

## Informe de Investigación

### TÍTULO: JURISPRUDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y LESIVIDAD COMO PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS PENALES

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Penal	<b>Descriptor:</b> Derecho Penal General
<b>Tipo de investigación:</b> Simple	<b>Palabras clave:</b> Principio de tipicidad, principio de legalidad, principio de lesividad, bien jurídico tutelado, constitucionalidad.
<b>Fuentes:</b> Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 09/10

## Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>2. JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS PENALES .....</b>	<b>2</b>
a) Requisitos de legalidad de los tipos penales .....	2
b) Dos sanciones aplicadas de forma alternativa obedecen al principio de legalidad....	4
c) Violación al principio de legalidad de los tipos penales de la Ley de Penalización de Violencia contra las mujeres.....	4
i. Violación al principio de tipicidad.....	5
ii. Problemas en la técnica legislativa que atentan contra en principio de legalidad.....	8
iii. Inconstitucionalidad de la indeterminación de los tipos penales.....	9
iv. Tipos creadores de inseguridad jurídica.....	14
<b>3. JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS PENALES .....</b>	<b>19</b>
a) Necesaria lesividad de la conducta que justifique la prohibición jurídico penal. ....	19
i. El bien jurídico como fundamento del tipo penal.....	22
ii. Constitucionalidad los tipos previstos en la Ley de Psicotrópicos como fundamento del bien jurídico salud pública.....	24

### 1. RESUMEN

El presente informe de investigación contiene una recopilación de citas jurisprudenciales de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sobre el principio de legalidad y el principio de



lesividad, como parámetros de la constitucionalidad de tipos penales.

## 2. JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS PENALES

### a) Requisitos de legalidad de los tipos penales

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]<sup>1</sup>

*“La accionante refiere que de la confrontación de lo dispuesto en los artículos 184 y 184 ter vigentes, con el 215 bis del Código Penal es posible establecer que se trata de la misma conducta, por lo que, a su juicio, las normas vulneran los principios de legalidad y tipicidad. De una lectura de las normas y de su ubicación sistemática en el Código Penal, se observa que el artículo 184 se refiere a la “Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva” y se encuentra ubicado en el Título IV “Delitos contra la familia” y el artículo 215 bis del Código Penal, denominado “ Secuestro de persona menor de doce años o persona con discapacidad en estado de indefensión ” se ubica en el Título VII correspondiente a los “Delitos contra la propiedad”. En relación con las alegaciones que hace la accionante, debe señalarse, en primer término, que la determinación de cuál calificación legal se ajusta a los hechos que se conocen en el asunto base pendiente de resolver es un asunto que corresponde decidir en el caso concreto. El hecho de que existan dos o más normas similares, que compartan determinados elementos típicos de la acción, no hace que se infrinjan los principios de legalidad y tipicidad, dado que el aplicador debe establecer en el caso concreto, cuál es la calificación legal que se ajusta a la especie fáctica, utilizando para ello las diversas reglas previstas en la parte general del Código Penal relacionadas con la aplicación temporal de la ley penal (artículos 11-14), el concurso de delitos y el concurso aparente de normas (artículos 21-23). El denominado por la doctrina como “concurso de leyes” atiende a la problemática que se genera cuando existen varias disposiciones legales que aparentan ser aplicables a un mismo hecho; pero sólo una de ellas puede ser aplicada.*



*Se utilizan para ello los criterios de la especialidad, subsidiariedad y consunción. Para efectos de los principios constitucionales de legalidad y tipicidad, lo importante es que el tipo penal (sujeto activo, acción u omisión -verbo activo- y sanción) debe encontrarse previsto en la ley penal, en una forma clara, precisa y determinada. Por otra parte, sostiene la accionante que los artículos 184, 184 ter y 215 bis, no indican con claridad que los ofendidos sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas del cuidado del menor o todos, dejando el poder de decisión legítimo en cualquiera de ellos, sin ningún orden de jerarquía ni circunstancias atinentes a su legitimación, lo que provoca un vacío jurídico. Señala además que la ley es omisa al no establecer cómo debe llevarse a cabo la sustracción, ni el bien jurídico que se protege. En relación con este aspecto, debe señalarse que el hecho de que los tipos penales cuestionados no especifiquen literalmente quién es el ofendido en cada caso y cuál es el bien jurídico protegido, no hace que los mismos sean inconstitucionales. Este Tribunal ha señalado que para que se cumpla el principio de legalidad, los tipos penales deben estar estructurados “[...]como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en el descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal” (Sentencia número 1877-90 de las dieciséis horas dos minutos del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa). Los tipos penales cuestionados tienen todos los elementos necesarios desde la perspectiva del principio de legalidad. Es el intérprete o aplicador de la norma el que debe determinar en cada caso, quién es la víctima u ofendido y cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador pretende proteger. Sobre la forma en que debe darse la sustracción, el artículo 184 ter establece determinados elementos que agravan la conducta, a saber, que la sustracción o retención dure más de tres días, que sea cometida por dos o más personas o con ánimo de lucro. En el artículo 215 bis también se establecen circunstancias de agravación, tales como si se le infligen a la persona secuestrada lesiones graves, gravísimas o la muerte. En los tipos simples, tal y como señala la accionante, no se establece la forma en que debe darse la sustracción, lo cual no hace que la norma sea inconstitucional. Por último, afirma la accionante que el delito previsto en el artículo 184 es de peligro abstracto y presenta una técnica legislativa autoritaria, en la que se plasma un derecho penal de peligrosidad y personalidad, dado que no protege ningún bien jurídico. Conforme ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, la creación de los delitos y las penas es competencia del Poder Legislativo, al diseñar la*



*política criminal. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política, únicamente pueden sancionarse aquellas conductas que afecten la moral, el orden público o los derechos de terceros, ya sea porque se da una lesión al bien jurídico o una puesta en peligro."*

