



En este momento se publica en el  
de la Universidad de Costa Rica  
la obra de Henry Issa El Khoury  
que forma parte de la colección  
de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Costa Rica

NOTAS ACLARATORIAS PARA EL ESTUDIO DEL  
DERECHO PENAL ESPECIAL

Prof. Henry Issa El Khoury  
Facultad de Derecho Universidad  
de Costa Rica

La obra de Henry Issa El Khoury  
que forma parte de la colección  
de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Costa Rica  
se publica en el momento  
de la publicación de la obra  
de la Universidad de Costa Rica  
de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Costa Rica



REV156023

SUMARIO:

### INTRODUCCION

*Primera parte:* Aclaración de los conceptos.

- I. El derecho penal especial.
- II. El tipo penal.
- III. La legalidad criminal.

*Segunda parte:* La observación del tipo objetivo (tipicidad legal).

- I. Acción prohibida/Acción descrita.
- II. El sujeto activo.
- III. Elementos accesorios del verbo.
- IV. Objeto material.
- V. Elementos normativos.

### BIBLIOGRAFIA

### INTRODUCCION.

La distinción que se hace entre derecho penal general y derecho penal especial, de corte meramente académico (y producto, en nuestro criterio, de una visión reduccionista de la división de los códigos penales en una parte general y otra especial), se presta para que ambas disciplinas sean observadas como entes absolutamente distintos e independientes, dejando de lado su consideración como conceptos complementarios, aspecto fundamental si se quiere tener una visión de conjunto de lo que es el derecho penal de un territorio particular (derecho penal costarricense, por ejemplo).

En este trabajo se parte de la idea de que no es posible concebir el estudio de los delitos (tipos) en particular —que es el objeto de estudio del derecho penal especial—, sin un claro fundamento de la teoría del delito y de las bases generales sobre las que se asienta el derecho penal —derecho penal general—. Esta noción motiva y fundamenta el trabajo que presentamos, el cual pretende apuntalar los conceptos sobre los que se apoya el estudio de los delitos en particular y, también, señalar los elementos que deben ser observados en el tipo objetivo para poder lograr no sólo una visión integral de cada descripción particular, en relación con sus componentes, sino también su dimensión de instrumento señalador de las conductas penalmente conminadas.

De esta manera, el trabajo se monta sobre los siguientes supuestos, que implícita o explícitamente aparecen en el texto:

1. El derecho penal costarricense es un derecho penal republicano, según se desprende del texto de nuestra constitución política. Como tal, es un orden discontinuo de ilicitudes —en terminología de Rodríguez Devesa—, en el tanto en que sólo deberán estar penalmente conminadas —dentro de un marco racional y por interpretación del artículo 28, en relación con el 39, ambos de la Constitución—, aquellas conductas que la necesidad colectiva considere como altamente lesivas a los intereses comunes; por eso sólo la conducta humana que encuadre en una previamente descrita y penalmente conminada puede ser merecedora de sanción penal.

2. Un derecho penal que se monte sobre bases de racionalidad y de consideración de la necesidad como fundamento y límite de la prohibición, no puede prescindir de la noción de bien jurídico; por tanto, no hay delito si no se viola o pone en real peligro un bien jurídico racional, legalmente tutelado.

3. El derecho penal es un derecho que sanciona conductas humanas reales, para lo cual describe acciones que sean realizables y no meras proposiciones ideales, utópicas. Cabe aclarar: no creemos posible que pueda ser considerada como ley penal, aunque esta provenga con todas sus formalidades del aparato legislativo, una disposición que regule absurdos u ordene o prohíba conductas que los sujetos medios normales no estén, por su estructura biológica o psíquica, capacitados para llevar a cabo.

4. El tipo penal es la ocasión mediante la cual se manifiesta la prohibición y, a la vez, su límite: Si el Estado costarricense ha aceptado como principio constitucional el de Legalidad Criminal (Artículo 39 de la Constitución), toda descripción penal es el límite judicial para la aplicación de la sanción penal y, al mismo tiempo, el único medio que tiene el ciudadano para conocer las conductas prohibidas y penalmente conminadas.

5. La distinción de corte didáctico entre tipo sistemático y tipo garantía no puede llevarnos a observar como dos entes diferentes uno mismo: el estudio del delito no es sólo el conocimiento a profundidad de los elementos de la descripción penal (tipo sistemático); también es necesario investigar la técnica legislativa de la descripción para conocer si la conducta descrita está claramente delimitada y lo prohibido nítidamente enunciado (tipo garantía). Si un estudio del tipo sistemático resulta fundamental para saber qué es un delito —lato sensu— determinado (no sabremos lo que es el delito de estafa, por ejemplo, hasta que no conozcamos el valor real/legal de cada palabra), no menos importante es conocer a fondo cuál es la prohibición y cuál es su límite, único medio, por lo demás, de poder detectar el bien jurídico tutelado.

#### PRIMERA PARTE: Aclaración de los conceptos.

##### I. El Derecho Penal Especial:

El Derecho Penal Especial es el estudio de los delitos en particular. Para ser aceptado, este concepto exige una doble aclaración que atiende, por una parte, a su alcance y, por otra, al concepto de delito utilizado.

A. Primeramente, al mencionar los delitos en particular como objeto del Derecho Penal Especial, debe precisarse que en Costa Rica este objeto no se agota con el análisis de los tipos del libro Segundo del Código Penal vigente, aunque tradicionalmente se haya tenido como única fuente de análisis, al menos en las universidades (por lo menos

eso es lo que se desprende de los programas que de la materia existen en las facultades de derecho que funcionan en Costa Rica). Este hecho no puede ser justificado de ninguna manera, aunque históricamente ha sido reiterado. Quizá en otros momentos pudiera haberse explicado, ya que las prohibiciones fundamentales para las necesidades de vida y convivencia del costarricense se encontraban allí plasmadas. Eso no vamos a juzgarlo aquí. Lo cierto es que en la actualidad sostener tal posición implica dejar por fuera del análisis técnico académico una serie de prohibiciones de gran importancia para nuestra vida y desarrollo ciudadanos.

