pues no se encuentran entre los presupuestos del artículo 195 del Código Penal. De esta misma forma, tampoco podría hablarse de la existencia de coacción, ya que este delito requiere, según el numeral 193 de este mismo cuerpo legal, la existencia de "... amenazas graves o violencias físicas o morales...". Esta descripción hecha por el legislador, tiene por entendido que las amenazas deben ser graves, por lo que no cualquier amenaza podría establecerse como configurativa del delito en cuestión, ya que se requiere que dicha promesa de un mal tenga la fuerza suficiente sobre la voluntad de la persona ofendida para compelerle a hacer o no hacer algo. En el caso concreto, se establecieron que las amenazas proferidas por el imputado fueron personales, y no graves, lo que elimina un elemento del tipo objetivo necesario para que se pueda subsumir su conducta en el delito de coacción."

FUENTES CITADAS:

- 1 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Editorial Ediar. 2000. Pp. 412-418
- 2 PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal Partes General y Especial. Tomo I, Segunda Edición. Editorial TEMIS Bogotá Colombia. 1987. Páginas 353-357.
- 3 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal Parte General. Primera Edición Mexicana. Dirección Editorial Filiberto cardenas Jr. México, 1986
- 4 JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial PORRUA S.A. México D.F. 1955. Pp. 11-16.
- 5 DE LA CUESTA AGUADO Paz M. Tipicidad e Imputación Objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 1998 Pp. 69-71 y 77-84.
- 6 SIERRA HUGO MARIO, CANTARO ALEJANDRO SALVADOR. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Pp. 171-172. Descargado el día 29 de Setiembre de 2008. Disponible en: http://books.google.co.cr/books?id=vTBh-vAZ60kC&pg=PA171&lpg=PA171&dq=ratio+essendi&source=web&ots=EYAgp9M51D&sig=vRab2czb2TzdHoH631ElrH7Qsgs&hl=es&sa=X&oi=book_result&resnum=10&ct=result
- 7 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SANTA CRUZ. Sentencia número 100 de las quince horas treinta minutos del catorce de mayo de dos mil ocho. Expediente: 07-000966-0412-PE.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 137 de las nueve horas treinta y cinco minutos del veintidos de febrero de dos mil seis. Expediente: 04-000410-0006-PE.
- 9 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 289 de las quince horas cuarenta y cinco minutos del catorce de abril de mil noveciento noventa y siete. Expediente: 96-000596-0463-PE.
- 10 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 561 de las catorce horas del catorce de julio de mil novecientos noventa y siete.

Expediente: 96-000158-0195-PE.

11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 596 de las nueve horas diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y dos. Expediente: 92-000458-0006-PE.

12 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 650 de las diez horas veinte minutos del quince de junio de dos mil siete. Expediente: 06-001290-0063-PE.