**b) Dos sanciones aplicadas de forma alternativa obedecen al principio de legalidad**

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]<sup>2</sup>

*"Sobre los artículos 4 y 5 de la Ley de Juegos . Alega la accionante que el artículo 4 contiene una doble sanción, pues sanciona con multa y pena de prisión concomitante. Sin embargo, una lectura de la norma permite a la concluir que ello no es así, pues la norma dispone que "(...)A los jugadores de juegos prohibidos se les impondrá una multa de cien colones o arresto de sesenta días." (la negrita no corresponde al original). La "o" es una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Así, la norma no establece dos sanciones para ser aplicadas concomitantemente, sino en forma alternativa, es decir, o se aplica la multa o se aplica la pena de arresto; de ahí que la norma no resulte inconstitucional. El mismo argumento debe aplicarse al alegato relativo a la inconstitucionalidad del artículo 5°."*

**c) Violación al principio de legalidad de los tipos penales de la Ley de Penalización de Violencia contra las mujeres**

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]<sup>3</sup>

### ***i. Violación al principio de tipicidad***

*"II.- Sobre los principios de legalidad y tipicidad penal.- El principio de legalidad penal, derivado del de legalidad general, que rige la actuación del Estado, es consustancial al Estado de Derecho, tiene su origen histórico en la Revolución Francesa y su origen ideológico en el pensamiento de la Ilustración. Vino a suponer el deseo de sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general, por la voluntad expresada a través de la norma, de la ley. Nuestra Constitución Política recepta dicho principio en el artículo 11 al señalar que: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes..." Del principio de legalidad, surge la reserva de ley, prevista en el artículo 121.1 constitucional, según el cual, sólo mediante norma emitida por el Poder Legislativo pueden regularse determinadas materias, dentro de las que se encuentra la limitación de derechos fundamentales. Particularmente, en el campo del derecho penal, el principio de legalidad está previsto en el artículo 39 de la Constitución, el cual señala: 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". Tal regulación encuentra origen en el conocido aforismo latino de Feuerbach: "nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnetur nisi per legale iudicium". Diversos instrumentos internacionales también recogen ese principio. La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 11 párrafo segundo: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional." La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9 en el que dispone; "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable." El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15 párrafo primero establece: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional." El Código Penal lo contempla en el artículo 1° : "Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido" y el Código Procesal Penal al referir en su artículo 1: "Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este*



*Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas.” El principio de legalidad se erige entonces como una verdadera garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, que cumple una doble función: la política, al expresar el predominio del Poder Legislativo sobre los otros poderes del Estado, que se traduce en una garantía de seguridad jurídica para el ciudadano, y la técnica, que es donde se puede enmarcar el principio de tipicidad penal, en el sentido de exigencia para el legislador de utilizar fórmulas taxativas, claras y precisas al momento de creación de las figuras penales. El principio de legalidad penal debe entenderse inmerso en todas las fases de creación y aplicación de los tipos penales: no hay delito sin ley previa, escrita y estricta; no hay pena sin ley; la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley, por ello se habla de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución. Se trata por tanto, de que el Estado actúe con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, pero también de que los ciudadanos conozcan en todo caso, debidamente, cuáles serán las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias les van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece, nunca podrán afectarles. El principio de tipicidad, por su parte, se conceptúa como un principio de naturaleza constitucional, integrante del debido proceso, derivado a su vez del principio de legalidad penal e íntimamente relacionado con la seguridad jurídica, por cuanto, garantiza a las personas que no podrán ser perseguidas penalmente por una acción que no haya sido previamente definida como delito en forma clara y precisa, por una norma de rango legal. Al respecto, ha considerado este Tribunal: “El artículo 39 de la Constitución Política recepta el principio de reserva del ley mediante el cual todos los actos gravosos para los ciudadanos, provenientes de autoridades públicas, deben estar acordados en una ley formal. Dicho principio adquiere marcada importancia en materia penal, pues tratándose de delitos y penas, la ley es la única fuente creadora. En esta materia es de común aceptación el contenido del aforismo latino "nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege".*

*II.- Al hacer referencia el constituyente en el citado artículo 39 al término "delito", se está refiriendo a una acción típica, antijurídica y culpable, a la que se le ha señalado como consecuencia una pena. De esos predicados de la acción para que sea constitutiva de delito, interesa ahora la tipicidad y su función de garantía ciudadana. 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 exigencias 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 este es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido, así, por ejemplo, el homicidio simple se encuentra cabalmente descrito en el artículo 111 del Código Penal: "Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de ocho a quince años". La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. Ya en voto 1876-90 de las dieciséis horas de hoy, de esta Sala se indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal.*

*III.- Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en el descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal.*

*IV.- De todo lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, que como ya se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador. La necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, no por ello puede estimarse que la descripción presente problemas constitucionales en relación con la tipicidad, el establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad, debe hacerse en cada caso particular.”*

## ***ii. Problemas en la técnica legislativa que atentan contra en principio de legalidad***

*“V.- Problemas de técnica legislativa hacen que en algunas oportunidades el legislador se vea obligado además de utilizar términos no del todo preciso (tranquilidad pública en el artículo 271 del Código Penal), o con gran capacidad de absorción (artificios o engaños en el artículo 216 del Código Penal), a relacionar la norma con otras, tema este que ya fue tratado por la Sala en el voto 1876-90 antes citado. Ambas prácticas pueden conllevar oscuridad a la norma y dificultar su comprensión, causando en algunos casos roces con las exigencias que conlleva la tipicidad como garantía, aunque no necesariamente con la Constitución.” ( Sentencia 1990- 01877 de las dieciséis horas dos minutos del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa).*