Permítasenos acá una digresión: Si pensamos que el Derecho Penal debe ser —debe esforzarse por ser y esforzarnos para que lo sea— un reflejo claro de la necesidad del grupo social, que tiende a llevar un proyecto en común, en un momento histórico determinado, nos damos cuenta que la evolución que ha tenido Costa Rica en los últimos diez años justifica lo expuesto en el párrafo anterior. Entre muchos otros, dos factores de cambio nos hacen pensar que una parte importante de la producción legislativo-penal se encuentra fuera del Código: De un lado, a partir de la llamada "situación económica" del estado administrador se ha generado la regulación masiva de ciertas conductas cuya descripción, penalmente conminada, se encuentra en leyes especiales y no en el Código Penal; por otro lado, los avatares de la lucha entre las superpotencias (con algunos otros factores que no es pertinente analizar acá, como el negocio de la guerra), han puesto a Costa Rica a la mira de pluralidad de intereses y han provocado cambios en las estructuras sociales, económicas y políticas; estos cambios se ven reflejados en la propia legislación incluida, lógicamente, la penal. Así, es notoria la tendencia de crear tipos penales dentro de las leyes no penales, con lo cual se están señalando nuevas zonas de prohibición (que tal vez el legislador no se ha puesto a meditar si responden a criterios socialmente válidos).

Para respaldar lo dicho existen una serie de ejemplos. Si se utiliza un criterio meramente estadístico, podemos observar cómo ciertas figuras penales, contenidos en leyes especiales, se encuentran —por la frecuencia— a la par de muchas de las contenidas en el C.P. Entre otras véanse la Ley de Protección al Consumidor, las leyes de La Monedera y la Orgánica del Banco Central. Si, además, utilizamos un criterio de bien jurídico, encontraremos la importancia de algunos tipos de la Ley General de Salud y de las leyes que regulan aspectos del sistema ecológico —para poner sólo dos ejemplos— que no se comparan en importancia con las zonas protegidas por la parte especial del C.P. (v.g. delitos contra el honor, o la sección del duelo).

De lo dicho podemos concluir que el Derecho Penal Especial no es sólo el estudio de los tipos penales que componen el Código Penal sino de los tipos penales que conforman el Ordenamiento Jurídico Costarricense.

B. Debemos aclarar ahora sobre el término delito utilizado en la definición. Hablamos aquí de delito "lato sensu", es decir, nos referimos a descripciones legislativas y no a injustos reprochables, entre otras razones porque hablar de delito en sentido estricto obliga a referirse a juicios de valor —de disvalor, en todo caso— en relación con una conducta humana particular: juicio de antijuridicidad; igual sucede en el caso del juicio reprochabilidad, en donde se observa la relación del sujeto con su acto antijurídico (y típico): se constata si al sujeto actuante puede o no reprochársele el acto realizado, vistas sus capacidades intelectivas y volitivas, en relación con aquella parte del ordenamiento que conmina penalmente conductas humanas socialmente no deseables (a juicio del legislador).

C. Además de lo dicho en el punto anterior, es necesario hacer otra precisión sobre el término delito utilizado en la definición. Si afirmamos que el derecho penal especial tiene como objeto de estudio, según se desprende de lo que hemos venido mencionando, descripciones legislativas con sanción penal, es necesario manifestar —aunque pudiera parecer obvio— que dentro de ese objeto están contenidas las tipificaciones contravencionales. Tradicionalmente esta categoría de descripciones penales —un poco de segunda, a juzgar por la técnica de su descripción— no han sido incluidas en estudios ni en programas referentes al derecho penal especial, a pesar de que son tan delitos como los del libro segundo varias veces citado.

La observación anterior la hacemos con la base constitucional que nos da el art. 39 de ese cuerpo normativo, artículo que señala como presupuesto para imponer sanciones penales, no solo al delito —doloso o culposo— sino también a la contravención, a la que denomina falta.

No pretendemos extendernos sobre el tema, pero si aclarar que la única diferencia existente entre los conceptos delito y contravención es meramente de colocación legislativa, si atendemos al Código Penal y de tratamiento procedimental, ya que ni siquiera podemos aludir como diferencias entre ambos conceptos, aspectos tales como clase o monto de la sanción penal, objetos de protección o destinatarios de la prohibición que describen<sup>(1)</sup>.

Así entonces, retomando la conclusión del punto A, el derecho penal especial tiene como objeto de estudio cualquier conducta que previamente haya sido penalmente incriminada.

(1) No obstante lo dicho, es de notar como las contravenciones dentro de los sistemas penales latinoamericanos son uno de los mejores instrumentos no sólo de selección y de control social, sino de actuación de la policía administrativa en el ejercicio de una especie de "moral policial".

## II. El tipo penal:

Las descripciones penales son, pues, el objeto de estudio del Derecho Penal Especial, luego es necesario saber más acerca de ellas. El nombre tipo, alude en derecho penal a descripciones de conductas que llevan aparejada una sanción. Las descripciones lo son en lenguaje aseverativo; dicen, predicán, señalan un comportamiento probable y posible, especie de arquetipo (no en vano la palabra tipo significa en griego modelo) de conductas. Esta modalidad de presentación de las conductas probables, a veces nos impide observar claramente el origen mismo de la descripción: lógicamente por razones de economía legislativa es mejor decir sólo la acción a castigar, que mencionar su antecedente normativo y fáctico.

Sería engorroso señalar "La vida es un bien preciado altamente por el grupo o comunidad, por tanto esta debe ser inviolable, en nuestro territorio, así quien haya dado muerte a una persona será sancionado con x a z años de prisión", cuando fácilmente se puede decir el texto de 111 del Código Penal costarricense pero no es común que entendamos, cuando leemos el 111 citado, lo que recién hemos mencionado como antecedente normativo y generador de tal descripción; es decir, comúnmente no pensamos cuando leemos la conducta típica, en la norma que todo tipo supone y en el bien jurídico, objeto de existencia y origen mismo de la norma.