*Lo anterior permite establecer como criterio propio de la Sala, que el principio de Plenitud Hermética del Ordenamiento Jurídico, que obliga a los jueces a resolver todos los conflictos que se someten a su conocimiento, aun a falta de fuente formal escrita aplicable al caso (porque en ese supuesto deben atender al sistema de fuentes formales no escritas para integrar el Derecho), no aplica en el Derecho Penal y, por tanto, no conlleva en esta rama del Derecho a que el juez deba*



condenar aún a falta de ley expresa, pues la analogía, que sí se permite en otras ramas del Derecho, no lo está en la penal, por el mandato constitucional al legislador de que los delitos y las contravenciones sólo pueden estar previstos en una ley ordinaria y sólo de manera legítima si esa ley ordinaria respeta el principio de tipicidad. Si no hay una ley (tipo penal) que describa de forma completa, con todos sus elementos, la conducta y su correspondiente sanción, entonces esa conducta es atípica. No cabe establecer un tercer género, o está descrita con respeto al principio de tipicidad, o no está descrita. Por ello también la ley procesal penal establece en el artículo 282, sobre la desestimación, que cuando el Ministerio Público hace la valoración inicial de una conducta denunciada, si la misma es atípica, por deber legal, debe solicitar el Juez Penal la desestimación de la denuncia. Esa rigidez del Derecho Penal, frente a una mayor apertura del Derecho Privado, se funda desde los principios rectores del Derecho Público (Principio de Legalidad General) y del Derecho Privado (Principio de Autonomía de la Voluntad). El Estado y sus instituciones (donde se ubica la Asamblea Legislativa como órgano a quien corresponde, de manera exclusiva, crear leyes), sólo pueden hacer aquello que expresamente está autorizado por ley y de la manera en que la ley lo dispone, mientras que los particulares, en sus relaciones entre sí, pueden hacer todo aquello que deseen, mientras no esté expresamente prohibido por ley, sea contrario, por tanto, a ella, la moral o las buenas costumbres. Ello es así porque el Estado concentra mayor poder y, por tanto, debe ser contenido para evitar excesos o desvíos del mismo. Y si bien es al juez a quien corresponde la labor de individualización de la norma general y abstracta al caso concreto, ella sólo puede ser legítima si se hace con apego a los principios constitucionales y supra constitucionales que rigen esa labor. Porque también hay un mandato al juez (Principio de Legalidad Procesal), de que la conducta típica y su sanción sólo podrán ser aplicadas con arreglo a un proceso con todas las garantías establecidas al efecto.”

### **iii. Inconstitucionalidad de la indeterminación de los tipos penales**

“III.- Sobre el delito de “Maltrato” previsto en el artículo 22 de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres. En el artículo 22 de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres se dispone: “Artículo 22.- Maltrato.- A quien de manera grave o reiterada agrede o lesione físicamente a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, se le impondrá una pena de prisión de seis a dos años, siempre que la agresión o lesión infringida

*no constituya un delito de lesiones leves o levisimas.”*

*En el Derecho Penal, como bien señala el accionante, la conducta descrita en ese tipo penal es evidentemente indeterminada, en virtud de que no establece parámetros objetivos que el juzgador pueda utilizar para establecer en qué casos se encuentra frente a un hecho prohibido por la norma y en qué casos no lo está. La “gravedad” de la agresión o lesión depende de la libre valoración que en cada caso realice el juzgador, lo cual hace que el tipo no cumpla con su función de límite del poder estatal para sancionar las conductas ni de garantía para el ciudadano, que debe saber previamente cuál es la conducta prohibida y cuáles son las consecuencias de su infracción. No es suficiente que una conducta prohibida se encuentre escrita previamente, sino que además, ésta debe ser expresa, precisa y taxativa. Por ello el principio de legalidad penal debe matizarse y está integrado con el principio de tipicidad, conforme al cual la conducta y su correspondiente sanción, no sólo deben estar previstas en una ley, sino descritas en ella de forma completa, con todos sus elementos. Ello explica que haya leyes, que a pesar de serlo, hayan sido declaradas inconstitucionales, pues no basta la “ley previa”, ésta debe observar determinados requisitos. Es innegable que la limitación que impone la utilización del idioma en la tipificación de determinados hechos delictivos, requiere del empleo de elementos normativos del tipo penal, que precisan de una valoración del aplicador del Derecho. Esta valoración, conforme se ha señalado, no puede ser arbitraria, sino que ha de estar basada en las normas jurídicas, sociales y criterios ético-jurídicos de comportamiento, socialmente reconocidos. Sin embargo, este no es el caso. En la especie se está frente a elementos descriptivos del tipo que pueden ser verificables y constatables por los sentidos, a saber, las acciones de “lesionar” y “agredir” a una mujer. De ahí que la técnica legislativa democrática impone la necesidad de delimitar en forma clara y precisa, cuáles lesiones y agresiones están contempladas en el tipo y por tanto, por exclusión, cuáles no. En la norma que se analiza, se utilizan tres parámetros de valoración en relación con la acción delictiva de la agresión o lesión; a saber: 1) de manera grave, 2) de manera reiterada y 3) que no constituya un delito de lesiones graves o gravísimas. Ninguno de esos aspectos resulta suficientemente preciso, claro y determinado. Si se analizan los tipos penales del Código Penal, se observa cómo la agresión está tipificada en dos figuras delictivas; a saber, la agresión con arma (artículo 140) y la agresión calificada (artículo 41) y las lesiones dolosas se encuentran tipificadas en los numerales 123 (lesiones gravísimas), 124 (lesiones graves) y 125 (lesiones leves). Tanto en el caso de la agresión como en el de las lesiones, las descripciones de la conducta que contiene el Código Penal*



establecen elementos, modos, circunstancias, resultados, etc. que delimitan las conductas punibles, de forma tal que se puede establecer objetivamente cuándo se está frente a hechos constitutivos de cada una de éstas. Esto no ocurre en la norma que se impugna, donde los criterios son realmente insuficientes para que el tipo cumpla con su función de límite y garantía. El legislador está llamado a realizar un esfuerzo para que las conductas que pretende prohibir estén adecuadamente descritas, a fin de impedir la arbitrariedad, lo que no ocurre en el tipo en estudio, en que diversas acciones, pueden resultar subsumibles en su descripción, con lo que se cae en lo que en doctrina se conoce como un tipo abierto, que por su gran capacidad de absorción de conductas no resulta ser suficiente forma de garantizar el principio de tipicidad. En un sistema democrático de Derecho, cuando se acude a la utilización del Derecho Penal para la protección de bienes jurídicos, se ha de ser sumamente exigente en el resguardo de las garantías esenciales de las personas, pues, una diferencia básica entre un sistema democrático y uno autoritario, es que en este último, sólo importan los fines, mientras que en la democracia, los fines son importantes, pero sólo pueden ser alcanzados mediante medios lícitos y respetuosos de los derechos fundamentales de las personas. Si bien resultan lamentables los hechos de violencia contra las mujeres y contra los demás seres humanos y grupos vulnerables; lo cierto es que la violencia no puede erradicarse, convirtiendo al Estado a su vez en un violador de los derechos fundamentales. Lo dicho no supone, de ninguna manera, que la Sala acepte la violencia y mucho menos, la violencia contra la mujer, pues más bien reconoce la plena vigencia y aplicación de los principios que la protegen, como colectivo afectado especialmente, si bien no exclusivamente, por la violencia, en sus distintas manifestaciones. No hay duda que la violencia contra las mujeres las empobrece a ellas y sus familias, comunidades y naciones; disminuye la productividad económica, agota los recursos de los servicios públicos y los empleadores y reduce la formación de capital humano. Tratar la violencia de género requiere, entonces, una respuesta sistemática y determinada, pero ello debe hacerse de forma que se respeten los principios fundamentales que rigen un Estado democrático. No puede admitirse como legítimo que para proteger los derechos de unos, se menoscaben de forma arbitraria e ilegal los de otros. El tipo penal en estudio prevé, en primer término, como conducta a sancionar, la lesión o agresión que deben ser “graves”, pero no constituir la lesión grave ni la gravísima que están contempladas en el Código Penal. Por tanto, debe tratarse de cualquier otro tipo de afectación a la salud física que no sea la que prevén esas otras normas. “Grave” significa, de mucha importancia, de mucha entidad. Sin embargo, la indeterminación en la redacción de la norma permite interpretar para unos que, incluso, una lesión levísima del Código Penal, que en su forma nuclear o simple no determina incapacidad alguna para el desempeño de las labores

*habituales y que constituye una contravención, si se comete “contra una mujer con la cual se mantiene una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no”, como reza el artículo 22, sería una lesión grave, mientras que para otros, al no haber en el calificativo de “grave”, esa conducta no sería delito de maltrato. Y si el espíritu de la norma, en concordancia con el de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer que la contiene, al disponer en el tipo penal el término “grave”, es el de prevenir con la amenaza de la sanción o, en su caso, sancionar aquellas conductas gravosas cometidas contra la mujer, la redacción de la norma permite incluir en ella no sólo conductas graves, sino cualquiera que aun sin ser grave, se cometa contra una mujer, en los supuestos del artículo 22 de repetida cita, cuando el tipo penal exige, en uno de los supuestos que contempla (el otro es que la agresión o lesión sean reiteradas), que la agresión o lesión sean graves. Por lo que no cualquier tipo de agresión o lesión entran en el calificativo de “grave” y por tanto, en los supuestos del artículo 22. En la norma cuestionada hay una gradación de conductas, desde las más simples, hasta otras mucho más graves que cabrían en el concepto de “grave” y de esa manera se estaría tratando en la misma norma y bajo la misma categoría, conductas totalmente disímiles, por lo que con esa forma de legislar, se desconocen los principios de determinación precisa de la conducta y de fijación proporcional, adecuada y razonable de la sanción. Hay que excluir del tipo penal la lesión a la salud mental, porque la norma habla de agresión o lesión físicas. Esa amplitud de conductas y la indeterminación, se agrandan, cuando la norma incluye, junto al término “lesión”, el de “agresión”, ambos delimitados en tipos penales distintos en el Código Penal. No se describe en la norma qué es agresión, por lo que caben dos interpretaciones: una que se contemplan y, por tanto, se remite, a los tipos de agresión ya existentes en el Código Penal, que son los de agresión con armas en su modalidad de simple, la cometida bajo los supuestos del homicidio agravado, bajo los supuestos del homicidio especialmente atenuado y la agresión calificada y si todas esas formas de agresión son delito de maltrato cuando se cometen contra una mujer, en los supuestos del artículo 22, el vicio de constitucionalidad es evidente, por cuanto, de nuevo, una multiplicidad de conductas diferentes se tratan en la misma norma, de la misma manera y con la misma sanción. Y si no se trata de la agresión del Código Penal, sino de la agresión según el sentido lato de la palabra, conforme aparece en el diccionario, es agresión acometer o arremeter contra alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño, con lo que acciones como “matar” y “lesionar”, previstas en tipos penales diferentes (femicidio y maltrato), se tratan como delitos de la misma naturaleza y con la misma pena. Con lo que la norma, lejos de darle una mayor protección a la mujer, deja abierta la posibilidad de que las autoridades judiciales califiquen y sancionen como agresión, según la Ley de Penalización,*



conductas que conforme al Código Penal y la misma Ley de Penalización, tienen un trato más severo. El tipo penal del artículo 22 lo que sanciona es el maltrato físico; el homicidio, o en el caso de la mujer, el femicidio, está previsto en otra norma y con penas mucho más altas. No se puede determinar de forma clara, entonces, si el tipo penal usa los términos agresión y lesión como sinónimos, o como conductas diferenciadas. Y la no correcta construcción de la norma permite diferentes interpretaciones de la misma y, por tanto, diferentes ámbitos de aplicación, como en el caso citado y ello sólo produce inseguridad jurídica, cuando el principio de legalidad se ha establecido como derecho fundamental, precisamente para resguardar ese principio. Está claro, entonces, que no basta utilizar palabras cuyo sentido luego se obtenga del diccionario. Como está claro, también, que en el tipo penal en estudio no se determina, de forma precisa, exacta y estricta, como lo exige el principio de legalidad penal, qué es agresión o lesión. Pero aun hay más, bastaría una sola de esas conductas para tener como realizado el tipo penal, pues el que haya reiteración no va de la mano con que la agresión o lesión sean graves, ya que se dispone en la norma que debe tratarse de una agresión o lesión, grave “o” reiterada. Si se trata de una “o” disyuntiva”, hay delito de maltrato cuando hay agresión o lesión graves, pero también cuando hay agresión o lesión reiteradas. Es decir, que basta un solo acto de agresión o lesión, para que haya delito, pero también cuando hay más de uno, en el caso de la reiteración. Y cuál es el sentido que el tipo penal le da al término “reiterada”. Porque según el sentido de la palabra en el diccionario, “reiterar” es repetir, redoblar, insistir, que sea frecuente, duplicar, que se haga con repetición, varias veces. Entonces “reiteradamente” es que se realice la conducta al menos dos veces (duplicar) o más de dos (varias veces, insistentemente), con lo que se puede producir una confusión para el intérprete al establecer si se está ante un solo hecho punible o ante un concurso material de delitos, de donde recurrir sin más al significado de las palabras en el diccionario no es suficiente para saber cómo y en qué casos resulta aplicable el tipo penal. Eso hace que un juez pueda interpretar, para tener la conducta como “reiterada”, que es suficiente con que ésta se realice en dos ocasiones, y otro juez, que deben ser más de dos, para que se tenga como “reiterada”, y por ello, si la conducta se dio en dos ocasiones, para el primero habría delito, pero para el segundo no, en unos casos se da un solo hecho delictivo, en otros se produce un concurso. Recapitulando: el tipo penal del artículo 22 objeto de esta Acción de Inconstitucionalidad no respeta el principio de tipicidad, de manera que constituya un tipo penal “cerrado” que es el que tiene la cualidad de ser constitucional. Y, por tanto, opuesto al “abierto”, que puede presentar problemas de constitucionalidad, como lo es en el caso de estudio. Desde el punto de vista de la Constitución no puede dejarse en manos del intérprete “llenar” la norma, con el razonamiento que en cada caso se haga de ésta, pues ello