Nótese que de lo anterior se desprende que estamos partiendo de un concepto de tipo, en el cual va implícito el conocimiento de la norma y del bien jurídico, no porque estos sean parte de la descripción, sino porque sólo pueden ser observados por la descripción.

Así, un análisis o estudio de derecho penal especial necesariamente implica un estudio no sólo de los elementos de la figura y su valor, sino también una búsqueda de la norma antecedente y del objeto mismo de la protección, o bien jurídico. Pero allí no se agota al estudio, ya que es necesario, a la vez, observar a la descripción en concordancia con las reglas constitucionales de la legalidad criminal.

A raíz de la existencia de una disposición como la que contempla el art. 39 de la Constitución ("A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionadas por ley anterior.") nuestro derecho penal —sin calificativo alguno de general o especial— se convierte en un derecho penal democrático-liberal, en la medida en que exige que toda prohibición penalmente incriminada deba ser de previo señalada por una ley (requisito previo para la existencia del delito, "cuasi-delito" o "falta", mencionado por el 39 dicho) y en la medida en que a partir del párrafo segundo de 28 constitucional, las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley.

De esta manera, en el estudio de la acción delictuosa, el binomio tipo/tipicidad adquiere fundamental importancia; el tipo como el instrumento por medio del cual se manifiesta la prohibición; y la tipicidad como la característica de una acción humana de haberse adecuado formal y penalmente al tipo.

Comúnmente se hace la distinción entre tipo sistemático y tipo garantía. Esta no es una diferenciación que atienda a la esencia de la descripción sino a sus funciones. No significa sino que el tipo penal pueda ser observado en su particularidad de ser instrumento legal de garantía, al servicio del Principio de Legalidad Criminal (tipo garantía), o en su prohibición (que por ello está lógicamente implícita en el tipo) y, también, como una manera de tutelar penalmente bienes valiosos para la colectividad —protegidos por la prohibición y evidenciados por y en la descripción—. Así, el estudio del tipo sistemático no es sino una manera complementaria de observación en el estudio del tipo garantía.

#### A. El estudio del tipo sistemático.

Comúnmente los tipos penales se estudian únicamente con una visión doctrinaria (y en algunos casos jurisprudencial) de sus términos/elementos. Por otra parte se estudia en ellos un "ánimus" que entendemos, claro, como el estudio del dolo de tipo. Estos dos aspectos mencionados constituyen un estudio necesario y de gran valor, en el entendido de que se parte de una base real de análisis; esta base real consiste en indagar el valor de las palabras/elementos con una óptica de realidad, en nuestro caso, costarricense. (Es imposible que en un estudio de Derecho Penal Especial costarricense los elementos normativos culturales, por ejemplo, sean interpretados de acuerdo con el criterio de autores de otras latitudes).

Al mismo tiempo que un examen sobre el valor real de los términos, resulta indispensable inscribir el análisis de los elementos que así lo requieran dentro de un marco histórico particular que nos indique el por qué de la descripción y/o del elemento (interpretación teleológica-histórica) y su actual validez jurídico-cultural.

#### B. Justificación para un estudio del tipo garantía.

"En Derecho Penal las garantías formales del Estado de Derecho se afirman lo más eficazmente posible, porque nada puede amenazar más seriamente la libertad individual que un acto arbitrario de la autoridad que use el poder punitivo como instrumento de poder"<sup>(2)</sup>.

(2) JESCHECK, (H. H.), *Tratado de Derecho Penal*, parte general, Bosch, Barcelona, Trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 1981.

a) Posiblemente no sea necesaria otra motivación, sobre todo en Costa Rica, cuyo sistema está claramente apuntalado por la normativa del 39 constitucional, por cuyo mérito sólo el delito es el presupuesto de la pena y ambos (pena y delito) deben estar contenidos en una ley vigente y anterior al acto real que se quiere someter a sanción penal<sup>(3)</sup>; sin embargo queremos puntualizar acá algunos aspectos de interés: el plantearse como problema la técnica legislativa dentro de un estudio global del tipo es obligado en Costa Rica a causa del artículo constitucional citado y de su derivado natural, la tipicidad de la conducta penalmente sancionada. Los tipos penales deben estar claramente redactados, de tal manera que la conducta a castigar sea clara, precisa y delimitada, para que no se preste a divergentes interpretaciones su aplicación judicial y administrativa. Posiblemente muchas críticas sobre fallos judiciales y muchos desencantos sufridos por denunciantes que ven desestimadas sus denuncias cuando otras similares han prosperado, así como innumerables quejas de ciudadanos —sobre todo de zonas rurales, pero no sólo ahí— acerca de actuaciones arbitrarias de la policía administrativa a la hora de realizar detenciones con base en leyes penales contravencionales, se evitarán con la existencia de descripciones legislativo-penales más precisas. Creemos que detrás de cada crítica existe la pregunta no dicha y que debería plantearse abiertamente: ¿la redacción del tipo es clara o permite equívocos en su lectura?