conduciría a permitir la arbitrariedad y el quebranto al principio de seguridad jurídica por violación del principio de legalidad penal, manifestación directa del de seguridad jurídica, como uno de los fines fundamentales del Derecho. Lo dicho no significa que los tipos penales son de individualización mecánica por el juez, sino que la norma debe proveer al intérprete los elementos para establecer de forma precisa el sentido y ámbito de aplicación del tipo penal. Por todas las razones dichas, la norma cuestionada deviene en inconstitucional. La declaratoria que hace la Sala tampoco significa que la violencia física contra la mujer, en la modalidad de lesión o agresión, queda ayuna de protección en tanto las normas cuestionadas sean objeto de modificación por el legislador para ajustarlas al principio de legalidad, pues la legislación penal contempla tipos penales aplicables para esas conductas. Tampoco esta declaratoria supone que la Sala entiende que las conductas previstas en la Ley de Penalización no deben ser delito, como una forma especial de protección para la mujer. Lo que la mayoría de la Sala señala, al reconocer esa inconstitucionalidad, es que para darle ese trato diferenciado, debe hacerse con respeto de las normas constitucionales que protegen el principio de legalidad y su consiguiente de tipicidad penal.”

#### **iv. Tipos creadores de inseguridad jurídica**

“IV.- Sobre el delito de violencia emocional previsto en el artículo 25 de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres. Dicha norma dispone: “ARTÍCULO 25. Violencia emocional.- Será sancionada con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, reiteradamente y de manera pública o privada, insulte, desvalore, ridiculice, avergüence o atemorice a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.”

Este Tribunal, ya se pronunció en relación con esta figura penal, al resolver la consulta legislativa que en su oportunidad se interpuso, indicando que la misma resulta inconstitucional. Se consideró en esa oportunidad:

“II.- Violación al principio de legalidad penal. Artículo 26 “Será sancionada con pena de prisión de

seis meses a dos años, la persona que, reiteradamente y de manera pública o privada, insulte, desvalorice, ridiculice, avergüence o atemorice a una mujer con quien mantenga una relación de poder o confianza.”

*Estiman los consultantes que este artículo roza el principio de tipicidad penal y seguridad jurídica, por cuanto términos como “desvalorizar”, “avergonzar”, “ridiculizar” son conductas abiertas, descripciones sujetas a valoraciones de naturaleza cultural y afectivas, que no contienen en su determinación conceptual parámetros de claridad y objetividad, son constitutivos de tipos penales abiertos e indeterminados que crean una gran incerteza jurídica en su aplicación. Igualmente se consulta a la Sala si este artículo violenta el principio de seguridad jurídica, por cuanto se observa que la conducta reprimida con cárcel puede ser ejercida “de manera pública o privada”. En relación con la conducta de manera privada, se pregunta ¿de que forma se podría demostrar una violencia emocional, cuál será el tipo de prueba por aportarse, siendo que la privacidad remite a un ámbito de intimidad de la persona?. Los alegatos planteados son de recibo, efectivamente los términos “insulte, desvalorice, ridiculice, avergüence o atemorice”, son de contenido muy variado, que merece precisarse para cumplir con la función de garantía de la tipicidad. La mayor o menor sensibilidad de una persona puede conllevar que alguna frase meramente mortificante sienta que le desvaloriza, ridiculiza o avergüenza, y si esa conducta resulta constitutiva de delito aún sea dicha en privado, es posible llegar a interpretar que lo que se pretende reprimir es cualquier hecho, aún sin importancia, que simplemente perturbe a la mujer en cuando a su tranquilidad o conciencia con actos como los señalados. Todo lo dicho en relación con la necesidad de especificar debidamente las conductas constitutivas de delito, según lo apuntado al analizar el artículo 3 del proyecto, es válido para fundar la conclusión de que este artículo es inconstitucional.” (Sentencia 2005-01800 de las dieciséis horas veinte minutos del veintitrés de febrero del dos mil cinco).*

*Es cierto que todas las palabras tienen su significado en el diccionario, ya se ha dicho en esta sentencia. Pero ello no significa que su utilización sea “per se” legítima en un tipo penal, para hacer de éste un tipo cerrado. Y ello confirma que la labor legislativa de crear tipos penales a través de una ley ordinaria, no es tarea fácil y que no es suficiente con incluir palabras cuyo sentido luego el intérprete se limite a buscar en el diccionario, para aplicarlos, para que esa labor sea conforme al principio de legalidad penal. Todas las normas jurídicas, tanto las de naturaleza penal, como las de*



*cualquier otra, utilizan términos generales, porque es una característica de la ley ordinaria el ser general y abstracta. Y por ello la Ley de Penalización, en los tipos penales cuestionados, usa términos de la misma generalidad y abstracción que los que se contemplan en otros tipos penales. Porque no es sino cuando la norma se aplica que los términos se individualizan. Pero en cada tipo penal debe asegurarse que la conducta esté descrita en todos sus elementos, de manera que quien la lea pueda saber con certeza, qué conducta se prevé y así sepa a qué atenerse, elemento subjetivo del principio de Seguridad Jurídica, que es la certeza jurídica). Así, por ejemplo, los tipos penales del homicidio y de la estafa. Sin embargo, en el caso del delito de homicidio, en cualquiera de sus modalidades, el verbo descriptor de la conducta delictiva es “matar”, pero matar es un concepto de significado inequívoco y es posible establecer, con claridad meridiana, qué es matar. Lo que pueda ofrecer variedad, pero no duda, son los medios que se utilizan, pero el resultado es el mismo: “matar”. Y en el caso del delito de estafa, que tipifica la conducta de “engañar”, la norma delimita, también con claridad, qué es estafar, ya que la acción de engañar, para ser estafa, debe ir dirigida a inducir a error a la víctima, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos y deben ser utilizados para obtener un beneficio patrimonial para quien despliega esa conducta o para un tercero, beneficio que, además, debe ser antijurídico. Pero todavía se requiere un elemento adicional, se debe dar una lesión al patrimonio ajeno. Y todos esos elementos descritos están indicados de forma expresa en el tipo penal de la estafa. O sea, que no cualquier engaño, es estafa, según el Código Penal, aun cuando pueda obtenerse del diccionario el sentido de la palabra “engañar” (inducir a alguien a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas). En el artículo 25 de la Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, se sanciona como violencia emocional al que reiteradamente y de manera pública o privada, insulte, desvalorice, ridiculice, avergüence o atemorice a una mujer con quien mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. En este tipo penal sí se requiere que la conducta, siempre, sea reiterada. La Sala repite para este artículo lo dicho respecto al uso del término “reiteradamente”, en el artículo 22. Es decir, si se entiende “reiteradamente” como que bastan dos conductas (duplicar), o si se requieren más de dos (varias veces, insistentemente), para que se de este delito, para que sea uno o un concurso material. Y ello es importante, porque supone una variación en la imposición de la pena, porque si se trata de un solo delito, se aplica la pena prevista en la norma, de 6 meses a dos años; pero si se trata de un concurso material, según las reglas legales que lo rigen, se deben sumar las penas de cada delito, sin que se exceda del triple de la mayor, y, por ello, la pena sería superior. Otra cuestión es que tal y como está redactada la norma, sería delito de violencia emocional*



*realizar alguna o todas las conductas del tipo penal al menos dos veces, pero también si se ha hecho muchas más veces, dándole el mismo tratamiento a las dos situaciones, cuando es innegable que en caso de que se realicen contra la mujer todas las conductas que se citan o en multiplicidad de ocasiones, la afectación que debe producirse en ella es mucho mayor. Puede decirse que para ello están los extremos, menor y mayor de la pena que contempla el tipo, pero quedan subsistentes los problemas apuntados más arriba, porque para conductas diferentes, se contemplan los mismos extremos de pena. Además de ser reiterada, la conducta debe ser realizada de forma pública o privada. En el caso de la violencia emocional, si hay testigos, pues entonces ya no sería de forma privada, sino pública, si es que se entiende que de forma privada es que el acto violento se dé exclusivamente entre el hombre y la mujer. Y no se desconoce que la mayor incidencia de violencia se produce dentro del ámbito privado, del hombre con la mujer. Pero se requieren elementos externos y objetivos que permitan probar la ocurrencia de las conductas. Y ello, se repite, por razones de justicia y legalidad que son aplicables a todos los ciudadanos. Una sanción penal sólo puede imponerse, como reza el artículo 39 constitucional, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. En el caso de la doctrina sentada por la Sala Tercera y avalada por la Sala Constitucional, de los delitos sexuales, puede haber una sentencia condenatoria del agresor, basándose como prueba de cargo en la declaración de la víctima; es decir, que se le puede dar el calificativo de prueba de cargo a su deposición como víctima. No se desconoce que las conductas descritas en el tipo penal constituyen actos reprobables, pues la degradación, la humillación, ridiculizar las necesidades y logros de una mujer, afectar su estabilidad emocional o espiritual, disminuir su propia estima y el causarle perturbación, son consecuencias de los actos dañosos que deben ser tratados y no se dice que no deban serlo desde la órbita penal, pero encuadrar las conductas en un tipo penal, debe hacerse, ya se ha dicho, de forma que se respete el principio de tipicidad, integrado en el de legalidad penal. La resolución 49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud, proclama que la violencia contra la mujer es un tema de Salud Pública y de Derechos Humanos y que atraviesa la esfera de lo privado a lo público y, por tanto, debe estarse atento a su detección, para tratarla. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala, en el artículo 12, que toda persona tiene derecho a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara la importancia de la igualdad de derechos de hombres y mujeres; La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, proclama, en el artículo 26, la no discriminación de la mujer en todas las áreas. La Convención de Belem do Pará proclama que la violencia contra la*