### III.—*La legalidad criminal.*

La concepción de la legalidad criminal, representada en Costa Rica por el artículo 39 de la Constitución Política, ha sido alcanzada por los diferentes pueblos en momentos históricos distintos y ha sido, igualmente, altamente combatida por personas y por grupos que suponen el ejercicio del poder como un dominio unilateral mantenido, por lo mismo, por la fuerza y no como la guía de una nación hacia una meta común a través de la democracia participativa. Embrión común a todas las luchas a favor de la legalidad criminal es la oposición contra la arbitrariedad en el ejercicio de la justicia represiva. Esta oposición demarca el nacimiento de lo que hoy podemos llamar un Derecho Penal moderno, caracterizado como liberal y como democrático en el tanto en que le señala al poder estatal la necesidad de mostrar con anterior-

(3) De acuerdo con el 39 citado, el término delito es genérico por lo que comprende no sólo el delito propiamente dicho —dolo o culposo— sino también las contravenciones. De esta manera, un estudio de derecho penal especial debe comprender dentro de su objeto las contravenciones y éstas deberán estar sometidas a un tratamiento legislativo en igualdad de condiciones técnicas que los delitos: tipos claros, precisos y delimitados. Es imperioso, por lo dicho, un examen del libro tercero del Código Penal y de las contravenciones existentes en leyes no penales.

ridad, al ciudadano obligado, las conductas sancionables; conductas que implican prohibiciones que por lo demás deberán estar justificadas bajo el rubro de la necesidad: las conductas prohibidas lo son ya que el realizarlas implicará un grave riesgo para los fines de la convivencia organizada. Pero una conducta de esta clase, sólo puede ser sancionada si el Poder Legislativo la ha señalada como sancionable antes de su realización. De esta manera, el asumir el principio de legalidad criminal implica tener muy claramente planteadas la división entre el poder que legisla y el poder que juzga.

Aparece entonces, con la legalidad criminal, un derecho penal cuyo pilar fundamental es la idea de que sólo la ley es la llamada a darle vida al delito y a la sanción penal, con lo que se logra arremeter en contra de la arbitrariedad judicial (claramente retratada en la obra de Beccaria, *De los delitos y de las penas*). Históricamente esta arbitrariedad se evidencia, sobre todo, en la inexistencia de límites dentro de los cuales el juez pueda ejercer su función, hecho que le anexa al poder juzgador la facultad de legislar, pues obliga al juez a señalar, en última instancia cuál es la conducta prohibida. De esta manera, cada sujeto-juez se convierte de hecho en poder legislativo. De esta afirmación deriva un gran riesgo: la interpretación judicial se amplía y de una labor propia de detectar el encuadramiento, se pasa a la labor de decidir si las acciones de un sujeto deben ser punibles o no y así, las carencias, los prejuicios, las creencias, los temores o los credos del juez pueden tener más salida y salida más fácil<sup>(4)</sup>.

El Principio de Legalidad Criminal y su derivado natural, la tipicidad de la conducta que se quiere castigar, al cobrar vigencia en un régimen jurídico, crea una clase de juridicidad penal particular, basada en el respeto a los derechos humanos de todos los habitantes, de conocer previamente cuáles son las zonas de prohibición, que limitan sus actos (en tanto sujetos sociales)<sup>(5)</sup>.

Por medio de este sistema, el legislador —como detentador siempre de paso de un poder que reside en la nación (art. 2, Constitución)—, está obligado a poner en manos del juez modelos de conducta claramente delimitados para que el Juzgador, en la labor de detectar la adecuación típica, pueda tener certeza de cuáles son las prohibiciones que el poder legislativo ha querido demarcar. Esta actitud

(4) Como ejemplo, compárese la resolución dictada por el Juzgado Primero Penal (Caso 80-84 c/Guillermo Gutiérrez Rojas) con la resolución (sentencia) de las 17 hrs. de 10 enero 1984, delito de resistencia, Tribunal Superior Penal Sección I.

(5) Por razones de pertinencia no nos referimos acá al otro problema existente; la regulación, por parte del derecho, de actos que sólo incumbiría a la esfera personal y no al mundo de lo social.

focalizar la adecuación típica  
legislativa posee trascendental importancia en un sistema de derecho penal como el costarricense, en el cual el legislador debe partir de bases reales para describir modelos de conducta; modelos claros, con límites precisos y en los que no existan, hasta donde sea posible, los detalles innecesarios.

c) Nótese cómo la tarea que estamos enunciando toca directamente con el problema de la función judicial. Si una de las funciones fundamentales del juez es la de detectar la adecuación típica, la existencia de un tipo abierto traerá siempre problemas que obstaculizan y tergiversan esa labor.

Sin pretender plantear a fondo un problema que no está a nuestro alcance, sobre todo por razones de la poca experiencia en el ejercicio de la judicatura, quisiéramos hacer algunas consideraciones sobre el tema, a manera de opinión personal:

Del paso del juez silogístico al juez moderno, mucho se ha señalado. El antiguo juez, mero manipulador de sanciones ha pasado a la historia, es cierto, pero el moderno juez no es la contrapartida.

El pensar que el juez contemporáneo no es un mero manipulador de sanciones no nos puede llevar a creer que, como posición reactiva, el juez puede interpretar la norma hasta tal grado que la modifique. De ahí que la doctrina moderna vea con suma precaución la utilización excesiva de elementos normativos.

¿Cuál es la labor del juez para que no sea un mero manipulador mecánico de sanciones? Sabemos que aquí no podemos contestar rotundamente esta pregunta, pero sí podemos señalar que un juez penal se encuentra siempre dentro de los marcos de la legalidad criminal y sus derivados, por lo que su actuación está constreñida a los límites mismos de la ley: la labor creativa del juez — a nuestro juicio, labor muy delicada e importante—, consiste en conocer claramente las circunstancias significativas del caso concreto, esto es, conocer de manera detallada la acción real y detectar si tal acción real encuadra dentro de la acción descrita por el legislador. Lógicamente, esta es una parte de la labor judicial, pues además el juez debe realizar el juicio de reprochabilidad. Nos interesa para lo que comentamos, únicamente la labor de focalizar la adecuación típica. Nótese por tanto, que la importancia de observar las descripciones legislativas en materia penal no se limita al mero cuidado abstracto de que se cumpla con un principio constitucional, sino al problema concreto de la aplicación de la ley penal, pues como lo mencionáramos más adelante, el tipo mal limitado otorga al juez, en última instancia, funciones de legislador, puesto que lo obliga a "declarar" cuál es la conducta que el tipo señala, cuando en realidad su función debería ser la de observar si entre la conducta que el tipo señalada y la conducta humana real existe una relación de identidad. Cuando un Alcalde de faltas y con-

travenciones tiene que juzgar con base en el art. 391, está finalmente decidiendo sobre la conducta prohibida, a nivel de legislador, porque necesariamente tiene, él solo, que decidir qué son "prácticas de brujería", qué es "civilización" o "buenas costumbres"; con lo que la labor de detectar la adecuación típica se amplía a la de decidir si tal o cual actividad será o no práctica de brujería.