*mujer es una ofensa a la dignidad humana y en su artículo 4 señala el derecho que éstas tienen a que se respete su integridad psicológica, así como la Declaración de Beijing insta a los Estados a tomar medidas eficaces contra las violaciones a los derechos humanos de las mujeres. Y como se ha declarado, la violencia doméstica es la expresión más radical de la violencia contra la mujer, producto, para algunos, de una posición de subordinación culturalmente asignada. De manera que la Sala tampoco desconoce que la violencia emocional debe ser atajada, que afecta la construcción de la identidad de la mujer y que puede llegar a producir consecuencias, incluso, gravísimas sobre ella, como los trastornos del ánimo, las depresiones severas, los trastornos obsesivos compulsivos, los trastornos de pánico, en la conducta alimentaria, en el sueño, la existencia de episodios sicóticos, el miedo, la ansiedad, los sentimientos de vergüenza, las conductas extremadamente dependientes, incluso, el suicidio, como lo indican los expertos en el área de este tipo de violencia. Y precisamente por ello es que una de las cuestiones más difíciles con la que se enfrenta el sistema judicial en los casos de violencia de género, en la modalidad de violencia emocional, es la prueba de los hechos que constituyen la misma. La mayor dificultad estriba en evaluar, interpretar y explicar la violencia emocional, por lo que los profesionales que realizan los peritajes psicológicos deben contar con unas características mínimas en cuanto a formación y experiencia se refiere, a efectos de completar el protocolo de evaluación psicológica. Porque las acciones descritas en el tipo penal, para constituir el delito de violencia emocional, deben causar un perjuicio a la mujer, el descrédito o menosprecio a su dignidad como persona. El tipo penal se titula “violencia emocional”, no “insultos” u “ofensas”; por tanto, el bien jurídico que se pretende proteger es la estabilidad y normal desarrollo emocional de la mujer. Así, por ejemplo, no cualquier expresión puede calificarse de insulto y constituir el delito de violencia emocional. Porque la sanción penal, y dentro de ella, la prisión, es la forma más grave de intervención del Estado en los derechos de las personas, por lo que solamente aquellas conductas de relevancia constitucional, deben ser consideradas como delictivas. Es el Derecho Penal como “última ratio”, el cual, conforme al principio de subsidiariedad, se aplica únicamente cuando otros sectores del ordenamiento jurídico no resultan eficientes para la defensa y protección de los derechos de los ciudadanos. Sólo porque la víctima así lo considera, o el juez lo aprecia, no puede aceptarse que una conducta ridiculiza, atemoriza, desvaloriza o insulta, y, por tanto, es delito de violencia emocional, porque para que lo sea, debe causar una afectación emocional, perjudicar o perturbar el sano desarrollo de la víctima. Así se previene que en cada caso quede al arbitrio de la víctima, del ofensor y de las autoridades judiciales (fiscal, juez), establecer cuándo hay violencia emocional, porque lo que para una mujer puede serlo, el juez puede valorar que no es así, que se trata de una visión exagerada de la mujer, mientras que al*

*exigirse la causación del daño o afectación emocional, se cuenta con un elemento objetivo, indubitable, de que la conducta desplegada por el ofensor, es efectivamente delito de violencia emocional. De manera que no basta citar los términos que reflejen conductas que puedan constituir violencia emocional, para que sean delito, pues, en todo caso, estos son los modos a través de los cuales se ejerce la conducta; debe incluirse y así indicarse de forma expresa en la misma norma, que esas conductas deben causar una afectación emocional a la víctima. Por ello es que en el tipo penal del artículo 25, se exige que la conducta, para que sea violencia emocional, debe ser reiterada (con las observaciones que se han hecho al uso de este término). Y esa exigencia de causación de un daño emocional se contempla en las normas más elevadas de protección a la mujer, como se lee en el artículo 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en el que se declara que la violencia emocional debe dar tener como resultado un daño psicológico en la mujer.”*

*V.- Conclusión.- De conformidad con lo expuesto, considera este Tribunal que las normas cuestionadas lesionan los principios de tipicidad y legalidad criminal y en ese sentido, procede declarar con lugar la acción.”*

### **3. JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS PENALES**

#### ***a) Necesaria lesividad de la conducta que justifique la prohibición jurídico penal.***

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]<sup>4</sup>

*”III.- Sobre el principio de ofensividad o lesividad como límite del poder punitivo del Estado. Importancia del bien jurídico.*

*El principio constitucional de ofensividad o lesividad exige que no haya delito sin puesta en peligro de un bien jurídico (“nullum crimen sine injuria”). La protección de bienes jurídicos se reputa en las sociedades democráticas como la justificación de las prohibiciones penales, constituyéndose esta finalidad en un verdadero límite al poder punitivo estatal. Dicho principio deriva de lo dispuesto en los artículos 1, 20, 28 y 39 de la Constitución Política, los cuales, por su orden establecen:*

*Artículo 1.- “Costa Rica es una República democrática, libre e independiente.”*

*Artículo 20.- “Toda persona es libre en la República, quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava.”*

*Artículo 28.- “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.*

*Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.*

*No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.”*

*Artículo 39.- “A nadie se le 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 (...).”*

*Con sustento en este marco normativo, es claro que una teoría del delito acorde con la Constitución, sólo puede partir del interés de la protección del bien jurídico; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de la protección de un bien. Para poder configurar una conducta como delito, no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la convivencia social. Ciertamente, la decisión de cuáles bienes jurídicos han de ser tutelados por el derecho penal, es de carácter político; no obstante, dentro de un sistema democrático como el que consagra la Constitución, en donde se pretende realizar el ideal de una sociedad libre e igualitaria, las intromisiones en el ámbito de libertad de las personas, han de ser las estrictamente necesarias para hacer efectivas las libertades y derechos de los ciudadanos, y sobre todo, han de atender al principio de proporcionalidad. Lo anterior por cuanto, la existencia del*



*derecho penal implica a su vez la existencia de la estructura carcelaria, que apareja la más grave restricción a la libertad humana; libertad, que el Estado paradójicamente, debe garantizar y proteger. El legislador debe seleccionar de entre todas las posibles conductas antijurídicas solamente algunas, aquellas que afectan en forma importante bienes jurídicos de trascendencia para la convivencia social y en las que no exista otro medio de solución más efectivo y menos lesivo de los derechos fundamentales de las personas. Sólo en la protección de bienes jurídicos esenciales para la convivencia puede encontrar justificación la intervención punitiva del Estado, siempre dentro de los límites que los principios de proporcionalidad y razonabilidad imponen. Al respecto, ha señalado este Tribunal: "Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el "para qué" del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición."*

### ***i. El bien jurídico como fundamento del tipo penal***

*“IV. La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1 constitucional, que reza: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente"; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho. V. El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: "Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" -Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero". Las implicaciones que el citado*



*fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional." (Sentencia 1996-06410 de las quince horas doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis y 1996-07034 de las nueve horas treinta y nueve minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis).*

***De lo expuesto se extrae que, atendiendo al principio de lesividad, la afectación (peligro o lesión) a un bien jurídico es una condición necesaria –aunque no suficiente- para justificar la existencia de una prohibición jurídico penal.***

*IV.- Sobre la constitucionalidad de los delitos de peligro.*

*Ahora bien, a pesar de que es cierto que toda conducta penalizada ha de tener como objetivo la protección de un bien jurídico determinado, el legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales conforme considere se adaptan mejor a la naturaleza del bien que se pretende tutelar y de acuerdo con los fines que le ha asignado a la pena y al derecho penal en general. La doctrina dominante ha distinguido entre delitos de lesión y de peligro, atendiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico. En los delitos de lesión se exige para la tipicidad del hecho la producción de la afectación del bien jurídico o del objeto que lo representa, mientras que en los de peligro no se exige ese efecto, produciéndose un adelantamiento de la protección del bien a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión. La delimitación entre una y otra clase de delitos puede ofrecer dificultad frente a figuras delictivas concretas. Así, en los delitos en los que se tutelan bienes colectivos como la salud pública, la seguridad del tráfico, etc.; si se considera la afectación que las*

conductas suponen para el bien jurídico colectivo, pueden tenerse como delitos de lesión; sin embargo, frente a los bienes jurídicos individuales, sólo suponen un peligro. La diferenciación entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, tampoco es fácil en algunos casos, ya que en ambos se requiere un desvalor de acción, mientras que sólo los delitos de peligro concreto exigen un verdadero desvalor del resultado, que consiste precisamente en esa concreta puesta en peligro. Según la opinión doctrinal mayoritaria, los delitos de peligro abstracto sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. El legislador selecciona formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico correspondiente, sin que deba establecerse en cada caso particular, la concreta puesta en peligro del objeto de la acción o del bien jurídico protegido en la norma. No se exige una efectiva puesta en peligro –juzgada ex post- para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido, aunque sí que la realización de ese comportamiento suponga –desde una perspectiva ex ante- un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico. En los delitos de peligro concreto, el peligro sí constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar consumado el delito, el juez ha de comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado causalmente y objetivamente imputable a ésta.”

## **ii. Constitucionalidad los tipos previstos en la Ley de Psicotrópicos como fundamento del bien jurídico salud pública**

“V.- Inexistencia de violación al principio de lesividad.

El bien jurídico protegido por la Ley de Psicotrópicos está constituido por la salud pública. Se trata de un bien jurídico colectivo o supraindividual, cuya titularidad no recae en una persona sino que es compartida por todos los ciudadanos o, al menos, por una colectividad de personas, con independencia de que esa protección sirva individualmente a cada uno de ellos para lograr su pleno desarrollo como individuo. El principio de lesividad no se determina por la lesión ni inmediata ni directa a la salud individual -aunque sí de forma mediata o indirecta- sino que se vincula con la



peligrosidad y gravedad de las conductas susceptibles de afectar la salud de un número indeterminado de personas. **Puede admitirse en cierto modo una relación de progresividad, de manera que lo decisivo es el menoscabo a la salud colectiva, en cuanto bien social, y no la posible lesión a la salud individual.** Muchas de las conductas punitivas establecidas en esa Ley son de peligro abstracto, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte: "... Es posible distinguir, con la doctrina, entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, tomando como punto de partida para la distinción la mayor o menor probabilidad de producción de un resultado lesivo. En los delitos de peligro abstracto, como los que están incluidos en la Ley de Psicotrópicos, se considera que el peligro se presenta con la realización de la conducta delictiva descrita en el tipo, y de ahí que, en estos casos, no sea necesario acudir a un análisis acerca de si en el caso concreto hubo o no peligro de lesión al bien jurídico tutelado, pues en tales hipótesis el riesgo está implícito en la acción desplegada. En cambio, en los delitos de peligro concreto, resulta necesario analizar en cada caso, y, por supuesto, probar fehacientemente, si la acción desplegada fue idónea para causar un determinado peligro. Tanto en los delitos de peligro concreto como en los de peligro abstracto existe una tendencia legislativa a producir una reacción penal en un área contingente a la lesión efectiva del bien jurídico, la cual se explica por razones de una "política criminal del riesgo" que ha permeado profundamente la reforma penal de la posguerra, caracterizada por una tendencia a producir tutela penal en aquellas áreas donde se generan riesgos importantes a la convivencia, como en el caso de los modernos desarrollos del así llamado "derecho penal ecológico". El legislador costarricense ha seguido en la legislación contra el tráfico de estupefacientes las líneas generales de esta política criminal, y ha decidido que estos delitos se castiguen aún en aquellos casos en que no se ha producido un efectivo o concreto peligro para la Salud Pública, bastando la realización de alguno de los verbos -incluidos también en las frecuentes descripciones de tipos penales mixtos- alternativos del derecho comparado- para que se tenga por configurada la conducta típica. Esto es así, por cuanto no se ha aceptado admitir que se tengan que producir efectivas lesiones a la Salud Pública para castigar este tipo de conductas humanas cuya trascendencia social es insoslayable por los efectos que tienen." (Sentencia número 1999-00010 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del siete de enero de mil novecientos noventa y nueve).

Claro está, el peligro abstracto en virtud del principio de lesividad, no puede entenderse como un peligro "presunto", como una mera inobservancia de reglas, sino que debe existir una potencialidad

*de daño, lo cual debe ser valorado por el aplicador de la norma en cada caso concreto. Ello por cuanto, conforme se señaló, la intervención del derecho penal para regular la convivencia social en un estado democrático, sólo puede justificarse en cuanto tienda a la protección de bienes jurídicos considerados relevantes. La acción prevista en la norma cuestionada, resulta peligrosa para el bien jurídico protegido (salud pública) dado que se trata de la posesión de drogas, sustancias o productos para cualesquiera de los fines expresados en el primer párrafo (distribución, comercialización, suministro, fabricación, etc.). Si bien es cierto, existe una esfera de libertad en la que el Estado no puede intervenir, sin duda alguna en la especie se está frente a conductas que sí son susceptibles de afectar tanto los derechos de terceros como el orden público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política. En consecuencia, procede rechazar por el fondo la acción en cuanto a ese extremo."*

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

- 1 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y cincuenta y cuatro minutos del veinticuatro de marzo del dos mil nueve. Resolución No. 2009-004957.
- 2 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y cincuenta y uno minutos del veinte de Mayo del dos mil nueve. Resolución No. 2009-008285.
- 3 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas cincuenta y tres minutos del quince de octubre del dos mil ocho. Resolución No. 2008-15447.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas y dieciséis minutos del veinticinco de julio del dos mil ocho. Resolución No. 2008-011623.