SEGUNDA PARTE: La observación del tipo objetivo (tipicidad legal)

Hemos caracterizado al tipo penal, como un instrumento legal que utiliza el poder estatal para prohibir conductas al conminarlas penalmente. Es por lo tanto, un instrumento que evidencia y delimita la prohibición y refleja, por ende, de manera exacta la zona o zonas protegidas, comúnmente llamadas bienes jurídicos.

De esta manera, es conveniente señalar ahora un procedimiento adecuado y eficaz para el análisis de la descripción legislativa de conductas amenazadas con sanción penal. Ya conocemos que el tipo no es algo plano que admite un mero análisis formal de elementos o partes constitutivas, análisis que nos llevaría a reconocer únicamente el valor filosófico o jurisprudencial o doctrinal (o todos o algunos de los términos), pero que dejaría una gran laguna en su conocimiento al impedirnos examinar y reconocer la calidad de la técnica legislativa, observada a la luz del artículo 39 constitucional. Asimismo tampoco constituiría un método idóneo para llevar a cabo la tarea de inducir de manera fácil y certera la norma subyacente y el bien jurídico que todo tipo supone.

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

Es por lo dicho que partimos de la idea de que el estudio de la descripción penal siempre hay que abordarla por partes, de modo que podamos desentrañar el valor semántico de los términos con los cuales se enuncian los elementos acción, sujeto y objeto recién mencionados; ya que la pregunta básica a resolverse será: ¿Qué quiere decir —porque de ahí sabremos qué quiere prohibir u obligar a hacer— el legislador cuando escribe...?

- sujeto activo < <sup>indeterminado</sup> determin - propo

Evidentemente tal cuestionamiento nos remite a las partes integrantes de la descripción penal.

### I.—ACCION PROHIBIDA/ACCION DESCRITA:

Cuando el legislador prohíbe una acción lo que hace es describir la conducta que a su parecer el grupo social no quiere que se realice, por considerarla de un alto valor lesivo para la convivencia organizada en ese momento histórico determinado (bien objeto de tutela jurídica); por lo tanto, para conocer la acción prohibida, lo primero que hay que considerar es el análisis de la acción descrita. Esto nos llevará a conocer la prohibición (norma antepuesta) y, por consiguiente, a identificar el bien jurídico tutelado.

El tipo, hemos dicho, trata de retratar la conducta humana en toda su plasticidad; de ahí que lo primero que debemos hacer es saber si el legislador tuvo cuidado en la escogencia de los verbos utilizados en la descripción penal.

Así, cuando una palabra cualquiera es de significación débil, se presenta como un término polisémico, es decir, con posibilidades polivalentes de sentido; esto nos lleva a concluir que la utilización de esta clase de verbos en los tipos penales dará lugar a descripciones con posibilidad de múltiples interpretaciones.

Supongamos, como ejemplo, una descripción en donde se señala la siguiente conducta: "El que obtenga". Notamos que la utilización de una palabra con la polisemia de "obtener" nos llevaría a castigar inimaginables acciones humanas. Si a la anterior frase agregamos "un provecho patrimonial" como objeto material real de la acción, restamos amplitud a la acción al circunscribir un tanto el enfoque de lo prohibido: ya sabemos que se prohíben las conductas que aluden al patrimonio, y no a cualquier obtener. Sin embargo de no anotar a las anteriores frases el elemento modo "con perjuicio de otro", estaríamos creando un régimen de castigo al lucro.

Así la conducta "el que obtenga un provecho patrimonial con perjuicio de otro", se nos presenta más clara y con más univocidad que los ejemplos anteriores; pero todavía no alcanza el grado suficiente de claridad requerido. De esta manera podríamos encontrar en formas tradicionales de compra-venta sujetos beneficiados en relación directa con el perjuicio de otro, con lo que el legislador estaría prohibiendo una conducta que, de acuerdo con nuestro sistema de mercado, no le correspondería prohibir, ya que dentro de la libertad de comercio y transacciones con que juega nuestro sistema económico, el tipo de ga-

nancias y consiguientes "perjuicios", es parte del libre juego. Esta no es entonces la conducta que quiere el legislador, sino que es el provecho patrimonial obtenido con perjuicio de otro, pero bajo la circunstancialidad del engaño o error provocado por el sujeto activo.

Es necesario entonces agregarle al verbo polisémico "obtener", otros elementos accesorios: "inducir en error", y "por medio de artificios o engaños", para poder explicar lo que se quiere prohibir. Así obtenemos la actual figura del 216 "El que induciendo a una persona en error, por medio de artificios o engaños obtenga para sí o para un tercero un provecho patrimonial en perjuicio de otro".

Contrario al ejemplo anterior nos aparece la figura del artículo 111, también del Código Penal, en la que se utiliza una forma verbal con un alto valor semántico que le da dirección unívoca a la acción que se quiere prohibir. En este caso el legislador no necesitará utilizar ningún elemento accesorio para guiar la acción señalada por el verbo: "dar muerte" que solo significa quitar la vida, más que el de la mención del objeto material (personal en este caso: "Quien haya dado muerte"), para ser una descripción altamente cerrada, clara y delimitada.

De lo dicho se extrae que una descripción penal reflejará una correcta técnica legislativa en tanto prohíba en forma clara, delimitada y cerrada la conducta de que se trate, enunciando los elementos acción, sujeto y objeto de la misma; y eventualmente si así lo requiere la polisemia del verbo —núcleo del tipo—, los demás elementos necesarios —por ejemplo de modo—; pero pese a ello, cabe señalar que esta descripción penal no tendrá ningún valor real si el legislador no describe acciones que sean reflejo fiel de la realidad. Queremos decir con lo anterior que el legislador no debe inventar acciones delictuosas, sino describir fielmente aquellas que, realizadas por sujetos reales, causen un desequilibrio fundamental en la manera de convivencia de los individuos conformantes de una colectividad. En este sentido, remitimos a nuestros criterios expuestos sobre el concepto de acción penal(6), y, brevemente señalemos que el legislador no puede inventar acciones; o, dicho de otra manera, sí puede, tiene todos los poderes para hacerlo, pero no debe, si quiere dictar una sana legislación penal. La función legislativa dará poder para prescribir, por ejemplo, que los mayores de veinticinco años deban caminar sólo con la pierna y pie derechos, pero esto no es real, por una parte, y, por otra, habría que buscar la verdadera necesidad que motive tal prohibición.

(6) ISSA EL KHOURY (Henry). "Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción de Hans Welzel". Revista Ciencias Jurídicas No. 52. En abril 1985.

Así como se señaló, el legislador no debe utilizar términos ambiguos para señalar la acción conminada, tampoco deberá utilizar narraciones que estén fuera de la posibilidad de realización de los miembros de la colectividad.

II.—EL SUJETO ACTIVO:

El sujeto activo es el destinatario de la prohibición, conocido por el señalamiento que se hace en la descripción, de la persona o personas determinadas o indeterminadas en sus calidades, que realiza la acción demarcada por el verbo típico.

Hemos de señalar, al igual que recién mencionamos en relación con la acción, que el legislador debe describir sujetos que existan verdaderamente en la realidad, esto es, que el sujeto típico sea un retrato claro del sujeto real, siempre posible realizador de la acción descrita.

La ley penal, en la mayoría de los casos, se dirige a todos los sujetos penalmente capaces y es por ello que en al mayoría de los tipos el sujeto activo no está particularizado, sino que se lo nombra con partículas gramaticales que generalizan, como por ejemplo "el que" o "quien". En estos casos en que se da la libertad de poder aplicar la acción descrita a la acción real de cualquier sujeto, hablamos del sujeto indeterminado.

El caso contrario ocurre cuando el legislador distingue un sujeto activo como portador de cualidades específicas. Debe interpretarse, en estos casos, que la prohibición es específica para grupos determinados de sujetos reales que por su función, sus cualidades biológicas o sus posiciones o profesión realizarán actuaciones socialmente perjudiciales. Dichas cualidades biológicas, laborales, jurídicas o funcionales que son demarcadas en la descripción, la especializan (tipos cualificados, delitos propios, entre otros nombres que reciben) indicándonos que la prohibición no será erga omnes. No nos extenderemos sobre este problema aquí, sino que lo retomaremos cuando analicemos el tema de los elementos normativos.

El último punto importante de constatar es si el señalamiento de la acción hace o no necesaria la participación de sujetos. Si el tipo señala de manera indeterminada al sujeto activo, interpretamos que tal acción puede ser realizada tanto por un sujeto como por varios, en tanto que si señala de manera plural al sujeto activo, tendremos que interpretar que para que se realice la acción se necesita más de un sujeto activo —participación necesaria, que da lugar a diversas nomenclaturas, entre ellas, la de delitos plurisubjetivos—. De todas maneras, sobre este respecto se debe tener especial cuidado o cautela al enten-

del sujeto activo

Sujeto indeterminado  
Es cualquier sujeto penalmente capaz.

Sujeto determinado  
Partido de cualidad específica (profesión, profesión, edad, etc.)

Tipos de sujeto activo  
Indeterminado: el sujeto o varios sujetos (plura) para que realice la acción.  
Determinado: el sujeto o varios sujetos (plura) para que realice la acción.

se requiere de + de 2 sujetos para la realización de la acción

no necesariamente se da 100 por

der el término que hemos empleado, a saber, "de manera plural"; esto ya que perfectamente un tipo penal puede señalar: "los que se apoderen de una cosa ajena" por ejemplo, sin que "los que", —en plural— indique participación necesaria. En muchas ocasiones habrá que acudir a todo el texto típico para interpretar si se necesita o no de más de un sujeto real para que exista adecuación típica.

### III.—ELEMENTOS ACCESORIOS DEL VERBO:

Por lo que hemos señalado en el punto trasanterior, podemos concluir que los elementos accesorios del verbo son aquellos términos de la descripción que funcionan como encausadores de la acción, demarcándola y dirigiéndola de tal manera que evidencie la prohibición que motiva de descripción.

Se utilizan en las descripciones penales no solo para casos en que es necesario delimitar la acción señalada por un verbo altamente polisémico —como el mencionado en el punto A.—; sino también en los casos en que el legislador quiere agravar la acción prohibida, o atenuarla. Tal es el caso "por medio de veneno, insidiosamente suministrado" del artículo 112 inciso cuarto, que señala un medio para realizar la acción, compuesto a su vez por un modo de emplearlo, que hará más gravosa la sanción para aquel que a tal descripción se adecúe, con respecto a la acción simple de quitar la vida a otro, tipificada en el 111.

Así, ya sea para constituir la figura, para agravar la pena o para atenuarla (tipos colaterales calificados), el legislador puede echar mano a una serie de elementos gramaticales que señalarán el modo o manera en que se debe realizar la acción ("el que induciendo a una persona en error..."); la circunstancia especial en que esta se lleva a cabo, que llamamos *ocasión* ("Si el hurto fuere cometido aprovechando las facilidades provenientes de un estrago, de una conmoción pública o en lugares de acceso público"), el medio, como en los ejemplos ya mencionados de la muerte por medio del veneno o de la obtención del provecho por medio de artificios o engaños, igualmente el tiempo en que se realiza la acción típica puede ser un elemento accesorio.

De este tipo de mecánica descriptiva o economía descriptiva surge la distinción que puede hacerse entre tipos básicos, como aquellos que describen la conducta de manera genérica y general, y los tipos colaterales, en relación con el básico, que elaboran especificaciones sobre la conducta descrita en el básico. Por ejemplo, el artículo 111 es básico en relación con el 112, 113, 114, 116 y 117 que aparecen como colaterales, toda vez que especifican, particularizan o resaltan aspectos de la acción, no contemplados en la generalidad de "quien haya dado

muerte a una persona"; si "una persona" ya no se presenta como sujeto pasivo (u objeto material personal) indeterminado sino como el cónyuge, el miembro de los supremos poderes; o si la vida es eliminada por medios como veneno o por móviles como el precio, o por el afán de ocultar la deshonra, o por piedad; las gradaciones del castigo básico también varían.

De esta manera, los tipos claros, precisos y delimitados de los que hemos venido hablando, no lo serán sólo en el señalamiento de la acción, sino también en el de los medios, modos y demás circunstancias de esa acción, así como el señalamiento de la intención especial, cuando sea necesario evidenciarla, para efectos de constituir la conducta o demarcar cualificantes de un tipo básico. Nótese por ejemplo, la acción *abusare*, del tipo descrito en el 161; la necesidad de los elementos de modo "sin tener acceso carnal" y "deshonestamente" es evidente, dada la polisemia del verbo "abusar"; no obstante, el uso del modo "deshonestamente", únicamente se entiende en relación con el modo tener acceso carnal"; de otra manera, la amplitud del significado "deshonesto", nos llevaría, como jueces a aplicar la figura a otras modalidades de abusar deshonestamente de otra persona, que no impliquen tocamientos lascivos; de otra manera, —es decir perscindiendo del primer elemento de modo—, podríamos encuadrar la conducta del exhibicionismo dentro de la genérica "abusar deshonestamente". En contraposición, obsérvese como la forma verbal "tener acceso carnal" del 156, se explica suficientemente por sí sola y por lo tanto lo único que debe indicarse son categorías que designen propiedades del sujeto activo (objeto material personal) o medios, para distinguir tipos colaterales como es estupro y el abuso deshonesto.

En síntesis podemos recalcar que la habilidad del legislador, entonces, en relación con la descripción de conductas que se quieren someter a sanción penal, radica en el hecho de saber seleccionar muy bien no sólo los verbos o formas verbales que va a utilizar para describir la acción, sino también los términos que va a utilizar para describir tanto los sujetos como los elementos accesorios del verbo (conformadores del núcleo), los normativos y los subjetivos.

### IV.—OBJETO MATERIAL:

Hemos hablado ya, de soslayo, de los objetos hacia los que va dirigida la acción. Son personas o cosas; de esta manera se habla de objeto material como nombre genérico ("objeto material del delito son las personas o cosas sobre los que recae la acción"<sup>(7)</sup>), y se

(7) CASTILLO (Francisco), Folleto mimeografiado, Fac. de Derecho. Sin fecha de edición.

especifica el destinatario al mencionarse el adjetivo "personal" o "real". Así, "una persona" en el 111 es un objeto material personal y "cosa mueble" en el 208 es un objeto material real. La mención "sujeto pasivo", en nuestro criterio, es un nombre que señala la persona poseedora del interés penalmente tutelado, de ahí que el uso de este término no es pertinente dentro de un análisis como el presente.

Cabe señalar, que, por propia definición, el objeto material encauza la acción del verbo; el tipo por tanto necesita contener un verbo susceptible de tener objeto material, lo que en gramática se señalan como los verbos que admiten un complemento directo (verbos transitivos). Si no, el legislador podría penar acciones impersonales como llover.

Son elementos subjetivos del tipo la frase o palabra utilizada para describir una especial intención, motivación o deseo que tiene el sujeto activo para realizar la acción, que el legislador le interesa resaltar, sea para que se configure la acción, sea para agravar o atenuar la pena, en relación con un tipo básico que ya prevé la acción sin tal motivación.

En relación con lo que hemos mencionado del señalamiento de la especial intención o dolo específico, queremos hacer una puntualización: nosotros partimos de la idea básica de que el dolo se localiza en la acción típica; esto es, que cuando el legislador señala, por ejemplo como en el 111: "quien haya dado muerte a una persona", implícitamente está señalando la intención de matar, esto es: "quien con esa finalidad haya dado muerte a otro". No obstante el dolo general (genérico) que es la finalidad —pura y simple— de realizar la acción que se señala en el núcleo, siempre se presume en las descripciones típicas; no así la culpa que habrá que explicarla para que pueda ser aplicada (caso del artículo 117: "al que por culpa matare a otro"), en virtud de que la culpa no demarca la voluntad de la conducta sino la falta al deber de cuidado en la realización de la conducta.

Así, los elementos subjetivos del tipo no son sino direcciones especiales de esa finalidad general de realizar la acción; son elementos del tipo, porque el legislador ha tomado en cuenta en la descripción, tal particularidad, ya para que con ella se constituya el hecho delictivo, ya para cualificar (como agravante o atenuante) la figura básica.

De esta manera, el elemento subjetivo señala la motivación, la finalidad que ha motivado la realización de la acción. Claramente, en las privaciones de la libertad que ha descrito nuestro legislador en el Código Penal vigente, se nos señala la direccionalidad a que nos referimos: Así, artículos 191, 163, 164, 165 y 215; en el primer caso

—191— se trata de castigar la conducta de privar a otra persona de su libertad, pura y simplemente, en tanto que en el ejemplo del 163, existe una finalidad o motivación especial que particulariza la privación de la libertad: con fines de matrimonio —165— o con fines libidinosos —163, 164—; y si la privación es con ánimo de lucro la figura será la del 215 del citado Código. No obstante, nuestro legislador quiso ser demasiado preciso en el caso del artículo 191, pues explicita que tal privación de libertad debe ser sin ánimo de lucro, alusión que sobra, puesto que otras figuras ya contienen o el ánimo de lucro o los fines libidinosos.

## V.—ELEMENTOS NORMATIVOS:

En relación con los elementos normativos, el asunto es un tanto más complejo, si acudimos a la doctrina, toda vez que los criterios de señalamiento no son uniformes. Mayer, quien utiliza por primera vez el término, lo empleó para señalar los componentes de la descripción: "...que no tienen más que importancia valorativa determinada..."; es decir, no ocupan un lugar, como elementos con función sino que tienen como característica ser términos con valor, valorados. Mayer los reconoce en el tipo como aquellos que no están en relación de causalidad con el movimiento corporal, y este es el punto de su reconocimiento: "...que la cosa sustraída sea ajena, no está causado por el ladrón; la difusión del hecho falso es la obra del difamador, no la falsedad de los hechos"<sup>(8)</sup>.

Dice, por otra parte, Olesa Muñido: "Pero la figura penal hace, a veces, también referencia al ordenamiento jurídico y a sus instituciones y a conceptos de relación. Lo 'ajeno' no es una nota intrínseca al objeto, sino una nota de relación, una propiedad normativa fruto de la atribución del objeto a un sujeto y no a otro"<sup>(9)</sup>.

Sin embargo con lo dicho no queda aclarado el problema, sino sólo planteado, puesto que lo básico de este asunto radica en que, cualquiera sea la definición que se dé, lo cierto es que la palabra valorada que se llama elemento normativo obliga al juez a realizar una interpretación; y para interpretar el juez tiene que acudir o al Derecho, o a las "reglas de cultura"; con lo cual el término elemento normativo no designa un contenido uniforme: se acude tanto a las normas

(8) MAYER. Cit. por Jiménez de Asua. (Luis) *Tratado de Derecho Penal*, Losada S. A. Buenos Aires. Tomo III, p. 906.

(9) OLESSA MUÑIDO, *Estructura de la infracción penal en el Código Español* vigente, Ariel, 1971. p. 39.

jurídicas (elemento normativo jurídico) o a las culturas (elemento normativo cultural).

En relación con los normativos jurídicos, tenemos que en algunos casos el juez acudirá a la rama del Derecho de que se trate y la norma le dará el contenido de la palabra que requiere interpretar: tutor (artículo 185), documento público (artículo 357), etc. En otros casos, el legislador no ha definido los términos, sino que estos se buscan acudiendo a la doctrina y a la jurisprudencia: en Costa Rica es típico el problema del funcionario público; la doctrina general hace una clara distinción entre empleado público y funcionario público; pero la Ley General de Administración Pública no es clara.

Este hecho ha contribuido a que la jurisprudencia penal sobre el término en mención, no sea pacífica, así mientras algunos conciben al término funcionario público como un término penal, otros creen que es un elemento a definir por el Derecho Administrativo.

En relación con los elementos normativos culturales, son los que refieren al juez a zonas del quehacer humano, no normadas por el Derecho, pero sí por el grupo social cuya aprehensión puede ser a veces dificultosa, no desde el punto de vista intelectual, sino por la amplitud de posibilidades que estarán en relación directa con la cosmovisión del intérprete. Así honor, moral pública, buena fama, entre otras, podrían tener diversos significados reales en un mismo momento histórico, pero bajo diferentes ópticas de visión, según el núcleo social que lo observe o bajo cuyo ángulo de visión se observe.

Dice Jiménez de Astúa: "Por lo mismo que los tipos genuinamente normativos dan al juez instructor una función superior a la ordinaria, deben concebirse restrictivamente en salvaguardia del derecho penal liberal"<sup>(10)</sup>; y Bettiol: "la presencia de elementos normativos en el hecho delictuoso plantea no sólo un problema de técnica legislativa, sino también de política. En verdad, con la introducción de los elementos que reclaman, por parte del juez, una valoración del todo particular, se amplían mucho los poderes discrecionales del juez, se llega a hacer un elástico de tipo delictivo"<sup>(11)</sup>.

El uso de los elementos normativos adquiere una importancia fundamental en la tarea que estamos describiendo: la utilización obliga a una lectura a profundidad demasiado extensa en muchos casos, si entendemos por elementos normativos aquellos que admiten una valoración en relación con su significado. Esto es, términos que el legislador uti-

liza en la descripción y que el Juez debe leer a la luz de las ramas del derecho que definan dichos términos. Puede ocurrir, y el problema ahí es mayor, que haya que leer términos normativos a la luz de lo que las pautas culturales marquen en un momento histórico determinado.

## BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Editorial Juricentro. San José, 2da. edición corregida y actualizada, 1985.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Temis-Ilanul, Bogotá, s.n.e., 1984.
- BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y procesal*. Bosch. Barcelona, 2da. edición, 1977.
- GRAF ZU DONA, Alexander. *La estructura de la Teoría del Delito*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, s.f.e.
- JESCHECK, Hans Reinrich. *Tratado de Derecho Penal, parte general*. Bosch, Barcelona, Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, s.n.e. 1981.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Losada S. A. Buenos Aires, 4ta. edición actualizada, 1964.
- OLESA MUÑIDO, Francisco F. *Estructura de la infracción penal en el Código Español Vigente*. Ariel, Barcelona s.n.e., 1971.
- ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal* (tipos abiertos y elementos del deber jurídico). Depalma, Buenos Aires, s.n.e., 1979.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte general*. Depalma, Buenos Aires, s.n.e., 1956.
- KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Depalma, Buenos Aires, s.n.e., 1977.
- ZAFFARONI, Raúl. *Teoría del delito*. Ediar, Buenos Aires, s.n.e., 1973.
- ZAFFARONI, Raúl. *Manual de Derecho Penal, parte general*. 4ta. edición, 1985.

(10) JIMENEZ DE ASUA, *Tratado*, Tomo III, p. 904.

(11) *Ibid.*, p. 905.